

Exercício hermenêutico sobre Direito jurisprudencial no novo CPC



Rafael Tomaz de Oliveira
professor de Direito

No momento em que a comunidade jurídica se prepara para o início da

vigência do Novo Código de Processo Civil, adquire importância singular a reflexão sobre pontos inovadores ou altamente controversos que incorporam a nova legislação processual. Esse é o caso das questões relativas à jurisprudência. É importante ter presente, desde logo, que a força imprimida à jurisprudência pela nova legislação processual produz alterações significativas não apenas para o âmbito das práticas cotidianas do Direito como, também, para a sua reflexão teórica, uma vez que estamos diante de uma verdadeira ressignificação do instituto na esfera da tradicional teoria do direito que se ensina e pratica todos os dias nos milhares de cursos jurídicos espalhados pelo país. Com efeito, a nova dimensão de significado que os artigos 926 a 928 conferem à jurisprudência parece dar a impressão de que o novo *codex* incorporou entre nós uma modalidade de *direito jurisprudencial*, conferindo-lhe tonalidades vivas de verdadeira fonte imediata do direito, numa aproximação intensa com a própria lei. Talvez não seja outro o motivo que levou o mesmo legislador a incorporar à nova codificação uma série de institutos que visam garantir às partes efetiva *participação* na formação dos provimentos jurisdicionais, na busca de dar ao processo um ajuste mais fortemente democrático e republicano.^[1]

Na coluna deste sábado, pretendo formular algumas considerações sobre esse ponto específico, problematizando-o em torno da seguinte questão: em que medida será possível falar na existência de um direito jurisprudencial entre nós a partir da entrada em vigor da nova codificação?

Tenho aqui como pressuposto o caráter intersubjetivo da linguagem. Assim, o nosso modo-de-ser, o *como* nos relacionamos com as palavras e os significados, é embevecido de historicidade. A tradição implica, para nós, certa tonalidade de destino, uma vez que não podemos dar aos nossos constructos linguísticos o sentido que queremos. Ao contrário, se objetivamos produzir um sentido comum, que possa ser compartilhado com os outros, precisamos ajustar nosso discurso com as coordenadas da tradição. Por óbvio, os projetos de sentido não são imunes à ação do tempo. A avaliação sobre a autoridade da tradição, e o impacto que ela nos causa, pode levar a modificações nos quadros semântico-sintáticos de significação conceitual.

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

Como pode ser depreendido das lições de Norberto Bobbio, *direito jurisprudencial* é um termo que diz respeito à pluralidade de fontes, característica dos modelos jurídicos medievais. Seguindo as trilhas do mestre italiano, podemos afirmar que o Direito, na idade média, originava-se de uma diversidade de fontes de produção jurídica, além de estar vinculado a uma diversidade de ordens jurídicas. Neste último caso, tendo como base o *ordenamento régio*, podemos considerar ordens superiores, como a da *igreja* ou o do *império*; bem como inferiores, tais quais as dos *feudos*, das *comunas* e das *corporações*. Já com relação à pluralidade de fontes, temos que a sociedade medieval era regulada, ao mesmo tempo, por normas de natureza jurídica advindas dos costumes (*direito consuetudinário*), das ordens jurídicas emanadas da autoridade política que detém o poder supremo (*direito legislativo*), da tradição acadêmico-doutrinária (*direito científico*) e da atividade das cortes de justiça (*direito jurisprudencial*).^[2]

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

O Estado moderno, como se sabe, erigiu-se a partir de uma dupla unificação: de *fontes* e de *ordens* (ou, nos termos propostos por Bobbio, *ordenamentos*). Por um lado, a ideia de soberania, firmada a partir da concepção de um poder absoluto que, num primeiro momento, será personificado na figura do príncipe, produzia uma unificação de todas as ordens jurídicas concorrentes em torno de um único centro (o Estado Absolutista), que não reconhecia nenhuma autoridade detentora de poder político superior ou inferior a ele. De outra banda, o sistema de fontes também sofre um processo de unificação a partir da atividade que se apresenta como a expressão da vontade do soberano. A tradição mais próxima à nossa cultura jurídica edificou essa centralização do processo de produção do direito na *lei* que nós, de forma bastante reducionista, compreendemos com os olhos do presente como sendo o produto de um ato formal de um poder legislativo.^[3]

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

Na verdade, ocorre depois de uma complexa sedimentação histórica que envolve um corpo distinto de agentes políticos em cada uma das realidades culturais. Numa simplificação bastante grosseira, é possível afirmar que os países da Europa continental aglutinaram-se em torno da unificação das fontes na *lei*, ao passo que na ilha (Grã-Bretanha), a referida unificação processou-se de uma forma mais contínua com relação ao passado, mantendo o caráter de fonte formal do direito naquilo que os continentais chamariam de *direito jurisprudencial*, mas que, na tradição inglesa, o mais correto seria falar em força do *precedente*.^[4]

Como afirma Van Caenegem, o desenvolvimento do direito inglês mostra-se como uma *continuidade histórica*. O direito “continental”, por outro lado, não mantém esse vínculo de autoridade com o passado. Se tomarmos o exemplo do direito francês, marcadamente ruptural, observa-se claramente que a formação do Estado Absolutista e seu posterior ocaso é o resultado de rupturas radicais com o regime político anterior (a necessidade de pôr fim às guerras civis religiosas, no primeiro caso, e a revolução, no segundo). Por outro lado, o direito continental herdou de forma mais intensa o legado dos romanistas acadêmicos medievais. Para esses juristas, a história não é destacada como um elemento principal para a construção do direito. Novamente com Caenegem, é possível afirmar que um romanista pode passar à análise de questões jurídicas sem qualquer indicação a respeito da sucessão de eventos passados que possuíam alguma força para alterar ideias ou atitudes perante o direito.^[5]

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

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

Isso sem falar que, tanto naquilo que já vinha sendo posto nas reformas parciais que introduziram mecanismos de vinculação de decisões ou assemelhados (v.g. Lei 9.756/1998), quanto na estrutura posta pelo NCPC, nosso modelo de incorporação do “precedente” continua a privilegiar a dimensão vertical da regra – posta a partir das decisões dos tribunais superiores – e não menciona com a devida clareza a dimensão horizontal, que vincula o juízo singular ou o tribunal às próprias decisões tomadas no passado.

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

Há que se ter presente que, do ponto de vista da tradição, ou do estilo jurídico, continuamos a ser um país vinculado à família romano-canônica, cuja fonte primária do direito é a lei. Os dispositivos do

NCPC citados acima não autorizam nenhuma conclusão de que estaríamos incorporando entre nós alguns elementos da tradição do *common law*. Mesmo os instrumentos de vinculação já existentes em nossa ordem jurídica – e que, de alguma maneira, acabaram reforçados pela nova codificação – são tão estranhos à tradição do *common law* quanto à própria ideia de total vinculação da decisão judicial à lei, e a consequente relação legislativo-judiciário, predominante na cultura romano-canônica.

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

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

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

Um necessário apontamento filosófico: temos que considerar o fato de que a interpretação é um fardo inescapável, como bem demonstra a hermenêutica mais contemporânea. Enquanto seres humanos, somos condenados a interpretar. Tudo o que for linguagem, acontece na compreensão e se explicita por meio da interpretação. Por outro lado, a ideia de que o sistema de precedente seria mais propenso à previsibilidade decisória esbarra no fato de que existem esforços teóricos, mesmo no âmbito desse estilo cultural, que objetivam enfrentar exatamente o mesmo problema que hoje identificamos no nosso modelo: a discricionariedade judicial. O exemplo maior e mais bem acabado é, certamente, o de Ronald Dworkin.

Assim, a saída para o dilema não se dá pela via da criação de instrumentos vinculatórios que, repita-se, representam apenas uma cópia opaca, e sem a devida crítica cultural, de um sistema jurídico baseado em precedentes. Uma melhor solução encontra-se na hermenêutica, em seu esforço de objetividade da interpretação e, no campo da decisão judicial, esse controle só pode ser feito a partir da *fundamentação*. Por isso que, do ponto de vista da estabilidade e previsibilidade decisória, a maior contribuição do novo código encontra-se no caput do art. 926 – e da incorporação, a partir da “emenda-Streck”, das noções de coerência e integridade da jurisprudência – e no parágrafo 1.º do artigo 489, que estabelece parâmetros mínimos para o controle da fundamentação das decisões judiciais, que permitem avaliar, ainda que minimamente, a interpretação efetuada pelo órgão judicial. Como muito bem assinalado por Georges Abboud: “não é o *civil law* ou o *common law* que determinará o nível de segurança de um sistema, mas a qualidade de suas decisões manifestadas por um judiciário que efetivamente leve a sério seu dever de concretizar a Constituição e orientar a aplicação da lei em conformidade com ela.”^[6]

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

[2] Cf. BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. São Paulo: Editora Mandarim, 2000, p. 16 e segs..

[3] Essa consideração não autoriza concluir que as demais fontes de produção do direito foram simplesmente excluídas por esse processo de unificação em torno de um único centro. Na verdade, a partir daí, cristalizou-se o entendimento – recitado à exaustão em nossos cursos de introdução o estudo do direito – que diferencia as fontes imediatas das fontes mediatas. Nesse quadro, de um modo geral, é possível dizer que ao costume somente se atribuem efeitos jurídicos quando for expressamente reconhecido pela lei; a doutrina, por mais valiosas que sejam suas contribuições, nunca chega a alcançar uma dinâmica vinculatória; e, por fim, à jurisdição, reconhece-se apenas o poder meramente secundário de aplicação das normas jurídicas de origem legislativa e o seu produto, para os continentais a chamada *jurisprudência*, terá uma finalidade meramente auxiliar, de apoio interpretativo. Para uma problematização adequada do tema das fontes do direito, para além dos reducionismos tradicionais, Cf. ABOUD, Georges. CARNIO, Henrique Garbellini. TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. *Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, em especial o capítulo 8.

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

[5] Cf. CAENEGAM, R. C. Van. *Judges, Legislators & Professors*. op., cit., p. 8.

[6] ABOUD, Georges. *Discrecionabilidade Administrativa e Judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 362.

Date Created

24/10/2015