XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

ANDRÉ CORDEIRO LEAL

MARIA DOS REMÉDIOS FONTES SILVA

VALESCA RAIZER BORGES MOSCHEN

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

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: André Cordeiro Leal, Maria Dos Remédios Fontes Silva, Valesca Raizer Borges Moschen – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-133-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetivação da justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG). CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

O XXIV Congresso do CONPEDI, realizado em parceria com os Programas de Pós-graduação em Direito da UFMG, da Universidade Fumec e da Escola Superior Dom Helder Câmara, ocorreu em Belo Horizonte, Minas Gerais, entre os dias 11 e 14 de novembro de 2015, sob a temática Direito e Política: da Vulnerabilidade à Sustentabilidade.

O Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II desenvolveu suas atividades no dia 13 de novembro, na sede da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade FUMEC, e contou com a apresentação de vinte e nove textos que, por seus diferentes enfoques e fundamentos teóricos, oportunizaram acalorados debates acerca dos seus conteúdos.

Como verá o leitor, a pluralidade das abordagens permite conjecturar sobre interfaces entre as diversas concepções de jurisdição e de processo, principalmente quanto ao novo Código de Processo Civil, seus fundamentos, exposição de motivos e desdobramentos. Aliás, os escritos que tratam dessa instigante temática vão dos negócios processuais à admissibilidade recursal, passando pela principiologia constitucional do processo e suas relações com a legitimidade decisória no estado democrático de direito. Há também considerações acerca da cooperação processual, da coisa julgada e da segurança jurídica, da proteção de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, das tutelas de urgência e de evidência e da sumarização da cognição.

Também há, nos textos apresentados, férteis discussões sobre as tensões entre o direito processual tradicional e suas insuficiências, com apresentação das controvérsias sobre aspectos procedimentais na adoção intuitu personae e na proteção do meio ambiente, bem como na ação de prestação de contas em face do guardião responsável pela administração dos alimentos. Tratam, ademais, do neoconstitucionalismo e do papel e atividade dos tribunais brasileiros, havendo escritos que, quanto a esse último tema, discorrem sobre a jurisprudência defensiva, sobre o ativismo judicial, sobre a inaplicabilidade do marco civil da internet pelos tribunais e sobre as súmulas vinculantes.

Não obstante a diversidade de temas, o que se colhe dos textos, além da fidelidade temática à proposta do Grupo de Trabalho, é o compromisso inegociável com o enfrentamento dos

problemas que convocam a comunidade jurídica à instigante e inafastável tarefa de teorizar o direito que, por suas bases constitucionais, precisa ser democraticamente pensado e operacionalizado.

Por fim, os coordenadores do GT - Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II agradecem aos autores dos trabalhos pela valiosa contribuição científica de cada um, permitindo assim a elaboração do presente Livro, que certamente será uma leitura interessante e útil para todos os que integram a nossa comunidade acadêmica: professores/pesquisadores, discentes da Pós-¬graduação, bem como aos cidadãos interessados na referida temática.

Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen - UFES

Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva - UFRN

Prof. Dr. André Cordeiro Leal - FUMEC

Coordenadores do Grupo de Trabalho

DIREITO JURISPRUDÊNCIAL E INTEGRIDADE DA JURISPRUDÊNCIA: REFLEXÕES A PARTIR DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

CASE LAW AND LAW AS INTEGRITY: REFLECTIONS FROM THE BRAZILIAN NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE

Sebastião Sérgio Da Silveira
Rafael Tomaz de Oliveira

Resumo

O presente artigo pretendeu analisar as condições de possibilidade para podermos lidar adequadamente com a rede conceitual pressuposta pelo denominado direito jurisprudencial, bem como pelos conceitos de estabilidade, coerência e integridade, incorporados no artigo 926 da Lei 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil). Trata-se de escavar, em linguagem dworkiniana, a dimensão pré-interpretativa que envolve tais temáticas, procurando alçá-la a objeto principal de investigação. Vale dizer: existe nessas matérias uma dimensão de historicidade que damos por pressuposta quando lidamos com seus conceitos em nossa atividade cotidiana. Nessa lida comum, não problematizamos nem nos perguntamos a respeito desses conceitos. Simplesmente os usamos. A proposta, então, é fazer uma parada no âmbito da utilidade de tais conceitos para avaliar sua pertinência e, eventualmente, a necessidade de ressignificação, em face das específicas coordenadas culturais que nos envolvem.

Palavras-chave: Direito jurisprudencial, Precedente, Direito como integridade, Novo código de processo civil, Hermenêutica

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze the conditions of possibility to adequately deal with the conceptual network assumed by the so called case law, as well as the concepts of stability, consistency and integrity, incorporated in article 926 of statute 13,105/2015 (New Code of Civil Procedures). To do so, we will dig the pre-interpretative dimension that involves these concepts and will consider them the main object of our investigation. In other words: in such matters, there is a historical dimension that are taken for granted, especially when dealing with common concepts. With this taken for granted approach, one does not problematize or think thoroughly about these concepts, we simply use them. Hence, this paper proposal is to break the utility-based circle of these concepts and assess their relevance. It will be concluded that they may need to be redefined in view of a specific cultural background.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Case law, Precedent, Law as integrity, new code of civil procedures, Hermeneutics

1. Introdução.

O advento do Novo Código de Processo Civil exigirá da comunidade jurídica brasileira um esforço maior do que aquele oriundo da necessidade de adaptar as práticas forenses aos ditames da nova codificação. Com efeito, o novo diploma processual traz para o corpo de nossa ordenança positiva temas que estão umbilicalmente ligados à teoria do direito. Veja-se, nessa medida, as regras relativas à jurisprudência, sua produção e seu caráter no contexto das fontes do direito. Aliás, é importante ter presente, desde logo, que a força imprimida à jurisprudência pela nova legislação processual produz alterações significativas não apenas para o âmbito das práticas cotidianas do Direito como, também, para a sua reflexão teórica, uma vez que estamos diante de uma verdadeira ressignificação do instituto na esfera da tradicional teoria do direito que se ensina e pratica todos os dias nos milhares de cursos jurídicos espalhados pelo país.

Com efeito, a nova dimensão de significado que os artigos 926 a 928 conferem à jurisprudência parece dar a impressão de que o novo *codex* incorporou entre nós uma modalidade – bastante controversa, diga-se de passagem - de *direito jurisprudencial,*[1] conferindo-lhe tonalidades vivas de verdadeira fonte imediata do direito, numa aproximação intensa com a própria ideia de lei. Talvez não seja outro o motivo que levou o mesmo legislador a incorporar à nova codificação uma série de institutos que visam garantir às partes efetiva *participação* na formação dos provimentos jurisdicionais, na busca de dar ao processo um ajuste mais fortemente democrático e republicano.[2]

Nesse contexto, o presente artigo pretende analisar as condições de possibilidade para podermos lidar adequadamente com a rede conceitual pressuposta tanto pelo *direito jurisprudencial*, em geral, quanto pelos conceitos de coerência e integridade, em particular. Trata-se de escavar, em linguagem dworkiniana, a dimensão pré-interpretativa que envolve a matéria aqui considerada, procurando alçá-la a objeto principal de investigação. Vale dizer: *existe nessas matérias uma dimensão de historicidade que damos por pressuposta quando lidamos com seus conceitos em nossa atividade cotidiana.* Nessa lida comum, não

[1] Sobre a noção de *direito jurisprudencial* corrente em nossa processualística (WAMBIER (org.), 2012, *passim).*

[2] Referimo-nos, evidentemente, aos artigos 10 (que estabelece a dimensão *dinâmica* do contraditório com a consequente proibição de decisão surpresa) e 489, parágrafo 1º., que cuida dos requisitos mínimos para que uma decisão seja considerada fundamentada, prescrevendo, em seu inciso IV, a necessidade da decisão (seja ela fruto de órgão singular ou colegiado) considerar todos os argumentos formulados pelas partes que, em tese, possam infirmar as conclusões postas pelo julgador.

problematizamos nem nos perguntamos a respeito desses conceitos. Simplesmente os usamos. A proposta, então, é fazer uma parada no âmbito da utilidade de tais conceitos para avaliar sua pertinência e, eventualmente, a necessidade de ressignificação, em face das específicas coordenadas culturais que nos envolvem.

Nesse contexto, a análise está dividida em duas partes:

I – em um primeiro momento, proceder-se-á a uma breve análise da história do conceito de *direito jurisprudencial* procurando descortinar os elementos culturais que nele estão envolvidos. Particularmente, pretende-se apontar para o aspecto de "continentalização" do precedente do *common law* que esse tipo de caracterização da jurisprudência como "fonte do direito" acaba por efetuar, alertando para os riscos que podem resultar de uma migração cultural acrítica (ou pré-interpretativa) do conceito;

II – Por fim, buscar-se-á pontuar algumas questões relativas às exigências de coerência e integridade esculpidas no *caput* do art. 926 apontando, especialmente, para sua profunda relação com a garantia da fundamentação das decisões, cuja proteção foi reforçada com a introdução do parágrafo 1º. do art. 489.

2. Direito jurisprudencial e precedente: notas sobre os riscos de *continentalização* do *common law*.

A hermenêutica mais contemporânea, principalmente aquela que nos vem de Hans-George Gadamer[3], ensina que a tradição implica, para nós, certa tonalidade de destino, uma vez que não podemos dar aos nossos constructos linguísticos o sentido que queremos. Ao contrário, se objetivamos produzir um sentido comum, que possa ser compartilhado com os outros, precisamos ajustar nosso discurso com as coordenadas da tradição.[4] Por óbvio, os

[3] GADAMER, 2007, *passim*.

[4] Um tratamento mais aprofundado sobre a questão da tradição na hermenêutica gadameriana foge aos propósitos estritos da reflexão aqui encaminhada. No entanto, um indicativo daquilo que queremos encaminhar no texto, pode ser encontrado na seguinte passagem de Streck: "vê-se, assim, a importância que Gadamer atribui à tradição, entendida como o objeto de nossa (pré)compreensão. O legado da tradição vem a nós através da linguagem, cujo papel, como já se viu, é central/primordial na teoria gadameriana. A linguagem não é somente mais um meio entre outros, diz ele, senão o que guarda uma relação especial com a comunidade potencial da razão; é a razão o que se atualiza comunicativamente na linguagem (R. Hönigswald): a linguagem não é um mero fato, e sim um princípio no qual descansa a universalidade da dimensão hermenêutica. Por evidente, destarte, que *a tradição terá uma dimensão lingüística*. Tradição é transmissão. A experiência hermenêutica, diz o mestre, tem direta relação com a tradição. É esta que deve anuir à experiência. A tradição não é um simples acontecer que se possa conhecer e dominar pela experiência, senão que é linguagem, isto é, a tradição fala por si mesma. O transmitido continua, mostra novos aspectos significativos em virtude da continuação histórica do acontecer. Através de sua atualização na compreensão, os textos integram-se em uma autêntico acontecer. Toda atualização na compreensão pode entender a si mesma como uma possibilidade histórica do compreendido. Na

projetos de sentido não são imunes à ação do tempo. A avaliação sobre a autoridade da tradição, e o impacto que ela nos causa, pode levar a modificações nos quadros semântico-sintáticos de significação conceitual. [5]

Mas isso não quer dizer, nem autoriza pressupor, que quando agenciamos um determinado conceito, estamos livres da responsabilidade de realizar um ajuste histórico de seu significado. Esse é o caso daquilo que vem sendo nomeado *Direito Jurisprudencial*. Essa expressão não é nova na tradição jurídica ocidental. Pelo contrário, foi fartamente empregada por historiadores e teóricos do direito para descrever algumas especificidades do Direito na idade média e, ao mesmo tempo, oferecer um contraponto claro para apresentar o sentido do Direito Moderno.

Como pode ser depreendido das lições de Norbeto Bobbio, *direito jurisprudencial* é um termo que diz respeito à pluralidade de fontes, característica dos modelos jurídicos medievais. Seguindo as trilhas do mestre italiano, podemos afirmar que o Direito, na idade média, originava-se de uma diversidade de fontes de produção jurídica, além de estar vinculado a uma diversidade de ordens jurídicas. Neste último caso, tendo como base o *ordenamento régio*, podemos considerar ordens superiores, como a da *igreja* ou o do *império*; bem como inferiores, tais quais as dos *feudos*, das *comunas* e das *corporações*. Já com relação à pluralidade de fontes, temos que a sociedade medieval era regulada, ao mesmo tempo, por normas de natureza jurídica advindas dos costumes (*direito consuetudinário*), das ordens jurídicas emanadas da autoridade política que detém o poder supremo (*direito legislativo*), da

---

finitude histórica de nossa existência, devemos ter consciência de que, depois de nós, outros entenderão cada vez de maneira diferente. Para nossa experiência hermenêutica, é inquestionável que a obra mesma é a que desdobra a sua plenitude de sentido na medida em que se vai transformando a sua compreensão. Por outro lado, a história é somente uma; seu significado é que segue se autodeterminando de forma incessante. Por isso, alerta Gadamer, *a redução hermenêutica ``a opinião do autor é tão inadequada como a redução dos acontecimentos históricos à intenção dos que neles atuam".* (STRECK, 2013, pp. 206-207). No mesmo sentido, Ernildo Stein preleciona: "portando 'Verdade e Método' fala-nos de um acontecer da verdade no qual já estamos embarcados pela tradição. Gadamer vê a possibilidade de explicitar fenomenologicamente esse acontecer em três esferas da tradição: o acontecer na obra de arte, o acontecer na história e o acontecer na linguagem. A hermenêutica que cuida dessa verdade não se submete a regras metódicas das ciências humanas, por isso ela é chamada de hermenêutica filosófica. É desse modo que Gadamer inaugura um lugar para a atividade da razão, fora das disciplinas da filosofia clássica e num contexto em que a metafísica foi superada. (...) Gadamer nos deu, com sua hermenêutica filosófica, uma lição nova e definitiva: uma coisa é estabelecer uma práxis de interpretação opaca como princípio, e outra coisa bem diferente é inserir a interpretação num contexto - ou de caráter existencial, ou com as características do acontecer da tradição na história do ser - em que interpretar permite ser compreendido progressivamente como uma autocompreensão de quem interpreta. E, de outro lado, a hermenêutica filosófica nos ensina que o ser não pode ser compreendido em sua totalidade, não podendo assim, haver uma pretensão de totalidade da interpretação". (STEIN, 2002, Caderno Mais)

[5] Para uma análise aprofundada sobre a relação da tradição e da temporalidade constituidora de sentido, STRECK, 2011, em especial o capítulo 10.

tradição acadêmico-doutrinária (*direito científico*) e da atividade das cortes de justiça (*direito jurisprudencial*).[6]

Nesse aspecto, o importante é perceber que essa pluralidade de fontes incidia, com igual força e autoridade, sobre as relações jurídicas na idade média. Direito jurisprudencial, nesse contexto, diz respeito a um modelo específico de emanação da produção jurídica, concorrente com outros e comum, em maior ou menor medida, em toda a Europa.

O Estado moderno, como se sabe, erigiu-se a partir de uma dupla unificação: de *fontes* e de *ordens* (ou, nos termos propostos por Bobbio, *ordenamentos*). Por um lado, a ideia de soberania, firmada a partir da concepção de um poder absoluto que, num primeiro momento, será personificado na figura do príncipe, produzia uma unificação de todas as ordens jurídicas concorrentes em torno de um único centro (o Estado Absolutista), que não reconhecia nenhuma autoridade detentora de poder político superior ou inferior a ele. De outra banda, o sistema de fontes também sofre um processo de unificação a partir da atividade que se apresente como a expressão da vontade do soberano. A tradição mais próxima à nossa cultura jurídica edificou essa centralização do processo de produção do direito na *lei* que nós, de forma bastante reducionista, compreendemos com os olhos do presente como sendo o produto de um ato formal de um poder legislativo.[7]

Mas esse processo de unificação das fontes de produção jurídica em torna da *lei* não é nada uniforme ou, tampouco, simples.

Na verdade, ocorre depois de uma complexa sedimentação histórica que envolve um corpo distinto de agentes políticos em cada uma das realidades culturais. Numa simplificação bastante grosseira, é possível afirmar que os países da Europa continental aglutinaram-se em torno da unificação das fontes na *lei*, ao passo que na ilha (Grã-Bretanha), a referida unificação processou-se de uma forma mais contínua com relação ao passado, mantendo o caráter de fonte formal do direito naquilo que os continentais chamariam de *direito*

[6] BOBBIO, 2000, p. 16 e segs.

[7] Essa consideração não autoriza concluir que as demais fontes de produção do direito foram simplesmente excluídas por esse processo de unificação em torno de um único centro. Na verdade, a partir daí, cristalizou-se o entendimento – recitado à exaustão em nossos cursos de introdução o estudo do direito – que diferencia as fontes imediatas das fontes mediatas. Nesse quadro, de um modo geral, é possível dizer que ao costume somente se atribuem efeitos jurídicos quando for expressamente reconhecido pela lei; a doutrina, por mais valiosas que sejam suas contribuições, nunca chega a alcançar uma dinâmica vinculatória; e, por fim, à jurisdição, reconhece-se apenas o poder meramente secundário de aplicação das normas jurídicas de origem legislativa e o seu produto, para os continentais a chamada *jurisprudência*, terá uma finalidade meramente auxiliar, de apoio interpretativo. Para uma problematização adequada do tema das fontes do direito, para além dos reducionismos tradicionais, (ABBOUD; CARNIO e TOMAZ DE OLIVEIRA, 2014, em especial o capítulo 8).

jurisprudencial, mas que, na tradição inglesa, o mais correto seria falar em força do *precedente.*[8]

Como afirma Van Caenegem, o desenvolvimento do direito inglês mostra-se como uma *continuidade histórica*. O direito "continental", por outro lado, não mantém esse vínculo de autoridade com o passado. Se tomarmos o exemplo do direito francês, marcadamente ruptural, observa-se claramente que a formação do Estado Absolutista e seu posterior ocaso é o resultado de rupturas radicais com o regime político anterior (a necessidade de pôr fim às guerras civis religiosas, no primeiro caso, e a revolução, no segundo). Por outro lado, o direito continental herdou de forma mais intensa o legado dos romanistas acadêmicos medievais. Para esses juristas, a história não é destacada como um elemento principal para a construção do direito. Novamente com Caenegem, é possível afirmar que um romanista pode passar à analise de questões jurídicas sem qualquer indicação a respeito da sucessão de eventos passados que possuíam alguma força para alterar ideias ou atitudes perante o direito.[9]

Nessa medida, a expressão *direito jurisprudencial* mostra-se inadequada quando queremos fazer menção à existência da regra do precedente em um sistema jurídico, justamente porque ela tende a encarar tal modelo de fontes de modo similar ou justaposto ao conceito de lei com que operam os juristas continentais. E, dessa forma, "continentalizamos" o sentido da regra do *precedente*.

Nossa tradição jurídica – e aqui se menciona especificamente o pensamento jurídico brasileiro – produziu um tipo de mecanismo vinculatório de decisões do poder judiciário que não estão legitimados por uma dimensão de historicidade (pelo contrário, são imposições legislativas) e, ao mesmo tempo, produzem um efeito muito mais parecido com a lei (nalguns casos, como nos das súmulas vinculantes, existe a produção de verdadeira *força de lei*) do que com os precedentes do *common law*.

Isso sem falar que, tanto naquilo que já vinha sendo posto nas reformas parciais que introduziram mecanismos de vinculação de decisões ou assemelhados (*v.g.* Lei 9.756/1998), quanto na estrutura posta pelo NCPC, nosso modelo de incorporação do "precedente" continua a privilegiar a dimensão vertical da regra – posta a partir das decisões dos tribunais

---

[8] Raul Van Caenegem apresenta esse processo a partir de três polos de influência que moldaram a tradição jurídica europeia como a conhecemos hoje. No caso, tais polos são a Grã-Bretanha, a França e a Alemanha. Em cada uma dessas culturas jurídicas, um determinado corpo de agentes políticos assumiu o protagonismo da produção do direito, conformando um certo padrão no estilo das práticas jurídicas. Nesse esquadro, a tradição saxônica teria na figura dos juízes o seu ponto de estofo (o que pode ser ilustrado, inclusive, pelos grandes personagens que compõem essa tradição jurídica: Coke e Blackstone, por exemplo, foram juízes); a tradição francesa, os legisladores; e a tradição alemã, os professores.(CAENEGEM, 2002, *passim).*

[9] CAENEGAM, op., cit., p. 8.

superiores – e não menciona com a devida clareza a dimensão horizontal, que vincula o juízo singular ou o tribunal às próprias decisões tomadas no passado.

Assim, é importante afirmar: aquilo que vem posto no Novo Código nos arts. 926-928 não deve ser enquadrado como uma modalidade de "direito jurisprudencial", mas, simplesmente, um esforço legislativo para criar maior consistência e previsibilidade nas decisões exaradas do Poder Judiciário.

Há que se ter presente que, do ponto de vista da tradição, ou do estilo jurídico, continuamos a ser um país vinculado à família romano-canônica, cuja fonte primária do direito é a lei. Os dispositivos do NCPC citados acima não autorizam nenhuma conclusão de que estaríamos incorporando entre nós alguns elementos da tradição do *common law*. Instrumentos de vinculação já existentes em nossa ordem jurídica – e que, de alguma maneira, acabaram reforçados pela nova codificação – são tão estranhos à tradição do *common law* quanto à própria ideia de total vinculação da decisão judicial à lei, e a consequente relação legislativo-judiciário, predominante na cultura romano-canônica.

Essas assertivas precisam ser postas claramente para que alguns mal-entendidos possam ser, de plano, dissipados.

O principal deles, certamente, ligado ao imaginário já sedimentado de que uma realidade jurídica vinculada ao *common law* seria mais propensa à segurança jurídica proporcionada pela previsibilidade das decisões judiciais do que aquelas vinculadas à tradição romano-canônica, uma vez que, no caso da primeira, os juízes e tribunais estariam vinculados a um dever de respeitar a jurisprudência (*sic*) ao passo que, na segunda hipótese, apesar da vinculação à lei, os juízes e tribunais possuiriam "liberdade interpretativa" (*sic*) para atribuir à legislação o sentido que cada um entendesse mais adequado, levando a uma maior instabilidade institucional e, consequentemente, a uma maior insegurança jurídica.

Esse tipo de argumento é altamente falacioso porque pressupõe que, em um país de *common law*, os precedentes (erroneamente assimilados à jurisprudência) seriam aplicados de forma automática, ou seja, sem interpretação. Troca-se, aqui, a proibição de interpretar a lei, comum à escola da exegese, por uma proibição de interpretar o precedente ou a "jurisprudência" (*sic*).

Um necessário apontamento filosófico: temos que considerar o fato de que a interpretação é um fardo inescapável, como bem demonstra a hermenêutica mais contemporânea. Enquanto seres humanos, somos condenados a interpretar. Tudo o que for linguagem, acontece na compreensão e se explicita por meio da interpretação. Por outro lado, a ideia de que o sistema de precedente seria mais propenso à previsibilidade decisória esbarra

no fato de que existem esforços teóricos, mesmo no âmbito desse estilo cultural, que objetivam enfrentar exatamente o mesmo problema que hoje identificamos no nosso modelo: a discricionariedade judicial. O exemplo maior e mais bem acabado é, certamente, o de Ronald Dworkin.

Assim, a saída para o dilema não se dá pela via da criação de instrumentos vinculatórios que, repita-se, representam apenas uma cópia opaca, e sem a devida crítica cultural, de um sistema jurídico baseado em precedentes. Uma melhor solução encontra-se na hermenêutica, em seu esforço de objetividade da interpretação e, no campo da decisão judicial, esse controle só pode ser feito a partir da *fundamentação*. Por isso que, do ponto de vista da estabilidade e previsibilidade decisional, a maior contribuição do novo código encontra-se no caput do art. 926 – e da incorporação, a partir da "emenda-Streck", das noções de coerência e integridade da jurisprudência – e no parágrafo 1.º do artigo 489, que estabelece parâmetros mínimos para o controle da fundamentação das decisões judiciais, que permitem avaliar, ainda que minimamente, a interpretação efetuada pelo órgão judicial. Como muito bem assinalado por Georges Abboud: "não é o *civil law* ou o *common law* que determinará o nível de segurança de um sistema, mas a qualidade de suas decisões manifestadas por um judiciário que efetivamente leve a sério seu dever de concretizar a Constituição e orientar a aplicação da lei em conformidade com ela."[10]

3. Apontamentos a respeito dos deveres de estabilidade, coerência e integridade da jurisprudência (art. 926, *caput*) e sua relação com a proteção à garantia de decisões fundamentadas (art. 489, parágrafo 1º.)

Por tudo o que foi dito acima, está claro que a influência que devemos buscar nos ares do *common law* deve ser mais de estilo argumentativo e de cultura – o peso da historicidade e da tradição – do que, propriamente, de importações de instituições jurídicas introduzidas arbitrariamente por meio de uma legislação qualquer.

De outra banda, as breves considerações sobre a hermenêutica e sua profunda relação com o paradigma da intersubjetividade indicam que o novo Código abre um importante horizonte interpretativo quando viabiliza possibilidades de controle intersubjetivo das decisões judiciais, seja por conta da maior proteção conferida à garantia da fundamentação

[10] ABBOUD, 2014, p. 362.

das decisões (prevista no artigo 93, IX da Constituição Federal), seja em face dos deveres de coerência e integridade que determina à jurisprudência dos tribunais.

Evidentemente, tais conceitos não são palavras ao vento, postas no texto do código por simples capricho legislativo. Contudo, como qualquer conceito jurídico, não são transparentes ou autoevidentes, demandando certo esforço teórico para sua adequada revelação. Nesse caso, já há bastante tempo, parte da doutrina brasileira vem trabalhando um ambiente teórico adequado para acomodar as discussões em torno dessas questões. No caso, assume singular representatividade a proposta de Lenio Streck que procura construir uma teoria da decisão a partir de uma composição entre a hermenêutica filosófica de Gadamer e a teoria integrativa de Dworkin.[11]

Sobre a proposta teórica de Dworkin, convém anotar a descrição por ele mesmo efetuada:

> Ela [a sua doutrina - acrescentei] condena a prática de tomar decisões que parecem certas isoladamente, mas que não podem fazer parte de uma teoria abrangente dos princípios e das políticas gerais que seja compatível com outras decisões consideradas certas.[12]

Essa síntese descritiva enquadra a ideia de *responsabilidade política*, a que estão sujeitas quaisquer autoridades políticas. De forma muito genérica, é possível afirmar que a doutrina de tal responsabilidade requer uma "consistência articulada" nas decisões exaradas por agentes políticos. Essa consistência articulada depende de uma aderência a ser demonstrada pela decisão em dois níveis distintos: um primeiro ligado a um ajuste (*fit*) com relação às práticas jurídicas e os elementos institucionais envolvidos no ato (no caso da decisão judicial, Constituição, leis, precedentes, etc..). Somado a isso, exige-se que esse ajuste aos elementos institucionais possa ser *justificado* (*justification*) em uma teoria política mais ampla, que justifique, ela mesma, as práticas específicas que se pretende aplicar.

Esses fatores exigem que se análise os argumentos de *princípio* e os argumentos de *política* envolvidos pela questão. De forma geral, argumentos de política descrevem metas; argumentos de princípios descrevem direitos.[13] Para Dworkin, mesmo as decisões legislativas encontram-se vinculadas à doutrina da responsabilidade e podem, de algum modo, ser descritas com base na distinção entre *política* e *princípios*. Ele exemplifica a partir de dois

---

[11] De se consignar que existem trabalhos desenvolvidos na senda aberta pela pesquisa de Streck e que procuram elucidar mais minuciosamente os motivos pelos quais é possível aproximar as obras de Gadamer e Dworkin. Nesse caso, fundamental conferir os trabalhos de MOTTA, 2012, *passim*.
[12] DWORKIN, 2002, p. 137.
[13] GUEST, 2010, p. 64.

diferentes programas legislativos que se relacionam, de um modo distinto para cada um desses tipos de argumentos. No caso, os exemplos seriam o de um programa de subsídios para a indústria, de um lado, e o de um programa de cotas raciais, contra a discriminação, de outro. Segundo Dworkin, no primeiro caso, poderíamos dizer que os direitos são gerados por uma política e qualificados por princípios; no segundo caso, os direitos são gerados por princípios e qualificados por uma política.

A diferença da situação da decisão legislativa para a da decisão judicial é que a primeira possui um espaço maior para gerar direitos com base em argumentos de política (o programa de subsídios para a indústria, por exemplo, pode estar ligado ao cumprimento de uma meta para desenvolver melhor determinado setor da economia), no caso da decisão judicial a doutrina da responsabilidade exige que o ajuste institucional realizado para afirmar o direito das partes possa ser justificado em um argumento de princípios.

Dworkin chama de *princípio*

> (...) um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.[14]

Articulando o sentido da distinção posta por Dworkin e indicando o caminho hermenêutico da doutrina da responsabilidade política, Lenio Streck assevera:

> (...) quando Dworkin diz que o juiz deve decidir lançando mão de *argumentos de princípios* e não de políticas, não é porque esses princípios sejam ou estejam elaborados previamente, à disposição da "comunidade jurídica" como enunciados assertóricos ou categorias (significados primordiais-fundantes). Na verdade, quando sustenta essa necessidade, apenas aponta para os limites que devem constar do ato de aplicação judicial (por isso, ao direito, não importa as convicções pessoais/morais do juiz acerca da política, sociedade, esportes etc. – ele deve decidir por princípios). É preciso compreender que essa "blindagem" contra discricionarismos é uma defesa candente da democracia, uma vez que Dworkin está firmemente convencido – e acertadamente – de que não tem sentido, em um Estado Democrático de Direito, que os juízes tenham discricionariedade para decidir os "casos difíceis".[15]

[14] DWORKIN, op. cit., p. 36.
[15] STRECK, 2011, p. 485.

O posicionamento adequado acerca dos argumentos de princípios é importante para compreendermos o significado, para Dworkin, da ideia de integridade. Tal ponto é fundamental porque a ligação entre princípios e a moralidade da comunidade política se dá por meio da ideia de integridade. É possível dizer que Dworkin está preocupado com as questões de coerência decisória – materializada no ajuste das decisões às práticas institucionais – mas esse apelo à coerência demanda uma justificação, no nível da integridade.

Em *O Império do Direito*, Dworkin descreve da seguinte maneira sua ideia de integridade:

> (...) os cidadãos de uma comunidade de princípio almejam não simplesmente princípios comuns, como se a uniformidade fosse tudo que quisessem, mas os melhores princípios políticos que a comunidade possa encontrar.[16]

O art. 926, de alguma forma, faz uso de uma distinção conceitual ainda mais analítica do que essa que podemos retirar da obra dworkiniana. Ele dispõe, em seu *caput*, que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Deixando um pouco de lado a obra de Dworkin, é possível iluminar o sentido desses conceitos a partir de algumas intuições presentes em um texto chamado *O Diálogo entre as Culturas*, do autor francês François Jullien.[17] Com efeito, analisando o problema político do multiculturalismo e o papel desempenhado pelos direitos humanos nesse contexto, o referido autor procura esclarecer e diferenciar de forma objetiva os conceitos de *universal*, *uniforme* e *comum*. No modo por ele trabalhado, o *universal* diz respeito a um problema lógico-epistêmico; o *uniforme* refere-se ao ambiente da produção de artefatos ou coisas; e o *comum* cuida das questões que compartilhamos no âmbito da política.

Há aqui um certo paralelo possível com a clássica divisão dos saberes, proposta por Aristóteles, entre *episteme* (universal), *téchne* (uniforme) e *phronesis* (comum).

No caso dos conceitos do art. 926, *caput*, podemos aproximar, *mutatis mutandis*, o problema do *universal* da ideia de *coerência* (uma vez que implica o cumprimento de certa formalidade lógica), a *estabilidade* da ideia de *uniformização* (que implica certa preocupação com a gestão da "produtividade" dos tribunais) e a *integridade* do âmbito do *comum* (por exigir esse compromisso forte com os princípios da comunidade política).

A grande questão aqui, frise-se, diz respeito ao problema da repetição da decisão, posta em perspectiva com relação às decisões do passado. O ponto é, portanto, descobrir como a decisão que será tomada em um caso concreto específico pode ser encaixada nesses

[16] DWORKIN, 2007, p. 263.
[17] JULLIEN, 2010, especialmente capítulos I, II e III.

contextos mais amplos que exige, para sua efetivação, uma comparação com outras decisões, inclusive de outros órgãos do poder judiciário. Esse seria, poderíamos dizer, o elemento comum que une os três conceitos: a ideia de repetição, de se estabelecer comparações com as decisões pretéritas, e do que fazer com aquilo que vem...

Porém, o que é reivindicado como análise por cada um desses conceitos é distinto de um para outro.

Coerência implica investigar se a jurisprudência guarda acordo com as decisões do passado no sentido lógico-formal (não contradição, principalmente).

Estabilidade, diz respeito a um problema de gestão e pretende saber se as fórmulas construídas a partir de decisões anteriores continuam a ser aplicadas de forma *uniforme, padronizada*. Trata-se, realmente, de um conceito que reflete a ideia de produtividade e da necessidade de um padrão que possa ser repetido posteriormente de forma mais ou menos homogênea com relação à anterior.

Já a *integridade* exige um compromisso com os princípios da comunidade política. Pode ela justificar a continuidade da cadeia de coerência e estabilidade ou, nalguns casos, obrigar que ela seja interrompida. De todo modo, aqui sempre estaremos diante de um argumento de princípio.

Todas essas assertivas estão profundamente vinculadas à questão da fundamentação das decisões, que é o espaço adequado para algo que podemos nomear como "controle intersubjetivo".

Nessa medida, despiciendo dizer que o auditório ao qual se dirige a fundamentação das decisões é composto por uma plateia bem maior do que aquela formada por advogados e juízes. Seu destinatário é toda a República que exige, juntamente com a regra democrática, transparência nos processos decisórios bem como uma prestação de contas com relação aos elementos pré-compreensivos envolvidos no complexo processo interpretativo do qual resulta uma decisão judicial.

Por outro lado, a exigência de fundamentação, singelamente posta no art. 93, IX da Constituição Federal, não existe por uma razão simplesmente instrumental. Não se exigem decisões judiciais fundamentadas para assim conquistarmos uma "melhora" no funcionamento da democracia. A fundamentação das decisões é, em si mesma, um valor democrático, compondo o núcleo daquilo que pode ser nomeado como *democracia normativa*. Independentemente de fazê-la funcionar de forma mais eficiente (do ponto de vista econômico, da produção) ou não, o dever de fundamentação representa uma exigência insuperável, sob pena de darmos à democracia uma conformação meramente nominal.

Por isso, o argumento de que as exigências que decorrem do parágrafo 1º. do art. 489 do NCPC criaria um "engessamento burocrático" no poder judiciário, diminuindo a produtividade dos juízos e tribunais (algo que só se pode afirmar em perspectiva, uma vez que não existe nenhum dado empírico que possa ser usado para amparar uma tal posição), deve ser, de plano, afastado.

A prestação de contas ocorre por meio da motivação lançada pelo julgador na decisão que ele exara. Nela deveremos encontrar os indicativos de que a decisão se apresenta como uma peça que, embora seja obra de um espécime particular do gênero humano, com sua própria intencionalidade, pré-conceitos, desejos, paixões, etc., possa espelhar um conjunto de princípios compartilhados por toda a comunidade política.

4. Considerações Finais.

O presente artigo teve por objetivo refletir sobre o papel da jurisprudência no contexto das transformações ocorridas por conta da regulamentação que o novo Código de Processo Civil, intentando-se perscrutar se esse novo regramento processual autorizaria afirmar o reconhecimento por nossa ordem jurídica de um direito jurisprudencial. Nessa medida, buscou-se afirmar que a incorporação dos conceitos de estabilidade, coerência e integridade, incorporados ao *caput* do artigo 926, ao invés de incorporarem um modelo rígido de vinculação do precedente, possibilitam a abertura de novos horizontes interpretativos, aproximando nossa cultura jurídica de questões ligadas à doutrina da responsabilidade política, que incorpora a ideia de integridade do direito.

Da análise realizada, importante destacar, a título de resultados principais, os seguintes argumentos:

1. É possível dizer que o nosso modo-de-ser, o *como* nos relacionamos com as palavras e os significados, é embevecido de historicidade. A tradição implica, para nós, certa carga destinatária, uma vez que não podemos dar aos nossos constructos linguísticos o sentido que queremos. Ao contrário, se objetivamos produzir um sentido comum, que possa ser compartilhado com os outros, precisamos ajustar nosso discurso com as coordenadas da tradição.

2. Assim**,** a expressão *direito jurisprudencial*, usualmente utilizada para se referir à regulamentação conferida pela lei a eventuais efeitos vinculatórios produzidos por certo tipo de decisões do poder judiciário, precisava ser submetida a uma crítica hermenêutico-conceitual.

3. Dessa análise crítica, concluiu-se que a expressão *direito jurisprudencial* mostra-se inadequada quando queremos fazer menção à existência da regra do precedente em um sistema jurídico porque ela tende a encarar um tal modelo de fontes de modo similar ou justaposto ao conceito de lei com que operam os juristas continentais. E, dessa forma, "continentalizamos" o sentido da regra do *precedente*.

Além disso, aquilo que vem posto no Novo Código nos arts. 926-928 não deve ser enquadrado como uma modalidade de "direito jurisprudencial", mas, simplesmente, um esforço legislativo para criar maior consistência e previsibilidade às decisões exaradas do Poder Judiciário.

Nesse contexto, considerou-se também ser necessária a superação da ideia de que uma realidade jurídica vinculada ao *common law* seria mais propensa à segurança jurídica proporcionada pela previsibilidade das decisões judiciais do que aquelas vinculadas à tradição romano-canônica, uma vez que, no caso da primeira, os juízes e tribunais estariam vinculados a um dever de respeitar a jurisprudência (*sic*) ao passo que, na segunda hipótese, apesar da vinculação à lei, os juízes e tribunais possuiriam "liberdade interpretativa" (*sic*) para atribuir à legislação o sentido que cada um entendesse mais adequado, levando a uma maior instabilidade institucional e, consequentemente, a uma maior insegurança jurídica.

Esse tipo de argumento é altamente falacioso porque pressupõe que, em um país de *common law*, os precedentes (erroneamente assimilados à jurisprudência) seriam aplicados de forma automática, ou seja, sem interpretação. Troca-se, aqui, a proibição de interpretar a lei, comum à escola da exegese, por uma proibição de interpretar o precedente ou a "jurisprudência" (*sic*).

Um necessário apontamento filosófico: temos que considerar o fato de que a interpretação é um fardo inescapável, como bem demonstra a hermenêutica mais contemporânea. Enquanto seres humanos, somos condenados a interpretar.

Assim, a forma adequada de aumentar a estabilidade decisória e, consequentemente, a segurança jurídica se dá pela busca de decisões fundamentadas de forma adequada e não por uma arbitrária incorporação de mecanismos vinculatórios.

4. Nesse sentido, o disposto no artigo 926, *caput*, bem como no 489, parágrafo 1º., indicam que o novo Código abre um importante horizonte interpretativo quando viabiliza possibilidades de controle intersubjetivo das decisões judiciais, seja por conta da maior proteção conferida à garantia da fundamentação das decisões (prevista no artigo 93, IX da Constituição Federal), seja em face dos deveres de coerência e integridade que determina à jurisprudência dos tribunais.

5. A integridade do direito, na linha da doutrina da responsabilidade política, exige uma decisão que esteja assentada na melhor interpretação possível para o caso. A prestação de contas desse dever ocorre por meio da motivação lançada pelo julgador na decisão que ele exara. Nela deveremos encontrar os indicativos de que a decisão se apresenta como uma peça que, embora seja obra de um espécime particular do gênero humano, com sua própria intencionalidade, pré-conceitos, desejos, paixões, etc., possa espelhar um conjunto de princípios compartilhados por toda a comunidade política.

Por fim, como palavra final, é preciso ter presente que o que será feito daquilo que está posto nos artigos 489 e 926 do NCPC, dependerá, diretamente, do agenciamento de novas estratégias de pesquisa e ensino. Como afirmado neste texto, a revelação dos conceitos jurídicos depende de uma necessário esforço teórico. Tal esforço deverá envolver um maior engajamento de toda a comunidade jurídica, na busca por alguma objetividade. Definitivamente, não podemos agir tal qual os professores e alunos daquele curso de ética uma vez sugerido, ironicamente, por Woody Allen: "O imperativo categórico e seis maneiras de fazê-lo funcionar a seu favor".

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. *Discricionariedade Administrativa e Judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ABBOUD, Georges. CARNIO, Henrique Garbellini. TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. São Paulo: Editora Mandarim, 2000.

CAENEGAM, R. C. Van. *Judges, Legislators & Professors: Chapters in european legal history*. Cambrigde: Cambrigde University Press, 2002.

CALAMANDREI, Piero. Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares. Trad. Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. I processo civil em el derecho comparado: las grandes tendencias evolutivas. Buenos Aires, Europa-América, 1973.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GADAMER, Hans-George. *Verdad y Método.* 12 ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 2007.

GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

JULLIEN, François. *O Diálogo entre as Culturas: Do universal ao multiculturalismo*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

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

STEIN, Ernildo. "A Consciência da história: Gadamer e a Hermenêutica". In: Folha de São Paulo, Caderno *Mais* 24.03.2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.