

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

CELSO HIROSHI IOCOHAMA

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

SÍLZIA ALVES CARVALHO

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

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gagher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Celso Hiroshi Iocohama; Sérgio Henrique Zandona Freitas; Sílzia Alves Carvalho – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-391-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Processo. 3. Efetividade da justiça. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho (GT) de Artigos denominado “PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I” do IV Encontro Virtual do CONPEDI (IVEVC), com a temática “Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities”, promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), Sociedade Científica do Direito no Brasil, e apoio institucional de importantes centros de ensino dos Estados Unidos (Widener University Delaware Law School), Espanha (Universidad de Alicante) e Itália (Università degli Studi di Perugia), em conexão com a Escola de Ciências Jurídicas e Sociais e o Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da UNIVALI/SC, assim como do Mestrado Profissional em Direito da UFSC, em evento realizado entre os dias 09 e 13 de novembro de 2021, de forma telepresencial, com a utilização da Plataforma ConferênciaWeb RNP, tendo em vista o momento mundial de pandemia e isolamento social imposto pelo COVID19.

Trata-se de publicação que reúne artigos de temáticas diversas atinentes ao Direito processual, apresentados, discutidos e debatidos pelos autores, pesquisadores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho. Compõe-se de textos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação e graduação, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes.

Assim, a coletânea reúne uma gama de artigos que apontam questões jurídicas relevantes na sociedade contemporânea, todos com olhos e vinculados ao Estado Democrático de Direito.

Os artigos apresentados se caracterizaram pelo tratamento do direito processual civil, da jurisdição e da efetividade da justiça a partir da aplicação prática do direito. Os problemas das pesquisas estão relacionados com a segurança jurídica, com a celeridade processual e com efetividade da justiça. Assim, pode ser destaca a abordagem a respeito do sistema probatório, da duração razoável do processo, da *ratio decidendi*, do acesso a justiça, do modelo de “desjudicialização” dos conflitos e questões a respeito dos precedentes.

Observa-se o compromisso com a metodologia como o meio para assegurar que as pesquisas qualitativas alcancem a excelência quanto ao tratamento do problema objeto do trabalho, e, a validade das conclusões apresentadas.

O estudo a respeito do sistema probatório envolve a questão da prova ex officio e do princípio da isonomia das partes no processo, bem como questões relacionadas ao sistema de precedentes sob a perspectiva de Ronald Dworkin, tendo em vista o livre convencimento racional do juiz.

A técnica da distinção foi abordada sob o ponto de vista de hard cases, tendo como aspecto de análise a atuação do Tribunal Constitucional alemão em relação a casos que envolve a liberdade religiosa. Os precedentes são estudados, ainda, em relação à sua vinculação e a fundamentação das decisões.

O acesso à justiça é estudado sob o ponto de vista dos juizados especiais, dos métodos alternativos de resolução de conflitos, da administração da justiça pelos cartórios, principalmente. Destaca-se a consensualidade tratada a partir dos negócios jurídicos processuais, da cooperação jurídica, da autonomia privada das partes e da ética discursiva, na concepção de Habermas.

A definição pelo Conselho Nacional de Justiça-CNJ de resoluções que definiram a política pública de prestação jurisdicional durante a crise sanitária da COVID 19, é considerada quanto à inclusão digital, sendo analisada o caso em Manaus.

Trata-se do abuso de litigar observado em casos de processos “simulados”, lides de massa, inclusive envolvendo a inscrição em órgãos de proteção do crédito. Neste ponto, é relevante a discussão sobre a possibilidade de se estabelecer limites ao direito de ação, remetendo-se as alterações na execução em Portugal.

Aborda-se a complexidade que envolve a segurança jurídica a partir do estudo do Lawfare, tendo em vista os excessos cometidos no âmbito do poder judiciário como meio de alcançar fins não jurídicos, como restrições à liberdade de imprensa. As funções jurisdicionais do juiz criminal no Estado democrático de direito são consideradas sob o ponto de vista da pessoa “comum”, considerando-se o indivíduo e sua possível vulnerabilidade social, econômica e cultural.

A diversidade dos trabalhos e a complexidade dos estudos apresentados nesse GT demonstra que o Código de Processo Civil de 2015 está exigindo árduos esforços hermenêuticos a fim de assegurar que os objetivos que levaram à sua elaboração, promulgação e aprovação sejam realizados praticamente com uma prestação de justiça mais eficiente e eficaz.

Sem dúvida, esta publicação fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do Direito compreendam as múltiplas dimensões que o mundo contemporâneo assume na busca da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica, multifacetada e de consenso.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e, em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, com destaque pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à concretização de preceitos insculpidos no Estado Democrático Constitucional de Direito.

21 de novembro de 2021.

Professor Dr. Celso Hiroshi Iochama

Docente da Universidade Paranaense - UNIPAR

celso@prof.unipar.br

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

Coordenador e Docente Permanente do PPGD e do PPGMCult da Universidade FUMEC e do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP)

sergiohzf@fumec.br

Professora Dra. Sílzia Alves Carvalho

Docente da Universidade Federal de Goiás

silzia.ac@gmail.com

SEGURANÇA JURÍDICA VS ENTROPIA: OS PRECEDENTES COMO ORDENADORES DO SISTEMA JURÍDICO.

LEGAL SECURITY VS ENTROPY: THE PRECEDENTS AS ORDERING THE LEGAL SYSTEM.

João Ricardo Holanda Do Nascimento ¹
Francisca Carolina Pessoa Bezerra

Resumo

O ordenamento, conjunto de normas tendentes a buscar segurança a partir da contribuição das atividades dos legisladores e julgadores, capazes de medir a sua complexidade, se afasta da ideia de estruturação hierárquica de Kelsen. A capacidade de influência na complexidade do Direito, sugere um modelo sistêmico. O presente texto analisa as teorias sistêmicas, influenciadas pelo modelo de Le Moigne. Apresentar-se-ão os precedentes como mecanismo que possibilita um círculo de construção hermenêutica e fundamentação, uma contensão da entropia natural do sistema jurídico. Partindo de pesquisa bibliográfica, analisar-se-ão casos concretos onde a utilização de precedentes no Brasil gera desordem no sistema jurídico.

Palavras-chave: Segurança jurídica, Teoria dos sistemas, Precedentes judiciais, Entropia, Fundamentação como coerência

Abstract/Resumen/Résumé

A set of norms tending to seek security from the contribution of the activities of legislators and judges, capable of measuring its complexity, moves away from Kelsen's idea of hierarchical structuring. The ability to influence the complexity of law suggests a systemic model. This text analyzes systemic theories, influenced by Le Moigne. The precedents will be presented as a mechanism that enables a circle of hermeneutic construction and foundation, a containment of the natural entropy of the legal system. Based on bibliographical research, specific cases will be analyzed where the use of precedents generates disorder in the legal system.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal security, Theory of systems, Judicial precedents, Entropy, Rationale as coherence

¹ Mestre em Direito pelo Centro Universitário Christus. Professor do Curso de Direito da Faculdade Luciano Feijão.

INTRODUÇÃO

Na legislação brasileira, a licença-paternidade está positivada no art. 208 da Lei nº 8.112/90, como sendo em 05 (cinco) dias e o executivo, por meio do Decreto nº 8.737/2016, ao estabelecer o programa de prorrogação desta licença, nos moldes da Lei nº 11.770/2008, prolongou a licença que antes era de 05 (cinco) dias para mais 15 (quinze) dias, ou seja, o servidor público federal que for pai, adotar ou obter guarda judicial para adoção de criança no Brasil, terá direito a 20 (vinte) dias de licença-paternidade, conforme os preceitos legais.

Com relação à licença-maternidade, a legislação vigente sobre o caso, por meio da mesma lei que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, em seu art. 207, prevê o prazo de 120 (cento e vinte) dias de licença, conforme a Constituição Federal dispôs. Contudo, também por meio de um programa de prorrogação, positivado no Decreto nº 6.690/2008, em seu art. 2º, § 3º, inciso I, alínea “a”, foi expandido o prazo por mais 60 (sessenta) dias, totalizando o tempo de licença das genitoras para 180 (cento e oitenta) dias.

Imaginemos que um servidor público federal fosse a juízo demandar a equiparação de sua licença paternidade nos moldes da licença maternidade, utilizando como única argumentação o fato de estar na expectativa de ser pai de gêmeos univitelinos. Tal pedido tem a mínima expectativa de prosperar?

Como dito acima, a legislação brasileira diferenciou os dois institutos, por razões de política, tipificando os dois institutos e dando publicidade às normas que versam sobre o caso, gerando, desse modo, uma expectativa X aos servidores públicos.

Ocorre que nesse caso específico, o Juízo da 1ª Vara Federal e Juizado Especial Federal de Florianópolis/SC concedeu a extensão da licença-paternidade de servidor público federal pelo mesmo período concedido por via de licença-maternidade, por ser pai de filhas gêmeas. Ademais, condenou a União ao pagamento dobrado do valor referente ao auxílio-natalidade, considerando a inconstitucionalidade incidental do art. 196, § 1º da Lei 8.112/90.

Na visão do direito como sistema de Greco, o juiz “pode contribuir para o aumento da complexidade do sistema jurídico, e conseqüentemente, para o crescimento da insegurança” (2015, p. 86) de três formas. Uma dessas formas é quando profere decisão judicial além dos limites previstos em lei.

No caso em liça, a juíza, apesar de reconhecer os limites legais, não os seguiu, produzindo uma norma jurídica de caráter individual que obrigou a União a fazer algo que não está previsto em lei, ou seja, disponibilizar cento e oitenta dias de licença a um pai de gêmeos,

determinando o pagamento pela união do valor integral do que será desembolsado, por exemplo, para a mãe desses gêmeos, a título de licença-maternidade.

Vislumbra-se que a decisão modificou, para o caso concreto, uma questão de política estatal, posto que a União, pela legislação vigente, já tem a ciência de quanto deve desembolsar quando da paternidade de seus servidores públicos. Ou seja, o sistema já dá uma resposta a esse tipo de conflito e, não tendo sido levantadas questões éticas ou morais, o caso não se apresenta, portanto, como um *hard case*¹, podendo ser identificada como um exemplo de discricionariedade judicial.

Assim, decisões que não observam os mandamentos legais, causam insegurança jurídica, para Greco, posto que a União passa a não ter mais a certeza de que o “conjunto de obrigações a que está sujeita encontra-se contido em lei, podendo ser surpreendida, a qualquer momento, por uma decisão judicial que lhe imponha nova obrigação, não prevista em lei”. (GRECO, 2015, p. 86).

O conflito acontece por que o juiz do caso inova no ordenamento jurídico, tal qual fosse fonte de normas primárias de obrigação, no conceito de Hart (2009), gerando um maior nível de entropia no sistema jurídico.

O presente trabalho se preocupa em analisar a teoria de Rodrigo Greco, que apresenta o Direito como um sistema, o qual tende à entropia natural, a fim de identificar como algumas atividades jurisdicionais podem contribuir para uma maior desordem do sistema.

Ademais, analisar-se-á a figura dos precedentes, não somente como parte integrante do direito processual, mas por uma visão de teoria do Direito, na medida em que são utilizados e observados sob um contexto de respeito à integridade, coerência e sob uma vertente democrática, podem representar no sistema jurídico uma forma de conter a entropia natural do sistema, no sentido de promover a segurança jurídica, com foco em seu caráter substancial.

Ainda, o presente trabalho se propõe a analisar a segurança jurídica como uma função do sistema judicial voltada aos jurisdicionados e à população no geral e nos motivos pelos quais ainda, no Brasil, há decisões judiciais que, em vez de diminuir a entropia do sistema, corroboram com uma maior insegurança jurídica, seja indo de encontro à legislação vigente – de forma discricionária, seja direcionada a um caminho diverso ao sobreposto pelos precedentes vigentes, sem que sejam diretamente desafiados com a argumentação necessária.

Desse modo, a utilização de precedentes pode ser um mote para que os juristas corroborem ou para uma maior desordem ou, na perspectiva da abordagem que será realizada,

¹No sentido exposto por Ronald Dworkin na obra “Levando os direitos a sério”.

de precedentes como princípios, para que seja retraída a tendência natural de sua entropia, sob uma perspectiva da modelização de Le Moigne que, segundo Greco (2015, p. 16), permite a reunião em um só modelo dos aspectos internos e externos do sistema jurídico, e que ela permite uma análise da estrutura do sistema jurídico sob um ponto de vista dinâmico.

2 O DIREITO COMO SISTEMA

Em sua obra intitulada “Direito e Entropia”, Rodrigo Greco tem como um de seus principais objetivos analisar de que modo as alterações na estrutura do sistema jurídico podem contribuir ou afetar na capacidade que o Direito tem de prover segurança jurídica aos jurisdicionados. Nessa vertente, o presente trabalho analisa os precedentes como uma forma de atuação dos juízes que, em sendo utilizada na perspectiva de coerência e integridade, podem contribuir para conter a desordem natural do sistema.

Nesse sentido, afirma ser a segurança jurídica uma finalidade comum a todo sistema jurídico e, diante de tal constatação, tem o objetivo de atribuir uma relação de causa e efeito entre as alterações do sistema e essa finalidade do sistema jurídico.

No presente trabalho, a utilização da palavra “segurança jurídica” não vai ser realizada de modo a identificá-la como sinônimo de previsibilidade, mas como coerência e integridade, nos moldes apresentados por Lopes Filho (2016), de forma a sugerir uma perspectiva democrática do termo, na visão de Dworkin (2012).

Isso quer dizer, em síntese, que a previsibilidade não pode, por si só, representar segurança jurídica plena, posto que tanto as regras, como os precedentes possuem textura aberta, na visão de Hart em seu Conceito de Direito. Portanto, determinadas situações podem gerar a incerteza do intérprete o que, sem a análise coerente dos precedentes, por exemplo, pode levar a uma discricionariedade que é sinônimo de imprevisão. Sobre essa análise, Lopes Filho (2016, p. 119) comenta que “Em outras palavras: caso se tente buscar a ilusão exegética de previsibilidade (se “f”, então “c”), o próprio positivismo normativista já se encarregou de mostrar sua inviabilidade”.

Greco apresenta em sua obra a modelização sistêmica formulada por Le Moigne, da qual se extraem modelos de representação de relação entre o modelo e o objeto que podem existir por meio de três tipos de correspondência. O modelo de correspondência que interessa ao trabalho é o que ele propõe para que uma modelização sistêmica possa ser viável, qual seja,

um modelo que seja: “homomorfo² do objeto de análise e, ao mesmo tempo isomorfo³ do sistema geral” (GRECO, 2015).

Quanto ao meio circundante, identifica que os sistemas podem ser identificados como fechados, quando não há troca com o meio circundante ou abertos, quando, ao contrário, existe a troca de experiências com o meio. Tais trocas, efetuadas na perspectiva de modelos abertos, podem ser energia, matéria e/ou informação. Assim, como o sistema jurídico é “um subsistema normativo dos sistemas sociais” (Greco, 2015, p. 16), são considerados como abertos, trocando a todo instante, informações com os outros elementos dos sistemas sociais.

Tais entradas, para Greco (2015, p. 40), são “fatos e valores”, o que pode se analisar em uma perspectiva atual, por intermédio dos meios de comunicação em massa, redes sociais e manifestações sobre determinado assunto, além das próprias características intrínsecas dos interpretes ou legisladores quando da análise ou produção de normas.

As entradas deverão ser digeridas pelo sistema, de modo que possam se tornar, *a posteriori*, saídas do sistema, por normas ou decisões judiciais. Note-se que um sistema pode ser considerado como coerente quando as entradas forem integralmente analisadas. Quando as entradas ou informações no sistema são ignoradas, o nível de entropia do sistema tende a aumentar de tal forma, que os resultados do processo de sistematização, ou seja, as saídas, não serão suficientes para manter o funcionamento adequado do sistema.

Assim, as informações externas como entradas no sistema podem possuir entropia negativa, ou seja, gerar o mínimo de desordem para o sistema, portanto, detém a capacidade de ordenar o sistema. Para Greco (2015, p. 36) “essa exterioridade aliada à entropia negativa da informação é o que permite ao sistema jurídico ordenar a sociedade, ao mesmo tempo em que é ordenada por esta”.

Na ideia proposta, as informações externas que se tornam entradas ao sistema jurídico, ao serem observadas de modo a corroborar com a formação das respostas dadas pelo sistema ao meio externo, serão consideradas como uma forma de conter a entropia (desordem) natural, tendência comum aos sistemas.

Nessa proposta, pode-se considerar que as entradas (informações) recebidas pelo sistema jurídico já corroboravam há algum tempo para que a decisão do STF, em meados de

² O termo homomorfismo é atribuído por Greco, numa explicação sobre a modelização de Le Moigne, quando “cada elemento do modelo corresponde a um conjunto de elementos do objeto, sem que a recíproca seja verdadeira, ou seja, sem que cada elemento do objeto corresponda a um conjunto de elementos do modelo”

³ Isomorfo, para Greco é: “quando cada elemento do modelo corresponde a um só elemento do objeto e, reciprocamente, cada elemento do objeto corresponde a um elemento do modelo”.

2011, na ADI 4277 e na ADPF 132, fossem no sentido de reconhecer a união estável para casais do mesmo sexo. Vê-se que a decisão se tornou precedente no Direito brasileiro, posto o ganho hermenêutico adquirido no caso.

Quanto à estrutura do sistema jurídico, ainda sob o prisma a teoria de Le Moignee, Greco aduz que as relações de conexão entre os elementos do sistema podem ser de abertura, como propõem Kelsen e Alf Ross, dotando o sistema de estrutura linear/hierárquica, com uma lógica vertical ou de fechamento, seguindo uma lógica horizontal, a partir da qual o sistema pode adquirir uma forma de rede, na qual não há hierarquia entre os elementos.

O autor identifica as estruturas apresentadas, fechadas e em rede, como dois extremos e que entre eles há uma possibilidade de estruturação a qual o sistema jurídico estaria melhor identificado, qual sejam as hierarquias enredadas ou entrelaçadas, que seria um meio termo entre os polos distintos entre as referidas ideias.

Nessa espécie de estruturação, a hierarquia pode ser identificada, porém, com a existência conjunta de elementos que podem subvertê-la ou relativizá-la, trazendo como exemplo a atuação jurisdicional no controle de constitucionalidade, previsto na Constituição Federal de 1988.

Quanto à entropia e a relação com as espécies de sistema, Greco inicialmente confere o conceito de entropia como sendo “a medida da desordem de um sistema. Quanto maior a entropia, maior é o grau de desordem de um sistema” (2015, p. 58). Ademais, afirma a tendência dos sistemas de serem desordenados, o que gera certo grau de instabilidade constante.

No entanto, suscita que um sistema fechado tende a apresentar o crescimento de entropia, até que o sistema esteja completamente equilibrado, o que ocorrerá quando a desordem é máxima, ou seja, o sistema fechado, nesse momento, se tornará estável, posto que não haverá mais variação de entropia.

Com os sistemas abertos, não será diferente, a desordem também é característica natural de sua formação, contudo, a sua abertura, ao possibilitar as trocas de informações com o meio circundante, possibilitam que o sistema seja direcionado a uma ordenação ou pelo menos para uma diminuição da entropia natural. Importa observar que somente haverá essa possibilidade (ordem) quando a intensidade da entropia negativa trocada com o meio circundante é maior que o aumento da entropia interna.

Dessa forma, Greco admite a possibilidade de ordenação de um sistema, quando este for aberto e quando possa trocar entropia negativa com o meio, com força maior que a variação da sua entropia positiva interna. Em suma, o sistema precisa receber a maior quantidade

possível de informações externas que possam conter a entropia, de modo que esta, internamente, vá perdendo força.

Quando o autor menciona a ideia de entropia ligada ao sistema jurídico, constata que as suas estruturas não são formadas de forma natural, mas são produtos de trocas efetuadas pelo meio circundante e o sistema jurídico. Desse modo, utiliza a teoria positivista normativista de Hart, para sugerir que deve haver um fator externo capaz de estruturar o sistema e trocar entropia negativa, que seriam as normas secundárias, definidas por Hart (2009). As normas secundárias seriam um subsistema do sistema jurídico que é composto pelas normas primárias.

Seguindo o sentido da ideia apresentada por Greco, o presente trabalho irá analisar os precedentes como um subsistema também capaz de trocar entropia negativa com o sistema jurídico, a fim de estruturá-lo com o mínimo de entropia possível.

Isso se torna viável, considerando que o autor analisa as causas da insegurança jurídica sob uma perspectiva que para se ter uma maior segurança jurídica, o sistema jurídico depende não somente da atividade proveniente do legislador, mas sobretudo, da atividade jurisdicional.

Ao apontar o destaque para a responsabilidade dos legisladores e juízes quanto à ordenação do sistema, o autor chega a um ponto crucial para a abordagem do presente trabalho, qual seja o estudo sobre as três formas pelas quais os juízes contribuem para o aumento da complexidade do sistema e, como consequência a um maior nível de entropia, quais sejam: 1. Quando declara a inconstitucionalidade de uma lei - nesse tópico fica claro que o legislador critica o controle de constitucionalidade na forma como é aplicado no Brasil; 2. Quando decide além dos limites previstos na lei aplicável ao caso concreto; 3. Quando decide de forma contrária à jurisprudência dominante.

Para a presente abordagem, interessa mais e se dará mais ênfase, por consequência, ao terceiro tópico, onde há uma influência judicial para a causa de maior entropia, quando decide questão divergente aos precedentes firmados anteriormente. O que se defenderá é que sim, pela estrutura sistêmica do ordenamento jurídico, os precedentes firmados poderão ser vencidos, contudo, após uma análise hermenêutica acerca de seus pressupostos e, no caso de um desafio ser forte o suficiente para lhe fazer padecer perante o caso concreto, ele poderá ser vencido por outro posicionamento.

Portanto, como dito alhures, se a proposta fosse defender segurança jurídica meramente como previsibilidade do direito, não poderia ser admitida uma decisão que contrariasse precedente formado. Contudo, sob a visão de precedentes como coerência e integridade, se privilegia a força substancial do precedente. Se esta for consonante com as

entradas no sistema, ainda persistirá no ordenamento, até que haja desafio hermenêutico suficiente para que seja vencido.

Nesse sentido, Greco (2015) defende como uma possível solução para a insegurança jurídica de origem estrutural, a limitação da liberdade do juiz de decidir em contrariedade à jurisprudência dominante, por meio de algum mecanismo pelo qual tais decisões pudessem ser invalidadas pelos tribunais, perante recurso.

Importante ressaltar que o Código de Processo Civil de 2015 já trouxe mecanismos de limitação dessa liberdade judicial, mormente quanto ao texto do art. 289, § 1º, que exemplifica algumas situações nas quais uma decisão judicial deve ser considerada como não fundamentada, como quando se limita a ‘invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes, nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos’, texto retirado do inciso V do referido dispositivo, que corrobora com a perspectiva de obrigatoriedade de extensa fundamentação quando da utilização ou não de precedentes.

Ademais, por meio do princípio da coerência, já se faz necessária uma análise mais detalhada dos precedentes por parte dos julgadores, repete-se, não para que sejam cumpridos ou reproduzidos de forma indiscriminada, mas para que sejam analisados, inclusive, em problemas complexos, como argumentos para não os utilizar nos casos concretos, em uma disputa hermenêutica e argumentativa sobre sua aplicação, conforme será destacado no tópico que segue.

3 OS PRECEDENTES JUDICIAIS: UTILIZAÇÃO COERENTE E ÍNTEGRA COMO CONTENSÃO DA ENTROPIA NO SISTEMA JURÍDICO

Muito ainda se discute entre as doutrinas vigentes no país sobre o significado do termo precedentes judiciais, mormente quanto à sua utilização e sua criação. Se sua criação se dá em toda e qualquer decisão judicial, se são retirados de que tópico da decisão e se podem ter força tão somente formal, numa perspectiva hierárquica, ou substancial, carecendo, nesse caso, de ser analisada a fundamentação daquele *decisum*.

Inicialmente, observa-se que as decisões judiciais, por meio da fundamentação ali utilizada para se chegar a determinada decisão, tendem a gerar elementos vinculantes à decisão do caso em liça, pelo qual devem se basear os próximos julgadores que se depararem com casos semelhantes e quiserem utilizá-lo como paradigma.

A *ratio decidendi* é esse núcleo vinculante da decisão, é a resposta judicial ao desafio proposto pelas partes, que deverá conter a construção da argumentação pela qual se chegou àquela definição do direito. Tudo o mais, ou seja, a parte marginal da decisão, não deverá ser observada com obrigação de observância e é conceituada como *obiter dicta*. Como distingue Lopes Filho em sua teoria “*ratio decidendi* é o núcleo vinculante, a parte relevante do julgamento, o qual será aplicado no futuro; já *obiter dicta* são comentários colaterais que não obrigam os casos futuros”. (LOPES FILHO, 2016, p. 166).

O desafio, contudo, se perfaz quanto à definição do que pode ser considerado como *ratio* e *obiter* em uma decisão. Contudo, essa determinação não pode ser realizada pela própria autoridade judicial que inseriu a decisão no ordenamento, sob pena de os julgadores poderem predeterminar a força de uma decisão, gerando várias normas a serem observadas *a posteriori*.

Essa visão de predefinição dos precedentes corresponde a um viés positivista, contudo, o núcleo central do precedente não pode ser considerado um ato de vontade do emissor da decisão. Deve ser uma construção na qual a importância da decisão no ordenamento jurídico vai se firmando. A *ratio* é muito mais o que os próximos julgadores extrairão da decisão como importantes para as decisões posteriores, do que uma definição preconcebida pelo emissor.

Isso ocorre por que o positivismo normativista ainda está enraizado no Direito brasileiro com muita força, como menciona Lopes Filho (2016, p. 137): “No nível da estrutura profunda, própria da teoria do Direito e da ideologia, o positivismo normativista ainda se faz forte, justamente porque a base ontológica o sustenta”. Desse modo, boa parte do pensamento sobre precedentes, descrita sem o aprofundamento filosófico das teorias do Direito, inevitavelmente se voltam para uma ideia positivista, por vezes até com viés exegético em seu uso e aplicação.

Analisando a recorrente utilização dos precedentes sem o aprofundamento teórico necessário para o melhor entendimento acerca de seus alicerces, Lopes Filho previu a instabilidade nas instituições brasileiras a partir dessa visão repetitiva e ordenada de forma hierárquica, que se atenha tão somente com o texto legislativos e enunciados, corroborando-se para tanto as modificações de entendimentos jurisdicionais no país, que se reverberam não só no âmbito da justiça de 1º grau, mas principalmente, nas decisões colegiadas dos tribunais superiores:

A instabilidade institucional será imensa, pois, em se calcando o conhecimento sobre precedentes em uma dogmática jurídica preocupada apenas com o texto legislativo e os enunciados pretorianos, sem cabedal teórico bem construído, bastarão modificações simplórias em poucas palavras de códigos e leis específicas, e mesmo uma bem conduzida modificação de orientação jurisprudencial – bastante corriqueira

no País – para que tudo seja alterado e reavaliado com o deletério efeito retroativo. (LOPES FILHO, 2016, p. 138).

Ao tecer críticas sobre essa visão, Lopes Filho aduz que o núcleo central do precedente “é uma elaboração pretoriana que se aperfeiçoa *a posteriori*, por decisões seguintes, que extraem a *ratio decidendi* do caso”. Assim, reconhece Lopes Filho que “é comum haver mutação da *ratio* de um precedente ao longo do tempo, ou a inversão entre *ratio edictum*”. (LOPES FILHO, 2016, p. 167).

O precedente será objeto de construção de sua definição, a partir do que os próximos julgadores irão extrair da fundamentação contida nele, de modo a terem como referência, como uma espécie de âncora, na perspectiva de Kahneman (2011, p. 155).

Sobre a evolução do precedente e o chamado efeito da ancoragem da psicologia experimental (KAHNEMAN, 2011, p. 153), quando se resolve uma demanda cuja discussão provocava uma incerteza (ou entropia) no sistema jurídico, a partir do momento que o julgado passa a ser observado em demandas semelhantes, igualmente buscando conter a entropia do ordenamento jurídico, tais decisões vindouras, que servirão para moldar o precedente, tendem a evoluí-lo, aperfeiçoando-se como um precedente capaz de suprir aquela determinada lacuna.

Ou seja, o julgado que inovou no ordenamento jurídico em um caso concreto, ao ser observado como uma espécie de âncora (na perspectiva acima delineada), tende a gerar decisões futuras sobre o mesmo caso que tenderão a construir a sua força no ordenamento, identificando, portanto, seu elemento vinculante e o que não será observado como tal, *ratio* e *dictum*, respectivamente.

Contudo, a buscar pelo elemento do precedente que poderá ser vinculante é também objeto de discussão na doutrina. Os autores positivistas, sobretudo os influentes na Europa continental (LOPES FILHO, 2016, p. 179), por decorrência do positivismo normativista, insistem em dar ênfase a alguma norma que possa ser retirada do julgamento.

No entanto, muitos doutrinadores do *commomlaw* como Goodhart e Oliphant corroborar com a noção de construção da ideia de elemento vinculante do precedente, este último, conforme descreve Lopes Filho (2016, p. 179), propõe que a *ratio* é fruto da resposta aos estímulos recebidos pelo julgador. Ou seja, o precedente que deverá ser objeto de observância nos casos futuros, se extrairá tão somente da resposta que o julgador emitiu, a partir do que lhe retirou a inércia. Os fatos subjacentes a isso, serão considerados como elementos não centrais, ou melhor dizendo, como *obter dicta*.

Na perspectiva proposta pelo presente trabalho, portanto, se um intérprete, ao se dispor a utilizar determinado precedente em sua decisão, colher fatos adjacentes ao pedido das partes,

a partir das quais o juiz do caso paradigma expediu sua resposta, a fim de fundamentar a utilização do precedente, pode-se afirmar que não se empregando um bom uso dos precedentes. Uma decisão argumentada em um precedente, sem fundamentação ou que não observou seu elemento central para o julgamento, é sem dúvidas, um instrumento que ajudará a elevar a entropia do sistema jurídico.

Verificado o elemento da decisão que deverá ser observado quando da análise do precedente nos casos futuros, resta analisar qual o peso ou definição de norma possível para os precedentes no ordenamento jurídico, se como regras hierárquicas que devem ser cumpridas em um sistema de tudo ou nada, se numa perspectiva principiológica de construção da argumentação para se chegar a um melhor objetivo ou como uma alternativa a estes.

Pelos argumentos utilizados para se verificar a subdivisão entre *ratioe dicta*, vislumbra-se que uma posição normativa do precedente não seria razoável se pudesse ser observada como regra, no sentido de tudo ou nada, posto que a própria força do precedente e a sua verdadeira importância no ordenamento jurídico se dá na construção e na interpretação nos casos futuros e não simplesmente com a sua observância, somente pelo fato de estar definido anteriormente ou por corte hierarquicamente superior.

Para Lopes Filho “dizer que a *ratio* de um precedente é uma norma é afirmação incompleta, pois ainda carente de determinação de que espécie seja. Deve-se investigar se o precedente se aplica no tudo ou nada ou comporta alguma espécie de gradação ou ponderação com outros precedentes”. (LOPES FILHO, 2016, p. 181).

A visão aqui exposta é a de que os precedentes, posto de caráter construtivo, não poderão ser utilizados como uma regra. Quando da análise de precedentes, não há uma obrigação formal de utilização do precedente, mas uma obrigação de considerá-lo, mesmo que para desafiá-lo, nas hipóteses previstas, o que pode ser um fator mais tendente a aproximá-los da figura de princípios.

Mas como refutar o fato de os princípios serem tidos como regras, se falamos constantemente em um efeito vinculante deste? Nesse sentido, Lopes Filho:

Ocorre que quando se menciona efeito vinculante de um precedente, e se entende que sua desconSIDERAÇÃO pode mesmo configurar infração administrativa, põe-se que a questão em um tudo ou nada, típico de uma regra. É possível afirmar, entretanto, que, em verdade, o mais comum é que a expressão normativa do precedente se dá por princípios e não regras, justamente porque seu uso posterior não obedece à sujeição plena típica de regra, como se verá”. (LOPES FILHO, 2016, p. 182).

Portanto, para que tenha aplicabilidade um sistema de precedentes, se perfaz necessária uma análise mais complexa de precedentes, da direcionada pelos positivistas normativistas, nesse sentido, Motta e Ramires, ao analisarem a teoria de Dworkin para precedentes defendem que:

Para funcionar minimamente, um sistema de aplicação de precedentes deve ter em conta a distinção entre texto e norma ou mais especificamente, a percepção de que o sentido de um precedente não se esgota com o sentido que lhe imprimiu o julgador que o decidiu (...). Dworkin pressupõe que os operadores jurídicos saibam que a força de um precedente não pode se esgotar em uma fase particular (Motta e Ramires, p. 106).

Ainda nessa linha de raciocínio voltada à concepção de precedentes como uma construção hermenêutica e sua força sendo gravitacional à medida em que analisados, Maués aborda a versão dworkiniana para refutar que uma mera decisão que reproduz outra anterior e/ou superiormente hierárquica, possa respeitar a coerência e a integridade no sistema jurídico:

Por essa razão, Dworkin (1999, p. 263-264) destaca que a integridade não deve ser confundida com a consistência (consistency), que significa simplesmente tratar igualmente os casos iguais. Para o autor, a consistência exige que uma instituição repita rigorosamente suas decisões políticas passadas, enquanto a integridade requer que os padrões normativos (standards) da comunidade sejam constantemente elaborados e compreendidos de maneira a expressar um único esquema coerente de relação entre justiça e equidade. (MAUÉS, 2012, p. 21).

O presente trabalho analisa os precedentes não como uma hipótese de garantir previsibilidade, como se isto representasse, por si só segurança jurídica, na visão de Bustamante (2016), como inclusive delineado alhures, mas sim na perspectiva de “ganho hermenêutico, integridade e coerência sistêmica” (Lopes Filho, 2016, p. 184).

Converge nesse sentido, Maués, ao analisar a aplicação de precedentes sob a perspectiva da teoria de Ronald Dworkin, na perspectiva da integridade da aplicação dos precedentes:

A concepção da integridade, portanto, nos convida a interpretar os precedentes buscando os princípios morais que os fundamentam, a fim de decidir se eles devem ou não se aplicar ao caso atual. Ela não exige que as decisões passadas sejam repetidas, sob o argumento de que casos iguais devem ser tratados igualmente. Se um precedente não se fundamenta em princípios, ele não deve ser aplicado, do mesmo modo que são os princípios que nos permitem identificar se as diferenças entre os casos devem ser consideradas relevantes ou não. A integridade oferece razões para que o precedente seja mantido se não houver nenhum princípio que venha a ser violado quando de sua aplicação ao caso, da mesma forma que ela justifica a distinção entre os casos e a não aplicação do precedente em razão de um princípio cuja aplicação ao caso atual seja mais coerente com o conjunto do sistema jurídico do que a aplicação do princípio pressuposto nos casos anteriores. (MAUÉS, 2012, p. 23).

O ganho hermenêutico não é decorrente apenas de qualquer decisão jurídica sobre um caso, mas deverá legitimar a decisão por meio de elementos que enriquecem sua argumentação,

ou seja, poderá advir de uma construção da decisão judicial baseada nos argumentos pelos quais o julgador fora tensionado, oriundos das partes processuais, até mesmo como respeito a uma teoria constitucional de processo (COUTINHO, 2012) como afirmam Motta e Ramires:

É assim que não basta que a decisão jurídica esteja correta no seu resultado; a decisão deve, também, legitimar-se a partir da resposta aos argumentos dos interessados. A partir da leitura moral das cláusulas constitucionais que tratam do processo (em especial, as cláusulas do devido processo legal e do contraditório), pode-se justificar a conclusão de que, nos quadros de um Estado Democrático de Direito, as exigências do autogoverno (dito num nível mais abstrato: exigências de autonomia e da dignidade) fazem com que as decisões jurídicas devam ser construídas em conjunto com os interessados no seu resultado; e que, para tanto, deve-se garantir a participação destes no processo de resolução das questões que os atingem (MOTTA E RAMIRES, p. 101).

Como um ganho hermenêutico, o precedente não deve ser vislumbrado apenas como uma norma, mas como a sua aplicação no meio, que pode se manifestar em outros aspectos, além do normativo. Na visão sistêmica do ordenamento jurídico, ora estudada, os precedentes como um ganho hermenêutico de fundamentação e coerência de suas premissas, poderão ser tidos como freios à entropia natural do sistema.

Esse ganho hermenêutico é característica que se observa nas decisões posteriores ao julgado, este que, por sua vez, pode advir de uma análise fundamentada e influenciada também pelas entradas recebidas por meio de informações, estas representadas, em uma sociedade atual considerada para além da modernidade (BAUMAN, 2001), por diversos emissores, como a mídia, as redes sociais, a comunidade jurídica e etc.

Quando essas decisões não observam as entradas provenientes dos seus emissores, as saídas do sistema ficam sensivelmente comprometidas, podendo ser as causadoras de uma maior frequência de entropia no sistema. Essa entropia ou maior desordem no sistema pode ser representada pelo fato de que alguns julgados não possuem *workability* termo que pode ser conceituado como uma força de trabalho posterior do precedente, uma viabilidade no sistema jurídico de ser observado. Sobre o tema, ensinam Jackson e Tushnet:

Another factor in calculating disruption is the workability of the precedent. Workability requires factual determination, if the mandated action or inaction is doable, as well as a doctrinal assessment of a precedent's traction in subsequent case law. (JACKSON. TUSHNET, 2017, p. 212).

Ao analisarem a *workability* dos precedentes quando tidos como um padrão a ser seguido, numa perspectiva contrária à de precedente como regra, os autores verificam que essa força de trabalho será observada quando puder trazer unidade ao sistema:

When the precedent resembles a standart, its doctrinal traction will depend on the extent to wich it holds the doctrine together, that is, to the degree of unity it brings to subsequent doctrinal developments. The precedents binding the snyder court

regardind the protection of speech in matters of public importance easily pass the workabilty threshold at both the factual and doctrinal levels. (JACKON. TUSHNET. 2017, p. 213).

Foi o caso, por exemplo, do julgamento proferido pelo plenário do Supremo Tribunal Federal na ADI 4983, que declarou inconstitucional lei estadual do Ceará que regulamentou a vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado. Além da má utilização dos precedentes analisados pelos ministros do caso, o que não é o objeto do presente trabalho, há um ponto determinante para verificar a força que esse julgado externou no sistema jurídico.

Ao que parece, as entradas no sistema não foram fortes o suficiente para formar base ao julgado, de modo que as reações contrárias à decisão, que considerou a vaquejada como prática cruel aos animais - analisando os precedentes da rinha de galo e da ferra do boi, de forma equivocada - formaram desafios tão fortes ao julgado, que o infirmaram, a ponto de não ter se constituído como precedente, inclusive, tendo sofrido *backlash* legislativo, denominação utilizada para uma superação de jurisprudência pelo legislativo, ou em uma mais aprofundada denominação dada por Lopes Filho e Cidrão (2018): “(...) é a maneira pela qual a comunidade política reage a decisões judiciais consideradas vanguardistas em demasia, ao ponto de romper com a linha de princípios de moral política ainda resguardados em instâncias legislativas ou mesmo constituintes”.

Por meio da Emenda Constitucional nº 96/2017, o poder constituinte derivado brasileiro inseriu no texto constitucional a possibilidade da prática de vaquejada, inclusive adjetivando-a como “bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro”, devendo a prática ser regulamentada por lei específica que assegurem o bem-estar animal.

Assim, percebe-se que mesmo que a corte suprema do país decida sobre caso complexo, somente o aspecto hierárquico não basta para dar força de precedente ao julgado. O sistema jurídico, se encarregará de dar ou não essa força à saída (no caso, a decisão judicial) perante o meio circundante, dependendo, principalmente, das entradas outrora recebidas.

O ganho de força do julgado como precedente no sistema depende estritamente da coerência e integridade dos *inputs* ao sistema. No caso, pelo que se viu posteriormente, vislumbra-se que o julgador não observou as entradas do sistema para dar saída ao sistema de maneira coerente àquela. Assim, causou um maior nível de entropia no sistema, que parece ter sido balanceado pelo *backlash* legislativo, que regulamentou a prática da vaquejada, no exemplo exposto.

Além da inobservância por parte do julgador das entradas ao sistema para que expeçam decisões judiciais como saídas coerentes, um maior nível de entropia, sob uma perspectiva da

segurança jurídica, também poderá ser observado quando o intérprete utilizar precedente firmado, sem se ater de forma precisa e honesta ao seu conteúdo, ou ao que realmente a decisão judicial como norma a ser observada nas demandas posteriores semelhantes.

O exemplo dado na introdução do presente trabalho mostrou decisão judicial que estendeu a licença-paternidade para servidor público federal pai de gêmeos, como uma disposição jurisdicional que se deu de forma contrária à disposição legal.

Contudo, esse não foi o único aspecto que corroborou para uma maior entropia no sistema jurídico a partir da decisão. Ela trouxe em seu precário arcabouço interpretativo um precedente que tomou como paradigma o julgador, para justificar a decisão em desconformidade com a lei sobre política vigente no país.

O precedente é o julgamento do Recurso Especial nº 778889 pelo STF, com relação ao voto do Ministro Luís Roberto Barroso, que tratou sobre a possibilidade de se conceder equiparação da licença-maternidade à adotante, tendo por base os direitos do adotado.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, naquela ocasião, admitiu o prazo equiparado de licença-maternidade da mãe adotante à mãe que passou por gestação, inadmitindo diferença de prazo simplesmente tendo por base a idade da criança adotada.

Observe-se, que mesmo em uma análise rápida, dá pra verificar a sensível diferença dos casos. O caso apresentado ao julgamento do caso concreto é uma demanda de servidor público federal, pelo qual solicita a extensão da licença, posto o fato da expectativa de ser pai de crianças gêmeas. O precedente utilizado como paradigma versa sobre o direito da mãe adotante ter direito à licença-maternidade nos termos propostos pela legislação para mães naturais.

A julgadora do caso observou a *ratio* do caso paradigma para decidir algo completamente distinto do que a norma do precedente trouxe ao sistema jurídico e a partir disso, determinou à união a concessão da licença paternidade, nos termos do que prevê a lei para as mães, inclusive com os mesmos valores.

Alguns autores, como Ramires, identificam esse tipo de exemplo como uma dificuldade dos julgadores brasileiros de observarem a realidade atual de aproximação, em parte, da análise dos precedentes à visão defendida na cultura do *commomlaw*:

Com isso, a práxis judiciária brasileira de certa forma se aproxima daquela da *commomlaw*, sistema jurídico baseado na tradição produzida pelos seus juízes. E, aqui, aporta-se na segunda das condições preliminares para o entendimento deste estudo mencionadas acima: a de que os juristas brasileiros não estão preparados para isso. Conforme se pretendeu demonstrar com os casos citados *supra*, a invocação de precedentes, no Brasil, tem seguido uma lógica de aleatoriedade que é estranha a qualquer sistema de *case law* que se conheça, em especial ao inglês e ao norte-americano. Sequer os rudimentos da teoria de precedentes, destilada durante séculos

nos países que têm essa tradição, são conhecidos por aqui. O resultado é um ecletismo improvisado entre duas tradições diversas, sem que haja uma real interlocução entre as partes. (RAMIRES, 2010, p. 31).

Não que a proposta do autor seja que a cultura do *civil law* repita as práticas da *commonlaw* ou vice-versa, até pela dificuldade, posto que são práticas, como dito, culturais, já enraizadas nos sistemas jurídicos respectivos, mas uma boa opção seria que o sistema brasileiro se direcionasse, quanto aos precedentes, a uma alternativa mista que pudesse ser viável, quanto à aplicação e interpretação destes.

Assim, a utilização dos precedentes deve seguir o caminho da fundamentação e análise coerente da decisão paradigma, para que não provoque uma maior entropia no sistema jurídico. Sobre a necessidade da fundamentação, Ramires:

É por isso que se diz que a exigência de fundamentação nem precisaria estar expressa no texto constitucional para configurar uma inarredável garantia política contra o arbítrio judicial, uma vez que ela, corretamente compreendida, decorre de forma direta do princípio do contraditório. Isso porque o contraditório, por óbvio, não pode ser entendido como o direito apenas de alegar e provar em juízo, mas também o de obter “respostas” a estas alegações ou provas. E tal direito deve ser necessariamente assegurado a ambas as partes: vencido e vencedor. (RAMIRES, 2010, p. 31).

Observe-se que, como já referido neste trabalho, o Código de Processo Civil de 2015 também positivou a necessidade de motivação e enfrentamento dos precedentes quando da sua utilização ou de seu desafio, o que deu ainda mais força a essa característica democrática e coerente de aplicação e utilização dos precedentes.

Nesse sentido, mesmo que não houvesse a necessidade de legislação expressa para tanto, como expressou Ramires (2010, p. 31), a promulgação do novo código de processo civil fortaleceu ainda mais a ideia da utilização dos precedentes e de sua elaboração, como uma construção argumentativa das partes processuais em conjunto com o julgador. A má utilização dos precedentes pode se vislumbrar, nesse sentido, quando o julgador já tem uma decisão pré-ordenada, para casos complexos, e busca alguns julgados anteriores sobre matérias semelhantes apenas para firmar o seu convencimento próprio no caso concreto.

Essa má utilização, conforme observado na decisão que estendeu a licença paternidade ajuda a elevar o nível de entropia do sistema jurídico, evidenciado pela desestabilização da segurança jurídica que deve ser um dos motes do ordenamento.

Tal elevação do nível de desordem no sistema com relação à má utilização dos precedentes no caso ora em análise pode ser melhor entendida pela surpresa da União ao se deparar com a extensão da licença. Há o risco ainda de decisões judiciais vindouras concederem tal extensão para mais servidores públicos, ou no caso de servidor na expectativa de ser pai de

trigêmeos, ficaria o julgador autorizado a, utilizando-se da decisão, aumentar ainda mais o prazo e a condenação da União?

Além de produzir efeitos novos ao afetado pela decisão, como no caso da União, a má utilização de um precedente, apenas para fundamentar (precariamente) um convencimento pessoal do intérprete, também pode gerar uma insegurança aos casos futuros, o que causará uma maior desordem no ordenamento.

Na interpretação de precedentes como uma construção coerente de argumentos, de modo a servir como norma para casos semelhantes posteriores, numa perspectiva sistêmica do Direito, a tendência é que as entradas e saídas dos sistemas se mantenham em condição de estabilidade, servindo os precedentes, quando utilizados na proposta discorrida, como elementos ordenadores do sistema jurídico.

4 CONCLUSÃO

Mesmo os argumentos tendentes a considerar os precedentes judiciais, no âmbito da *civil law*, como regras a serem observadas somente em sua perspectiva hierárquica, não conseguem se desvencilhar da capacidade que tem os precedentes de se moldarem e terem sua força graduada de acordo com a construção de sua fundamentação.

Nesse sentido, a constatação de que o Direito se dá como uma forma de sistema, a construção do círculo hermenêutico possibilita que os precedentes judiciais sejam utilizados sob o prisma da argumentação das decisões judiciais, de modo que sua força posterior dependerá da observância, quando de sua formulação, das entradas do sistema como elementos materiais de coerência, sob pena de não conseguirem *workability*.

Desse modo, o presente trabalho, ao analisar a teoria de Rodrigo Greco, baseada na modelização sistêmica de Le Moigne, constatou que os precedentes judiciais como saídas do sistema jurídico, terão força variável, dependendo de alguns fatores como a semelhança dos casos posteriores mas, principalmente, quando da observância desses aspectos materiais representados pelas entradas no sistema, sejam entradas extra jurídicas, como as provenientes da mídia e das redes sociais nesse cenário de hiper-modernização, assim como das jurídicas, como a construção acadêmica.

Nos casos apresentados no trabalho, observou-se que a ausência de confronto por parte dos julgadores das entradas ao sistema, pode proporcionar uma fragilidade à decisão, mesmo que ela possa ter sido tomada pela mais alta corte do país, de modo que possa, inclusive, ante ao maior nível de desordem que gerará no sistema, sofrer um *backlash* legislativo.

Ademais, a má utilização de precedentes, quando o julgador, já convencido de alguma postura a ser adotada no caso concreto, procura se sustentar em julgados anteriores, mesmo que estes não tenham em sua *ratio* elementos para justificar sua utilização no caso, também podem ocasionar um alto grau de entropia no sistema, representada por uma insegurança jurídica a ser observada aos afetados na decisão, bem como aos jurisdicionados que podem ter expectativa de direito.

Desse modo, quando se utiliza precedentes, considerando todos os elementos materiais que cercam os casos complexos a serem decididos, bem como o enfrentamento dos desafios lançados a este, numa perspectiva constitucional e democrática do processo, pautados pela coerência desses elementos e de uma argumentação judicial baseada nesses aspectos, há possibilidade de conter a desordem.

Assim, quando bem utilizados na proposta exposta, os precedentes judiciais possuem um determinante papel no sistema jurídico, servindo como ordenadores do sistema, na medida em que, ao observarem as entradas, podem produzir saídas coerentes ao meio circundante, contendo a tendência natural de entropia do sistema.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BRASIL. 1ª Vara Federal de Florianópolis/SC. Julgamento do Procedimento do Juizado Especial nº 5009679-59.2016.4.04.7200. Sentença disponível em: <<https://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2017/04/Evento-29-SENT1.pdf>>. Acesso em 03/06/2017.

BRASIL. Decreto nº 6.690/2008. Institui o Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e Adotante. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/decreto/d6690.htm>. Acesso em: 05/06/2017.

BRASIL. Decreto nº 8.373/2016. Institui o Programa de Prorrogação à Licença-Paternidade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/decreto/D8737.htm>. Acesso em 05/06/2017.

BRASIL. Lei 11.770/2008. Cria o Programa Empresa Cidadã. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11770.htm>. Acesso em 04/06/2017.

BRASIL. Lei nº 13.105/2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em 23/11/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento do Recurso Extraordinário nº 778.889. Julgamento em 10/03/2016. Inteiro Teor Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11338347>>. Acesso em 03/06/2017.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa De. **A Dificuldade de se Criar uma Cultura Argumentativa do Precedente Judicial e o Desafio do Novo CPC**. In: Precedentes. Coleção Grandes Temas do novo CPC. Salvador: JusPODIVM, 2016.

COUTINHO. Carlos Marden Cabral. **Processo (Constitucional):** Reconstrução do Conceito à Luz do Paradigma do Estado Democrático de Direito. In: Revista Opinião Jurídica. Ano 10, n. 14, p. 24-41, jan/dez. 2012. Disponível em: <<http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/804/274>>. Acesso em 04/12/2017.

GRECO, Rodrigo Azevedo. **Direito e entropia**. Fortaleza, 2015.

HART, H.L.A. O Conceito de Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

JACKSON, Vicki C. TUSHNET. Mark. **Proportionality, New Frontiers. New Challenges**. Cambridge University, 2017.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar: Duas formas de pensar**. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**. 2 ed rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. CIDRÃO, Taís Vasconcelos. **A (In)constitucionalidade da vaquejada** – desacordos, integridade e backlash. In: Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 9, n. 3, p. 119-160, set./dez. 2018. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v9i3.21997.

MAUÉS, Antônio Moreira. **Jogando com Precedentes:** Regas, Analogias e Princípios. In: Revista Direito GV, São Paulo, p. 587-624, Jul-Dez 2012.

MOTTA, F.J. Borges. RAMIRES, Maurício. **O Novo Código de Processo Civil e a Decisão Jurídica Democrática:** como e porque aplicar precedentes com coerência e integridade. In: Hermenêutica e Jurisprudência no novo Código de Processo Civil. Coerência e Integridade. Org: STRECK, Lenio Luiz. ALVIM, Eduardo Arruda. LEITE, George Salomão. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à Aplicação de Precedentes do Direito Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.