

A jurisprudencia como meio de controle do discurso procesual.¹

The jurisprudence as a method of control of procedural discourse.

Dr. Francisco Emilio Baleotti²

Fecha de Presentación: febrero 2016. Fecha de Publicación: abril de 2016.

Resumo.

O presente trabalho visa demonstrar o papel unificador da jurisprudência na fixação dos conceitos jurídicos, partindo da demonstração de que os enunciados legais são vazios de conteúdo linguístico, sendo fruto da interpretação que lhes conferem cada aplicador do Direito, que os faz variar conforme a carga de valores própria. Como o Direito produz-se segundo relações de Poder vigentes em cada sociedade, reproduzindo-as, serve como justificação desse Poder, sua produção deve ser controlada e isto se faz estabelecendo mecanismos de controle das decisões judiciais, normalizando-as, com o fim de conferir aos indivíduos segurança quanto à solução de seus conflitos, bem como, pretensamente, garantia de igualdade nesta mesma solução.

¹ Trabalho oriundo das pesquisas realizadas no projeto de pesquisa desenvolvido pelo autor, junto à Universidade Estadual de Londrina, intitulado " Análise da evolução jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça quanto às garantias constitucionais do processo".

² Professor adjunto do Departamento de Direito Público da Universidade Estadual de Londrina, advogado, doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina.

Abstract.

This study aims to demonstrate the unifying role of law in defining the legal concepts , based on the demonstration that legal utterances are empty of linguistic content , being the result of interpretation which give them each applicator the law, which makes vary the load of its own values. As the law makes up the second power relations prevailing in each society , reproducing them , serves as a justification of this Power , its production should be controlled and this is done by establishing control mechanisms of judicial decisions , normalizing them , in order to to give individuals certainty as to solve their conflicts and , allegedly , guarantee of equality in this same solution.

Sumario

INTRODUÇÃO.

- I. A QUESTÃO DA CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO.
- II. O PROCESSO COMO DISPOSITIVO PARA O CONTROLE DO DISCURSO JURÍDICO.
- III. O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA NO CONTROLE DA DECISÃO JUDICIAL.
- IV. A OPÇÃO PELO CONTROLE DA DECISÃO JUDICIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.
 1. Incidente de assunção de competência.
 2. O incidente de resolução de demandas repetitivas.
- V. CONCLUSÃO.

Palabras clave

Jurisprudência, interpretação do Direito, uniformização, decisão judicial.

Keywords

Jurisprudence, law interpretation, standardization, judicial decision.

INTRODUCCIÓN

A criação judicial do direito é tema que há tempos aflige a doutrina jurídica. Com efeito, o problema ganha em tamanho e importância a partir do momento em que se aceita placidamente a doutrina de separação trinária das funções de poder estatal, pois, segundo esse pensamento, os poderes, sendo harmônicos, também tem funções rigidamente separadas, não sendo aceitável a intromissão de uma sobre a outra, ou seja, não pode qualquer dessas funções agir de modo a usurpar aquela que caberia a outra. Assim, é regra (ou era) que a função da criação jurídica é atribuição exclusiva da função legislativa de poder, não se admitindo que o juiz, no exercício de sua atividade, aja de modo a contrariar ou mesmo a inovar o arsenal jurídico preexistente, ou seja, ao juiz caberia unicamente declarar o direito (existente) aplicável à espécie de demanda que lhe é apresentada pelas partes, não lhe sendo permitido gerar nova norma de natureza geral.

Ocorre que, como bem demonstra CAPPELLETTI³, a evolução do conceito de Estado, de uma orientação liberal para a orientação do welfare state, provoca efeitos sobre a atividade jurisdicional que impõem a esta duas opções: quedar-se inerte na situação de mero declarador de direitos privados e individuais ou levantar-se e, ante a insuficiência da função legislativa em razão de sua sobrecarga, atuar no sentido de implementar direitos antes não reconhecidos expressamente pelo ordenamento, além de assumir um papel de controle da atividade pública e política do Estado e de seus agentes, produzindo normas que supram o vácuo jurídico criado pela inércia legislativa⁴.

Posta a questão da maneira acima, nos aparece novo problema a ser resolvido. Segundo o pensamento de FERRAZ JR.⁵ a dogmática jurídica preocupa-se precipuamente com a decidibilidade dos conflitos, estabelecendo padrões predefinidos a estes aplicáveis, em nome de permitir uma decisão pré-programada, pois exerce papéis pedagógicos, de desengargalo e de

³ CAPPELLETTI. Mauro. Juízes Legisladores? (trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira). Porto Alegre. Sérgio Fabris. 1993. p. 40:42.

⁴ CAPPELLETTI. op. cit. p. 47:50.

⁵ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito - técnica, decisão, dominação. 4ª edição. São Paulo. Atlas. 2003. p. 86:87.

institucionalizar a tradição jurídica⁶, gerando deste modo a previsibilidade das soluções dos conflitos.

Como se pode notar logo a primeira vista, essa postura (dogmática) se torna incompatível com a forma de welfare state, pois ante as novas funções assumidas pelo Estado, que sobrepujam a simples função repressiva ou mesmo protetiva de direitos privados, para uma função de promoção de direitos, não se admitiria pensar em uma função judiciária omissa ante as novas tarefas que são impostas ao Estado sob a forma de welfare state.

Cria-se, então, um conflito. Se a teoria da separação de funções presume que estas não se sobreponham e isso se dá com a clara intenção de provocar aquilo que FERRAZ JR. demonstra como a neutralização política do judiciário⁷, visando à conquista da segurança jurídica em seu grau máximo, esta conquista ficaria inviabilizada ante à inexistência de controles efetivos da atuação jurisdicional de declaração e efetivação de direitos; a razão disso é que se o modelo de Poder fundado na soberania explica-se no modelo jurídico-discursivo, o discurso que manifesta esse mesmo poder deve ser rigidamente controlado, já que é vazio de conteúdo; ou seja: o modelo liberal de poder e de Estado necessita da segurança jurídica, para que lhe seja possível a previsibilidade das decisões judiciais, logo, essas decisões que decorrem e representam a soberania estatal deve ser estritamente controlada de modo a impedir o imprevisto naquilo que se entende ser o Direito vigente, assim, cumpre verificar o papel exercido pela jurisprudência como meio de controle de sua aplicação e interpretação.

I.- A QUESTÃO DA CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO.

Para o pensamento liberal burguês, o Direito deve ser criação estatal e exercida pela função legislativa de poder. Ou seja: o Direito como representação do poder estatal somente é válido havendo sido ditado pelo mesmo Estado que encarna o poder vigente na sociedade. Pensamento originado na ideia de soberania encarnada no corpo do Rei que, com o desmonte do pensamento monárquico absolutista sofre um vácuo na suas explicação e justificação. Cria-se então a figura do Estado centralizador e irradiador de poder, como substituto à personagem real e, este, devendo dizer a lei, o faz mediante órgãos a quem se atribui a tarefa de dizer a vontade do poder vigente, no nosso caso, o legislativo.

⁶ FERRAZ JR. 2003. op. loc. cit.

⁷ FERRAZ JR. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?. Revista USP. n. 21. 1994. p. 14:16.

Esta exclusividade de atribuição da criação normativa, entretanto, vê-se subitamente afligida pela transição do Estado liberal para o Estado social de direito, pois aqui, com o aparecimento e reconhecimento de direitos vários, que impõem ao Estado o atendimento a prestações de cunho social, de proteção e promoção destes mesmos direitos, o legislativo surpreende-se com o seu agigantamento, não dando conta da produção legislativa necessária para o atendimento das novas tarefas que são conferidas àquele.

Com a insuficiência da atividade legislativa, as funções atribuídas ao judiciário então crescem em tamanho. Ora, como demonstra HESSE⁸, a Constituição não pode ser considerada como imunizada dos fatores sociais, históricos, econômicos, ao contrário deve ela, até pela própria natureza das normas jurídicas, constituir-se não só em um ser, mas também num dever ser. Deve então não se conformar apenas com a realidade presente, mas modificá-la no sentido de permitir o alcance das finalidades e tarefas retratadas em seu texto. Por isso, mostra o mesmo autor mais adiante⁹, os métodos de interpretação corriqueiros restam insuficientes ao cumprimento dos desígnios impostos pelo Direito e pela orientação assumida pelo Estado, dêis que inviabilizam o cumprimento das tarefas que lhe são impostas(FERRAZ JR., 1994.)¹⁰.

Constatada a questão, verifica-se que as clássicas teorias acerca da interpretação jurídica, fundadas no método da subsunção, tornam-se inaptas a propiciar um exercício adequado da atividade jurisdicional, pois, a partir do momento em que esta adquire um papel promocional dos direitos reconhecidos pelas constituições (e, mais que isso, de fiscal do cumprimento daqueles direitos pelo Estado) o método clássico fraqueja, pois lhe falta um elemento fundamental: a norma cujo enunciado seja claro o suficiente para subsumir-se a ele a questão fática¹¹.

O judiciário então, ao assumir essa nova posição, deve, não abdicar da função declarativa do direito, mas acrescer a ela a função promocional dos direitos e fiscalizador do atendimento dos novos direitos por parte do Estado, deve também exercer a função de aferição da constitucionalidade das normas editadas pelo legislativo e pelo executivo, no que toca ao respeito aos direitos previstos pelas constituições.

⁸ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre. Sérgio Fabris. 1991. p. 15.

⁹ HESSE. op. cit. p. 22.

¹⁰ op. cit. p. 19.

¹¹ CAPPELLETTI. cit. p. 55.

Quais então as consequências mais proeminentes que essa viragem acarreta? Partamos do pensamento de Michel Foucault quando avalia o modelo de poder fundado na "soberania"¹². Diz o autor que uma característica do modelo de poder fundado na soberania, é a sua justificação racional pelo Direito. O discurso jurídico teria o papel de legitimar o Poder e também de explicá-lo de modo racional, consagrando tanto a adequação do Poder concentrado no Estado, como a obediência devida pelo indivíduo a este mesmo Poder.

Entretanto, como mostra ainda FOUCAULT¹³ a configuração de Poder exercido nas sociedades modernas muda de modelo; o que era disfarçado pelo discurso jurídico (com a preocupação já referida de sua explicação racional e da justificação do dever de obediência), escancara-se em dominação¹⁴, entretanto, não uma dominação exercida do centro do Poder para as bordas da sociedade, mas justamente o contrário, ou seja; o Poder que exerce o Estado e que é justificado pelo discurso jurídico, desenvolve-se da periferia para o centro e, para representá-lo e justificá-lo, o Estado deve produzir um Direito que o reproduza.

Ora, como também aponta GRAU¹⁵, quando afirma que o direito posto não é nada mais que a reprodução de um direito pressuposto, o Direito feito pelo Estado e representado no discurso jurídico, nada mais é do que a reafirmação de relação jurídica interior à sociedade civil e que encontra eco no discurso jurídico.

Isto, aliado ao que continua mostrando GRAU¹⁶, de ser o juiz o intérprete autêntico (a expressão é do autor citado) do Direito e caber-lhe formular a norma jurídica ao decidir o conflito que lhe é apresentado, produz o que ele designa direito formal, e esse direito na verdade é o existente, pois, enquanto disposição, o conteúdo do enunciado legal é vazio, tendo o conteúdo que dele é extraído pelo juiz¹⁷.

Assim atuando, o juiz produz o que o autor chama de discurso do direito, posto que, sendo o juiz o intérprete autêntico do direito, ele é quem produz norma como agente autorizado a fazê-lo.

¹² FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder* (org. Roberto Machado). 26ª edição. São Paulo. Graal. 2013.p. 280.

¹³ *op. cit.* p. 281.

¹⁴ FOUCAULT. Michel. *op. loc. cit.*

¹⁵ GRAU. Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7ª edição. São Paulo. Malheiros. 2008. p. 63,

¹⁶ GRAU. Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7ª edição. São Paulo. Malheiros. 2008. p. 95.

¹⁷ GRAU. Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 5ª edição. São Paulo. Malheiros. 2009. p. 85.

Ora, então a pretensão de "segurança jurídica", corporificada na previsibilidade do Direito, vê-se ameaçada uma vez que, se ao juiz é dado "interpretar" o Direito contido na norma positivada e tendo esta conteúdo incerto ou vazio de sentido, se torna necessária a instituição de meios de controle dessa operação de extração da norma, ou do, como designa GRAU¹⁸, direito formal produzido por seu intérprete autêntico, pois este não pode, conforme as pretensões já enumeradas, produzir Direito segundo convicções ou entendimentos que não sejam aqueles determinados pelo Poder vigente e exercido dentro do grupo social.

Acontece que a produção deste direito formal se dá dentro de um procedimento legalmente determinado também. Esse procedimento, ao qual se aderem também garantias jurídicas, chama-se processo judicial e ele também deve ser ordenado segundo normas jurídicas predefinidas que constituem o que a doutrina jurídica designa a maior de todas as garantias jurídicas conferidas ao método: o devido processo legal.

II.- O PROCESSO COMO DISPOSITIVO PARA O CONTROLE DO DISCURSO JURÍDICO.

AGAMBEN¹⁹, ao examinar o conceito de "aplicação" do Direito, ao par de qualificá-la como "uma das categorias mais problemáticas da teoria jurídica", nos mostra que o problema reside exatamente na falta de correspondência entre o que se pretende como uma regra geral, que se contém numa "proposição geral dotada de um referente puramente virtual à referência concreta a um segmento da realidade..." e que a passagem da norma à realidade que ela pretende regular "não é de modo algum uma operação lógica" cuja realização se satisfaria na clássica "subsunção do caso à norma", para, verificando-se sua adequação, proferir-se uma conclusão (sentença). Mostra ele que, no caso específico da norma jurídica, a sua aplicação consubstancia-se numa operação prática, onde se envolvem vários sujeitos e onde sua correspondência ao que se pretende real, se opera por um "processo", cuja decisão (sentença) deve ser legitimada (... um enunciado cuja referência operativa à realidade é garantida pelos poderes institucionais..) e isto demonstraria que, no caso do Direito, "a aplicação de uma norma não está de modo algum contida nela e nem pode ser dela deduzida, pois de outro modo, não haveria necessidade de se criar o imponente edifício do direito processual."²⁰

Percebe-se pois que o processo cumpre, no Direito, uma função determinante. Se a norma de decisão deve ser extraída da norma jurídica pelo juiz (judiciário), a atividade de

¹⁸ Ensaio/Discurso. cit.

¹⁹ Estado de Exceção - Homo Sacer, II, I (trad. Iraci D. Poletti). 1ª edição, 1ª reimpressão. São Paulo. 2005. p. 62-63.

²⁰ AGAMBEN, op. loc. cit..

interpretação/aplicação, para que se produza o que GRAU²¹ denomina direito formal, é atividade produtora também de um discurso que não só legitima o discurso jurídico, mas também deve ser legitimada institucionalmente, pois assim, far-se-ia a adequação daquela remissão meramente virtual à realidade pela norma jurídica, à própria realidade que se pretende regular e conformar, realizando-se a operação prática da aplicação da norma.

Ora, tal método deve, dêis que revelador de relações de poder e de exercício mesmo de tal poder, ser controlado minudentemente, inclusive, até em razão de ser uma operação realizada por várias pessoas, porque o teor da norma de decisão que se pretende extrair da norma jurídica deve ter seu conteúdo padronizado, possibilitando o controle deste conteúdo.

Diante disso é que o processo é cercado de uma série de princípios e garantias, posto que, por meio delas permite-se o que antes anotamos como segurança jurídica realizada numa previsibilidade das decisões, ou seja na possibilidade de com alguma segurança poder-se predeterminar a norma de decisão que dali será extraída.

Sendo assim, um dos métodos de controle mais eficazes que se estipula é o método de hierarquização das decisões, com a criação de instâncias de julgamento, uma se sobrepondo a outra, com poderes de rever e refazer as decisões cujo conteúdo não retratem o referente virtual contido na norma jurídica emanada do Estado e corporificadora do que GRAU²² denomina direito pressuposto.

Ocorre que tal controle se realiza através do que o Direito entende por denominar processo judicial e isto fica claro quando verificamos o conceito que se estampa nos manuais²³, que é estabelecido como meio que se presta ao exercício do poder jurisdicional do Estado.

O que temos, então?

Ora, temos que o processo, em que pesem todas as tentativas de atribuir-lhe certa natureza jurídica (e isto é feito copiosamente em manuais de Direito Processual, sendo inclusive tido como ponto fundamental para seu estudo), o processo assume na verdade uma face de verdadeiro instrumento de exercício e afirmação do poder estatal, quando possibilita a decisão

²¹ op. loc. cit.

²² op. loc. cit.

²³ V.g. BUENO. Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de Direito Processual Civil. 5ª edição. São Paulo. Saraiva. 2011. vol. 1. p. 421. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 22ª edição. São Paulo. Malheiros. 2006. p. 295:296.

judicial, ou seja, torna-se o processo verdadeiro caminho e instrumento viabilizador da decisão judicial, através da qual o Estado atua resolvendo conflitos e afirmando seu poder²⁴.

Cria-se então, de modo a assegurar tal exercício, um intrincado sistema de procedimentos, técnicas e "princípios" cuja função é permitir a decisão²⁵.

Acontece que, essa decisão deve ser aquela cujo referente virtual estipulado na norma jurídica pretende-se realizar, conformando a realidade pretendida pelo produtor da norma jurídica, logo deve ser submetida a rígido controle, que é obtido estabelecendo-se o que se denomina como "garantias constitucionais do processo", v.g.: contraditório, ampla defesa, devido processo legal, isonomia das partes, fundamentação das decisões judiciais, etc..

Entretanto, não se considera suficiente controlar a produção formal da decisão, é necessário também o controle de seu conteúdo. Neste ponto é que se insere a questão do papel da jurisprudência.

III.- O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA NO CONTROLE DA DECISÃO JUDICIAL.

Como afirma FOUCAULT²⁶ há, em nossa sociedade, discursos que tem natureza de permanência, dada a sua fundamentalidade "são ditos, permanecem ditos e estão ainda por dizer." e entre eles os textos jurídicos. Tais textos, segundo o mesmo autor, originam "atos novos de fala que os retomam, os transformam ou falam deles".

Estes não trazem novidade em seu conteúdo, apenas a trazem no seu reaparecimento; limitam-se a reproduzir o antes dito, somente debaixo de nova roupa. Isto, que o autor designa como "comentário", cumpre a função de reafirmar o discurso antes estabelecido, apenas revelando o

²⁴ Isto é patente quando verificamos a ideia de monopólio da Jurisdição, também afirmada nos manuais de direito processual e de direito constitucional. É certo que hoje muito se fala em meios extrajudiciais de solução de conflitos, tais como arbitragem, mediação, conciliação, etc., inclusive com estímulo das normas processuais a sua utilização, entretanto, veja-se que as limitações impostas a tais meios de solução, antes de apontar no sentido de uma abdicação do Estado à solução de conflitos, ao contrário, reafirma o monopólio, pois permite-se o uso desses meios apenas naquelas questões de ordem estritamente pessoais e privadas.

²⁵ É fácil constatar tal afirmação. Basta ver que o processo de cunho adversarial tem como ponto fundamental a chamada técnica das preclusões, onde se divide o processo em fases, determinando-se que certos atos devem ser praticados dentro uma fase correspondente e passada tal fase, fecha-se à parte a oportunidade da atuação naquele sentido, tudo sob a justificativa de que, sem ela, o processo inviabiliza-se pois não chega a seu termo (a sentença, decisão). A construção do processo sobre prazos também é conotativa dessa constatação.

²⁶ FOUCAULT, Michel. A ordem do discurso (trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio). 22ª edição. São Paulo. Loyola. 2012, p. 21.

que antes se encontrava oculto no discurso originário. Estabelece-se então uma relação de controle do acaso do discurso, já que o seu conteúdo é sempre retomado e reafirmado.

Sendo a norma jurídica vazia de conteúdo, como já demonstramos antes, e sendo ela padrão de conduta imposto, a sua interpretação/aplicação²⁷ deve ser controlada. Queremos dizer, reafirmando o dito antes. A decisão judicial, como meio de exercício de poder, deve ser controlada em sua produção tanto em seu aspecto formal, que se faz pelo processo ordenado, como em seu aspecto material.

Alie-se a isso a característica do direito moderno, como mostra KOERNER²⁸; a flexibilização do Direito moderno. Segundo esse autor, o Direito moderno caracteriza-se por ser um "direito flexível, soft", desprovido daquela que sempre se entendeu ser a sua característica fundamental, ser um enunciado provido de generalidade, abstração e conteúdo mandatório, para caracterizar-se hoje como um conjunto de proposições de sentido aberto cujo conteúdo define-se por seus resultados e por permitirem as chamadas decisões adaptadas ao contexto, consensuais e eficientes.

Ora, tal característica provoca, diante da necessidade de segurança jurídica, a carência de serem estabelecidos mecanismos de controle da decisão judicial, uma vez que esta é criadora de direito e este papel se cumpre pela jurisprudência.

Demonstrador disso é o sistema de precedentes criados pelo novo Código de Processo Civil²⁹ brasileiro a adquirir vigor em 15 de março de 2016.

Tal diploma normativo cria vários mecanismos cuja finalidade é a uniformização das decisões judiciais³⁰, não que no atual Código de Processo Civil³¹ não existam tais mecanismos, ele os prevê em profusão, cuja intenção clara é a padronização (chamada "coerência" pela doutrina) das mesmas. Por tais mecanismos, evidente até em sua formulação, o que se pretende claramente -e a própria doutrina processual não o esconde- é fazer com que as decisões

²⁷ No sentido que GRAU. 2009, cit. p. 90.

²⁸ KOERNER, Andrei. Direito, regulação e governamentalidade. in SCAVONE, Lucila. ALVAREZ, Marcos César. MISKOLCI, Richard (Coord.). O Legado de Foucault. Editora UNESP. 2006. p. 223:228.

²⁹ BRASIL. Lei n. 13.105, de 18.03.2015.

³⁰ V.g. o chamado Incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto nos artigos 976 a 987, a Reclamação, regulada nos artigos 988 a 993; a Repercussão Geral, prevista no artigo 1.035, como requisito necessário ao conhecimento do Recurso Extraordinário; o Incidente de assunção de competência, previsto no artigo 947.

³¹ BRASIL. Lei n. 5.869, de 11.01.1973.

proferidas através do processo guardem entre si identidade, quando as razões para elas forem "idênticas".

Reduz-se então a decisão judicial a uma mera operação mecânica, tudo em nome da "segurança jurídica". A segurança que, segundo EWALD³², é "...a prática de um certo tipo de racionalidade, aquele que formaliza o cálculo das probabilidades. Isso explica que nunca nos seguremos senão contra riscos e que estes possam ser tão diversos como a morte, um acidente, o granizo, uma doença, um nascimento, o serviço militar, uma falência, os processos... Numa palavra, o risco é um princípio de objectivação. Confere uma certa objectividade aos acontecimentos da vida privada, profissional ou comercial... É próprio da segurança constituir um certo tipo de objectividade, dar a certos acontecimentos familiares uma realidade que lhes muda a natureza."

Pois bem, como então se articula a "segurança", entendida como prevenção contra o risco, e a atividade jurisdicional?

Segundo o pensamento do mesmo autor, se a ideia de risco objetiva os fatos, o faz de modo de separá-los de suas "causas", ou seja, os fatos tornam-se apenas "fatos" independentemente daquilo que os informa. Seriam acontecimentos ocorridos no plano da realidade, desvinculados de sua essência e como tais deveriam ser entendidos. Segundo ele a "revolução probatilitária" subverte noções "as mais familiares... de facto, de lei, de causa..."³³, provocando uma "suspensão do juízo", onde não devemos mais nos preocupar em situá-los segundo as suas características próprias, ocorreria como que uma "pasteurização" dos acontecimentos que passariam a ser considerados apenas segundo sua semelhança aparente, retirando deles todo o seu sentido essencial, bastando considerá-los por suas semelhanças ou dessemelhanças.

Essa ocorrência massiva dos fatos permite que se alivie para os mesmos decisões também padronizadas (diriam Foucault e Ewald³⁴, normatizadas), produzidas segundo parâmetros de escolha preestabelecidos, pois como sua individualização faz-se apenas segundo sua

³² EWALD, François. Foucault, a norma e o Direito. Tradução Antônio Fernando Caiscais. 2ª edição. Vega. 2000. p. 89.

³³ EWALD. op. cit. p. 90.

³⁴ E o faz dizendo: "No mundo moral e social, na esfera presumida da liberdade, observam-se regularidades, constâncias (casamento, crime, suicídio, etc.) cuja causa permanece obscura. Imagina-se uma divina providência, procura-se uma razão suficiente que viria a explicar estes fenómenos. Como se a regularidade de fenómenos devesse repousar numa lei invisível que a explicaria. Como se, numa palavra, explicar fosse reduplicar o mundo visível por um mundo invisível de causas e leis. O pensamento probabilitário faz a economia desta reduplicação." (op. cit. p. 91-92).

ocorrência, a solução também deve ser oferecida segundo esta mesma ocorrência, sem se fazer qualquer juízo quanto ao fato em si.

O proveito tirado desse pensamento é o de que, com a atribuição generalizada do risco, permite-se a equalização de todos os indivíduos, pois, ainda acompanhando EWALD³⁵, não há risco individual, apenas risco social, disseminado entre todos. De outro modo, todos podem participar de conflitos que, ao fim, seriam entre si iguais e que, deste modo, mereceriam soluções já alvitradas, segundo padrões preestabelecidos.

Ter-se-ia então alcançado aquilo que antes referimos como fundamento da segurança jurídica, a neutralização política do Judiciário, uma vez que, "Se a normalização designa uma atividade de produção, não é no sentido da produção de objectos, mas no sentido de um procedimento que permite o entendimento no que respeita à escolha de uma norma."³⁶ e à fixação de seu conteúdo linguístico.

IV.- A OPÇÃO PELO CONTROLE DA DECISÃO JUDICIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO³⁷.

O caminho de controle e normalização das decisões judiciais assumido pelo novo Código de Processo Civil³⁸ brasileiro fica escancarado ao se ler o seu artigo 926, assim redigido:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

O dispositivo revela uma inegável tendência à manutenção do discurso jurídico fixado segundo padrões preestabelecidos, assumindo claramente posição privilegiadora do valor "segurança" em desfavor do valor "justiça" ou mesmo "adequação" da decisão ao caso presente para solução, considerando neste as peculiaridades que o informam.

Veja-se que a determinação legal impõe ao órgãos hierarquicamente superiores um dever de manutenção de certo estado de coisas, ao consignar a estabilidade, integralidade e coerência como valores a serem preservados pelo Judiciário ao solucionar os conflitos que se lhe

³⁵ op. cit.. p. 98.

³⁶ EWALD. cit. p. 99.

³⁷ BRASIL, Lei n. 13.105, de 16.3.2015.

³⁸ BRASIL, Lei n. 13.105, de 16.3.2015.

apresentem. Não se satisfazendo com a determinação contida na cabeça do dispositivo, reafirma tais valores quando profere, em seu parágrafo primeiro que os tribunais deverão editar "enunciados de súmulas" que retratem sua "jurisprudência dominante" e que deverão fazê-lo segundo "forma estabelecida" e "pressupostos fixados no regimento interno".

Ora, não satisfaz o desejo de segurança apenas o controle do "conteúdo" da norma interpretada/aplicada, mas também com o modo de produção e fixação de tal conteúdo, revelando um controle no plano material e formal de produção da decisão judicial e tal desejo vai sendo reafirmado no decorrer do conhecimento do dispositivo legal em questão, como evidencia seu parágrafo segundo, vazado nos seguintes termos:

§ 2º. Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Reflete a redação do dispositivo legal, o que acima enumeramos como uniformização do risco com a sua distribuição por toda a sociedade, não importando, para a consideração do fato posto em questão, que sejam examinadas as peculiaridades que o informam, basta para a formulação da decisão uniformizada que sejam verificadas identidades eventualmente existentes entre os fatos verificandos para a solução de eventuais conflitos.

Some-se a isso que a mesma lei se preocupa em estratificar hierarquicamente o exercício da função judiciária e, minudentemente, estabelece no artigo 927 o encadeamento das decisões a ser observado, quando do proferimento das decisões pelos juízes e tribunais. Impõe inclusive a observância de padrões para uma remota hipótese do que denomina "alteração de jurisprudência dominante" nos tribunais superiores³⁹ e qual o procedimento a ser adotado pelas ditas instâncias "inferiores" para cumprimento da determinação legal.

Ora, tudo isso reflete inegavelmente um desejo de "normalização" das decisões judiciais e de seu modo de produção, como anota EWALD⁴⁰, esse desejo decorre da necessidade da sociedade atual (que ele designa "industrial") do estabelecimento de padrões predefinidos de comunicação, da criação de uma língua "artificial"⁴¹ pois esta permite a objetivação e sua expressão, cerceando as ambiguidades próprias da linguagem.

³⁹ Vide o parágrafo 3º, do artigo citado.

⁴⁰ Op. cit. p. 103.

⁴¹ Aqui usamos a expressão do autor.

Verifica-se, continuando a análise do que o Novo Código de Processo Civil chama de "ordem dos processos nos tribunais" nas suas "disposições gerais"⁴², no artigo 928 que a mesma lei preocupa-se em determinar o que se deve entender por "julgamento de casos repetitivos", numa clara intenção de determinar o conteúdo linguístico encerrado pelo texto legal.

Perseguindo o alvo da padronização das decisões, o citado código estabelece ainda meios que, levados ao pé da letra, subverteriam inclusive as garantias processuais constitucionais tidas como inafastáveis para um processo justo e construído segundo padrões tidos como democráticos. O artigo 932 da mesma lei processual coloca, como uma das atribuições do relator de eventual recurso, o dever de, em decisão monocrática, "negar provimento a recurso" que em suas razões vá de encontro a decisões de Tribunais Superiores (aqui generalizamos) ou que também oponham-se à decisões já tomadas em "incidentes de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência".

1. Duas hipóteses demonstradoras do afirmado.

O Novo Código de Processo Civil Brasileiro⁴³, estipula, entre o que chama de "meios de impugnação das decisões judiciais" duas hipóteses que demonstram claramente a opção tomada pelo legislador no que toca ao controle das decisões judiciais, que, sem intenção de examiná-las do ponto de vista da técnica processual, entendemos serem demonstradoras do pensamento que tentamos expressar no presente escrito.

A primeira delas consubstancia-se no que designa "Incidente de assunção de competência", previsto no artigo 947 do citado documento legal; a segunda cria o chamado "Incidente de resolução de demandas repetitivas", com previsão legal entre os artigos 976 a 987 da mesma lei.

Elegemos estas duas formas processuais de controle de decisões judiciais pois elas nos parecem emblemáticas quanto ao que afirmamos anteriormente. Em comum entre ambas há o fato de que, instaurados os "incidentes", o primeiro efeito disso é a vinculação de todos os demais órgãos judiciários à decisão oriunda dos mesmos, evidentemente com resguardo à divisão administrativa dos tribunais.

⁴² No capítulo I, do Título I, do Livro III, da mencionada Lei n. 13.105, de 16.3.2015.

⁴³ Lei n. 13.105, de 16.3.2015.

Também sintomática da escolha feita é a equiparação, quanto aos efeitos que a decisão provoca, de ambas as formas de controle, pois, muito embora para a instauração do incidente de assunção de competência não se exija a "repetitividade" das demandas, os efeitos da decisão também é o de vinculação das demais instâncias de julgamento.

- **Incidente de assunção de competência.**

Segundo o artigo 947 do NCPC, para a instauração desse incidente, basta que a causa posta em juízo contenha, segundo a dicção legal, "relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos" e poderá ser iniciada por ato de ofício do juiz relator do recurso ou a requerimento dos sujeitos parciais do processo, ou do Ministério Público, ou ainda da Defensoria Pública.

Verifica-se claramente que o elemento autorizador da instauração do incidente fixa-se na repercussão social que a decisão futura poderá causar e, preventivamente, elimina-se discordância jurisprudencial atual ou virtual, elevando-se a competência para decisão para órgão que originalmente não a teria.

Tal intenção é patente, veja-se que a respeito da denominada "uniformização de jurisprudência preventiva"⁴⁴, a doutrina⁴⁵ já dizia ser esta uma maneira de, ao pressentir a possibilidade de divergência entre teses jurídicas adotadas intencionalmente, o tribunal, por seu órgão, poderia evitá-la, por esse incidente.

A doutrina⁴⁶ reconhece também que o expediente utilizado pelo Código de Processo Civil atual, deixava a desejar quanto ao fim que perseguia, pois a decisão oriunda do incidente tinha vinculação restrita ao recurso levado a julgamento através do incidente. Assim, substituíram-se os mecanismos de uniformização existente pelo atual incidente de assunção de competência.

Outro ponto que referenda o pensamento aqui expresso é que, na redação do dispositivo legal, mais precisamente no parágrafo 2º do artigo 947 do NCPC⁴⁷; o legislador trai sua intenção ao,

⁴⁴ Prevista no art. 555, § 1º, do Código de Processo Civil (Lei n. 5.869, de 11.1.1973, com a redação dada pela Lei n. 10.352, de 26.12.2001).

⁴⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de Direito Processual Civil. 4ª edição. São Paulo. Saraiva. 2013. vol. 5. p. 357:358.

⁴⁶ BUENO. op. loc. cit..

⁴⁷ Assim vazado: "§2º. O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência,"

cindindo a decisão entre aquela que se refere à instauração do incidente pelo relator do processo e seu julgamento pelo órgão colegiado que assume a competência, posto que a este incumbirá julgar o incidente se nele reconhecer "interesse público".

Note-se que a decisão se dá em dois momentos: um relativo ao juízo quanto à possibilidade de decisões divergentes frente à "relevante questão de direito, com grande repercussão social" da alçada do relator e outro, relativo ao juízo quanto à causa em julgamento, que cabente ao "órgão colegiado", que só assumirá a competência se reconhecer nisso "interesse público".

Interessante ponto, pois fica aqui a dúvida se a decisão do juiz relator submete-se ou não a recurso, sob a forma de agravo interno⁴⁸, posto que tal método de ataque à decisão prevê, segundo a redação do dispositivo, ser ele interponível contra "decisão do relator", mas, não olvidemos, que segundo doutrina autorizada⁴⁹, o incidente aqui tratado, com dito antes, substitui o antigo incidente de uniformização de jurisprudência por assunção de competência⁵⁰, instituído no Código de Processo Civil de 1973. E, veja-se, que tal decisão de instauração do incidente não suporta recurso, o que parece evidente ante a redação legal, que diz caber ao relator propor a incoação.

Aqui, sem pretensão de apresentar solução definitiva, nos parece incoerente a admissão de recurso contra a decisão do relator, pois, havendo, dever-se-ia admitir que o órgão colegiado que o julgasse, devesse se pronunciar a respeito da uniformização de jurisprudência.

Retomando o ponto nevrálgico que pretendemos demonstrar, verifica-se que no incidente em questão, pretende-se proteger um certo "interesse público" relativo à segurança e previsibilidade quanto às decisões acerca de "causas iguais ou semelhantes" e, portanto, merecedoras de decisões de mesmo jaez. Opção clara pela segurança e pelo controle das decisões judiciais, controle esse feito pela sua padronização, ou seja, o que aqui chamamos "normalização".

- **O incidente de resolução de demandas repetitivas.**

⁴⁸ Forma recursal prevista no art. 1021, do NCPC.

⁴⁹ BUENO. Cassio Scarpinella. Projetos de Novo Código de Processo Civil comparados e anotados. 1ª edição. São Paulo. Saraiva. 2014. p. 454.

⁵⁰ Com previsão legal no já citado artigo 555, § 1º da Lei n. 5.869, de 11.1.1973, com a redação dada pela Lei n. 10.352, de 26.12.2001.

Previsto nos artigos 976 a 987 do NCPC⁵¹ este incidente, utilizando-se de pressupostos e métodos, em sua superfície, diferentes, pretende obter o mesmo resultado perseguido pelo método acima tratado.

Parte esta técnica do pressuposto da existência de "efetiva repetição de processos" onde se discuta o que o direito convencionou chamar de "questão de direito" unicamente e agrega a esse, o "risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica"⁵².

Mais do mesmo.

Se na hipótese do incidente anterior exige-se uma "relevante questão de direito" aliada à "grande repercussão social", ambas virtuais, aqui a relevância e a repercussão são atuais, tanto o são que já geraram grande corrida ao Judiciário, merecendo, desse modo, decisões que possibilitem sua uniformização.

É inegável a tentativa de controle de conteúdo decisional naquilo que se refere à aplicação/interpretação⁵³ do direito vigente e estatuído, impedindo soluções que confrontem a ordem já posta, pondo em risco a administração da solução dos conflitos pelo Judiciário.

Reforça o afirmado o pressuposto relativo ao risco oferecido à "isonomia" e "segurança jurídica" que, traduzidas, podem ser entendidas por "previsibilidade" das decisões judiciais. O elemento "isonomia" aqui não se entende como "justiça do caso concreto", posto que os elementos de fato relativos à causa tornam-se irrelevantes, já que basta identidade de "questões unicamente de direito", como se o fato levado à apreciação fosse indiferente à busca de uma solução adequada (justa?).

O objetivo de controle esclarece-se no artigo 985 do NCPC, quando se vê de seus incisos que a vinculação à decisão se dá de modo mais abrangente e efetivo que no caso anterior. Note-se que a decisão deste incidente obriga à observância em "processos ... que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal" e "aos casos futuros ... que venham a tramitar no território de competência do tribunal", ou seja, pretende-se controlar o presente e o futuro.

Em síntese, essas são as diferenças mais evidentes entre os dois incidentes, mas que não os furtam à consecução do mesmo objetivo de controle das decisões judiciais.

⁵¹ Lei n. 13.105, de 16.3.2015, cit..

⁵² Incisos I e II, do artigo 976, de Lei n. 13.105, de 26.12.2015, cit..

⁵³ Novamente aqui utilizamos a expressão cunhada por GRAU cit..

V.- CONCLUSÃO.

Com efeito a ampliação dos escopos atinentes à Jurisdição se alteraram no sentido de sua ampliação. A complexidade da sociedade atual não permite mais um Judiciário meramente declarador de direitos individuais, pois os conflitos hoje são massificados e também perderam sua natureza individual, direitos antes não reconhecidos⁵⁴ hoje são reivindicados e o acesso ao Judiciário ampliado e protegido como garantia individual pelos textos constitucionais, que o fazem ser entendido como direito a uma prestação jurisdicional efetiva e eficaz, provocam a necessidade de decisões que exigem a efetiva formação de juízos sobre os conflitos sociais.

A essas decisões não bastam mais os tradicionais métodos de interpretação do direito vigente baseados na mera subsunção, levando o órgão decisor a necessitar "criar" direito, ou ao menos, descobrir dentro dos textos legais o conteúdo verdadeiro dos mesmos; esse fato, aliado à indeterminação própria dos conceitos jurídicos hoje vigentes (chamados "normas de textura aberta"), traz para o centro da polêmica a necessidade de conferir àqueles que procuram solução para suas discórdias alguma segurança para que não fiquem à mercê da "distribuição" dos processos entre os vários órgãos judiciários⁵⁵, que atuem segundo convicções meramente pessoais, possíveis ante o vazio semântico, senão velho, hoje agravado pelas características imperantes no chamado direito moderno, cuja face mais evidente é sua "flexibilidade".

Essa situação impõe que haja controles das decisões, tanto em seu aspecto formal como em seu aspecto material, ou seja, é necessário o controle tanto da produção do conteúdo do direito pela decisão judicial como o controle dos métodos pelos quais esse direito é produzido, resguardando-se a segurança jurídica, opção clara das sociedades modernas, gerada pela socialização dos riscos, característica também marcante do mundo hodierno.

Essa garantia pretende-se obter com o estabelecimento de técnicas processuais que vinculem as decisões judiciais segundo critérios hierárquicos rígidos, criando-se sistemas e técnicas de revisão e confirmação (poderíamos dizer "validação") das várias instâncias de decisão, uma sobrepondo-se a outra, até chegar àquela cuja principal atribuição é a unificação do direito vigente dentro de certo território. A rigidez da hierarquia, não obstante, permite-se rompê-la,

⁵⁴ V.g. os direitos sociais reconhecidos, os direitos transindividuais, etc..

⁵⁵ Já anotava Araken de Assis: "A falta de uniformidade dos julgamentos, sem mudanças significativas no esquema de fato ou do direito porventura aplicável à espécie, derivada e calcada somente na interpretação discrepante dos julgadores, desaponta e revolta os destinatários da atividade jurisdicional." (Manual dos Recursos. 5ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2013. p. 347.

diante de princípios outros (segurança, isonomia, previsibilidade) entendidos mais relevantes que a distribuição das competências decisórias.

Percebe-se que tudo se resolve segundo opções de controle mais eficazes à satisfação das expectativas dos indivíduos e dos mercados, afastando-se a descrença nos métodos de governo das sociedades.

VI.- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção - Homo Sacer, II, I** (trad. Iraci D. Poleti). 1ª edição, 1ª reimpressão. São Paulo. 2005.

ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. 5ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2013.

BRASIL. **Lei n. 10.352**, de 26.12.2001.

BRASIL. **Lei n. 13.105**, de 18.03.2015.

BRASIL. **Lei n. 5.869**, de 11.1.1973.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de Direito Processual Civil**. 4ª edição. São Paulo. Saraiva. 2013. vol. 5.

BUENO. Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de Direito Processual Civil**. 5ª edição. São Paulo. Saraiva. 2011. vol. 1.

BUENO. Cassio Scarpinella. **Projetos de Novo Código de Processo Civil comparados e anotados**. 1ª edição. São Paulo. Saraiva. 2014.

CAPPELLETTI. Mauro. **Juízes Legisladores?** (trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira). Porto Alegre. Sérgio Fabris. 1993.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22ª edição. São Paulo. Malheiros. 2006.

EWALD, François. **Foucault, a norma e o Direito**. Tradução Antônio Fernando Caiscais. 2ª edição. Vega. 2000.

FERRAZ JR. **O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?**. Revista USP. n. 21. 1994. p. 14:16.

FERRAZ JR. **Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito - técnica, decisão, dominação**. 4ª edição. São Paulo. Atlas. 2003.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso (trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio)**. 22ª edição. São Paulo. Loyola. 2012.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder (org. Roberto Machado)**. 26ª edição. São Paulo. Graal. 2013.p. 280.

GRAU. Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 5ª edição. São Paulo. Malheiros. 2009.

GRAU. Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7ª edição. São Paulo. Malheiros. 2008.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição (trad. Gilmar Ferreira Mendes)**. Porto Alegre. Sérgio Fabris. 1991.

KOERNER, Andrei. Direito, regulação e governamentalidade. in SCAVONE, Lucila. ALVAREZ, Marcos César. MISKOLCI, Richard (Coord.). **O Legado de Foucault**. Editora UNESP. 2006. p. 223:228.