XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

FLÁVIA MOREIRA GUIMARÃES PESSOA

NATERCIA SAMPAIO SIQUEIRA

PAULO ROBERTO COIMBRA SILVA

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 [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Flávia Moreira Guimarães Pessoa, Natercia Sampaio Siqueira, Paulo Roberto Coimbra Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-064-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Jurisdição. 3. Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

Apresentação

Com satisfação prefaciamos o livro Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça, fruto dos trabalhos apresentados no XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade Federal de Sergipe de 03 a 06 de junho de 2015.

Na coordenação das apresentações do Grupo de Trabalho, pudemos testemunhar relevante espaço voltado a divulgação do conhecimento poduzido por pesquisadores de todo o país, em sua maioria vinculados aos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito. Com efeito, os trabalhos aqui publicados reafirmam a necessidade do compartilhamento das pesquisas direcionadas a jurisdição, processo e a própria efetividade da Justiça.

Fica aqui o convite a leitura da obra, que conta com trabalhos que abordam as inovações trazidas a lume pelo novo código de processo civil, bem como as discussões mais atuais dentro do tema relativo a efetividade da prestação jurisdicional.

Flávia Moreira Guimarães Pessoa

Professora do Mestrado em Direito da UFS e UNIT

EXISTE JURISPRUDÊNCIA EM TODOS OS SENTIDOS? O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL CONTRIBUI PARA ACABAR COM ESSA FALSA PREMISSA

THERE CASE LAW IN ALL DIRECTIONS? THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE CONTRIBUTING TO END THIS FALSE PREMISE

Fábio Gabriel Breitenbach
Lúcio Grassi de Gouveia

Resumo

Com a superação histórica do direito natural e o fracasso político do positivismo, são abertas as portas para um momento de mudança, de quebra paradigmática. O arranjo atual é o de uma nova hermenêutica jurídica, constitucionalizada. No contexto do pós-positivismo, do intérprete se exige uma postura construtiva, pois ele atribui sentido ao enunciado legal; o sistema jurídico é aberto/complexo; é reconhecida a supremacia da Constituição; e trabalha-se no âmbito do poder ser. Diante disso, é necessário estabelecer uma hermenêutica racional para evitar decisões baseadas na consciência individual de cada julgador. Nos dias atuais, não de forma corriqueira, nos deparamos com um distanciamento entre textos legais e decisões. Todavia, é importante perceber que interpretar a Constituição e as leis não é um ato de vontade. Decidir não é um ato de escolher aquilo que, no aspecto subjetivo, parece ser o mais acertado para aquele que está decidindo. Este estudo tem o intuito de combater os decisionismos, proferidos sem qualquer justificativa racional. Ademais, o trabalho pretende comprovar que o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) significa um avanço inexorável em termos de exigência de fundamentação adequada. Será demonstrado, também, que a dispersão jurisprudencial ocorre, em grande medida, em razão da ausência da adoção da teria dos precedentes com força vinculante. Com efeito, a adoção da teoria dos precedentes, e a conferência de eficácia vinculante a eles, contribuiu para acabar com a falsa premissa de que pode existir jurisprudência em todos os sentidos.

Palavras-chave: Hermenêutica racional, Fundamentação adequada, Teoria dos precedentes, Jurisprudência, Novo código de processo civil

Abstract/Resumen/Résumé

With the historical overcoming of natural law and the political failure of positivism, the doors are open for a moment of change, a paradigmatic break. The current arrangement is that of a new legal interpretation, constitutionalized. In the context of post-positivism, the interpreter requires a constructive approach, because it gives meaning to the statement cool; the legal system is open / complex; the supremacy of the Constitution is recognized; and works in the exercise be. Therefore, it is necessary to establish a rational hermeneutics to avoid decisions based on individual conscience of each judge. Nowadays, not usual way, we came across a gap between legal texts and decisions. However, it is important to realize that

interpret the Constitution and laws is not an act of will. Deciding is not an act of choosing what, in the subjective aspect, seems to be the right thing for one who is deciding. This study aims to combat without foundation decisions, delivered without any rational justification. In addition, the paper aims to prove that the new Civil Procedure Code (Law n. 13,105, March 16, 2015) means an inexorable advance in terms of adequate reasoning requirement. Will be shown, too, that the judicial dispersion occurs, largely because of the absence of the adoption of the foregoing would with binding force. Indeed, the adoption of the theory of precedent, and the binding effect of the conference they helped to end the false premise that can be held in every way.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Rational hermeneutics, Adequate reasons, Previous theory, Jurisprudence, New code of civil procedure

1. INTRODUÇÃO

Numa sociedade democrática, é comum a existência de um pluralismo de ideias religiosas, filosóficas e morais que são incompatíveis entre si. Nesse contexto, cláusulas constitucionais como direito à vida, dignidade da pessoa humana ou igualdade dão margem às construções hermenêuticas distintas. Com o reconhecimento da condição de norma jurídica à Constituição, como consequente lógico temos que a interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica. Contudo, é necessário estabelecer uma hermenêutica racional para evitar decisões baseadas na "consciência individual" de cada julgador.

A época atual vem trazendo consigo uma sobrecarga com a qual o direito dogmático não tem conseguido lidar. Nesse contexto, evidencia-se um crescente distanciamento entre textos legais e decisões (ADEODATO, 2012, pp. 296-297). Na prática forense, não raras vezes escutamos que existe jurisprudência para justificar – ou fundamentar – qualquer decisão; ou seja, basta ao juiz escolher qual decisão quer tomar para, depois, buscar alicerce à decisão na ementa de algum julgado. A menção à ementa é importante para o presente estudo porque, muitas vezes, verificamos a invocação de ementas, utilizadas nas mais variadas peças jurídicas – petições, pareceres, sentenças e acórdãos –, sem que o jurista tenha lido o inteiro teor da decisão; buscado saber se a ementa integra a jurisprudência consolidada no Tribunal; e investigado os fundamentos jurídicos essenciais que justificaram a construção do precedente (= *ratio decidendi*).

Nesse cenário, uma pesquisa empírica no Poder Judiciário certamente confirmaria que "os mesmos juízes nem sempre adotam os mesmos métodos de interpretação. Seu método ou filosofia judicial é mera racionalização da decisão que tomou por outras razões" (BARROSO, 2014, pp. 25-26). Todavia, interpretar a Constituição e as leis não é um ato de vontade. Decidir não é um ato de escolher aquilo que, no aspecto subjetivo, parece ser o mais acertado para quem está decidindo.

Pois bem. Em decorrência da transição do positivismo para o pós-positivismo – que transformou o juiz boca-da-lei em intérprete dos textos normativos, em especial das normas constitucionais –, o que se verifica é um alto grau de voluntarismo, notadamente porque no interior da dogmática jurídica a interpretação continua a ser entendida como a escolha de um sentido que advém da consciência do julgador. Isso determina a constante imprevisibilidade no Direito e ocorrência de múltiplas decisões para casos que são absolutamente iguais. Os princípios "tornaram-se uma espécie de máscara da subjetividade, na medida em que passaram a ser aplicados como enunciados performativos que se encontram à disposição dos

intérpretes, permitindo que os juízes, ao final, decidam como quiserem" (TRINDADE, 2012, p. 118).

O objetivo deste estudo é analisar como o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) pode contribuir para evitar que os juízes façam escolhas arbitrárias ao invés de decidir conforme uma hermenêutica racional. Será demonstrado que a norma antes mencionada, além de estabelecer critérios para adequada fundamentação, adota uma teoria dos precedentes, dotando-os de caráter vinculante.

A metodologia empregada, no que tange à tipologia, foi a pesquisa bibliográfica, e, em relação ao método, foi utilizada a lógica hipotético-dedutiva e analógica. O texto está estruturado em três capítulos. No primeiro momento, é apresentado o marco teórico, estabelecendo a transição do moderno para o pós-moderno e do positivismo para o pós-positivismo, com a análise das mudanças estruturais na forma de compreender o Direito, o que culminou com o reconhecimento de que ao juiz é conferido um poder criativo, mediante a atribuição de sentido ao texto legal.

No segundo capítulo, será demonstrado que o fato de o juiz ter poder criativo não permite que ele escolha livremente a decisão que reputar mais acertada. O intuito é comprovar que o ato de decidir não é um ato de escolha, pois, não obstante haja crescente utilização de cláusulas abertas no ordenamento jurídico, ao juiz não é permitido decidir conforme "sua consciência". Para estabelecimento de uma adequada hermenêutica, será sustentada a necessidade de a decisão poder ser universalizada para estar de acordo com a racionalidade e, diante disso, não ser mero decisionismo.

Por fim, são apresentadas algumas passagens do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), isso com o intuito de comprovar que, mediante o estabelecimento de critérios para adequada fundamentação das decisões judiciais, e da adoção da teoria dos precedentes com eficácia vinculante, é possível combater o problema da inversão do processo lógico de construção da decisão judicial. Dito de outro modo, será demonstrado que, muitas vezes, o julgador escolhe como quer decidir e, depois, vai buscar a fundamentação, por vezes mediante a simples reprodução de ementas que, não raro, poderão se contrapostas por outras ementas. O novo Código de Processo Civil pretende, ao contrário, que o processo de construção da decisão seja racional e baseado numa hermenêutica constitucional, ao passo que, também, ao estabelecer uma teoria dos precedentes, acaba com a possibilidade de ser invocada ementas que não representem a *ratio decidendi* que o respectivo Tribunal atribui ao tema em julgamento.

2. MARCO TEÓRICO: DO MODERNO AO PÓS-MODERNO; DO POSITIVISMO AO PÓS-POSITIVISMO

O positivismo jurídico lança mão de um ideário completamente oposto ao defendido pelo jusnaturalismo[1]. Afirma que, com fulcro nos ditames do positivismo filosófico, o primado da ciência superaria todos os ideais do jusnaturalismo, deveras abstratos, metafísicos, considerados incompatíveis com o que se convencionou chamar, à época, de "ciência do Direito". Positivo é, pois, o Direito posto pelo homem, resultante de convenções deste, e é tudo aquilo que está previsto num diploma legal, independentemente do seu conteúdo. A lei é considerada objetiva e o intérprete/aplicador é neutro. Direito e norma confundem-se numa só coisa. O Direito é o que está escrito, através das normas – imperativas e cogentes –, emanadas pelo Estado, representado pelo legislador, que é o único legitimado a criar o Direito.

No positivismo, ocorre um processo lógico-dedutivo de submissão da relação de fato, entendida como premissa menor, à lei, entendida como premissa maior, num processo silogístico, simples e óbvio para obtenção de resultados, em conclusão dedutiva apenas declarada pelo intérprete, que não tem permissão para qualquer atividade criativa no ato de aplicação da lei ao caso concreto. O aplicador – Estado-juiz – não é apto a criar o Direito. É flagrante, nesse contexto, a separação entre Direito e moral. O Direito passa a compor-se apenas por juízos de fato, não mais nos juízos de valor; sendo certo que os primeiros representam o mero relevo da realidade, juízos de constatação, objetivos; enquanto os segundos procuram atribuir valores aos fatos, são subjetivos, e impõem ao homem uma tomada de posição diante da realidade.

No positivismo, o sistema jurídico serve para ordenação racional e objetiva da dinâmica social. A lei, na medida em que é posta pelo Estado, adquire uma aura de legitimidade inquestionável, tornando-se expressão da vontade coletiva. O positivismo jurídico considera o Direito como um fato e não como um valor. Durante muito tempo, pregou-se ideologicamente a ideia de que a lei seria a tradução da vontade geral e do bem comum. "Essa manipulação ideológica partiu da burguesia que, pretendendo a manutenção do *status quo*, visou ocultar o conflito de classes e de interesses, difundindo a ideia de paz e harmonia, ordem e progresso, consenso e felicidade geral" (CAMBI, 2011, p. 85).

[1] "O termo jusnaturalismo identifica uma das principais correntes filosóficas que tem acompanhado o Direito ao longo dos séculos, fundada na existência de um *direito natural*. Sua ideia básica consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo. Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal." (BARROSO, 2001, p. 13)

Nessa perspectiva, até mesmo os regimes de exceção – fascismo na Itália e nazismo na Alemanha – puderam sustentar que estavam embasados e verdadeiramente protegidos pelo ordenamento jurídico. Como adverte Barroso (2001, p. 18):

> O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A ideia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem.

O positivismo se identifica com a ideia de modernidade. Segundo Teixeira (2002, pp. 12-13), "é possível identificar a modernidade com o Renascimento, durante os séculos XV e XVI. Influenciada por ideologias libertarias e criatividade individual no regime da cultura greco-romana, os novos tempos representavam o prenúncio de uma forma inédita de conceber o mundo". O movimento filosófico da modernidade abrange o período que tem início com Descartes, recebe uma grande contribuição de Kant e estende-se, aproximadamente, até a morte de Hegel, em 1831. Apesar de pequenas divergências, num ponto os pensadores parecem concordar: a modernidade é, fundamentalmente, o período em que emerge e se consolida o princípio da subjetividade, cuja manifestação máxima dar-se-á pela expansão, consolidação e domínio racional.

Nesse contexto, "A modernidade provoca um superdimensionamento da lógica formal de fundo analítico em detrimento da racionalidade argumentativa" (TEIXEIRA, 2002, p. 14). Na modernidade, "o advento de uma lógica axiomático-dedutiva como expressão máxima da racionalidade acaba por gradativamente sufocar os espaços para o exercício da lógica fundada na argumentação" (TEIXEIRA, 2002, p. 14).

A decadência do positivismo vem, além de outros fatores, exatamente do processo de subsunção, o qual pretendia indicar como sendo correta apenas uma única solução. Diante de tamanhas atrocidades, o ordenamento jurídico não poderia mais ser visto como mero rótulo para truculências e barbáries. O povo não poderia estar à mercê de novas ditaduras, de novos ordenamentos jurídicos distanciados dos comandos éticos. Ademais, o Direito é um fenômeno complexo, formado não apenas por leis, mas por fatos e valores. E todo este arcabouço axiológico deve sim ser considerado no estudo jurídico. Nesse enredo, ao discorrer sobre o declínio do positivismo jurídico e a transição para o pós-positivismo, lúdica é a posição de Schier (2005, p. 4):

> Após a escuridão de um longo período, a luz se acende! Veio mostrar a clareza, apontar os caminhos, evitar os choques, permitir o início de um novo momento em que podemos olhar o que outrora estava escondido nas sombras de um quarto fechado. Antes, porém, nos primeiros momentos da luz, em questão de segundos ou por vezes minutos, a claridade agride a retina, ofusca o olhar, confunde os objetos... causa confusão!!! Após o assentamento da poeira de um longo período de tempo das secas, a chuva cai! Veio limpar o ambiente, evitar as quedas, permitir o início de um novo momento em que também

> podemos olhar o que outrora estava escondido sob a sujeira do piso já envelhecido. Antes, porém, nos primeiros momentos, faz-se a lama, aumenta-se a sujeira, forma-se o lodo, para somente após a água levá-lo definitivamente para o fundo da terra. Viveu-se no Direito, por longos e longos anos, sob o quarto escuro e empoeirado do positivismo jurídico. Sob a ditadura dos esquemas lógico-subsuntivos de interpretação, da separação quase absoluta entre direito e moral, da ideia do juiz neutro e passivo, da redução do direito a enunciados linguísticos, da repulsa aos fatos e à vida em relação a tudo que se dissesse jurídico, da separação metodológica e cognitiva entre sujeito e objeto de interpretação, da prevalência sempre inafastável das opções do legislador em detrimento das opções da constituição e da criatividade hermenêutica do juiz, da negação de normatividade aos princípios e, assim, em grande parte, à própria Constituição.

Com a superação histórica do direito natural e o fracasso político do positivismo, são abertas as portas para um momento de mudança, de quebra paradigmática. O momento atual é de reflexões, ainda não esgotadas, sobre uma nova maneira de pensar o Direito. Tal estrutura ensaia o arranjo de uma nova hermenêutica jurídica, constitucionalizada. É o que pode se chamar de pós-positivismo.

Pois bem. Após o final da Segunda Guerra Mundial, a partir da segunda metade do século XX, a ruína do positivismo jurídico retira-o de cena e comprova o seu descabimento na nova conjuntura mundial. Na Europa, a Constituição passa para o centro do sistema jurídico, numa chamada filtragem constitucional ou constitucionalização do Direito. A Carta Maior passou da inexpressividade ao apogeu (BARROSO, 2005, s/p). No plano da racionalidade, embora na modernidade se tenha segregado o pensamento dialético, como esclarece Teixeira (2002, pp. 15-16):

> (...) a retórica permanecia viva, vindo a ser redescoberta em todo o seu esplendor na metade do século XX. Em defesa de que a retórica sempre teve o seu papel de destaque, pode-se dizer que o discurso científico não cabe em todas as situações. A argumentação é um método que fica entre a evidência e a ignorância, entre o necessário e o arbitrário (...) algumas questões, pela sua própria natureza, não se compadecem com o método demonstrativo. Assim por exemplo questões jurídicas e políticas essencialmente avessas a qualquer determinação de verdade ou falsidade, melhor são pesquisadas através do método argumentativo.

No Brasil, tal experiência ocorre tardiamente e, vale ressaltar, é cultura que ainda não foi totalmente instalada e consolidada. Esse evento ocorre durante a redemocratização do país, culminada na promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Pretendeu-se a travessia do país de um regime de exceção, tirânico e autoritário, para um Estado Democrático de Direito.

A ruína do positivismo jurídico e de seu postulado maior de separação da ética do Direito, incabível aos novos anseios da humanidade, descortinou um novo momento para o estudo do Direito e de sua hermenêutica. Embora a união desmedida da ciência ao Direito tenha trazido catástrofes jamais esquecidas pela sociedade, o discurso científico e a epistemologia jurídica advinda da época do positivismo invadira o Direito (BARROSO, 2001, p. 19). O reconhecimento dos erros dessa corrente faz com que não se deseje apenas o retorno

simples à metafísica jusnaturalista e de todos os seus conceitos vagos. Houve o confronto das duas correntes filosóficas: jusnaturalismo e positivismo.

Em verdade, houve a reaproximação entre Direito e ética, assim denominada de virada kantiana (*kantische Wende*). Houve o retorno à filosofia de Kant, na fundamentação moral dos direitos humanos e na busca da justiça apoiada no imperativo categórico (BARROSO, 2001. pp. 19-20). É a retomada dos valores transcendentais do jusnaturalismo ao ordenamento jurídico. Nesse contexto, Barroso (2005, s/p) ensina que o pós-positivismo:

> (...) busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

A construção teórica do pós-positivismo se identifica com a noção de pós-modernidade. O termo pós-modernidade, no entanto, é curiosamente contraditório; recorre a uma definição histórica – *pós* – para denominar um movimento cultural em ruptura com o historicismo. "A este período de transição onde impera a perplexidade e as perguntas são maiores que as respostas convencionou-se chamar pós-modernidade, na falta de outro termo que melhor designe o momento" (TEIXEIRA, 2002, p. 17). A pós-modernidade:

> (...) abriga a mistura de estilos, a descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado. A era da velocidade. A imagem acima do conteúdo. O efêmero e o volátil parecem derrotar o permanente e o essencial. Vive-se a angústia do que não pôde ser e a perplexidade de um tempo sem verdades seguras. Uma época aparentemente pós-tudo: pós-marxista, pós-kelseniana, pós-freudiana. (BARROSO, 2001, p. 2)

Em razão de não terem sido concretizados os principais objetivos perseguidos pela sociedade moderna, consubstanciados especialmente na racionalização dos valores humanos universais ligados à igualdade, à liberdade e à dignidade da pessoa humana, ocorre o declínio da modernidade e floresce a necessidade de uma revisão geral dos conceitos e valores até então aceitos de forma genérica e racional. A era que surge, denominada de pós-modernidade, tem como movimento filosófico representativo o desconstrutivismo ou pós-modernismo, cujo "alvo principal é a crítica de todos os conceitos e valores que, até hoje, sustentaram a Filosofia e o pensamento dito ocidental: razão, saber, sujeito, objeto, História, espaço, tempo, liberdade, necessidade, acaso, Natureza, homem, etc." (CHAUI, 1995, p. 54).

Na pós-modernidade avançamos para um Direito preocupado com os valores e costumes do povo, respeitando princípios, que norteiam todo o ordenamento, e garantindo os direitos fundamentais de cada cidadão em face do Estado. A Constituição é uma norma

jurídica. Diante disso, as normas constitucionais são aplicadas direta e imediatamente no limite de sua densidade jurídica. Trata-se, pois, de valiosa mudança paradigmática. A Carta Maior passou a ter força vinculante, de cumprimento obrigatório, e se tornou bússola normativa para os demais atos legislativos. As normas constitucionais, além de ser parâmetro para aplicação de todas as outras normas do ordenamento, adquiriram, por si só, aplicação imediata nos casos concretos, sem necessitar mais da atividade positiva do legislador, por sua força normativa, hoje reconhecida.

> A Constituição é hierarquicamente superior às demais normas jurídicas. Essa *supremacia constitucional* significa que nenhuma lei ou ato normativo pode ser considerado válido se for incompatível com a Constituição. O controle de constitucionalidade das leis serve para relativizar o mito positivista da *supremacia do legislador*. (CAMBI, 2011, p. 204).

Com o reconhecimento da condição de norma jurídica à Constituição, como consequente lógico temos que a interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica. Fernandes e Bicalho (2011, p. 114) aduzem que as principais características do pós-positivismo são "a) a *abertura valorativa do sistema jurídico* e, sobretudo, *da Constituição*; b) tanto princípios quanto regras são considerados normas jurídicas; c) a Constituição passa a ser o *locus* principal dos princípios; e d) o aumento da força política do Judiciário em face da constatação de que o intérprete cria norma jurídica".

No contexto do pós-positivismo, do intérprete se exige uma postura construtiva, pois ele atribui sentido ao enunciado legal; o sistema jurídico é aberto/complexo; é reconhecida a supremacia da Constituição; e trabalha-se no âmbito do poder ser. Diante disso, é necessário estabelecer uma hermenêutica racional para evitar decisões baseadas na "consciência individual" de cada julgador.

3. O FATO DE O JUIZ TER PODER CRIATIVO NÃO PERMITE QUE ELE ESCOLHA LIVREMENTE A DECISÃO QUE REPUTAR MAIS ACERTADA

Acerca da atuação criativa dos magistrados, Cappelletti (1999, p. 24) assevera que este fenômeno é inevitável, notadamente quando toda interpretação tem uma porção intrínseca de criatividade, o que, todavia, não pode ser confundido com arbitrariedade, pois criatividade respeita elementos processuais e substanciais. Didier Jr. (2008, p. 68) assevera: "Os textos normativos não determinam completamente as decisões dos tribunais e somente aos tribunais cabe interpretar, testar e confirmar ou não a sua consistência".

Assim como a linguagem em geral, a linguagem jurídica se utiliza de palavras que precisam ser interpretadas. Algumas palavras possuem sentidos que não geram controvérsias;

contudo, nem sempre a interpretação é imune às ambiguidades, que determinam a possibilidade de ser atribuído mais de um sentido para o mesmo signo. Ademais, a Constituição se utiliza da técnica denominada de cláusulas abertas, que significam um gênero, do qual fazem partes os princípios e os conceitos jurídicos indeterminados.

Os princípios são entendidos como enunciados que carregam valor, conteúdo axiológico. Já os conceitos jurídicos indeterminados são signos técnicos ou semânticos, os quais terão sentido concreto fixado durante o exame do problema específico resolvido pelo aplicador/intérprete do Direito. Os princípios e os conceitos jurídicos indeterminados são expressões de teor flexível, com elasticidade de conceitos peculiar, permitindo ao intérprete agregar valor diante da inexatidão conceitual trazida pela norma. Aqui é a verdadeira transformação do juiz boca-da-lei em juiz-criativo, coautor da produção normativa, num processo de integração da norma jurídica para resolução do caso concreto.

É claro que, para definição dos conceitos jurídicos indeterminados – exemplos: fundado receio de dano (Lei nº 5.869/73, art. 798); e probabilidade do direito (Lei nº 13.105/15, art. 300) –, o interprete faz valoração que, de algum modo, está ligada à subjetividade dele. Os princípios, da mesma forma, possuem inegável carga axiológica, como, por exemplo, o da dignidade da pessoa humana. "Na interpretação de normas cuja linguagem é aberta e elástica, o Direito perde muito da sua objetividade e abre espaço para valoração do interprete" (BARROSO, 2014, p. 23). Contudo, uma advertência é necessária:

> (...) juízes não inventam o Direito do nada. Seu papel é o de aplicar normas que foram positivadas pelo constituinte ou pelo legislador. Ainda quando desempenham uma função criativa do Direito para o caso concreto, deverão fazê-lo à luz dos valores compartilhados pela comunidade a cada tempo. Seu trabalho, portanto, não inclui escolhas livres, arbitrarias ou caprichosas. (BARROSO, 2014, pp. 19-20).

Cláusulas constitucionais como direito à vida, dignidade da pessoa humana ou igualdade dão margem às construções hermenêuticas distintas. Temas como interrupção da gestação, pesquisas com células tronco embrionárias, eutanásia/ortotanásia, uniões homoafetivas, poliamor, dentre outros, demandam controvérsia em todo o mundo, e não apenas no Brasil. Em temas como os mencionados, as pessoas podem pensar de modo radicalmente contrário e sem conciliação possível, gerando um desacordo moral razoável (BARROSO, 2014, pp. 23-24).

Essas questões polêmicas do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas pelo Poder Judiciário em face de um movimento que se denominou de *judicialização*. Deveriam ser tradicionalmente tratadas nas instâncias políticas – Legislativo e Executivo. São decidias pelo Poder Judiciário em face da desilusão com a política majoritária, aliado ao fato de os próprios atores políticos preferirem, em razão de não existir consenso, que

o Judiciário seja a instância decisória dos rumos do país. Como os juízes não se eximem de julgar afirmando a existência de lacuna (Lei nº 5.869/73, art. 126; Lei nº 13.105/15, art. 140), acabam tendo que se posicionar.

Como as Constituições consagram valores, esses podem, eventualmente, entrar em rota de choque. Barroso (2014, p. 24) apresenta como exemplos a tensão entre desenvolvimento nacional e proteção do meio-ambiente e entre a livre-iniciativa e repressão ao abuso do poder econômico. Podem ocorrer, portanto, colisões entre normas constitucionais. O tema merece uma explicação um pouco mais detida.

Normas-regras são mandados de definição que exigem do magistrado, tão somente, a subsunção diante do caso concreto, aplicando a medida exata do que está prescrito na regra. Ou seja, quando estiver diante de um caso em que sua solução está expressamente posta no ordenamento jurídico positivado, o interprete/aplicador deve aplicá-la. Por outro lado, normas-princípios são espécies de normas jurídicas por meio das quais são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, em consonância com as possibilidades do caso e das normas existentes. Sendo assim, as normas-princípios só terão seu grau de incidência descoberto frente à existência de um caso concreto, não sendo possível estabelecer de antemão o significado de qualquer princípio jurídico, bem como a sua aplicabilidade. Segundo Ávila (2005, p. 27):

> É só a aplicação dos princípios diante dos casos concretos que os concretiza mediante regras de colisão. Por isso, a aplicação de um princípio deve ser vista sempre com uma cláusula de reserva, a ser assim definida: Se no caso concreto um outro princípio não obtiver maior peso. (...) É dizer o mesmo: a ponderação dos princípios conflitantes é resolvida mediante a criação de regras de prevalência, o que faz com que os princípios, desse modo, não sejam aplicados também ao modo tudo ou nada.

As normas-princípios não têm um fim em si mesmas; são um dever/ser. As normas-princípios dizem o que deve ser feito quando o juiz, diante de um caso, existindo uma antinomia ou lacuna, aplica um princípio ao caso concreto em harmonia com todo o ordenamento jurídico pátrio. Nenhum princípio, ainda que de origem constitucional, é absoluto, sendo necessária uma ponderação para o fim de descobrir qual deve prevalecer em uma situação específica.

No entanto, é importante destacar que, conflitando uma norma-princípio e uma norma-regra, ambas de base constitucional, a norma-regra é que, em primeiro plano – salvo a impossibilidade de aplicação ou flagrante injustiça – deve ser aplicada, tendo em vista que a vontade do legislador expressa a vontade do povo e atende à legitimidade. A Magna Carta precisa prevalecer quando existe algo expressamente posto nela.

> Os juízes, em sua função de concretização dos valores constitucionais escolhidos legitimamente por uma assembleia constituinte das mais democráticas e cidadãs, não

> podem, de modo algum, transpor os limites naturais de sua atividade, bem como aos balizamentos constitucionais que impõe aos demais poderes suas funções típicas, sob pena de afronta direta à Carta Magna e, por conseguinte, a um governo dos juízes, o que se afigura antidemocrático. (SAMPAIO JÚNIOR, 2008, p. 91).

Nesse contexto, Barroso (2014, pp. 24-25) adverte: "Nos casos fáceis, a identificação do efeito jurídico decorrente da incidência da norma sobre os fatos relevantes envolve uma operação simples, de mera subsunção"; e, paralelamente, reconhece que "os casos difíceis envolvem situações para as quais não existe solução acabada no ordenamento jurídico. Ela precisa ser construída argumentativamente, por não resultar do mero enquadramento do fato à norma".

Num sistema constitucional que consagra cláusulas gerais, não há como negar que, em determinadas oportunidades, o sentido da norma terá que ser fixado pelo juiz. Isso não permite, no entanto, que o magistrado decida de acordo com sua vontade, já que o ato de decidir não equivale ao ato de fazer uma escolha. A construção racional da decisão judicial não é um ato de escolha do magistrado, notadamente quando ele tem o dever de fundamentar adequadamente suas decisões (CRFB/88, art. 93, inciso IX).

Ao tratar dos limites éticos do Poder Constituinte Originário, e da concretização da lei pelo Judiciário, Adeodato (2012, p. 304) assevera:

> (...) o positivismo exegético evolui para um decisionismo concretista (...). A complexidade social crescente provoca um aumento cada vez maior no dissenso a respeito da significação concreta dos textos normativos, diminuindo a importância do Poder Legislativo e enfatizando o papel do Judiciário e demais agentes casuísticos. A ideia normativa não mais se concretiza no texto legislado, na jurisprudência ou mesmo no precedente, meros dados de entrada, mas sim na decisão concreta. A "racionalidade" do direito, mais do que casuística, passa a ser causal.

Pois bem. O que temos visto, com frequência, em todas as esferas do Poder Judiciário, são decisões baseadas em juízos de consciência – ou de conveniência – dos prolatores, sem qualquer comprometimento com a efetiva aplicação do Direito posto[2]. Diante

[2] Para exemplificar, indicamos a leitura do texto "Justiça entre exegetismo e decisionismo: o que fazer?", no qual de Lenio Streck comenta uma decisão proferida pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, na qual foi permitido o saque do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) para pagamento de pensão alimentícia, uma nítida substituição do legislador pelo órgão judicial. Com efeito, as hipóteses de movimentação da conta vinculada ao FGTS estão previstas no art. 20 da Lei nº 8.036/90, não havendo previsão do saque para pagamento de prestação alimentícia. O fato de a decisão ter sido "justa" – no enfoque de resolução apenas do caso concreto – é irrelevante; a eventual "falha" do legislador em não incluir os inadimplentes de pensão alimentícia como possíveis sacadores do FGTS, também. O fato é que o Judiciário não pode tratar da matéria. Decisão judicial não é escolha. Se o legítimo detentor do poder de regulamentar a questão exerceu o seu mister – não sendo, pois, hipótese de omissão inconstitucional; e se não é caso de interpretação conforme – a Constituição não admite a interpretação no sentido de considerar válida a transferência de recursos que constituem a garantia de todo o sistema do FGTS e são, pois, de todos os que a ele estão vinculados, para resolver o problema de apenas um; ao Judiciário era permitido, apenas, aceitar e aplicar a norma. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mar-27/senso-incomum-justica-entre-exegetismo-decisionismo>. Acesso em: 10 jan. 2015.

disso, é necessário combater os decisionismos[3], proferidos sem qualquer justificativa racional e sem legitimidade, para que os ganhos advindos da virada constitucional, explicada no tópico anterior, não sejam enfraquecidos.

Nesse cenário, teorias que apostam no subjetivismo do aplicador acabam permitindo discricionariedades e arbitrariedades. Em regimes e sistemas jurídicos democráticos, não há espaço para que a "convicção pessoal do juiz" seja o critério para resolver as indeterminações da lei. Nesse ponto, é oportuna a lição de Trindade (2012, p. 119):

> (...) considerando que no interior da dogmática jurídica a interpretação continua a ser entendida como escolha de um sentido tomado que advém da consciência do julgador – ao qual é delegada a tarefa de, casuisticamente, concretizar os direitos fundamentais a partir de suas convicções pessoais, conforme denuncia Streck –, o que ser verifica é um alto grau de voluntarismo, cujo resultado, ao final, é uma *justiça lotérica*, marcada pela imprevisibilidade (...).

A prática jurídica revela que existem múltiplas decisões para casos que são simetricamente iguais e, muitas vezes, são proferidas decisões que desconsideram completamente o ordenamento constitucional e infraconstitucional posto, bem como a força obrigatória dos precedentes. Múltiplas decisões para casos iguais revelam uma ordem jurídica incoerente e injusta.

Nesse contexto, é flagrante a falta de coerência jurídica. Integrantes do Poder Judiciário, em casos semelhantes, ora invocam determinadas preocupações, ora não as invocam, a depender, ao que tudo indica, do pragmatismo essencialmente momentâneo inerente ao ir e vir da conjuntura política, econômica e social. Nesse contexto, os princípios servem para justificar qualquer decisão. Criticando as manifestações judiciais que exageram na fundamentação principiológica, Sarmento (2007, p. 144) argumenta:

> Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça –, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta "euforia" com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras "varinhas de condão": com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham as suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do

[33] Como afirma TRINDADE (2012, pp. 121-122): "(...) para concretizar os direitos fundamentais, conferiu-se aos juízes discricionariedade para invocar o *justo* contra a *lei*. E, assim, após muitos anos de luta contra o positivismo legalista, incorremos em outro equívoco: substituímos o *juiz boca de lei* pelo *juiz que pondera princípios* e que, portanto, decide conforme sua consciência, a partir de valoração de ordem subjetiva, passando, assim, de um *mecanismo* na aplicação do direito para um *decisionismo* (...), que vem reforçado pela ideia de que a discricionariedade é algo natural à decisão judicial".

> juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico.

Se for autorizado que o juiz decida conforme a consciência, o caráter institucional de que devem se revestir as decisões do Poder Judiciário restará dilacerado. Os decisionismos não dão segurança para ninguém, mas apenas a sensação de que temos que torcer para que o juiz que decide nossa causa seja um "homem de bem"!

Com efeito, a ordem jurídica deve ser coerente, pois, como é obvio, não é formada apenas pelas leis, mas também pelas decisões judiciais. Essas devem ser previsíveis, notadamente em razão da necessidade de o homem ter segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida. É imprescindível, também, que as decisões judiciais sejam harmônicas, a fim de garantir a construção de uma pauta de conduta estável. A previsibilidade das decisões constitui valor moral imprescindível para o homem poder se desenvolver. O mínimo que o cidadão pode esperar, no Estado Democrático de Direito, é o respeito à confiança gerada pelos atos e decisões do Poder Público.

4. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL CONTRIBUI PARA ACABAR COM A FALSA PREMISSA DE QUE PODE EXISTIR JURISPRUDÊNCIA PARA JUSTIFICAR QUALQUER ESCOLHA FEITA PELO JUIZ NO ATO DE JULGAR

Imbuído do sentimento de julgar conforme suas consciências, muitos juízes poderão buscar fundamentar as escolhas feitas mediante a reprodução, em suas decisões, de entendimentos jurisprudenciais. Em face disso, surge a equivocada ideia de que pode existir jurisprudência para justificar qualquer decisão, o que não é verdadeiro e não pode ser aceito! As sentenças, muitas vezes, são fundamentadas unicamente em outras decisões judiciais, ou, o que parece mais danoso, em ementas transcritas sem sua completude.

A possibilidade de encontrarmos ementas contraditórias, o que contribui para justificar escolhas arbitrárias, decorre da ausência de uma jurisprudência estável. Contudo, é importante advertir que, não raras vezes, o texto constante na ementa não reflete a fundamentação que serviu para orientar o Tribunal a decidir numa determinada maneira. Muitas vezes, encontramos ementas citadas nas mais variadas peças jurídicas – petições, pareceres, sentenças e acórdãos – sem que o jurista tenha lido o inteiro teor da decisão; buscado saber se a ementa integra a jurisprudência consolidada no Tribunal; e investigado os fundamentos jurídicos essenciais que justificaram a construção do precedente (= *ratio decidendi*).

Como a jurisprudência não é aplicada uniformemente, temos um aumento vertiginoso do número de processos para serem julgados. Estes inúmeros processos decididos acentuam a diversidade de decisões sobre uma mesma questão jurídica. Como adverte Beneti (2006, p. 482):

> Decide-se, muitas vezes, a mesma questão de modo diferente até que se consolide uma única orientação nos tribunais superiores; a dispersão de julgados tonteia os juízes de 1º grau, partes e advogados. Essa dispersão gera uma instabilidade que compromete o equilíbrio econômico do País; e o Judiciário é mais vítima do que autor desta situação.

Nesse cenário, o uso da ponderação, conforme demonstrado no tópico anterior, se transformou em álibi para decisionismos. Para mitigar isso, é necessário estabelecer condições para a realização de um controle da interpretação. A adequada fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e Tribunais e, nessa matéria, é necessário estabelecer uma cultura de prestação de contas. O juiz não deve apenas estar convencido do acerto da decisão que está tomando; deve convencer a coletividade de que, naquela situação, a decisão adotada é a correta para o caso concreto.

Para evitar o pernicioso decisionismo – e julgamentos autoritários e arbitrários, não comprometidos com qualquer base teórica que os sustentem de maneira racional – é necessário que "as decisões judiciais possam alcançar um nível de aceitabilidade geral" (TEIXEIRA, 2002, p. 95), pois "a decisão a ser proferida não pode ser satisfatória exclusivamente para quem a dita" (TEIXEIRA, 2002, pp. 94-95). Nesse contexto, é importante ressaltar que "o conceito de aceitabilidade encontra-se ligado ao conteúdo material da interpretação e não à forma do raciocínio ou às propriedades do procedimento de justificação nele mesmo" (TEIXEIRA, 2002, p. 95). Com efeito, a aceitabilidade substancial de uma decisão judicial tem como referência duas propriedades distintas: "de um lado a solução tem que estar de acordo com as leis, como forma de assegurar a presunção de legalidade; por outro lado a solução encontrada não pode ir contra a moralidade social vigente, como forma de assegurar a presunção de razoabilidade" (TEIXEIRA, 2002, p. 96).

No âmbito hermenêutico-jurisdicional, Taruffo (2001, pp. 21-22) enumera pressupostos nos quais se fundamenta a justiça das decisões (que também são dirigidos à garantia da segurança jurídica, dada a íntima conexão entre estes conceitos), a saber: existir respeito às garantias processuais; existir uma correta apreensão dos fatos postos a conhecimento do juiz; haver uma correta interpretação na aplicação da norma ao caso concreto; haver coerência interna na atribuição de consequências jurídicas aos fatos, e, por fim, ser possível a universabilidade dos critérios fundamentais da decisão, de modo que se possa aplicá-los também em outros casos, isso em decorrência dos padrões de igualdade de

racionalidade da administração da justiça (congruência sistemática). Nesse contexto, Taruffo (2001, p. 22) adverte:

> Em todo caso, parece evidente que o poder criativo do juiz se explique validamente não simplesmente na invenção de decisões específicas caso por caso, mas sim na formulação de regras de decisão possivelmente válidas ainda para casos ulteriores.

Na mesma linha argumentativa, Bustamante (2012, p. 326) assevera:

> É fato que quando a Constituição brasileira institucionaliza o princípio moral da igualdade ou justiça formal ela definitivamente exige um modelo de produção e consolidação do direito jurisprudencial que possa garantir ao menos um mínimo de universalidade na aplicação do Direito. A Constituição inequivocamente sustenta a pretensão de que a aplicação de um precedente particular só pode ser justificada por enunciados universais elaborados sob a forma de regras hipotéticas.

Adeodato (2012, p. 316), ao seu turno, adota posição intermediária, pois não aceita a objetividade de critérios universalizáveis, reconhecendo que é possível a construção de consensos localizados. Eis as palavras do autor sob comento:

> Deve-se porém ter em mente que aquilo que aqui se considera insatisfatória não é a tomada de posição ética, mas sim a tentativa de racionalizá-la em termos de critérios universalizáveis. O fato de não aceitar a objetividade desses critérios (ética de segundo grau) não significa abster-se de tomar posições éticas diante das situações da vida (ética de primeiro grau). Consensos localizados podem assim ser construídos, dentro da tolerância que caracteriza a incerteza.

Pois bem. O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) significa um avanço inexorável em termos de exigência de fundamentação adequada (CRFB/88, art. 93, inciso IX). Eis o texto:

> Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
> (...)
> § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
> I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
> II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
> III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
> IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
> V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
> VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Ademais, conforme estabelecido no novo CPC (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), no caso de colisão entre normas, o órgão jurisdicional deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão (art. 489, § 2º).

A dispersão jurisprudencial ocorre, em grande medida, em razão da ausência da adoção da teria dos precedentes com força vinculante. Como adverte Marinoni (2011, pp. 40-

41), “o juiz brasileiro, hoje, tem poder criativo maior do que o juiz do *common law*, uma vez que, ao contrário deste, não presta o adequado respeito aos precedentes”. Em boa hora, portanto, o novo CPC (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) consagra a teoria dos precedentes e institui força obrigatória aos mesmos (art. 927).

Nesse cenário, é possível que seja formulada crítica que suscite um “engessamento” do Direito em que o precedente é aplicado reiteradamente em casos iguais, uma vez que o magistrado jamais teria margens para pensar aquela decisão de uma nova forma. No entanto, esse é um pensamento que não prevalece diante dos institutos jurídicos trazidos do *common law*, que devem ser sistematizados no ordenamento processual.

> A eficácia do precedente, porém, recai sobre a *ratio decidendi*, que se encontra na *fundamentação* da decisão; ela é *norma jurídica geral* construída pelo órgão jurisdicional e da qual se extrai a norma individual objeto do dispositivo; exatamente por ser *geral*, pode ser aplicada em outras situações semelhantes; por isso, a eficácia do procedente é sempre *erga omnes*. (DIDIER JR., 2012, p. 43).

O precedente deve ser encarado como uma norma geral em que a fundamentação da decisão é de crucial importância para que conheçamos as razões de decidir do magistrado, a fim de que o precedente possa ser aplicado aos casos semelhantes. Todavia, existem casos em que a *ratio decidendi* do precedente não se coaduna com o litígio em apreço, razão pela qual é necessário que se faça a distinção entre o caso e a fundamentação da decisão, o que a doutrina intitulou de *distinguishing*.

> É intuitivo que, para aplicar a *ratio decidendi* a um caso, é necessário comparar o caso de que provém a *ratio decidendi* com o caso sob julgamento, analisando-se as suas circunstâncias fáticas. Isso significa uma diferenciação ou distinção de casos, que assume a forma de técnica jurídica voltada a permitir a aplicação dos precedentes. Nesse sentido fala-se, no *common law*, em *distiguishing*. O *distiguishing* expressa a distinção entre casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento a um precedente. A necessidade do *distiguishing* exige, como antecedente lógico, a identificação da *ratio decidendi* do precedente. (MARINONI, 2011, p. 327).

A sistematização dos precedentes não enrijecerá o sistema, tendo em vista o instituto do *distiguishing*, que é o confronto que se faz entre o caso em concreto, no qual se quer a aplicação do precedente, e o próprio precedente, a fim de que se analise se o precedente é realmente aplicável àquele caso que está sendo analisado. Nesse ínterim, é necessário um cuidado demasiado do magistrado, quando deixar de aplicar um precedente, pois não pode utilizar como parâmetro uma situação fática irrelevante; é necessária uma distinção substancial. Nesse sentido:

> Diferenças fáticas entre casos, portanto, nem sempre são suficientes para se concluir pela inaplicabilidade do precedente. Fatos não fundamentais ou irrelevantes não tornam casos desiguais. Para realizar o *distiguishing*, não basta o juiz apontar fatos diferentes, cabendo-lhe argumentar para demonstrar que a distinção é material, e que, portanto, há justificativa para não se aplicar o precedente. Ou seja, não é qualquer distinção que justifica o *distiguishing*. A distinção fática deve revelar uma justificativa convincente, capaz de

> permitir o isolamento do caso sob julgamento em face do precedente. (MARINONI, 2011, p. 328).

Nesse contexto, observamos que o magistrado deixa de aplicar o precedente não por estar equivocado, mas, sim, por não se adequar ao caso em análise. Para isso, o julgador precisa fundamentar sua decisão e mostrar o porquê daquelas razões de decidir não se coadunarem com as apreciadas naquele momento, uma vez que o *distiguishing* não pode ser utilizado de forma arbitrária pelo juiz.

Outrossim, e como é consabido, a sociedade muda no decurso do tempo, e consequentemente o Direito precisa acompanhar as mudanças, a fim de não se tornar obsoleto e inaplicável em decorrência da dinamicidade social. Isso faz com que o precedente que, numa época, era aplicável, em outro momento se torne equivocado e deva ser revogado. Logo, os precedentes podem ser superados, tendo em vista que a ciência jurídica foi elaborada para a sociedade e não é possível conceber a aplicação de um precedente que já não supre as necessidades sociais, bem como deixou de proteger a dignidade da pessoa humana e seus corolários, ou mesmo algum preceito constitucional.

O *common law* anteviu toda essa problemática de superação do precedente em virtude da evolução da sociedade e da inaplicabilidade de precedentes que se tornaram dissonantes com a realidade social. Criou-se, então, o instituto jurídico denominado de *overruling*, isso para que os precedentes obsoletos sejam superados.

> Um precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência social quando passa a negar proposições morais, políticas e de experiência. Essas proposições aparecem no raciocínio do *common law* exatamente quando se mostram relevantes para a elaboração, para a aplicação ou para a mudança de um precedente. As proposições morais determinam uma conduta como certa ou errada a partir do consenso moral geral da comunidade, as proposições políticas caracterizam uma situação como boa ou má em face do bem-estar geral e as proposições de experiência dizem respeito ao modo como o mundo funciona, sendo que a maior classe dessas últimas proposições descreve as tendências de condutas seguidas por subgrupos sociais. (MARINONI, 2011, p. 392).

O *overruling* nada mais é do que a superação do precedente quando as razões de decidir daquela decisão já não se coadunam com a realidade atual. Ocorre que, é de crucial importância um cuidado desmedido ao ser aplicado o referido instituto, tendo em vista que, aparentemente, vai de encontro à tendência atual de seguimento dos precedentes. Bem em entendido: a aplicação do *overruling* só pode ocorrer quando houver embasada justificativa para tanto, sob pena de possuirmos um sistema desarmônico e desacreditado em razão da superação de precedentes que, ainda, se coadunam com a realidade social da época. Logo, é necessária razoabiliadade no momento da aplicação do instituto.

> Não é pela razão de ter poder para revogar os seus próprios precedentes que a Corte pode revogá-los à distância de circunstâncias especiais, como se a todo instante pudesse rever a

> mesma questão jurídica. Como já dito, não há qualquer sentido em ter poder para elaborar precedente e não ter o dever de respeitá-lo. Lembre-se que a Suprema Corte americana, embora venha exercendo o seu poder de *overruling* de modo bem mais intenso, é sempre cobrada quando revoga precedentes sem critérios razoáveis. Portanto, se é certo que o sistema de precedentes que não admite o *overruling* não tem mais lugar, uma vez que impede o desenvolvimento do Direito, também não há como pensar que a possibilidade de revogar precedentes é excludente da eficácia horizontal dos precedentes ou da obrigatoriedade de respeito às próprias decisões. Não há sistema de precedentes quando as Cortes Superiores não se submetem a critérios especiais para revogar os seus precedentes. E é exatamente esta submissão a critérios que caracteriza a eficácia horizontal no Direito contemporâneo. (MARINONI, 2011, p. 391).

A sistematização dos precedentes é, pois, uma proposta viável para que as decisões judiciais sejam respeitadas e ocorra uma previsibilidade das mesmas, isso com o fito de dar credibilidade aos pronunciamentos judiciais, bem como de ser assegurada a paz social. A adoção da teoria dos precedentes combate a possibilidade de utilização de ementas de julgados para justificar qualquer decisão, construída a partir da escolha do juiz, baseada em juízos de consciência.

É em face da obediência aos precedentes e do reconhecimento da eficácia vinculante e persuasiva deles que se realizam os valores de igualdade, coerência e continuidade do ordenamento, bem como ocorre o recomendável temperamento entre as exigências de certeza e confiabilidade com as exigências de flexibilidade jurídica à adaptação e mutação provocadas pela dinâmica da vida social, cuja complexidade se incrementa em proporção exponencial.

A partir da vigência do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), os juízes e tribunais terão que sustentar suas decisões em critérios racionais. As decisões deverão ser coerentes. Como é prestigiada a noção de integridade, os juízes terão que construir os argumentos da decisão de forma integrada ao conjunto do Direito. Tem-se, pois, uma garantia contra as arbitrariedades interpretativas.

5. CONCLUSÕES

Em razão da passagem do positivismo para o pós-positivismo, o ordenamento jurídico passa a se preocupar com os valores e com os costumes do povo, respeita princípios, que norteiam todo o ordenamento, e garante os direitos fundamentais de cada cidadão em face do Estado. Com o reconhecimento da condição de norma jurídica à Constituição, como consequente lógico temos que a interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica.

Tendo em vista a construção da nova hermenêutica-constitucional, do intérprete é exigida uma postura construtiva, já que ele atribui sentido ao enunciado legal. Todavia, é necessário estabelecer uma hermenêutica racional para evitar decisões baseadas na "consciência individual" de cada julgador. Embora tenhamos superado o período de legalidade estrita, o interprete não pode desprezar o Direto posto.

Os princípios e os conceitos jurídicos indeterminados são expressões de teor flexível, com elasticidade de conceitos peculiar, permitindo ao intérprete agregar valor diante da inexatidão conceitual trazida pela norma. Diante disso, em determinadas oportunidades, o sentido da norma terá que ser fixado pelo juiz. Isso não permite, no entanto, que o magistrado decida de acordo com sua vontade, já que o ato de decidir não equivale ao ato de fazer uma escolha.

Teorias que apostam no subjetivismo do aplicador acabam permitindo discricionariedades e arbitrariedades. Todavia, em regimes e sistemas jurídicos democráticos não existe espaço para que a "convicção pessoal do juiz" seja o critério para resolver as indeterminações da lei. Neste estudo, combatemos fortemente os decisionismos!

Pois bem. A ordem jurídica deve ser coerente, tendo em vista que, como é obvio, não é formada apenas pelas leis, mas também pelas decisões judiciais. Essas devem ser previsíveis, notadamente em razão da necessidade de o homem ter segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida. Múltiplas decisões para situações jurídicas iguais revela uma ordem jurídica incoerente e injusta.

Como foi demonstrado, imbuído do sentimento de julgar conforme suas consciências, muitos juízes buscam fundamentar as escolhas feitas mediante a reprodução, em suas decisões, de entendimentos jurisprudenciais. Em face disso, surge a equivocada ideia de que pode existir jurisprudência para justificar qualquer decisão, o que não é verdadeiro e não pode ser aceito! A decisão não pode ser satisfatória apenas para quem a profere. Diante disso, adotou-se o entendimento de que a decisão somente estará correta e será válida se puder ser universalizada.

O novo Código de Processo Civil significa um avanço inexorável em termos de exigência de fundamentação adequada. Cm efeito, não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; que empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; que invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo

julgador; que se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; e que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Nesse cenário, foi demonstrado que a dispersão jurisprudencial ocorre, em grande medida, em razão da ausência da adoção da teria dos precedentes com força vinculante. Em boa hora, portanto, o novo CPC adota a teoria dos precedentes e lhe confere eficácia vinculante. A sistematização dos precedentes é uma proposta viável para que as decisões judiciais sejam respeitadas e ocorra uma previsibilidade das mesmas. A adoção da teoria dos precedentes combate a possibilidade de utilização de ementas de julgados para justificar qualquer decisão, construída a partir da escolha do juiz, baseada em "juízos de consciência".

Por fim, e com o intuito de despertar a necessidade de aprofundar ainda mais o estudo do tema que foi aqui desenvolvido, pedimos vênia para reproduzir duas das grandes advertências: Deve ocorrer o abandono da linguagem dogmático-jurídica enquanto instrumento para a dominação política. Para isso, impõe-se restrição no sentido dos termos e expressões jurídicas, conferindo maior precisão terminológica à linguagem jurídica. A ambiguidade da linguagem não pode ser tal que venha a "variar segundo as conveniências" (ADEODATO, 2012, pp. 184-186). É imperativa uma transformação no ensino jurídico, a fim de propiciar ao aluno a investigação e o raciocínio desvinculados da autoridade de quem ensina; devendo haver forte estímulo à pesquisa dentro e fora da sala-de-aula, favorecendo, assim, um avanço no pensamento dogmático e um aprofundamento da compreensão da realidade jurídica e social (ADEODATO, 2012, pp. 187-189).

6. REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, v. I, n. 6, set. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf >. Acesso em: 10 jun. 2014.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 01 nov. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7547>. Acesso em: 10 jun. 2014.

_____. Jurisdição Constitucional: A tênue fronteira entre o Direito e a política. **Migalhas**. 5 fev. 2014. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2014.

BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de precedentes e organização judiciária. *In*: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CAPPELLETI, Mauro. **Juízes legisladores?** OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Trad.). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. 5. ed. São Paulo: Ática, 1995.

DIDIER JR., Didier. **Curso de direito processual civil**: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. 1. 9. ed. Salvador: *Jus*Podivm, 2008.

_____. A reconstrução da teoria geral do processo. *In*: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Reconstruindo a teoria geral do processo**. Salvador: *Jus*Podivm, 2012.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; e BICALHO, Guilherme Pereira Dolabela. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 48, n. 189, jan./mar. 2011, pp. 105-131. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 jul. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Processo constitucional**: Nova concepção de jurisdição. Rio de Janeiro: Método, 2008.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; e SARMENTO, Daniel (Org.) **A constitucionalização do Direito**: Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, out./dez. 2005. Disponível em:

<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-PAULO%20SCHIER.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2014.

TARUFFO, Michele. Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Ano LV. n. 1. Mar/2001. Milano: Giuffrè Editore, 2001.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Racionalidade das decisões judiciais**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

TRINDADE, André Karam. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. *In*: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luis; e TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.