



Artigos Convidados

O NOVO CPC E A ALEGORIA DA CHARNEIRA: UMA INFLEXÃO FILOSÓFICA AO MITO DA SEGURANÇA EM PINDORAMA

Ricardo Tinoco de Goes

Juiz de Direito, Professor da UFRN, Mestre pela UFRN
e Doutor pela PUC-SP

RESUMO

Diante da eminente vigência do Novo Código de Processo Civil e das questões por ela trazidas relativas à valorização dos precedentes, o presente artigo se volta à análise da segurança jurídica trazida pelo novo texto normativo, a partir do estudo da política de precedentes adotada atualmente e a que se propõe ser adotada pela sistemática do novo código. Diante disso, far-se-á um estudo crítico das questões trazidas pelo novo CPC a respeito do assunto, especialmente no que tange à estabilidade das decisões, ao efetivo contraditório e à priorização do mérito processual.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil. Segurança jurídica. Precedentes.

1 INTRODUÇÃO

Certamente, um dos maiores problemas da doutrina *à brasileira* do positivismo jurídico sempre consistiu em creditar-se ao Direito um necessário compromisso com a segurança jurídica, sem que ao mesmo tempo se buscasse encontrar uma equivalente relação desse objetivo com o seu correspondente axiológico, extraído dos valores que compõem o plano moral no seu respectivo ethos social e humano.

Imaginou-se que o sistema jurídico qualificava-se como a fonte para as respostas que do Direito se espera, na perspectiva de fechar-se questão em torno de todas as espécies de conflitos, sendo certo que essa missão, cometida à normatividade jurídica, sempre teve sua gênese fundada no mito da autoridade a qual, de sua vez, sempre validou o *dever-ser* das regras jurídicas consubstanciadas nos textos legais, ao enunciarem o que é *proibido*, o que é *permitido* e o que é *obrigatório* (VILANOVA, 2005, p.75).

O ponto alto da teoria juspositivista sempre foi a proposição da *stufenbau*, ou seja, a sacralização da validade da norma pelo apego a sua fonte autoritativa estatal, a partir da enunciação do fundamento de validade a permear todos os degraus da imensa pirâmide normativa até o seu cume, dividido na pressuposição lógica que se situa na norma fundamental hipotética (*Grundnorm*) (KELSEN, 2000, pp. 169-170).

Para os paladinos do Monismo ou Unitarismo Jurídico, essa quase deificação da validade jurídica alcançou por igual as fontes de produção normativa do Direito pelo visio da atuação do Poder Judiciário. É que se a sentença é norma abstrata que se faz concreta (CARNELUTTI, 2000, pp. 223-224), como dissera vultosa corrente tradicional do Direito Processual, a segurança jurídica adviria desse desdobramento normativo produzido pela conversão da norma geral em norma específica e concreta, produzida pela sentença.

Com isso, amarrada se encontrava a promessa de validade aos atos que, por força da divisão de poderes, escapavam da centralidade política do Legislativo. Agora, o Judiciário atrelado estava ao mito da segurança, ceifado de toda e qualquer possibilidade reconstrutiva dos fatos, enquanto tentativa para que se encontrasse, sempre, a “justiça do caso”, a realidade que espargida dos fenômenos, poderia representar verdadeiramente o anseio de equidade, pacificação e composição do conflito pelo visio do que é, à luz do sistema, *sempre e necessariamente* justo.

Com a passagem do Estado de Legalidade para o Estado da



Legitimidade, sopraram aos quatro ventos os postulados de um novo modelo para a atuação dos poderes estatais. Uma inevitável onda democrática varreu toda e qualquer herança aprisionadora da legitimidade ao formalismo do que, por conceito, representara até então, a definição de legalidade. Decidir legitimamente é decidir com atenção a uma validade por conteúdo e não mais a uma validade por fundamentação, puramente formal e normativa.

A legitimidade é impositiva, agora, em nome de outro tipo de segurança, posto que tradutora de uma estabilidade jurídica que se horizontaliza e se capilariza nas mais diversas camadas da tessitura social. Não basta que a aceitação do conteúdo normativo se afigure testificada pela vertical demonstração do exercício do poder. É preciso que essa aceitação se traduza na participação, por representação ou deliberação discursiva da cidadania que passa a atuar, pelas eclusas do poder central (HABERMAS, 2003, p.94), dizendo “o quê”, “como” e “quando” deve o Direito expressar esse ou aquele sentido para as múltiplas relações vivenciadas pela cidadania, seja no âmbito privado de suas interações, seja na dimensão pública de seus interesses.

As normas que tratam da procedimentalização do Direito no âmbito da atuação do Poder Judiciário, de fato, não poderiam fugir desse curso natural. Era chegada a hora de editar-se um novo diploma normativo, um novo Código de Processo Civil, capaz de refletir essa luminosa forma de conceber a produção dos atos decisórios estatais, atentos sempre à sua gênese democrática, mas para tanto, sem abdicar da segurança, a mesma segurança que sempre infundiu a visão de tantos quantos pensaram o processo como um verdadeiro instrumento destinado a viabilizar a atuação do Direito Material ao caso concreto.

A escolha principal para o alcance desse objetivo, dentre tantas outras de menor envergadura, deu-se por meio da apropriação, pelo novo diploma, da conhecida Teoria dos Precedentes Judiciais, de origem anglo-saxã. Uma forma de teorizar-se sobre a democracia no Judiciário, fundada no diálogo e no discurso, pela problematização tópica de cada caso, participativamente e segundo ainda uma nova forma de conceber-se o contraditório, dinâmico, efetivo e, sobretudo, influente.

Lado a lado, passaram a conviver a legitimidade de conteúdo e a segurança das decisões... A charneira [dobradiça (HABERMAS, 2003, pp.)] que alegoricamente se abre, ora para um lado, a ensinar a confiança no modo de produção das decisões, ora para o outro, a favorecer a certeza na previsibilidade dos resultados desses mesmos atos decisórios, decerto vem a ser o fiel da balança desse novo tempo. Essa busca do equilíbrio, temperando a faticidade



da realidade conflitiva com a legitimidade das decisões que servem às suas composições. Esse é o mote a inspirar o Código de Processo Civil de 2015.

Mas, a despeito de tudo isso, o Brasil de agora, em certo sentido, ainda é *Pindorama*.¹ Um lugar à espera de tudo... Um espaço aberto ao povoamento... À ignominiosa forma de conceber e ao mesmo tempo confundir o *civilizar* com o *dominar*... Ao tempo em que se sabe que a segurança jurídica é algo que se impõe, por força mesmo da necessidade que há de obter-se do processo e das decisões que dele promanam um mínimo de previsibilidade e de estabilidade nas relações jurídicas, bem não se sabe, por outro lado, a qual *segurança* esse modelo poderá servir... *Pindorama* é linda, mas é aberta a tudo e a todos e por isso mesmo é preciso muito cuidado...

Nessa parte introdutória, minha intenção parece ser já percebida. Desejo enunciar a convicção que hoje tenho de que o novo CPC se traduz como uma necessidade de um novo tempo, uma segurança que amenize os medos de uma sociedade complexa pautada na noção do *risco* (BECK, 2010, p. 61), pelo qual a sina de uma conflituosidade infinita termine por carregar consigo a perda de confiabilidade nas decisões judiciais. Tudo isso é certo, não tenho dúvida, mas duvido que isso se concretize sem que *Pindorama* eleja antes o que, para si, *deva consistir* essa tão abalanzada segurança.

Numa sociedade marcada pela desigualdade, pela dívida histórica com os seus ancestrais (RIBEIRO, 2012), a homogeneização de uma segurança jurídica fundada na Teoria dos Precedentes não pode dispensar uma necessária preocupação com a formação de uma tradição jurídica genuinamente nossa, a começar pelo resgate dos nossos próprios valores, interesses e escolhas.

Mesmo que o espírito do novo Código se identifique com o alcance de uma uniformidade decisória fundada na dialogicidade e discursividade da participação dinâmica em contraditório, ainda assim é preciso pôr as instâncias judiciais, que pelo novo regime procedimental são comprometidas com essa uniformização, em total sintonia com as mais autênticas formas de vida da nossa *Pindorama*. Se o Brasil definitivamente se afirma como um país, cujo Estado assume a natureza de uma Democracia Constitucional, nenhum conceito de segurança jurídica pode passar ao largo da garantia ou da confiança de que é na cidadania que se deve revelar a fonte de legitimação para o exercício de todo e qualquer processo decisório, especialmente quando

¹ *Pindorama*: "Terra das Palmeiras", como assim era chamado o Brasil em Tupi-Guarani.



esse processo assume, logo textualmente, o compromisso com a uniformidade.

A uniformidade, como viés para a estabilidade e para a previsibilidade, é um objetivo do *hoje*, do *agora*, mas pode se transformar num *mito*, pois a segurança que por ela se almeja pode ser a (*in*) segurança para a própria democracia que se quer realidade. Estamentos de poder que se sentem livres para definir qual o sentido a ser dado à *mesma questão de direito*, apanhados pelo sonho de uma abertura cooperativa ampla, mas apenas endoprocessual, podem se colocar a serviço de outros objetivos, claramente estratégicos e absolutamente descompassados com uma estabilidade que deve se afinar com o significado da legitimação democrática.

Antes que os nossos olhos vagueem pelo horizonte à procura de um porto seguro, melhor é que o nosso *olhar* pouse logo sobre o chão que já pisamos, com os rastros que já deixamos, ao longo do tempo, perdidos, e às vezes propositadamente diluídos na poeira de nossa História.

2 RECONSTRUIR OU CONSTRUIR UMA HISTÓRIA DE PRECEDENTES?

A genuína Teoria dos Precedentes, chantada na experiência inglesa, concebe uma Hermenêutica da Reconstrução, enquanto guia para o processo argumentativo-aplicativo do Direito pela Jurisdição.

A idéia é perceber o quanto há de afinidade entre a história dos precedentes formulados sobre o caso, para a partir daí introjetar-se o debate acerca da possibilidade ou não desses precedentes serem aplicados ao caso *sub judice*. Mas o importante de notar é que esses precedentes, muitos deles, já surgiram dessa mesma técnica, desse mesmo aporte. Quer dizer: ao invocar-se um precedente, já se sabe que na sua história radica também uma tradição com a invocação de outros tantos precedentes, que igualmente serviram ao mesmo objetivo dialógico e discursivo. Em outras palavras: a hermenêutica reconstrutiva supõe sempre a existência de uma história, de uma tradição, que precisa ser revivida caso a caso para ser reinterpretada e novamente compreendida e, assim resignificada!

Mas é possível pensar-se em algo com essa mesma latitude para o Brasil? Ou então: há uma tradição jurisprudencial que comprometa positivamente as esferas judiciárias da Jurisdição brasileira com uma história *digna de ser contada* em futuros capítulos do que seria, em metáfora, um *romance em cadeia*? (DWORKIN, 2003, pp. 275-276).

Difícil é dizer, mas ainda creio fortemente que não!



Antes de reconstruir essa história, precisamos é absorver a nossa *historicidade* e, com ela, *construir* a tradição que de *Pindorama* se ceifou. Pois, como pensar numa reflexiva forma de conceber o passado de nossos precedentes, se precedentes, de fato, nunca tivemos?

Mais do que creditar a uma Teoria Reconstitutiva do Direito a saída para a nossa falta de estabilidade na solução dos casos jurídicos, precisamos mesmo é de uma Hermenêutica Construtiva, vazada nos rigores sociológico e antropológico de nossos costumes, crenças, escolhas e interesses mais autênticos. Só aí poderemos, depois, reconstruir para decidir...

Desde logo, então, e para evitar mal entendidos, preciso assentir que me afirmo como alguém que crê na opção legislativa de agora, mas a ela associa a obrigatoriedade de reconhecer-se que a técnica reconstitutiva idealizada deve antes pautar-se na edificação (construção) dos nossos verdadeiros precedentes, pois nada adianta conceber um debate que traga ao centro da discussão, enunciados e súmulas despidas de uma autêntica inserção no querer legitimador de nosso povo, somente pelo fato desses julgados virem a compor a nossa Jurisprudência e, dessa forma, terem decorrido do exercício isolado de um ato de poder.²

A segurança advinda do modelo adotado na tradição da *Common Law* antes de radicar na técnica da reconstrução hermenêutica, a partir dos precedentes, parte mesmo da confiança de que esse passado, quando de sua construção, contou com a mesma possibilidade de gerar precedentes nascidos de um autêntico retorno às suas fontes primeiras, em especial os costumes jurídicos que conferiram esse amálgama entre o Direito e a sua respectiva práxis social³.

Por isso, a reconstrução desses precedentes em cada caso mostra-se como uma técnica louvável, pois o retorno à história de cada um deles é representativo de um passado que jamais corrompeu os ideais e esperanças do que majoritariamente delineou-se como o que é *reto* e *justo*, a considerar

² Isso porque, de ordinário, enunciados e súmulas são editados por iniciativa isolada do Tribunal que os lançou, sempre na compreensão de que os textos sumulados são o reflexo do que, ao longo do tempo, seria o entendimento dominante da Corte.

³ É conhecida a divisão dos costumes daquela tradição em *mores* e *folkways*, exatamente para indicar aqueles de maior latitude e densidade e os que diziam respeito às práticas diárias, introjetadas no universo da família, das relações de vizinhança, do trabalho e do cotidiano.



a realidade de cada tema e das decisões que os enfrentaram.

O suporte filosófico para a consolidação desse paradigma interpretativo partiu da absorção dos postulados da conhecida Teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin. (DWORKIN, 2003, pp. 213-272) Nela, há uma convicção de que é possível encontrar uma resposta correta segundo a realidade exteriorizada por cada caso, sem, contudo, ceder-se à discricionariedade do julgador, que movido pelas inevitáveis aberturas cognitivas presentes no sistema jurídico, subverte, de quando em quando, o sentido finalístico de sua função decisória, transmutando-a no que prestigiosa corrente doutrinária logrou nominar de *decisionismo* ou *arbitrio judicial*. (STRECK, 2010, p. 97).

Para corrigir esse desvio, Dworkin aponta como caminho o retorno à história dos precedentes. Isto é, defende que o único meio de conter esse sempre possível excesso interpretativo é a vinculação dos juízes e tribunais ao que, historicamente, a Jurisprudência erigiu como uma posição digna de ser reproduzida aos casos futuros, sempre, contudo, mediante o exercício de uma interpretação que é reconstrutiva, pois ao tempo que autoriza o recuo ao passado, promove a sua recontextualização, segundo os princípios que, na atualidade, podem infundir a correção dessa única resposta.

Concebe, então, o Direito de modo íntegro e unitário. Sua teoria, por isso, não se insere no âmbito das formulações que põem a Justiça como centro de abordagem e de especulação filosófica. Não se trata mesmo de mais uma Teoria da Justiça, como em Rawls (2002a) (b) (2002c), mas sim de uma Teoria sobre o Direito, que considera a justiça como consequência natural de um labor jurídico reconstrutivo e que toma os casos concretos como realidades a serem interpretadas na esteira de um Direito revelado ao longo do tempo, considerando-se, principalmente, os precedentes jurisprudenciais retomados a cada situação nova que viceja.

Esses precedentes, por seus turnos, devem formar um todo coerente, balizado pela circunstância com que os princípios são, caso a caso, invocados. Aqui consiste um dos pontos altos de sua teoria, porque a observância imparcial da escolha desses princípios, segundo a predominância com que uns se impõem frente aos outros, sem anulá-los, leva em consideração a coerência dos precedentes, mas em contrapartida estima também as diferenças que cada situação expressa, isoladamente. Portanto, não se trata de pensar o Direito retroativamente. O que há é a preocupação de fundamentar a invocação de princípios no presente, considerando a coerência que ao longo do tempo se consolidou, conforme denotam os precedentes judiciais, na perspectiva do



que se deu quando da construção de sua história.

De ver, então, como é importante, imprescindível mesmo, que essa *história* já exista e que essa existência reflita a dignidade de um passado de interpretações motivadas por escolhas pautadas num cenário de legitimação pública, em que a vontade cidadã tenha sido imperativamente seguida e que a preponderância dos argumentos vencedores, na edição de cada decisão, tenha se refletido na consolidação de cada precedente.

Embora o Novo CPC não abrace, apenas, a Teoria do Direito como Integridade de Dworkin, mas igualmente a tempere com a Teoria da Argumentação de Alexy, na perspectiva de conceber espaços de dialogicidade e discursividade suscetíveis à influência axiológica para a formação de consensos, o que a nosso ver não encerra qualquer dificuldade ou incompatibilidade, mesmo que para Dworkin a interpretação sobre princípios não se confunda, como pensa Alexy, com a argumentação sobre valores, havendo intensa diferença quanto ao modo com que aquele e este enxergam os princípios; o que é certo é que independentemente dessa convergência teórica, o pressuposto básico para que se insira, nessa informação filosófica, o *precedente judicial* é a compreensão de que ele é um resultado de uma tradição jurídica *já construída*.

Fala-se numa tradição jurídica *já construída* para designar-se uma *histórica rica de valores comprometidos com os padrões de comportamento adotados por cada sociedade, por cada povo*. Por isso é possível reconstruir hermeneuticamente o caminho a ser seguido para encontrar-se cada resposta correta para cada caso posto à apreciação e à decisão do Poder Judiciário.

A invocação de um *precedente* importa, então, na aceitação de algo que já é, enquanto fonte histórica de um vivo e intenso debate em torno do tema a decidir, de tal modo que a técnica de reconstrução, a partir do precedente não é algo além de uma técnica mesma, de um *método* a guiar legitimamente as instâncias decisórias da estrutura Judiciária num dado Estado.

Mas no Brasil, como já é possível antever, não podemos nos assegurar disso. Não tivemos a chance de construir essa nossa história jurídica, pelo menos nos moldes de um passado rico de vivências e experiências de que se serve a Teoria dos Precedentes. Não nego que temos uma História Jurídica do Direito Nacional, mas não é essa História que, concebida enquanto



historicidade,⁴ pode revelar do que dinamicamente a sociedade brasileira pôde se valer para contribuir valorativamente à edificação de padrões interpretativos genuinamente autênticos, segundo uma identidade só nossa, compatível também com as aspirações que somente nós, enquanto brasileiros, sempre sonhamos e nos detivemos, ao menos nostalgicamente...

Nossos enunciados e súmulas sempre estiveram a mercê de influências estrategicamente pautadas em diretrizes da política e do mercado, mesmo aquelas, mais conhecidas, que inclusive tiveram um importante papel destinado à delimitação dos espaços para o exercício do poder, inclusive do arbítrio travestido de poder. Não faz mal. Não é sobre esse ponto que me refiro, pois aqui não se enceta uma crítica direta ao conteúdo desses nossos julgados consolidados, até porque foi assim que aprendemos a usá-los e foi assim que os adotamos como razões de nossas decisões, por décadas e décadas.

O problema central não é esse, propriamente. A grande questão, o ponto arquimediano dessa peleja se centra mesmo no modo de conceber o surgimento disso que chamamos indevidamente de *precedentes*!

Chamamos de precedentes o que seriam somente *julgados* advindos de causas-piloto, as quais, por força da abrangência temática e da recorrente possibilidade de terem seus fundamentos retomados em cada hipótese sob julgamento, terminam servindo de fonte de inspiração para que juízes e tribunais, espalhados pelo país, os invoquem, muitas vezes inclusive sem a atenção e o cuidado com que cada situação é, de fato, merecedora. Não há uma *historicidade* a pulsar a cada vez que esses julgados são invocados. Não se percebe essa força atrativa, que pudesse ser exercida pelos acontecimentos, os quais, situados no passado, deram vida ao conteúdo da decisão judicial, passando eles mesmos – os acontecimentos – a condicionarem a possibilidade ou não de aplicar-se esse juízo de valor já consolidado a outros casos de idêntica natureza jurídica.

Quando se invoca uma decisão superior, geralmente por simples *ementa*, somos levados a fazê-lo como mera referência a algo que, por advir

⁴VICO, Giambattista. *La scienza nuova*. In. www.letteraturaitaliana.net/pdf/Volume_7/t204.pdf Clássico do pensamento humanístico que introduz o conhecimento de que a História deve ser vista enquanto *historicidade*, quer dizer, esse *devir* temporal que é capaz de produzir sentido, conferindo significado às novas formas de vida e crescendo à tradição, dinamicamente, outras tantas formas, sempre sujeitas a diferentes experiências e ressignificações.



de uma instância hierarquicamente acima da nossa (e somente por isso), deve ter seguimento obrigatório, atraindo quase que por força gravitacional, todo e qualquer caso que a um primeiro lance de olhar balizado esteja pelo texto que ali é enunciado.

Não se alude aos casos que pelo correr do tempo foram formatando, mentalmente, na “consciência” do Tribunal o desenho esquemático daquela jurisprudência. Não se incentiva, pelo menos, a retomada da argumentação que invariavelmente ensinou tudo isso. Muito ao contrário, invoca-se o julgado como se ele tivesse surgido do “vácuo” e sua validade apenas se justificasse por sua origem autoritativa (origem advinda da autoridade, do agir autorizadamente) (BOBBIO, 2000, p. 143). E assim vamos repetindo essa prática continuamente, quase que por reflexo condicionado, pois se quanto a essa crença positivista, da validade formal, a decisão se impõe, nada mais coerente do que colocá-la à disposição dos órgãos jurisdicionais para que sirva como um dos fundamentos de peso à conformação daquela decisão que está por vir. Essa é a técnica da aplicação jurisprudencial, verdadeira releitura do modelo subsuntivo utilizado para a aplicação das leis, sendo estendido agora, mecanicamente, às decisões dos tribunais nacionais.

O que se denomina de *precedente* tem assim, alegoricamente, o papel de conferir segurança às decisões de menor estatura, valendo novamente como uma charneira, isto é: seja para que lado for o pêndulo de sua dobra, o que importará, no final de tudo, é que a decisão que nela se apóia pode impor-se com maior grau de confiança, certeza e respeitabilidade... Afinal de contas, seu conteúdo estribou-se num fundamento que, do ponto de vista formal, é válido e nada mais, além disso, realmente importa!

Será?

O problema, como se viu, é que essa percepção em torno dos precedentes é absolutamente equívoca e, por isso mesmo, a técnica de reconstrução, num país em que a jurisprudência muitas vezes foi formada ao sabor das contingências, não pode validamente (e agora, validade no sentido de legitimidade) ter sua história argumentativamente reconstruída, para traduzir-se, ao final, em decisões que possam respaldar o substancial compromisso que hoje se exige entre os atos de poder e a justificação pública de suas escolhas. E não pode, pois como já se viu, essa história jurisprudencial é claramente carente de legitimidade democrática.

Ela não se formou sob o manto da simetria argumentativa, da criação e ampliação dos espaços de discussão sobre os grandes temas que reclamaram, depois, a atenção da Jurisdição, nem tampouco ela se viu surgir



a partir do amadurecimento natural da própria doutrina brasileira, que por se ver catapultada do seu sonho em construir um verdadeiro Direito Brasileiro, sempre teve que beber em fontes alienígenas a informação conteudística dos institutos jurídicos abarcados pelo nosso sistema.

Desse modo, sem qualquer crítica ao caráter reconstutivo do método interpretativo de que se serve a Teoria dos Precedentes, o que é certo é que, entre nós, precisamos antes é *construir* esses espaços temáticos para a edificação de posições jurisprudenciais autenticamente consolidadas. Assim, em passo seguinte, poderemos invocar esse passado e reconstruí-lo em cada controvérsia posta em julgamento.

3 ENTRE O “RECONSTRUIR” E O “CONSTRUIR” UMA HISTÓRIA DE PRECEDENTES: COMO SITUAR O NOVO CPC?

Nesse cenário antes apresentado nasce o novo CPC e vinga com uma promessa vanguardista digna de aplauso: buscar o mínimo de previsibilidade e de segurança para as relações jurídicas, tendo por escudo a verticalidade na aplicação do Direito, por Juízes e Tribunais, com a confiança de que a observância desse sentido vertical, que adota as teses jurídicas consolidadas pelas Cortes Superiores, decorreu de uma intensa maturação histórica.

Visa-se o alcance de segurança e estabilidade, mas com a confiança de um real sentido de justiça, cuja essência centrada esteja na garantia do debate, do diálogo e da veiculação de argumentos visando o consenso discursivo. Trata-se da imperiosa necessidade de preparar-se um ambiente para uma realidade decisória propícia à *construção* dos precedentes, os quais guiarão a interpretação das instâncias inferiores, devendo, somente assim, *vinculá-las* de forma segura, mas igualmente legítima!

A esse respeito, fácil é constatar como o Novo Código de Processo Civil enxerga, nesses termos, o papel dos precedentes. A tanto, valemos-nos, para fins de exemplificação e densidade expositiva, de uma das mais notáveis novidades introduzidas nesse novo regime normativo: o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR.

Adotamos aqui o IRDR porque ao tempo em que sua finalidade se mostra comprometida com a uniformização de entendimentos, visando à eliminação da repetitividade de demandas e a heterogeneidade de decisões, ainda informadas pelo princípio do “livre convencimento”, vê-se que nas suas disposições gerais há a regra do 4º do art. 976, que prevê o seu não cabimento,



quando no âmbito de sua respectiva competência, os tribunais superiores já tiverem afetado recurso para a definição de tese destinada ao enfrentamento da questão de direito material ou de direito processual repetitiva.

Regramento em destaque, embora de fácil explicação à luz do sistema de vinculação proporcionado pelos precedentes, pode, se não observada a necessidade de ainda construir-se uma tradição nacional para a formação de teses jurídicas pelos Tribunais, gerar vinculação a recursos afetados, cuja tese paradigma não recebeu a necessária influência dos postulados da hermenêutica reconstrutiva, ontologicamente comprometida com a história dos precedentes.

Em outras palavras: entrando em vigor o novo Código de Processo Civil, impossível não é que o IRDR deixe de ser instaurado ante a só possibilidade de já existir um recurso especial afetado, cuja tese ali prevalecente, seja fruto, apenas, de uma mera tomada de posição do Tribunal Superior, a considerar, por exemplo, o conjunto de decisões assemelhadas proferidas sobre o mesmo tema ou questão jurídica, sem que o cuidado com o amplo debate, o sopesamento de valores e a verdadeira construção de uma história *em cadeia* em torno desse tema tenham ocorrido realmente!

Neste sentido, estar-se-ia admitindo a reconstrução de um entendimento, agora para o *caso concreto*, sobre um precedente que, na sua essência, ainda não existe, pois repise-se: não há *precedente* quando se tem, apenas, uma decisão superior tomada enquanto mera jurisprudência, ou ainda, quando diante se está, somente, de uma decisão que resulte de um patamar hierarquicamente mais alto na estrutura da organização judiciária a que estão submetidos Juízes e Tribunais do país.

E a leitura sistemática da referida disposição (art. 976, 4º do NCPC) com o regramento extraído do art. 927, inciso III, não nos deixa esquecer o sentido vinculativo com que se estabelece o regime do novel diploma, segundo a premissa da verticalidade da aplicação das decisões superiores aos casos concretos submetidos aos órgãos de jurisdição inferior.

A esse respeito, o inciso III desse último artigo, ao repetir o que já sabíamos, sobre a obrigatória observância, pelos Juízes, “dos acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em *julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos*” fecha, hermeticamente, a exemplificação antes dita, no sentido de admitir-se que os juízes e tribunais, vinculados ainda estejam às decisões provenientes de recursos afetados, sem que a chance de *construir-se* um genuíno precedente em torno do tema tenha, de fato, se verificado. É que estando afetado um recurso



sobre esse mesmo tema e com isso, inadmitida a instauração do respectivo IRDR, essa afetação anterior já poderá ter decorrido da visão monológica e solipsista da instância superior julgadora, que ainda movida pela “consciência” do relator, tenha se posicionado sobre o tema, sem a necessária construção de uma história contextualizada sobre as suas singularidades e sem a obrigatória atenção ao sentido de validade da decisão, enquanto legitimidade.

Lógico que se o recurso se encontra apenas afetado, a decisão que poderá sobrevir de sua análise já pode se pautar no modelo interpretativo/argumentativo inaugurado pelo NCPC, inclusive contando com a necessária influência do espaço público, como se dá com as previsões normativas referentes à realização de audiências públicas e intervenção de *amicus curiae*. Mas, veja-se, se alguns recursos já estão afetados, ainda que a decisão a ocorrer se dê segundo essa novel ambiência jurídico-positiva, deve-se reconhecer que subsiste toda uma motivação anterior, como dito, guiada pela “consciência” do Tribunal que afetou o recurso, no sentido de fazer valer, com maior grau de densidade, teses jurídicas que valeram para situações análogas ou semelhantes, todas hauridas de uma realidade em que essa abertura discursiva e essa legitimação pelo diálogo e pela cooperação ainda não existiam.

O mesmo se diga em relação à jurisprudência consolidada que está aí, nos termos do que agora é dito no inciso IV do mesmo art. 927, que tem a seguinte dicção: “os juízes e tribunais observarão: IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional.” Ora, se a vinculação é expressa ao Direito Sumular advindo do STF e do STJ, como suscitar um IRDR para dirimir a mesma questão de direito a envolver inúmeras demandas repetitivas, de acordo com a necessária formação de uma *tese* jurídica, se todo esse percurso pode ser simplesmente substituído pela já preexistente súmula de tribunal superior, cujo conteúdo, por expressa remissão do retrocitado inciso IV, continua a vincular todos os juízos singulares e colegiados de inferior hierarquia espalhados pelo país afora?

É preciso reconhecer que o NCPC, embora inaugure uma nova etapa para o Direito Processual Civil Brasileiro, não irromperá no mundo jurídico afastando, por completo, toda uma tradição já sedimentada, seja na maneira de conceber o processo, de acordo com a nossa cultura, seja no especial modo de aplicar-se a regra processual aos casos concretos.

Não se pode olvidar, ainda, a cultura do produtivismo jurisdicional que a despeito de ancorar-se num fundamento social e politicamente aceito, consistente na necessidade de apresentar-se uma resposta rápida aos mais



diversos conflitos que aportam no Judiciário, traz a difícil questão, que agora se mostra, de como conciliar essa necessária rapidez com o tempo igualmente necessário para o diálogo e para o debate. Não tenho dúvida de que a construção de uma história para a tomada de posição, inclusive, no sentido deliberativo/decisório não pode menoscar a importância do tempo. Isso para mim é um fato!

Creio, assim, que em *Pindorama* precisamos mesmo é *construir* uma tradição realmente devotada ao incremento do argumento democrático no poder decisório cometido a Juízes e Tribunais!

E digo ainda: precisamos assim agir atribuindo maior largueza a essa *construção*, no sentido de depositarmos confiança nesse labor, pois se sabe que a magistratura, assim como uma charneira, que se move para abrir e fechar janelas, ora pode significar um valioso instrumento para a “manutenção da ordem e do *status quo*” constituído na conformidade de objetivos às vezes indefensáveis, ora pode simbolizar uma grandiosa peça de reavaliação e crítica das formas de vida estrategicamente criadas pelos sistemas, político e econômico, para seqüenciarem os seus próprios projetos de dominação e de poder, a despeito do sacrifício permanente dos interesses, projetos e sonhos da maioria dos jurisdicionados.

Necessitamos, então, de uma *construção* e não da crença, com certo grau de ingenuidade, numa *reconstrução* sem uma base ontológica prévia, definida e autenticamente comprometida com a participação/deliberação democrática. O porvir de uma hermenêutica fundada num *grau zero* (STRECK, 2008, p. 81) procedimental e discursivo pode ser a grande ferramenta para esse projeto. A chance de construirmos uma história de precedentes em que, desde o primeiro passo, se verifique e se contemple, na formação do pensamento que conduzirá à prolação das primeiras decisões, a interferência direta do argumento democrático, aberto à pluralidade e aos diversos contextos que só o Brasil, como caso particular, ostenta, é a chave para esse grandioso projeto e para a estruturação de uma Jurisdição substancialmente democrática.

Do contrário, o que teremos é a reprodução de mais um modelo sem o cuidado de reconhecer-se, nessa reprodução, as diferenças abissais que nos colocam fora do alcance de uma hermenêutica reconstrutiva, nos moldes da *common law*. Certamente, isso até poderá nos trazer a impressão de uma mudança de rumos, a considerar a realidade da jurisprudência nacional que se evidencia. Mas, de outro tanto, em pouco tempo nos gerará a certeza de que estamos a vivenciar, apenas, a fé no mito da segurança, cuja confiança na legitimidade do processo decisório escapou, ante a reprodução de teses e



idéias anteriores à proposição de fundo encorpada no NCPC.

Se o peso de uma jurisprudência já consolidada não for relativizado frente à necessária *construção* de uma verdadeira teoria de precedentes, estaremos inocentemente reconstruindo um caminho hermenêutico que sequer foi demarcado... Estaremos alegoricamente “inventando a roda que sequer se intuiu” e isso tudo é dito, porque numa democracia não se pode admitir uma simples ou mera adaptação de paradigmas teóricos. É fundamental que se propiciem condições reais para a formação de linhas de pensamento, condutoras de posições sobre temas relevantes, no campo do Direito Público e no plano do Direito Privado, que tempos após, aí sim, no seu conjunto, venha a se revelar como a verdadeira tradição jurídica nacional, sedimentada numa linha de precedentes logicamente estruturada no tempo. Nessa etapa, certamente, poderemos reconstruir...

4 À GUIA DE CONCLUSÃO: ESTABILIDADE E PREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS SEM PREJUÍZO DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA. DO CONTRÁRIO, SEGURANÇA DE QUÊ E PARA QUEM?

Com o objetivo de oferecer um desfecho a esse escrito, penso que é chegado o momento de refletir em termos finais sobre a motivação que me move a defender ardentemente a construção de uma tradição de decidibilidade de conflitos com vistas à formação, entre nós, de uma cultura dos precedentes. Essa motivação relaciona-se com todo vigor a outro plano de abordagem filosófica. Presa está à filosofia política do Direito e ao compromisso que ela tem de oferecer bases especulativas sobre a opção histórica dos Estados Constitucionais pela Democracia.

Com isso, diante de nós se afigura clara a necessidade de conciliar-se o grande objetivo prático do NCPC, que é o de estabilizar o mundo da fenomenologia jurisprudencial, visando conferir previsibilidade à solução dos conflitos levados ao conhecimento da Jurisdição Estatal com a também necessária obtenção de legitimidade para esses atos decisórios.

É assim que o NCPC deve ser percebido: como um complexo de regras que se de um lado objetivam conferir segurança e estabilidade ao sistema de decisões judiciais, de outro também devem assegurar que essas decisões sejam cunhadas com a participação efetiva em contraditório, com a primazia do mérito e com a vanguarda de conteúdos firmados na pluralidade dos interesses em jogo.



Não se trata, portanto, de formular uma crítica dirigida à orientação filosófica que informou a principiologia do novo diploma processual civil. Nem mesmo se conjectura sobre a necessidade ou não de visar-se a estabilidade e a previsibilidade das decisões como o grande alvo dessa nova etapa da ciência processual no Brasil, como se apenas os fins econômicos representassem o *leitmotiv* dessa grande mudança e que, mais uma vez, os paladinos da Teoria dos Sistemas, com isso, tentassem fazer prova de que, realmente, o sistema do Direito sempre esteve em intercomunicação direta com o sistema da Economia. Ou como querem os prosélitos da Teoria Crítica, quando afirmam que, colonizado por ela, o Direito torne-se refém, quase sempre, de interesses estratégicos e instrumentais pertencentes à política e ao dinheiro.

Realmente, à guisa de conclusão, o que quero dizer é que para salvar o projeto de um novo diploma processual civil para o Brasil, fundamental é que reconheçamos ao nosso país a sua face verdadeira, a sua identidade enquanto *Pindorama* e, assim, possamos resgatar na base dessa estabilidade tão decantada, um autêntico projeto de construção de uma Jurisdição Democrática! Uma arquitetônica, não um arquétipo, que se mostre completamente sintonizado com os anseios de uma sociedade abalçada por uma esfera pública atuante, vigilante e permanentemente ajustada ao termômetro do debate, da discussão...

É essa estabilidade que se almeja, nascida de raízes argumentativo-discursivas que são só nossas, pois partidas de uma história construída na conformidade de nossa experiência judiciária, que conte com ampla participação de todos os segmentos sociais, fortemente comprometidos com o ideário democrático, na sua dimensão participativa e de conteúdo.

Do contrário o mais humilde dos jurisdicionados, o mais rústico e pouco letrado dos destinatários da Jurisdição, paradoxalmente dirá, do mais alto de sua sapiência haurida da cultura e da experiência de sua rica vida de trocas e câmbios vivenciais, em alto e bom som:

Segurança de quê e para quem?

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. Rio de Janeiro: editora 34, 2010.



BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Org. Michelangelo Bovero. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**, volume I. Trad. Hiltomar Martins de Oliveira, São Paulo: ClassicBook, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**, volume I, São Paulo: editora Malheiros, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GOES, Ricardo Tinoco de. **Democracia deliberativa e jurisdição**: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas, Curitiba: Juruá, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Trad. G. Sperber; Paulo A. Soethe; Milton C. Mota, São Paulo: Loyola, 2002.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, volume I. Trad. Flavio Beno Siebeneicheler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Trad. Milton Camargo



Mota, São Paulo: Loyola, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Justiça como equidade**: uma reformulação. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes.

_____. **Justiça e Democracia**. Trad. Irene Parternot, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**: a formação e o sentido do Brasil, São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Verdade e consenso**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Novo CPC**: Fundamentos e sistematização, Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2015.



VICO, Giambattista. ***La scienza nuova***.

In: www.letteraturaitaliana.net/pdf/Volume_7/t204.pdf

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**.
São Paulo: Noeses, 4ª edição, 2005.

NEW CCP AND ALLEGORY OF HINGE: A PHILOSOPHICAL INFLECTION TO THE MYTH OF SAFETY PINDORAMA

ABSTRACT

Faced with the imminent effect of the new Code of Civil Procedure and the questions brought related to the appreciation of precedents, the present paper intends to analyse the Legal Certainty present in the new normative text, from the study of precedent policy currently adopted and the one which is proposed to be adopted by the new code system . Thus, it will be made a critic review about the new questions brouth by the new CCP, especially in the matter of the stability of decisions , the contradictory effect and prioritization of procedural merit.

Keywords: New Code of Civil Procedure. Legal Certainty. Precedents.

