Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

TIAGO CARDOSO VAITEKUNAS ZAPATER

CERTEZA DO DIREITO E A PREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS NA REFORMA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Aspectos sistêmicos e históricos dos mecanismos de uniformização de jurisprudência e aceleração do processo

Doutorado em Direito

São Paulo
2014

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

TIAGO CARDOSO VAITEKUNAS ZAPATER

CERTEZA DO DIREITO E A PREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS NA REFORMA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Aspectos sistêmicos e históricos dos mecanismos de uniformização de jurisprudência e aceleração do processo

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de DOUTOR em Filosofia do Direito, sob a orientação do Professor Doutor Celso Fernandes Campilongo.

Aprovado em: _____

Banca Examinadora

Professor Doutor Celso Fernandes Campilongo (Orientador)
Instituição: PUC-SP Assinatura_____

Prof. Dr._____
Instituição: _____Assinatura_____

Prof. Dr._____
Instituição: _____Assinatura_____

Prof. Dr._____
Instituição: _____Assinatura_____

Prof. Dr._____
Instituição: _____Assinatura_____

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

TIAGO CARDOSO VAITEKUNAS ZAPATER

CERTEZA DO DIREITO E A PREVISIBILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS NA REFORMA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Aspectos sistêmicos e históricos dos mecanismos de uniformização de jurisprudência e aceleração do processo

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de DOUTOR em Filosofia do Direito, sob a orientação do Professor Doutor Celso Fernandes Campilongo.

São Paulo

2014

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Celso Fernandes Campilongo, pela confiança depositada em mim ao assumir a orientação desta tese, pela incansável disponibilidade em atender-me, pelos ensinamentos sempre catastroficamente instigantes, pela paciência infinita e pelo apoio amigo nos momentos mais críticos desta tese, que não foram poucos.

Ao Professor Raffaele De Giorgi, pela calorosa acolhida em Lecce, onde pude aprofundar meus estudos em teoria dos sistemas e acompanhar seu fascinante curso de filosofia do direito. Agradeço por me receber em sua casa, na Masseria Campone, e disponibilizar-me sua biblioteca pessoal. Sou grato, ainda, pela preciosa oportunidade de discutir minhas ideias com uma das mentes mais brilhantes que já conheci.

À Professora Nathaly Campitelli Roque, pela atenta e compromissada leitura do trabalho, sugestões e críticas vitais, mesmo antes da banca qualificadora, pela seriedade da análise e imensa utilidade das recomendações feitas por ocasião da qualificação da tese.

Ao meu colega paraense em Lecce, Professor Sandro Alex de Souza Simões, cujas discussões, sugestões e indicações bibliográficas, especialmente em história do direito foram de importância vital para o trabalho (além, claro, das preciosas indicações gastronômicas em Lecce).

Ao meu amigo português em Lecce, Jose Beirão Santos, cujo companheirismo me impediu de ficar confinado aos livros o tempo todo (inclusive aos finais de semana), e me propiciou conhecer a belíssima região do Salento.

Esta tese foi escrita ao longo de cinco anos movimentados, dentre os quais me casei, fui a Lecce, voltei, nasceu a Beatriz, nasceu o Tomás, mudei-me duas vezes, passei por duas reformas, comprei minha casa, advoguei, lecionei e escrevi esta tese. Por óbvio, do casamento à tese, não fiz nada sozinho. Sem o amor e o apoio incondicional da Vanessa nada disso seria possível, nem sequer imaginável.

Luhmann escreveu que o amor é um meio de comunicação que, *grosso modo,* permite ver o mundo com os olhos do outro. Penso que esse amor se converte no ponto cego da existência a dois. O que somos é construído por esse *olhar com os olhos do outro,* um amor que não pode ser expresso, porque não pode ser observado. Tudo isso para dizer que, para ela, não tenho palavras para agradecer.

RESUMO

Este trabalho propõe uma análise crítica dos mecanismos de uniformização de jurisprudência e de aceleração do procedimento processual implementados pelas reformas no processo civil brasileiro nas últimas duas décadas. Defende-se que, nas condições em que o direito da sociedade contemporânea opera, esses mecanismos não são capazes de propiciar previsibilidade para as decisões judiciais nem certeza do direito, uma vez que eles próprios tendem a se transformar em fontes de incerteza e imprevisibilidade. Mecanismos de uniformização de jurisprudência, como a súmula vinculante, dependem de procedimentos e requisitos que minam a autonomia do código operacional do sistema jurídico, expondo o sistema a investidas de outros sistemas, como a política e a economia. Por sua vez, mecanismos de aceleração do procedimento, como os julgamentos monocráticos pelo relator, importam em perdas na capacidade de legitimar as decisões pelo procedimento, gerando também mais incerteza com relação à adequação social da decisão judicial. O trabalho faz uso do instrumental da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann para descrever as condições em que o direito opera na sociedade, bem como da correlata proposta de Guilherme Leite Gonçalves, igualmente baseada na teoria dos sistemas, para quem os problemas de certeza do direito decorrem da inaptidão da semântica da sociedade moderna para descrever uma sociedade que já não conta com os antigos centros de certeza metafísicos das sociedades pré-modernas. Para aplicar o instrumental sistêmico ao Poder Judiciário brasileiro, faço uso das propostas de Celso Fernandes Campilongo e Orlando Villas Bôas Filho, que consideram o direito brasileiro um caso de sistema autopoiético, ao qual a teoria dos sistemas pode ser aplicada e que sofre com a sobrecarga de demandas do ambiente e dificuldade de proteger o centro do sistema (os tribunais) do ônus de lidar com essas demandas, pondo em risco a autonomia do sistema. Com esse instrumental, é feita uma análise histórica dos mecanismos de controle da interpretação judicial do direito, em que a uniformização de jurisprudência se funda, no processo civil brasileiro, bem como de suas principais referências teóricas, isto é, o princípio do *stare decisis et non quieta movere* da *common Law* e as recentes construções sobre os princípios da igualdade na aplicação da lei e da celeridade processual.

Palavras-chave: Certeza do direito. Niklas Luhmann. Teoria dos sistemas. Reforma do processo civil. Súmula vinculante. Uniformização de jurisprudência. Recursos repetitivos. Legitimação pelo procedimento. Previsibilidade das decisões judiciais.

ABSTRACT

This study proposes to critically analyze the mechanisms implemented as a result of reforms in the Brazilian civil procedure in the last two decades, that aims to standardize court decisions and expedite procedure. The study sustains that , given the conditions under which the Law operates in contemporary society, these mechanisms are unusable to provide court decisions with predictability nor certainty, because these mechanisms tends to become, themselves, a source of uncertainty and unpredictability. Mechanisms of court decisions standardization, such as the Brazilian binding precedent ("súmula vinculante"), depends upon proceedings and legal requirements that undermine the autonomy of the Legal System's operational code, which exposes the system to attacks from the code of other systems, such as Economy and Politic. Mechanisms to expedite proceedings, such as the Court's monocratic ruling by the reporting Justice, by their turn, engender losses in the system's capacity to legitimate judicial decisions by means of the legal proceeding, which also generates uncertainty regarding the social adequacy of the judicial decision. The present work uses Niklas Luhmann's system theory to describe the conditions under which the Law operates in the society, as well as the interrelated Guilherme Leite Gonçalves's thesis, also based upon system theory, to whom problems related to certainty of Law arises out of modern society's semantic inadequacy to describe a society that no longer can count on the old metaphysic certainty centers of the pre-modern societies. The application of the system theory to the Brazilian's Judiciary is based upon Celso Fernandes Campilongo and Orlando Villas Bôas Filho's theoretical approaches, according to which Brazilian Law is a case of an autopoietic system, to which the system theory may be applied, and that suffers with the overload of burdens arising from its environment and hardship to protect the system's center (the Courts) from such burden, which jeopardize the system's autonomy. With this instrumental, the study analyzes the history of the control mechanisms of Court's interpretation of the Law, upon which standardization of Court decisions is based, as well as its main theoretical references, such as common Law's *stare decisis et non quite movere* and the recent jurisprudence on equality on the application of Law and the right to a expedite trial.

Keywords: Certainty of law. Niklas Luhmann. System theory. Civil procedure reforms. Brazilian binding precedent. Standardization of court decisions. Repetitive appeals. Legitimation through procedure. Court´s decision predictability.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	9
	Parte I Certeza, direito e sociedade A certeza e a incerteza do direito como resultado evolutivo	18
1	DIREITO E CERTEZA	19
1.1	Certeza do direito	22
1.1.1	Perspectiva estruturalista *vs.* Funcionalista	26
1.1.2	Perspectiva formalista *vs.* Sociologista	33
1.2	Abordagem luhmaniana da certeza	47
1.2.1	Sistemas sociais e expectativas	47
1.2.2	Expectativas normativas e expectativas cognitivas	52
1.2.3	Função do direito: certeza e incerteza	57
2	CERTEZA E SOCIEDADE	62
2.1	Formas de diferenciação social e os centros de certeza	65
2.1.1	Sociedades segmentadas e a certeza do direito arcaico	70
2.1.2	Sociedades diferenciadas em centro-periferia e sociedades estratificadas. Centros de certeza das altas culturas pré-modernas	78
2.1.3	O fim dos centros de certeza no limiar da Modernidade	90
2.1.4	Modernidade e sociedade funcionalmente diferenciada. O vácuo de certeza	97
2.2	Reconstrução semântica do centro de certeza: razão, experiência e probabilidade	107
2.2.1	A certeza da razão	110
2.2.2	A certeza da experiência	116
2.2.3	A certeza como probabilidade	126
3	DIREITO E PROCESSO JUDICIAL NA SOCIEDADE COMPLEXA	137
3.1.1	Diferenciação dos tribunais	139
3.1.2	Legislação, constituição e positividade	145
3.2	Direito como sistema autopoiético	150
3.2.1	O direito diferenciado pela função	150
3.2.2	Autopoiese: fechamento operacional, código e programa	152
3.2.3	Função dos tribunais	156
3.2.4	Função dos processos judiciais: legitimação pelo procedimento	164
4	DIREITO BRASILEIRO COMO AUTOPOIÉTICO	183
Parte II Certeza e incerteza na reforma do processo civil brasileiro: previsibilidade das decisões e supressão procedimental		198

5	ASPECTOS HISTÓRICOS DO CONTROLE DA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO	199
5.1	Dos Éditos ao Digesto: interpretação judicial na experiência romana	203
5.2	Absolutismo: lex *vs*. Interpretatio	214
5.3	Iluminismo jurídico: crítica racional	224
5.4	Reformas iluministas e as codificações	230
6	CERTEZA DO DIREITO NOS MOVIMENTO DE REFORMA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	240
6.1	As reformas de 1850 a 1973: processo como questão de Estado	247
6.2	As reformas dos anos 1980: acesso à justiça	259
6.3	As primeiras etapas da reforma: reformas de efetividade	262
6.4	Do projeto do Banco Mundial à reforma constitucional do Poder Judiciário: efetividade *vs.* celeridade/previsibilidade	268
7	UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA E SUPRESSÃO DE PROCEDIMENTO: ANÁLISE CRÍTICA	278
7.1	Uniformização de jurisprudência e súmula vinculante	285
7.2	Técnicas de supressão de procedimento	304
7.2.1	Admissibilidade recursal	304
7.2.2	Julgamentos por amostragem	322
7.2.3	Julgamentos monocráticos	340
8	A SEMÂNTICA DO MOVIMENTO REFORMISTA	348
8.1	*Common Law* e *stare decisis*: previsibilidade como mito	355
8.1.1	O mito do direito previsível	355
8.1.2	*Ratio decidendi*, *distinguishing* e *overruling*	363
8.1.3	Precedentes na *civil law*	371
8.2	Previsibilidade como igualdade?	380
8.2.1	Igualdade, equidade e previsibilidade	383
8.2.2	Previsibilidade na estrutura da motivação: questões de fato e questões de direito	392
8.3	Celeridade como justiça?	400
9	CONCLUSÃO	411
9.1	Limites: a certeza possível na sociedade complexa e as possibilidades de certeza com a reforma do processo	414
9.2	Riscos: ameaças à autonomia do processo e do direito	423
9.3	Perdas: a função da incerteza	430
	REFERÊNCIAS	439

INTRODUÇÃO

Ao longo das últimas duas décadas (1994-2014), o processo civil brasileiro vem passando por sucessivas reformas. Nos últimos dez anos, desde a Emenda Constitucional nº 45/04 (Reforma do Judiciário), essas reformas têm gravitado em torno de mecanismos de uniformização de jurisprudência, como a súmula vinculante, e de aceleração do processo, como o julgamento de recursos por amostragem.

Correntes entusiastas desses mecanismos (às quais adianto referir-me como *movimento de reforma do processo*) declaram que o seu objetivo é garantir mais previsibilidade às decisões judiciais, o que atenderia exigências sociais de certeza do direito, realizando valores de igualdade (na aplicação da lei) e razoabilidade (na duração do processo).

Para esse recente *movimento de reforma do processo,* previsibilidade das decisões judiciais se obtém com o controle da atividade judicante. O meio para exercer esse controle seria a vinculação das decisões aos precedentes das Cortes Superiores, bem como as metas quantitativas de produtividade para os juízes e a supressão de recursos desnecessários, já que insuscetíveis de influenciar uma decisão determinada pelos precedentes. A previsibilidade das decisões propiciaria *certeza do direito* na medida em que promoveria valores de igualdade e razoabilidade, legitimando eventuais perdas em termos de *procedimento* e *devido processo legal.*

A tese defendida no presente trabalho pode ser reconduzida às seguintes perguntas: (a) nas condições em que o direito da sociedade contemporânea opera, os mecanismos de uniformização de jurisprudência e de aceleração do procedimento são capazes de propiciar a previsibilidade prometida? (b) essa previsibilidade é capaz de propiciar (mais) certeza do direito? e (c) a referência aos valores de igualdade e celeridade é suficiente para compensar as perdas de legitimação decorrentes da supressão de etapas procedimentais?

Pretendo demonstrar que a resposta às três questões é negativa. Nas condições dadas pela sociedade contemporânea, a certeza do direito não pode depender da previsibilidade das operações do sistema jurídico, devendo, ao contrário, adaptar-se à sua imprevisibilidade e variabilidade. Além disso, os mecanismos implementados pelo movimento de reforma do processo tendem a se transformar, eles próprios, em fonte de incertezas e de

imprevisibilidade, podendo vir a bloquear o bom funcionamento do sistema jurídico. Ademais, a referência a valores abstratos de igualdade e celeridade não parece capaz de substituir a legitimação pelo procedimento, para o que é imprescindível algum grau de incerteza com relação à decisão que será proferida.

Para tentar demonstrar essas respostas, a pesquisa buscará traçar uma análise da função da *certeza e da incerteza do direito* nas relações entre direito, processo judicial, política e sociedade, concebidos aqui, nos termos da teoria de Niklas Luhmann, como sistemas sociais. O estudo também se propõe a fazer uma análise histórica e sistêmica dos mecanismos voltados ao controle da atividade judicante e do pensamento que ampara esses mecanismos, em especial nas sucessivas reformas do processo civil brasileiro. Com esse instrumental, será feita então uma abordagem crítica dos mecanismos propostos pelo atual movimento de reforma do processo e suas possíveis consequências.

É interessante apontar que, a própria análise proposta já indica a importância central do processo judicial (e, portanto, do direito processual) para a relação entre direito, política e sociedade, o que justifica a abordagem escolhida neste trabalho e a importância da integração entre a teoria geral do processo e a sociologia jurídica.

Giuseppe Chiovenda, nas primeiras décadas do séc. XX, comentando os projetos de reforma do Código de Processo Civil Italiano, observou que o processo seria um *campo de batalha política*: "pela função que ele tem de estabilizar e atuar a vontade da lei; pela multiplicidade das necessidades a que provê, para indivíduos de todas as classes sociais [...] pela relação entre poder público e cidadãos que existe no processo [...]" e que, por isso, justamente no processo residiria, mais claramente, a necessidade de atualizações já que o direito processual de então teria o mesmo "efeito que teria uma pessoa vestida à moda de um século atrás".[1] De um lado, reformas processuais atenderiam a reclamos de adequação do direito à sociedade, mas, de outro lado, enquanto *campo de batalha política* em que o Estado faz atuar a vontade da lei, o processo é um instrumento da política. Reformas no processo podem atender a esse tipo de necessidade.

E a história do direito processual brasileiro tem sido a história de reformas que, de um ou outro modo, parecem atender certos reclamos políticos. Desde a independência do

[1] CHIOVENDA, Giuseppe. Le riforme processual e le correnti del pensiero moderno. In: **Saggi di Diritto Processuale Civile (1900-19030)**, I, Roma: Foro Italiano, 1930, p. 380-381.

Brasil, reformas no processo têm sido uma constante da agenda institucional, mas um fenômeno de especial interesse para o presente trabalho parece circunscrito às últimas décadas: ao passo em que a política cada vez mais repassa a um Poder Judiciário politizado e ativista o ônus de decidir questões centrais da agenda política,[2] intensificam-se as reformas para obter mais previsibilidade das decisões judiciais.

Vale dizer, no recente movimento de reforma, uniformização de jurisprudência e aceleração (ou supressão) do processo são combinadas com o aumento de poderes e grau de politização dos Tribunais Superiores o que, mais uma vez, reforça a importância da análise do direito processual à luz das relações sistêmicas entre direito, processo, política e sociedade.

Durante os debates que antecederam a Emenda Constitucional nº 45/04 (Emenda da Reforma do Poder Judiciário), o então presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Maurício Correa, afirmou que a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal editar súmulas com efeitos vinculantes para todas as instâncias do Poder Judiciário e para a Administração poderia propiciar "maior segurança jurídica e significativa redução de processos sobre questões idênticas". Segundo o Ministro, a possibilidade de que uma tese já decidida pelo Supremo Tribunal Federal seja constantemente objeto de novas demandas "tem sido também uma das causas de congestionamento dos órgãos judiciais".[3]

A Emenda Constitucional foi aprovada e implementou-se não só a súmula vinculante, mas também outros mecanismos voltados à "segurança jurídica e significativa redução de processos", como a possibilidade de se julgar, com uma única decisão, toda uma massa de recursos que tratem das mesmas questões constitucionais (*a repercussão geral nos recursos extraordinários*) e um *direito fundamental à razoável duração do processo e meios que garantam a celeridade*.

A par desses mecanismos, a Emenda realizou diversas outras alterações na estrutura dos tribunais: criou um órgão externo (não-jurisdicional) de controle do Poder Judiciário (o Conselho Nacional de Justiça), determinou promoções pautadas por "critérios de

[2] Tão enfático tem sido o ativismo judicial e a politização do Poder Judiciário que, no momento em que essas linhas são escritas (abril de 2014), há grupos que manifestam apoio a uma hipotética candidatura do Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Joaquim Barbosa, para a Presidência da República (candidatura essa que, até o momento, não parece que vá se concretizar e é negada pelo próprio).

[3] Discurso de início do ano judiciário de 2004 (ano da reforma). Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100091&sigServico=noticiaArtigoDiscurso&caixaBusca=N>. Acesso em: 28. out. 2009.

produtividade e presteza no exercício da jurisdição", determinou que a cúpula administrativa dos tribunais fosse constituída por antiguidade e por eleição, proibiu férias coletivas no Poder Judiciário, determinou que o número de juízes fosse proporcional à demanda judicial e à população, autorizou delegar atos de administração e de mero expediente para servidores, entre outros.

Sucessivas reformas continuam ocorrendo para consolidar os mecanismos processuais e institucionais trazidos pela Emenda Constitucional, como é o caso do julgamento de recursos por amostragem, estendido para o âmbito do Superior Tribunal de Justiça (*recursos repetitivos*).

Ao comentar essas reformas, a então presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Ellen Gracie Northfleet, disse que esses mecanismos propiciariam um importante "estímulo ao investimento e ao empreendedorismo", pois permitiriam saber com segurança quanto será exigido de imposto, sem discussões intermináveis sobre a base de cálculo e a alíquota.

Propiciariam também segurança ao cidadão, que poderá saber "quais benefícios sua contribuição previdenciária proporcionará no futuro e como serão reajustados". Esses mecanismos propiciariam ainda uma concretização do princípio da igualdade, pois teriam "o extraordinário potencial de fazer com que uma mesma questão de direito receba afinal tratamento uniforme para todos". No curto prazo, seria a solução para as demandas de massa, aliviando o Poder Judiciário para que possa dar "trâmite mais célere às causas individuais que exigem tratamento artesanal".[4]

Após o primeiro ano de vigência, o então presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, ressaltou a contribuição desses mecanismos para a "racionalização máxima de procedimentos, sem qualquer prejuízo às garantias constitucionais dos cidadãos" e que a sua busca constante resultará no "aperfeiçoamento do serviço público de prestação da justiça". Esse aperfeiçoamento passaria ainda pela "necessidade de se debelar a cultura judicialista estabelecida fortemente no país, segundo a qual todas as questões

[4] Discurso de posse, em 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100091&sigServico=noticiaArtigoDiscurso&caixaBusca=N>. Acesso em: 28.oOut. 2009.

precisam passar pelo crivo judicial [...] que faz o Judiciário ser chamado a atuar na solução de questões cotidianas".[5]

Passada já uma década da Reforma do Judiciário, continuam a ocorrer mais e mais reformas no sentido da "racionalização máxima de procedimentos", visando a um trâmite mais célere e uma justiça mais rápida. Imposição de metas quantitativas de produtividade para os Tribunais, informatização dos processos e um Novo Código de Processo Civil, em sintonia com uma nova realidade processual, são alguns dos caminhos percorridos. O que essa síndrome reformista pode ensinar sobre o funcionamento do direito no Brasil, suas relações com a política e as possibilidades de certeza do direito?

O ideal de "segurança jurídica e significativa redução de processos", mencionado pelo Ministo Maurício Correa, conduz à pergunta pelo significado de *segurança jurídica* e sua relação com a *redução de processos*, que traz embutida a ideia de tornar a atividade jurisdicional mais governável do ponto de vista político. A *segurança jurídica*, nesses termos, aparece como algo que vai muito além das garantias típicas da legalidade, direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, para incluir expectativas mais amplas, voltadas ao modo de operar do Poder Judiciário como condição da *certeza do direito* e seu inverso (portanto, um paradoxo): a certeza do direito como condição do operar *correto* do Poder Judiciário.

Ainda no ano de 1996, antes de ser indicada para o Supremo Tribunal Federal, Ellen Gracie Northfleet, e dez anos antes da Reforma Constitucional do Poder Judiciário, identificava o problema da seguinte forma: repetem-se aos milhares causas em que as partes e os patronos são diversos, mas a lide jurídica é sempre a mesma e diz "respeito a matérias exaustivamente discutidas e de há muito pacificadas pela jurisprudência [...]".[6]

Segundo a Ministra, ocupar o Poder Judiciário com essas causas seria inútil e custoso porque essas questões, que não são relevantes nem difíceis, desviam "atenção e recursos do Poder Judiciário, os quais deveriam estar melhor aplicados nas questões que têm

---

[5] Discurso de posse em 2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100091&sigServico=noticiaArtigoDiscurso&caixaBusca=N. Acesso em: 28 out. 2009.

[6] NORTHFLEET, Ellen Gracie. Ainda sobre o efeito vinculante. In: **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas** nº16, São Paulo: RT, 1996, p.12.

maior atualidade e demandam reflexão e atividade criativa por parte dos magistrados".[7] Uma vinculação dos juízes e tribunais ao entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal propiciaria decisões rápidas e previsíveis.

Nota-se que a certeza do direito aparece não só como um instituto jurídico, mas também como uma bandeira política para que se reforme o Poder Judiciário: é a busca de um Poder Judiciário célere e efetivo, que responda aos anseios da sociedade. Bradam os políticos que, para realizar essa plataforma, é preciso reformar o Poder Judiciário ("abrir a caixa-preta do Judiciário" chegou a ser dito por um Presidente da República) e a dogmática jurídica formula, de modo a legitimar as sucessivas reformas que, para debelar a *crise de Justiça*, é preciso debelar sua maior expressão: a incerteza do direito.

Sente-se a falta, no entanto, de uma discussão mais aprofundada sobre o que seja a certeza do direito e quais as correlações entre esse conceito e a sociedade em que o direito opera. Sente-se falta, ainda, de análises que sejam mais críticas e menos entusiasmadas com relação aos mecanismos de uniformização/aceleração e que possam passar ao largo da armadilha dos valores da igualdade e razoabilidade (contra os quais ninguém pode se posicionar) para construir modelos de observação passíveis de validação empírica.

Com esse intuito em mente, a análise a ser desenvolvida no presente trabalho pretende traçar um espaço de reflexão, que sirva de referência para observar, no caso brasileiro, os mecanismos de uniformização de jurisprudência/aceleração procedimental, bem como a semântica inerente a esses mecanismos, à luz de uma teoria do direito e da sociedade que permita traçar as mencionadas correlações entre certeza, direito, processo e sociedade.

Para tanto, adotarei premissas, o instrumental teórico de Niklas Luhmann, sobre direito e sociedade, e as ideias de Guilherme Leite Gonçalves, baseadas em Luhmann, sobre a função da *certeza do direito*.[8] Trata-se de buscar um modelo para compreender como a sociedade e o direito constroem problemas de certeza e utilizar as distinções daí resultantes para analisar as recentes reformas processuais. Faço uso também de premissas desenvolvidas

[7] NORTHFLEET, Ellen Gracie. Ainda sobre o efeito vinculante. In: **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas** nº16, São Paulo: RT, 1996.
[8] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada.

por Celso Fernandes Campilongo[9] e Orlando Villas Bôas Filho[10] para a aplicação da teoria dos sistemas ao direito brasileiro.

O trabalho está estruturado em duas partes maiores. A primeira se dedica a construir e demonstrar as bases teóricas do estudo, em especial, sobre como os conceitos de certeza, direito e certeza do direito evoluem e operam na sociedade. A primeira parte apresenta, ainda, as premissas da teoria dos sistemas sobre o direito, os tribunais e o processo judicial, inclusive no Brasil. Na segunda parte, busco observar o *movimento de reforma do processo* analisando seus mecanismos e sua semântica sob a luz da teoria dos sistemas.

O primeiro capítulo busca apresentar o tema da *certeza do direito* tanto sob a luz do seu tratamento tradicional na doutrina jurídica, quanto sob a luz da teoria dos sistemas. No primeiro caso, recorro a duas distinções: uma explorada por Norberto Bobbio,[11] entre abordagens estruturalistas e funcionalistas da *especificidade do direito*, e outra, explorada por Gonçalves, entre abordagens formalistas e sociologistas da *certeza do direito*.[12] No segundo caso, busco demonstrar como o problema da certeza do direito está relacionado à estruturação de complexidade pelos sistemas sociais e à formação de expectativas que comportam combinações de estratégias cognitivas e normativas.

No segundo capítulo, investiga-se, a partir de uma perspectiva histórica (e também orientada pela teoria dos sistemas), como as estruturas mais amplas da sociedade condicionam as possibilidades para as referências sociais de certeza, com importantes reflexos para o direito. Seguindo o esquema proposto por Gonçalves, analisarei a relação entre estrutura social, as referências de certeza e a certeza do direito nas diferentes formas de sociedades ao longo da evolução social, além da perda dos referenciais de certeza decorrentes da Modernidade.

O terceiro capítulo apresenta as bases luhmanianas para a descrição do direito da sociedade contemporânea (complexa, funcionalmente diferenciada, moderna), com especial

---

[9] CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.
[10] VILLAS-BÔAS, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.
[11] BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função** – novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccacia Versiani. Barueri. SP: Manole, 2007. p. 56.
[12] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p.177- 181.

destaque para a função dos tribunais e dos processos judiciais, análise orientada pelo clássico trabalho de Luhmann sobre a legitimação pelo procedimento.

O quarto capítulo encerra a primeira parte do trabalho com breves ponderações sobre a aplicabilidade das premissas instrumentais desenvolvidas ao caso brasileiro e suas consequências para o processo judicial.

O quinto capítulo inicia a segunda parte do trabalho. Trata-se, neste momento, de aplicar o instrumental teórico desenvolvido preliminarmente à observação crítica dos mecanismos implementados pela reforma do Poder Judiciário, bem como à sua semântica legitimadora. Para tanto, a observação tem início em uma análise crítica de experiências históricas que estão na origem da concepção tanto dos mecanismos quanto da sua semântica.

Interessaram, particularmente, a experiência romana, na qual o fortalecimento do poder imperial leva à crescente regulamentação da atividade dos pretores e dos juristas (culminando na compilação do *Digesto* e na proibição da sua interpretação); a experiência do absolutismo no combate à interpretação do direito praticada pelas magistraturas locais (*interpretatio*), bem como as críticas e propostas desenvolvidas pelo iluminismo jurídico para combater o exercício arbitrário da interpretação judicial no Antigo Regime. A importância dessa análise histórica está na revelação das origens e das atuais conexões da semântica do *movimento de reforma* com antigas semânticas pré-modernas.

Com o mesmo tipo de abordagem, o sexto capítulo reconstrói o histórico das principais reformas processuais ocorridas no Brasil, com foco no crescente autoritarismo e fortalecimento do papel do Estado no processo civil, denunciando como as dificuldades da diferenciação entre política e direito se refletem no processo judicial.

O sétimo capítulo propõe uma análise crítica dos mecanismos criados pelo movimento de reforma do processo para obter decisões judiciais previsíveis: mecanismos de uniformização de jurisprudência, como a súmula vinculante, e os mecanismos de supressão de procedimento, como julgamentos por amostragem ou julgamentos antecipados. O propósito é mostrar as conexões estruturais e semânticas nem sempre percebidas pela doutrina processual e os limites sistêmicos desses mecanismos para produzir certeza/previsibilidade, uma vez que eles mesmos tendem a se tornar fonte de mais incertezas.

Na sequência, o oitavo capítulo tenta desmistificar a semântica que acompanha o movimento reformista no sentido de que sistemas processuais baseados em precedentes

vinculantes, como a *Common Law*, propiciriam decisões judiciais previsíveis, processos céleres e concretização do princípio jurídico da igualdade, colaborando para a manutenção do crédito do Poder Judiciário junto à sociedade.

Em conclusão, a partir do resgate dos pontos abordados, busco demonstrar que, considerando as condições em que o direito da sociedade complexa opera, em especial as condições de certeza, as expectativas do movimento reformista sobre decisões judiciais previsíveis podem ser exageradas. Ademais, todo o contexto e todo o histórico da reforma do processo civil deixa entrever uma contínua expansão e pressão política, tendente a controlar o direito e os Tribunais. Risco esse que talvez devesse ser também considerado pelos entusiastas defensores de (sempre mais) reformas do processo.

Parte I

Certeza, direito e sociedade
A certeza e a incerteza do direito como resultado evolutivo

1 DIREITO E CERTEZA

Há algo de intuitivo na relação entre certeza e direito.

Indicar o direito implica indicar uma forma de dois lados. De um dos lados, pode-se distinguir tanto a *conformidade-ao-direito* quanto a *não-conformidade-ao-direito*, isto é, a distinção lícito/ilícito.[13] No outro lado, não-marcado, está tudo aquilo que não se pode saber se é conforme ou não ao direito. Dentro do lado marcado, há incerteza quanto à aplicação da diferença (lícito ou ilícito?), mas essa incerteza contém uma certeza: uma aplicação será feita e tanto o lícito quanto o ilícito são possibilidades para orientação. Contudo, no não-marcado existe só a incerteza, complexidade desestruturada, sem qualquer possibilidade de orientação. A incerteza não está, portanto, na possibilidade de violação do direito (ilícito), mas nas infinitas possibilidades do vir-a-ser (ou não ser) direito. A incerteza está na impossibilidade de, diante de uma frustração, saber quais expectativas podem continuar sendo mantidas para o futuro e quais devem ser superadas.

Josef K. não conhece sua acusação, mas sabe que é inocente (alguém deve tê-lo caluniado).[14] No processo, Josef K. vivencia a incerteza inerente à distinção (lícito ou ilícito?), à qual se contrapõe a certeza de que a distinção existe. Certeza que falta à Jó, que não sabe se é culpado ou inocente. Diante das provações a que é submetido, pergunta a Deus: "faze-me saber por que contendes comigo" (Jó, 10:2). A falta de um sentido para essas provações faz com que perca toda a orientação. E é essa orientação que Édipo recupera, quando a profecia lhe é revelada na forma de direito: "tudo me era interdito: ser filho de quem sou, casar-me com quem me casei e eu matei aquele a quem eu não poderia matar".[15] Mas a certeza que Édipo vivencia existe apenas na dimensão do passado, como o resultado de preclusões consumadas na própria profecia. Para o presente e para o futuro, Édipo é cego. A certeza do passado não lhe permite qualquer orientação.

---

[13] Tradução da distinção luhmaniana *recht/unrecht*. Seguindo o conselho de Guilherme Leite Gonçalves, optou-se aqui pela tradução lícito/ilícito e não direito/não direito presente em muitos textos e que dá a impressão (falsa) de que o outro lado da distinção (não direito) está fora do direito. "Tradução em teoria dos sistemas: considerações iniciais a partir da obra de Raffaele de Giorgi". In: GIORGI, Raffaele De. **Direito Tempo e Memória**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 40-42. Os conceitos de indicação, forma e lado da forma têm por base SPENCER-BROWN, George. **Laws of form**. New York: Dutton, 1979.

[14] KAFKA, Franz. **O processo**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p.7.

[15] SÓFOCLES. **Rei Édipo**. Clássicos Jackson, v.XXII, 2005. Disponível em: http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/edipo.pdf. Acesso em: jul.2012, p.86.

Coloca-se, então, a pergunta: o que se quer dizer por *certeza*, quando se fala em certeza do direito? A certeza da profecia, em que o direito confirma que o que foi é o que *deveria ter sido* e não poderia ser diferente? A certeza de que o próprio direito não poderia ser diferente e que, no futuro, também não poderá ser diferente? Ou simplesmente a certeza de que o direito *será* aplicado? Há uma relação indissociável entre direito e certeza. Para Édipo e para Jó, o direito é condição de certeza. Mas há também uma relação indissociável entre direito e incerteza, como no processo de Josef K., em que o direito é causa de toda a incerteza.

Conforme o direito abandona o caráter profético e se sujeita a decisões e procedimentos, a sua relação com a incerteza ganha evidência. As expectativas que pretendem se afirmar normativamente, isto é, como um *dever-ser* que resiste aos fatos, já não podem contar com a força física do interessado ou com a mágica das profecias. O direito (e, portanto, a expectativa) passa a ser objeto de escolhas.[16] Antes, o direito indicava a normalidade da vida, o dever-ser como aquilo que é. Aplicar o direito implicava e demandava restaurar o estado normal das coisas. Com o procedimento, o direito se torna contingente, dependente de escolhas que põem em evidência possibilidades afastadas. Contingência que Sócrates usa em sua defesa quando provoca o júri a lhe aplicar a pena máxima e na qual Pôncio Pilatos ampara a legitimidade da sua simbólica lavagem de mãos. A decisão sempre pode ser outra.

Gonçalves demonstra que, enquanto o direito ainda não se diferencia completamente da política e da religião, a incerteza da decisão é controlada com o apoio de certos mecanismos sociais que amplificam na sociedade o sentido do que já é conhecido, formando centros de certeza. A variação do sentido do direito é contida por uma moral generalizante, emanada pelo centro de certeza metafísico/religioso, segundo o qual o procedimento *revela* (e não decide) o direito correto. A correção do direito é garantida por uma *physis*, isto é, uma essência da lei *correta* que controla os limites de variação da lei feita pelo homem, o *nómos*.[17] Os programas de aplicação do direito (leis, contratos) não são

[16] Trata-se de uma ideia de Niklas Luhmann, explorada em **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.90-93, 198; 201-225, cujo desenvolvimento é central para a tese de Guilherme Leite Gonçalves sobre a certeza do direito.

[17] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito.**v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.220-221; GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p.150-151.

concebidos como contingentes, mas como necessários, de modo que a atividade de decidir e aplicar o direito é vista como uma atividade de *revelação* do direito verdadeiro.

Como explica Gonçalves, conforme a Modernidade se impõe, a plausibilidade de um controle metafísico da aplicação do direito se esvai.[18] Todo o direito se torna positivo e os conteúdos da distinção lícito/ilícito são objeto de seleção. A expectativa não-selecionada poderá amanhã ser selecionada sem que isso signifique violação do direito. O direito não é revelado, mas criado a partir de si mesmo. Leis e contratos são instrumentos de criação *ab ovo* do direito. Por meio de um contrato, *Fausto* vincula a própria realidade do tempo e da vida – vinte e quatro anos sem envelhecer.[19]

Diante de tamanha contingência (que não existe só no direito, mas em todos os âmbitos sociais), a Modernidade busca um substituto artificial para o antigo centro metafísico, que possa também emanar certeza para todos os âmbitos da sociedade. Para esse fim, inventa a razão.[20] A liberdade inerente à variabilidade do direito é limitada pela razão. O direito é construído como fruto da razão. A razão concebe contratos e leis racionais. A partir da razão do sujeito, Rousseau concebe toda a sociedade a partir de um contrato e Robson Crusoé imagina a fundação de um ordenamento jurídico a partir da razão individual.[21] Mas, apesar das suas pretensões de universalidade, a razão não logra assumir o papel dos antigos centros de certeza. Afinal, racionalmente, a razão não pode negar outras racionalidades, isto é, não pode negar outras razões. Nem natureza, nem razão, nem autoridade política, não há mais sustentáculos externos: o direito é entregue ao seu próprio sentido.

A realidade da Modernidade é a perda de todo o sentido. Como descreveu Yeats: "em giro cada vez mais largo, o falcão não escuta ao falcoeiro; girando tudo esboroa; o centro não segura; Mera anarquia avança sobre o mundo, Maré escura de sangue avança e afoga os ritos da inocência em toda parte".[22] O direito agora vive no mundo, no *Vale do Caos*

---

[18] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p. 25-30.
[19] OST, François. **Contar a lei** – as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: Unisinos, 2004, p.311.
[20] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p.34.
[21] OST, François. **Contar a lei** – as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: Unisinos, 2004, p.241.
[22] YEATS, William. A segunda vinda. In: VIZIOLI, Paulo. (tradução). **Poemas de W. B. Yeats**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

(Dürrenmantt), convive com o seu oposto: lícito e ilícito estão *no* direito. O que é ilegal hoje pode, por meio do direito e de acordo com o próprio direito, se tornar legal amanhã.

Qual o futuro (e presente) da certeza no direito? Se o direito não é capaz de garantir certeza, porque o direito se faz imprevisível a si mesmo (já que ele é sensível e reage a si mesmo), qual o futuro da relação entre direito e certeza? Para prosseguir, é preciso olhar um pouco mais de perto essa relação e, portanto, o significado da expressão *certeza do direito*.

1.1 Certeza do direito

Pode-se encontrar reclamos por (mais) certeza do direito em vários períodos históricos, mas o pensamento contemporâneo a esse respeito, em especial nas ciências propriamente jurídicas, tem raízes na formação do pensamento jurídico moderno, no séc. XVIII.[23] Abordagens reflexivas do tema, que se perguntam sobre *o que é a certeza do direito*, tomam forma no final do séc. XIX e início do séc. XX, não por acaso quando a positividade se estabiliza e substitui os antigos modelos jusnaturalistas.[24] A ciência do direito inicia uma cruzada por fundamentos estáveis para um direito (cada vez mais) instável, com resultados sobre a própria estabilidade do direito e de seus fundamentos.[25] Nesse cenário, não é possível falar em uma *definição* da expressão *certeza do direito*. É necessário percorrer a história da sua carga semântica

---

[23] É certo que, desde o direito romano, se encontram denúncias contra a incerteza do direito dos juristas e respectivas reformas. Mas a percepção e o tratamento reflexivo da incerteza no direito se definem a partir do séc. XVIII, no início da Modernidade. (GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p.23-54) .

[24] Os sistemas políticos, por sua vez, por meio da teoria política, se apropriam das descrições daí decorrentes para legitimar (ou deslegitimar) juridicamente o exercício do poder estatal. Daí porque Gonçalves diz que a temática da certeza do direito atinge seu apogeu no contexto do liberalismo, sendo "colocada em discussão pelo advento do Estado Social, acusada de totalitarismo, superada pelo direito da economia globalizada e reencontrada por força da necessidade econômica de reduzir os custos elevados da incerteza jurídica". (GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p.4).

[25] Segundo propõe Luhmann, a tematização teórica tem importância operacional, ou seja, altera e delinea a realidade das operações do direito na medida em que suas proposições se realizam justamente nos processos de formação do direito, que acabam sendo estruturados pelas delimitações conceituais da teoria, pois "a dogmática pressupõe como instância da sua realização os processos de formação do direito, os quais estrutura com delimitações conceituais", definindo o espaço do juridicamente possível. (LUHMANN, Niklas. **Sistema juridico y dogmatica juridica**. Tradução de Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p.29; 36). A dogmática jurídica/teoria jurídica não pode ser considerada *meramente acadêmica* ou *inócua*. Ela tende a reformar as estruturas de formação do direito, estabelecendo circularidade. Nesse sentido, inclusive sobre a relação entre o conceito de instituto e a semântica social, ver Niklas Luhmann. (LUHMANN, Niklas. **Strutura della società e semantica**. Tradução de Sinatra M. Roma-Bari: Gius Laterza & Figli Spa, 1983, p.48).

Na doutrina, de modo geral, a certeza do direito aparece com conotações enaltecedoras, que descrevem a certeza como uma espécie de valor jurídico intrínseco, "essencial para a existência coordenada",[26] "eticidade específica do direito"[27] e "profunda garantia de justiça",[28] e de outro lado, com conatações céticas como "ilusão"[29], "mito"[30] ou "promessa de certeza" apenas relativa.[31]

De um e outro tipo de conotação resulta que a certeza do direito se apresenta ora como um *dever-ser*, que pretende conformar o direito (o direito *deve ser* certo), ora como uma *qualidade intrínseca* do ordenamento (o direito é certo ou não é direito) [32] e que, por isso, quando ausente, é mera máscara (o direito precisa *parecer certo*). Enquanto *ser*, qualidade intrínseca do direito, a certeza propicia construções voltadas a prestações de justiça que, mesmo quando imprevisíveis, realizam ideais de certeza, porque justas. Enquanto *dever-ser*, a certeza ampara expectativas normativas de previsibilidade quanto à aplicação da distinção: ou lícito ou ilícito. Daí derivam construções como *direito à certeza, direito à segurança jurídica*, *tutela da confiança* e *proibição de retrocesso*, que, mesmo quando injustas, realizam ideais de previsibilidade (isto é, de aparente controle).

---

[26] O autor aparece como interlocutor das propostas realistas que negam a possibilidade de certeza, Bobbio afirmará que a segurança jurídica não só é um elemento intrínseco do direito, mas que "ou o direito é certo ou nem mesmo é direito". (BOBBIO, Norberto. La certezza del Diritto è um mito? In: **Rivista Internationale di Filosofia del Diritto**, ano XXVIII, série III, 1951, p.146).

[27] A expressão é de Flávio Lopez de Oñate: ONÃTE, Flávio Lopez de. **La certeza del derecho**. Tradução de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1953, p. 177.

[28] CALAMANDREI, Piero. La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina. In: **Opere Giuridiche di Piero Calamandrei** (a cura di Mauro Cappelletti). Napole: Morano, 1966, p. 504.

[29] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado.6.ed.São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.245-250.

[30] FRANK, Jerome **Law and modern mind**. Michigan: P. Smith, 1949. A crítica pode ser atribuída ao pensamento do realismo jurídico em sua integralidade que, em essência, propõe ser impossível a certeza do direito porque, a cada caso, normas e fatos interagem e dependem sempre de uma apreciação subjetiva do juiz. As variáveis na atividade concreta do decidir são tantas que não é possível falar em certeza do direito. Jerome Frank é o interlocutor de Bobbio quando pergunta: "a certeza do direito é um mito?".

[31] É o comentário de Eduardo Juan Couture à proposta de Oñate no prefácio à edição em espanhol: ONÃTE, Flávio Lopez de. **La certeza del derecho**. Tradução de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1953, p.XII e XIII.

[32] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p.56. Para o autor a ideia da certeza do direito como um *dever ser* abstrato, que tem pretensões de conformar o ordenamento jurídico, corresponderia a uma perspectiva gnoseológica (como o sujeito conhece a certeza do direito); já uma qualidade do direito existente, corresponderia a uma perspectiva ontológica (como é o objeto conhecido pelo sujeito). A falta de convergência entre uma e outra concepção é o que bloqueia, na opinião do autor, os avanços da doutrina em compreender que as possibilidades de certeza do direito no ordenamento em uma perspectiva ontológica dependem das delimitações conceituais oferecidas às concepções gnoseológicas; e estas, como demonstra Gonçalves, só terão ressonância se estiverem adequadas à complexidade da sociedade. Em sentido similar, para Antonio-Enrique Perez Luño, a segurança jurídica pode se referir a uma finalidade a ser atingida por meio do Direito, assim como à segurança do próprio direito, ou seja, da sua plena exigibilidade. (LUÑO, Antonio-Enrique Perez. **La seguridad jurídica**. Barcelona: Ariel, 1991, p. 20-21).

No caso brasileiro, o tema da certeza do direito não tem merecido atenção específica por parte da doutrina. Existem trabalhos sobre as garantias derivadas da segurança jurídica (direito adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito), que giram em torno do princípio da legalidade e da anterioridade da lei. Esses trabalhos encontram especial desenvolvimento no direito público[33] e no direito tributário.[34] Uma noção de *certeza do direito* ampara também construções no campo dos direitos fundamentais e do direito contratual sobre uma *tutela da confiança*, que vedaria *o comportamento contraditório*, respectivamente, do Estado (no trato dos direitos fundamentais)[35] e do particular (na condução do contrato).[36] O

[33] Alguns exemplos clássicos são a obra de Geraldo Ataliba (ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2004) na qual, a partir da ideia de um princípio republicano, o autor alicerça garantias típicas da segurança jurídica em face do Estado e de Celso Antonio Bandeira de Mello (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. São Paulo: RT, 1999).

[34] BORGES, José Souto Maior. Princípio da segurança jurídica a criação e aplicação do tributo. **Revista de Direito Tributário nº 63**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 63; p.206-207; FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Segurança jurídica e normas gerais tributárias. **Revista de Direito Tributário**, nº17, São Paulo: RT, 1981, p. 17-18.

[35] Partindo das ideias de Robert Alexy, a doutrina recente propõe um direito à segurança como um princípio constitucional, que deve ser aplicado como um mandamento de otimização, ou seja, realizado na maior medida do possível, proibida a insuficiência. Essa abordagem dá origem a toda uma linha de pensamento no direito constitucional quanto a um *princípio de proibição de retrocesso*, segundo o qual, do direito à segurança, decorreria um direito subjetivo a um dado patamar de direitos garantidos pelo ordenamento objetivo e pela Constituição. (ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1997, p. 21-22; 83-86). A teoria do princípio da proibição de retrocesso propõe que dentre os efeitos decorrentes da força normativa da Constituição, estaria a proibição ao legislador de diminuir direitos fundamentais já implementados pela legislação infraconstitucional. O princípio da proibição de retrocesso seria, assim, uma expressão, no plano da eficácia, do direito à segurança jurídica e também uma decorrência da vinculação do legislador aos mandamentos programáticos ou principiológicos do constituinte. Procura-se, assim, proteger expectativas normativas especificadas juridicamente (posições jurídicas), mesmo quando não há um direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada. Na medida em que a Constituição impõe ao Poder Público (e, por vezes, à coletividade) deveres voltados à implementação fática dos direitos fundamentais, a expectativa referida a esses deveres mereceria proteção, consolidando situações/posições jurídicas ainda imperfeitas (o interesse legítimo que ainda não é direito subjetivo) contra a atividade do legislador. Desse modo, no plano do direito objetivo, seria possível exigir a continuidade de um patamar mínimo do direito já existente e, subjetivamente, a proteção da confiança do indivíduo nas suas próprias expectativas em relação ao ordenamento. Por isso que, mais do que proteger o indivíduo da retroação da lei, a plena segurança jurídica exigiria a proteção contra medidas retrocessivas que, mesmo não alcançando direitos já adquiridos, interferem em determinada expectativa garantida pelo ordenamento (p.ex.: a expectativa de aposentar-se ou de gozar licença-maternidade remunerada). Nas palavras de um dos principais divulgadores dessa linha de pensamento, Ingo Wolfgang Sarlet, trata-se de saber "até que ponto pode o legislador infraconstitucional (assim como os demais órgãos estatais, quando for o caso) voltar atrás no que diz com a implementação dos direitos fundamentais sociais, assim como dos objetivos constitucionais – por exemplo, no art. 3º, da Constituição Federal de 1988 – no âmbito das normas de cunho programático (ou impositivo, se preferirmos essa terminologia) ainda que não o faça com efeitos retroativos e que não esteja em causa uma alteração do texto constitucional".[35] (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v.57, São Paulo: RT, 2006, p.7). Também J.J. Gomes Canotilho fala em um princípio da segurança jurídica do qual deriva um princípio da confiança do administrado nos atos do Poder Público. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4.ed.Coimbra: Almedina, 2000, p. 256). Há ainda como decorrência da ideia de um direito constitucional à segurança jurídica o debate acerca da modulação temporal dos efeitos da decisão de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

[36] No direito privado, uma lógica similar àquela que inspira a segurança jurídica como um princípio a ser realizado, fala-se em uma *tutela da confiança,* que gera formas específicas para a obrigação de boa-fé contratual, como a proibição de comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*). (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999). Cláudia Lima Marques transpõe a mesma lógica para o campo do direito do consumidor, acrescentando a noção de uma tutela da confiança do consumidor no mercado, que justifica

direito processual também lida com a *certeza do direito* como princípio que fundamenta institutos como a coisa julgada[37] e, mais recentemente, a previsibilidade das decisões judiciais, tema objeto desta pesquisa.

No entanto, muito pouco dessa literatura responde à pergunta sobre *o que é a certeza do direito*, nem sempre diferenciando as noções de *segurança jurídica* e *certeza do direito*.[38] Ambas as noções comportam uma carga semântica complexa e são, portanto, de difícil definição, mas a *segurança jurídica* não se confunde com a *certeza do direito*. A segurança jurídica diz respeito à própria noção de Estado de Direito, ou seja, a uma proteção jurídica contra abuso de poder não só na aplicação da lei, mas também no uso do poder-dever de legislar. Trata-se de apenas um aspecto da certeza do direito, a qual tem exigências mais amplas, endereçadas à clareza, coerência, univocidade, completude, estabilidade do ordenamento e à própria eficácia social da norma. Exigências, portanto, que dizem respeito não só ao próprio ordenamento, mas também às relações que possam ser estabelecidas entre ordenamento, sistema jurídico e sociedade.

Não é o intuito deste estudo propor ou chegar a uma definição de *certeza do direito*, mas apontar referências e conexões semânticas que propiciem um espaço para

---

a proteção pré-contratual relativa à segurança de produtos e serviços e publicidade enganosa. (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: RT, 2006).

[37] Os exemplos são diversos. Um trabalho compreensivo, em que a coisa julgada é tratada do ponto de vista da certeza do direito, pode ser encontrado em Celso Neves (NEVES, Celso. **Da coisa julgada civil**. São Paulo: RT, 1971). O interessante, no caso da coisa julgada, é que, com cada vez mais frequência, a necessidade de sua flexibilização ou relativização vem sendo suscitada como condição de realizar a certeza do direito como uma prestação de justiça. Sobre o assunto: MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Conflito entre a intangibilidade da coisa julgada e outro princípio constitucional. Um falso problema. In: MESQUITA, José Ignacio Botelho de. **A coisa julgada**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004; DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. In: (Org.). NASCIMENTO, Carlos V. do. **Coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002; THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle. In*:* (Org.) Carlos Valder do Nascimento. **Coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: America Jurídica, 2002) .

[38] No Brasil, há algumas abordagens reflexivas sobre o tema: SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência** – um enfoque filosófico-jurídico. São Paulo: Ltr, 1996, p.25; Paulo de Barros Carvalho fala em um sobreprincípio da segurança jurídica como aspecto da legalidade com reflexos importantes para a modulação temporal dos efeitos das decisões judiciais. (CARVALHO, Paulo de Barros. O princípio da segurança jurídica. **Revista de Direito Tributário**, v.61, 1994). Na jurisprudência dos tribunais brasileiros fala-se em *princípio da segurança jurídica* como fundamento das garantias constitucionais do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e do direito adquirido, que se aproximam mais da ideia de certeza subjetiva. Assim o Supremo Tribunal Federal no Ag. Reg. No RE nº 552354/MG, 2°. T. rel. Min. Ellen Gracie, j. 14.12.2010, quando decidiu, reiterando sua jurisprudência, que "em observância ao princípio da segurança jurídica e da boa-fé, a gratificação incorporada aos proventos por força de norma vigente à época da inativação não pode ser suprimida por lei posterior". Mais recentemente há as abordagens de Luis Roberto Barroso (Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. In: SILVA, José Afonso da. Constituição e Segurança Jurídica. In: ROCHA, Carmem Lúcia. (Org.) **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada – estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte, 2005, p.141) e José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso da. Constituição e Segurança Jurídica. In: ROCHA, Carmem Lúcia. (Org.) **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada – estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte, 2005).

reflexão e para o surgimento dos questionamentos necessários nas críticas que, mais adiante, farei ao recente movimento de reforma do processo. Na tentativa de jogar alguma luz sobre essas referências e conexões, analisarei as perspectivas dadas por duas diferentes distinções acerca do tratamento doutrinário do tema: a primeira, traçada por Norberto Bobbio, [39] distingue entre abordagens *estruturalistas* e *funcionalistas* nas ciências jurídicas, o que conduz a abordagens diversas da *certeza do direito*. A segunda, traçada por Guilherme Leite Gonçalves, distingue entre abordagens *formalistas* e *sociologistas* do tema da *certeza do direito*.[40]

1.1.1 Perspectiva estruturalista *vs.* funcionalista

Bobbio recorre à distinção estruturalismo/funcionalismo para observar as principais correntes na teoria geral do direito em voga nos anos 1970. É verdade que, nessa oportunidade, não discorre sobre *certeza do direito,* mas aponta uma distinção entre análises que identificam a *especificidade do direito* (suas qualidades intrínsecas, portanto) na estrutura da norma/ordenamento e análises que identificam essa especificidade em uma função desempenhada com relação à sociedade. A *certeza do direito,* como uma *possibilidade de identificação do direito,* pressupõe uma estrutura específica da norma e do ordenamento, que pode ser delimitada pela dogmática. Mas os *fundamentos da certeza do direito* podem ser problematizados em termos funcionalistas: *qual a função do direito e qual a importância da identificação do direito para essa função?* A função é, portanto, pertinente à relação entre direito e sociedade e pode por em xeque a pressuposição de *necessidade de certeza*.

Segundo Bobbio, grandes teóricos do direito, de Jhering a Kelsen, detiveram-se nas estruturas do ordenamento, adotando a perspectiva funcionalista apenas como um aspecto de caráter instrumental.[41] Para Kelsen, que representaria o ápice desse pensamento, o direito é um marcado (especificado) pelo seu aspecto coativo. A norma se identifica pela sanção e o ordenamento jurídico é coativo. O direito organiza e legitima o monopólio do uso da força.

---

[39] BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função** – novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccacia Versiani. Barueri. SP: Manole, 2007.

[40] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p.177-181.

[41] A função (ou uma função) do direito seria irrelevante como elemento apto a identificar uma especificidade jurídica. (BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função** – novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccacia Versiani. Barueri. SP: Manole, 2007, p. 87).

Nesse sentido, é instrumento de controle social. No entanto, esse controle social, que não deixa de ser uma função, não serve a um fim predeterminado, que não o "de ser um instrumento útil para atingir os mais variados fins. Kelsen não se cansa de repetir que o direito não é um fim, mas um meio."[42] Essa finalidade metajurídica é, do ponto de vista de uma teoria pura do direito, irrelevante.[43] Daqui deriva a noção, do estruturalismo jurídico, de que a certeza do direito é, simplesmente, um problema de eficácia do ordenamento, problema esse que não tem lugar em uma teoria do direito.[44]

Contudo, do ponto de vista estruturalista, como descrito por Bobbio, a especificidade do direito – que lhe propicia certeza – está fortemente vinculada à estrutura da norma (para Kelsen, com destaque à sanção) e não ao seu conteúdo. Mesmo que se aborde a certeza do ponto de vista da estrutura do ordenamento, a perspectiva estruturalista tende a associar a certeza às regras de competência e compatibilidade entre conteúdos normativos (norma superior/norma inferior), compatibilidade que, no entanto, não significa vinculação nem univocidade.

Em Kelsen para que o direito possa funcionar como um ordenamento coativo, as sanções devem ser aplicadas.[45] Se, ao longo do tempo, uma norma não é aplicada, não possuirá o mínimo de eficácia necessário para que seja válida. A *certeza do direito* seria a certeza da sua eficácia, da aplicação da sanção. Mas Kelsen exclui da sua análise as condições de eficácia da norma, em especial eventual subordinação da eficácia à aptidão de certos conteúdos normativos. A certeza do direito dependeria apenas de um ato de vontade

---

[42] BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função** – novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccacia Versiani. Barueri. SP: Manole, 2007, p.56-57.

[43] Não obstante, aponta Norberto Bobbio (BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luis Carlos Borges. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.21-23) que a função do instrumento-direito seria a "promoção da paz", função que derivaria do fato de que o direito organiza o monopólio da força e a paz pode ser considerada uma situação de uso mínimo da força. Nesse momento, aponta Bobbio, "o direito não apenas é um meio adequado para qualquer fim, mas tem, ele mesmo, um fim próprio e específico", embora a principal tese de Kelsen permaneça instrumental: direito é técnica para organização social. (p. 58-59). No entanto, adotada essa premissa como uma teoria funcionalista, faltaria à noção de função o caráter da especificidade. O direito talvez tenha por função a "promoção da paz", mas essa função não é capaz de diferenciá-lo de outras ordens normativas, como a moral, a religião e a própria política.

[44] Norberto Bobbio suspeita da perspectiva funcionalista. Segundo aponta, as abordagens funcionalistas não conseguiriam estabelecer com precisão nem um conceito de função (função em relação à sociedade? Ao indivíduo? Função na aplicação do direito? Na sua concepção?) nem um conceito de direito. (BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função** – novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccacia Versiani. Barueri. SP: Manole, 2007, p.102-106). A abordagem luhmaniana, no entanto, especialmente nos seus posteriores desenvolvimentos parece dar conta desses aspectos conceituais, aos quais se pode acrescentar o problema do conceito de sociedade (que, para Norberto Bobbio, é o conjunto de indivíduos que vivem na sociedade, conceito rechaçado por Luhmann).

[45] KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luis Carlos Borges. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 58.

(aplicação da sanção) e não de conhecimento do conteúdo normativo *correto*. O conteúdo das normas e o conhecimento desse conteúdo não desempenha um papel relevante. Do ponto de vista da certeza, na construção kelseniana, qualquer conteúdo é possível, mesmo que não haja respeito aos precedentes judiciais: o que conta é a sanção.

As conhecidas ponderações de Kelsen acerca da interpretação judicial são esclarecedoras sobre esse ponto. Kelsen distingue entra a interpretação realizada pelos Tribunais (ato de aplicação da norma) e a interpretação realizada por particulares ou pelo cientista do direito. Quando se trata de aplicar o direito, a interpretação implica um ato de vontade, criador de norma, ainda que limitado por outras normas (de superior escalão), em relação às quais a interpretação é um ato de conhecimento. Há, portanto, uma moldura legal dentro da qual a interpretação judicial do direito se desenvolve como ato de vontade.[46] No momento da decisão judicial existe alguma pré-determinação de sentido, mas que nunca é completa [47] e, mais do que isso, nunca implica um único resultado possível para a interpretação. Na moldura, "existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível".[48]

Daí porque, para Kelsen, nesse espaço dos sentidos possíveis entra um ato de vontade: seja para o legislador, seja para o juiz. Eventual atividade cognitiva no

[46] Como coloca o autor, a "norma jurídica geral é sempre uma simples moldura dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica individual. Mas esta moldura pode ser mais larga ou mais estreita. Ela é o mais larga possível quando a norma jurídica geral positiva apenas contém a atribuição de poder ou competência para a produção da norma jurídica individual, sem preestabelecer o seu conteúdo". (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado, 6.ed.São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.171).

[47] Nas palavras de Hans Kelsen, "a norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato". (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado, 6.ed.São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.245).

[48] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado, 6.ed.São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.247. Segundo o autor, "Se por 'interpretação' se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, consequentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral".

preenchimento dessa moldura não tem por objeto o direito positivo, mas outras fontes normativas, como a moral, a justiça ou outros valores.[49]

A análise de Kelsen permite concluir que o direito é mais ou menos certo conforme seja mais ou menos eficaz e não, necessariamente, quanto mais ou menos claro ou previsível em seu conteúdo. O conteúdo das decisões e, portanto, o conhecimento desse conteúdo, é pouco relevante. Pensada em termos de previsibilidade das decisões, a certeza do direito é uma questão de política judiciária, que não contribui para a correta descrição do sistema jurídico, isto é, a interpretação científica do direito. Como adverte Kelsen:

> A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação "correta". Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente.[50]

Ou seja, assim como a validade do ordenamento é assumida a partir da pressuposição de uma *norma fundamental,* o mesmo se pode afirmar com relação ao outro extremo, o da eficácia. Do ponto de vista do conteúdo normativo, o próprio Kelsen esclarece: no ato de vontade que preenche a moldura da decisão, há espaço para considerações metajurídicas; com o instrumental luhmaniano se pode dizer: são as referências ao ambiente do sistema jurídico que, quando internalizadas na motivação da decisão, assumem caráter jurídico. O que conta é a previsibilidade da sanção e não da interpretação.

Da análise da posição de Kelsen, com as distinções dadas por Bobbio, parece correto afirmar que só é possível fundamentar a necessidade da certeza com relação ao

---

[49] Vale mais uma vez ter por perto as palavras de Hans Kelsen: "Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade. Deste ponto de vista, todas as determinações desta espécie apenas podem ser caracterizadas negativamente: são determinações que não resultam do próprio Direito positivo. Relativamente a este, a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato. Só assim não seria se o próprio Direito positivo delegasse em certas normas metajurídicas como a Moral, a Justiça, etc. Mas, neste caso, estas transformar-se-iam em normas de Direito positivo". (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado, 6.ed.São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.249).

[50] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado, 6.ed.São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 251.

conteúdo normativo de um ponto de vista funcionalista, isto é, da relação entre direito e sociedade. Não por acaso, essas análises encontram seu nascedouro na sociologia do direito, e vão oferecer uma outra leitura para o problema da certeza do direito. A abordagem sociológica suspeita da capacidade da sanção/ameaça de sanção como explicação suficiente para a obediência ou reconhecimento da normatividade e, em especial, como explicação da evolução do direito e da sociedade. Mudanças na sociedade podem levar a mudanças no direito. Mudanças no direito podem promover mudanças na sociedade.[51] Quando a relação entre direito e sociedade é posta em movimento, a sanção já não explica a especificidade do direito e a eficácia da coação já não serve de critério para a *certeza do direito*.

Entram em cena noções de adequação social dos conteúdos normativos (seja legislação ou decisão judicial), entendendo-se a adequação tanto em termos de univocidade, clareza e previsibilidade das normas para os destinatários, quanto em termos de equidade, isto é, correspondência a determinados padrões sociais de conflituosidade. É a partir daqui que a noção de previsibilidade das decisões judiciais vai se tornar problemática: a sociologia jurídica de abordagem funcionalista pensará a função do direito não em termos de capacidade de coerção, mas em termos de capacidade de orientação social e poder sobre o sentido do direito. Pressupostos de controle e poder que, como se verá, têm suas origens no pensamento jurídico desenvolvido no Absolutismo. Dessa colocação é que nascem as atuais formas de abordar os problemas da certeza do direito no movimento de reforma do processo. Convém, no momento, avaliar a contribuição da sociologia funcionalista para essa noção, em especial o pensamento de Talcott Parsons, conforme a análise de Celso Fernandes Campilongo.[52]

Grosso modo, Parsons propõe que a função do direito relaciona-se com a *integração social* (e não controle ou direção social). Essa função, segundo Parsons, é desempenhada quando certos requisitos de equilíbrio social e independência do direito em relação à política (incluindo um mínimo de eficácia) já estão resolvidos.[53] O direito seria um

[51] Desde Weber se observa distinções desse tipo: o objeto da sociologia do direito é o *ser* e não o *dever ser*. No *ser* há a sanção, mas também o descumprimento e o desuso. Há o costume e o reconhecimento da normatividade mesmo quando não há sanção. Há a reprovabilidade social, que pode se dirigir tanto à conduta quanto à sanção. Há outros elementos e formas de solidariedade que explicam o reconhecimento e vigência real de um ordenamento jurídico.

[52] CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 133.

[53] Conforme explica Celso Fernandes Campilongo, na proposta parsoniana, a função integrativa do direito "consiste em balancear interesses contraditórios, levar em consideração argumentos opostos, dar vazão ao fluxo de uma alta complexidade social para, depois, processá-la e reduzi-la a termos que permitam manter a unidade, a integridade e a diferenciação funcional do sistema jurídico". (CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.138).

mecanismo de integração intermediário entre mecanismos de motivação individual para observância da norma, e os mecanismos de motivação coletiva. Não se trata, novamente, só da coação, mas da motivação para obedecer. Essa motivação pressupõe clareza do conteúdo do direito, para que ele possa propiciar integração social, isto é, para que a ação social dos indivíduos possa se coordenar com referência ao direito. A coação e a legitimação não ficam de fora, mas, para que o sistema jurídico possa propiciar integração social, sua principal função é a de interpretar o direito.[54] Para Parsons, portanto, a integração social (da qual o funcionamento da sociedade depende) demanda a adesão a um sistema de normas e, para tanto, é preciso que exista um sistema unitário e coerente, capaz de resolver os problemas da legitimação, da interpretação, da sanção e da jurisdição.[55]

Nesse esquema, a interpretação assume papel central porque se volta tanto à garantia de coerência e unidade ao ordenamento (estrutura), quanto à possibilidade de orientação social a partir da norma (função). Assim como Kelsen, Parsons distingue a interpretação voltada à aplicação do direito da interpretação voltada à orientação social. Há complementariedade porque, sem um ordenamento coerente, a orientação social não é possível. Ao juiz caberia interpretar a norma para conferir coerência ao sistema. Ao advogado, caberia interpretar a norma para a coletividade e aos indivíduos, possibilitando, assim, a orientação social.[56] A *certeza do direito* vai sendo pensada aqui como a possibilidade de o direito servir de critério de orientação social para a integração, um mecanismo intermediário de motivação para a observância das normas.

Outro autor que desenvolve essa noção, como analisam Renato Treves e também Campilongo, é H. C. Bredemeier. Ele parte da noção de função integrativa de Parsons, mas, para este autor, essa função não estaria na relação do direito com os indivíduos, mas com outros sistemas da sociedade. O direito receberia *inputs* desses sistemas e forneceria

---

[54] PARSONS, Talcott. The Law and Social Control'. In: EVAN, William. **Law and Sociolog.** Exploratory Essays New York: Free Press of Glencoe, 1962, p. 56-72. Destacando a necessária posição central dos Tribunais no sistema jurídico como consequência da posição adotada em: CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.138.

[55] Nas palavras do autor, a função primária, integrativa, serve para "mitigar elementos potenciais de conflito e para lubrificar o mecanismo das relações sociais", pois, "somente com a adesão a um sistema de normas o sistema de interação social pode funcionar sem degenerar em conflitos abertos ou latentes". (PARSONS, Talcott. The Law and Social Control'. In: EVAN, William. **Law and Sociolog.** Exploratory Essays New York: Free Press of Glencoe, 1962, p. 56-72).

[56] PARSONS, Talcott. The Law and Social Control'. In: EVAN, William. **Law and Sociolog.** Exploratory Essays New York: Free Press of Glencoe, 1962, p. 56-72.

outputs.[57] O *output* principal oferecido pelo sistema jurídico para a sociedade consistiria em prestações de justiça, isto é, a solução justa de conflitos. Bredemeier "parte do pressuposto de que a função do direito é resolver conflitos. Portanto, a atuação do direito e, no interior do sistema jurídico, o papel desempenhado pelos Tribunais pressupõem sempre um litígio".[58] Aqui, a *certeza do direito* não está tão vinculada à possibilidade de orientação social pelo conhecimento das normas, mas pela possibilidade de resolução justa dos conflitos.

A sociologia funcionalista oferece, assim, um duplo aspecto para a certeza do direito: (a) a interpretação promoveria orientação social ao propiciar as condições de conhecimento de um ordenamento jurídico unívoco e claro; e (b) prestações de justiça na solução dos conflitos. Ambos relacionam-se com o pressuposto da função integrativa do direito, ou seja, mais do que uma forma de controle/direção social por meio da coação, o direito viabilizaria a vida social, orientando para a ação social coordenada. Ambas as funções podem ser vistas como garantidoras de uma terceira, que é a legitimação jurídica do poder.[59]

Em todos os casos, o problema da eficácia estará ainda presente, mas soma-se um problema de adequação, univocidade e previsibilidade dos conteúdos normativos, seja na legislação, seja nas decisões judiciais. Não é possível propiciar orientação social sem uma interpretação específica (que produza clareza e univocidade de sentido) e sem a solução justa

---

[57] Segundo Celso Fernandes Campilongo aponta, em Bredemeier, os Tribunais precisam de 3 tipos de *inputs* para desempenhar sua função integrativa: precisam conhecer as demandas e estabelecer conexões factuais entre os conflitos e as consequências das decisões. Esse *input* é dado pelo sistema econômico (adaptativo). Em contrapartida, o sistema jurídico oferece decisões que estabelecem direitos, obrigações ou reforçam as formas de organização do trabalho. O direito precisa contar ainda com a prévia definição dos objetivos e critérios para decidir, bem como da garantia da coerção, *inputs* proporcionados pelo sistema político. Em contrapartida, a decisão judicial reforça a autoridade da norma e lhe confere conteúdo, por meio da interpretação. Conforme Campilongo, "as relações entre os sistemas político e jurídico são particularmente reveladoras da autonomia precária, mas necessária, que existe entre o direito e os demais sistemas parciais funcionalmente diferenciados [...] A interpretação relativiza a distinção entre jurisdição. Uma jurisdição independente, paradoxalmente, reforça e maximiza a interpretação e o acoplamento estrutural entre o direito e a política". Claro que há riscos para a integridade dessa relação, já que "interpretar uma política legislativa não é um ato mecânico. Por uma parte, a interpretação dá concretude à lei. Por outra, não menos relevante, a interpretação é sempre um ato criativo. A norma, premissa decisória formulada pelo sistema político, necessita desse complemento criativo e legitimador que a interpretação põe à sua disposição. A decisão judicial, por sua vez, depende da definição política das metas legislativas. Isso, em tese, põe limites à discricionariedade judicial". O terceiro tipo de *input* que os Tribunais precisam provém do "sistema de socialização e da função de manutenção de valores". Como explica Campilongo, "é fundamental que as partes estejam motivadas a aceitar esse papel das Cortes e se conformem às suas decisões. Sem essa disponibilidade para a obediência e essa crença no procedimento, a função adaptativa desenvolvida pelos Tribunais, no esquema de Bredemeier, fica comprometida". Daí a necessária resolução de justiça, adequação social. "Justiça é garantia das expectativas interiorizadas". (CAMPILONGO, Celso Fernandes **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 147-149).

[58] CAMPILONGO, Celso Fernandes **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 144.

[59] Assim que Vitorio Ferrari vê nas propostas funcionalistas três eixos relativos à função do direito: (a) orientação social; (b) pacificação dos conflitos e (c) legitimação do poder. (FERRARI, Vitorio. Funzioni del diritto. Saggio critico ricostrutivo, Bari, 1987, esp. I e IV apud TREVES, Renato. **Sociologia do direito**: origens, pesquisas e problemas. Tradução de Marcelo Branchini. Barueri (São Paulo): Manole, 2004, p.312).

dos conflitos. Correspondentemente à dualidade da proposta funcionalista, a dogmática jurídica produziu correntes de abordagem do problema da *certeza do direito* que, como observa Gonçalves, podem ser descritas a partir da distinção *formalismo* vs. *sociologismo.*

1.1.2 Perspectiva formalista *vs* sociologista

Gonçalves parte das distinções da teoria dos sistemas luhmaniana para analisar a evolução das vertentes teóricas da certeza do direito, quer fundadas nos aspectos formais do ordenamento (que lhe conferem previsibilidade abstrata), quer nos aspectos materiais, que possibilitam decisões justas. [60] Gonçalves propõe distinguir, tendo em vista o eixo funcionalista, entre dois tipos de abordagens da certeza do direito: concepções do formalismo e do sociologismo (ou realismo) jurídicos. Em qualquer das duas hipóteses, trata-se de respostas à variabilidade estrutural que o direito adquire como consequência das transformações sociais da Modernidade, isto é, o direito definido pela sua positividade. Em ambas as hipóteses, tal como desenvolvidas até hoje, trata-se de exercer uma função de controle/repressão da contingência que um direito essencialmente variável (porque posto por decisões) representa. [61] E, em ambos os casos, a estratégia metodológica é a mesma: "vincular a produção e o conteúdo do direito a fontes externas extrajurídicas". [62]

Para as teorias *formalistas* da certeza do direito, esta depende de uma rígida certeza abstrata da norma. Univocidade e clareza do texto legal, coerência, estabilidade e concisão do ordenamento, legalidade procedimental, são alguns dos seus mecanismos de

---

[60] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada.

[61] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada. p. 177-178. Com base em Luhmann, o autor explica que evolução social – como aquela que consolida a Modernidade a partir do séc. XVII – significa mudanças tanto na estrutura quanto na semântica da sociedade (i.e. o conjunto generalizado de significados que produzem significados na sociedade). Conforme a estrutura se transforma, novos conceitos surgem (e vice-versa, porque as estruturas só podem se alterar a partir de significados disponíveis na semântica). Nesse sentido: LUHMANN, Niklas. **Strutura della società e semantica**. Tradução de Sinatra M. Roma-Bari: Gius Laterza & Figli Spa, 1983. No entanto, como aponta Gonçalves, nem sempre a semântica exerce a função de renovar e realizar o "potencial comunicativo" das novas estruturas. Diante da incapacidade de compreemder e de descrever a contingência/complexidade, a semântica pode reagir buscando reprimir a contingência (e as possibilidades de novos significados) e reestabelecer estruturas de significados que, muitas vezes, não dão conta da nova complexidade estrutural. (GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p.178.).

[62] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada. Como se verá mais detalhadamente adiante, esse tipo de estratégia remonta ao direito de sociedades organizadas de um modo diverso da sociedade moderna e que contavam com o que Gonçalves chama de um *centro de certeza* no qual toda a semântica da sociedade podia se apoiar. Voltarei mais adiante a esse conceito.

certeza. Nas concepções *sociológicas* (ou realistas, porque ligadas ao realismo norte-americano), a certeza do direito é vinculada à aptidão da norma para ser socialmente eficaz, o que dependeria justamente da possibilidade de, na aplicação da lei, o juiz flexibilizar as estruturas normativas às peculiaridades do caso concreto.[63]

As correntes de pensamento que Gonçalves associa ao formalismo jurídico têm profundas raízes no pensamento jurídico do séc. XVIII e, de um modo geral, nas correntes de pensamento que Norberto Bobbio associa às bases históricas do positivismo jurídico.[64] A elaboração refinada desse pensamento ao longo do séc. XIX e início do séc. XX leva a uma concepção de direito cuja certeza se ampara nas qualidades intrínsecas do ordenamento e em garantias *formais* relacionadas à sua aplicação pelo Estado. Assim, seja qual for o conteúdo do direito, sua legitimidade decorreria do fato de que ele torna o próprio comportamento e o comportamento alheio (especialmente do Estado legislador/polícia/juiz) previsíveis em termos jurídicos. Como o direito é posto por uma autoridade, ele pode ser modificado por ela, o que conduz à exigência de um espaço de proteção contra a mudança legislativa. São concepções que buscam estabilizar normativamente expectativas referidas a um ordenamento que já não se comporta de maneira contrafática.

Antonio-Enrique Pérez Luño sintetiza bem as premissas do pensamento formalista (embora não adote a distinção formalismo/sociologismo). Para esse autor, a certeza do direito se manifesta tanto como uma exigência objetiva de *regularidade estrutural* das normas e instituições jurídicas, quanto de *regularidade funcional da aplicação do direito*, isto é, proteção nas situações jurídicas concretas. Esta última, no entanto, depende da possibilidade de conhecimento do direito pelos destinatários daquilo que é proibido ou permitido, programando "expectativas para sua atuação jurídica futura sob pautas razoáveis de previsibilidade".[65] Desse modo, a certeza não é uma qualidade intrínseca ao direito, mas um valor que pode ou não ser realizado, à medida que o direito atenda certas exigências. Essas exigências dizem respeito às garantias de <u>*correção estrutural*</u> da formulação/produção do direito, sintetizada no princípio da legalidade, e que comporta requisitos relativos a

---

[63] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p.179.

[64] BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico** – lições de filosofia do direito compiladas pelo Dr. Nello Morra. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p.45-119.

[65] LUÑO, Antonio-Enrique Perez. **La seguridad jurídica**. Barcelona: Ariel, 1991, p.22.

(a) *promulgação da lei*, ou seja, mecanismos para aferir sua existência válida; (b) *clareza da lei*, com mecanismos que evitem a obscuridade, conceitos vagos e indeterminados, os quais conferem excessiva discricionariedade para os aplicadores do direito;[66] (c) *plenitude da lei*, evitando vazios normativos por meio de um esquema de fontes do direito e regras de integração de lacunas, vedado o *non liquet*;[67] (d) *reserva da lei* ao poder legislativo, organizando-se o material por um princípio de hierarquia;[68] (e) *anterioridade da lei*, que aliado aos demais requisitos permitiria a "prévia calculabilidade dos efeitos jurídicos dos comportamentos", garantia complementada pelas regras de irretroatividade[69]; e (f) *estabilidade da lei*, pressuposto básico da confiança, com a permanência de normas duradouras. Essa exigência se deixa completar pelos mecanismos da *coisa julgada* e dos *direitos adquiridos*.[70] A par desses mecanismos, estão as garantias de <u>*correção funcional*</u>, que se voltam ao plano da eficácia, ou seja, garantia de cumprimento do direito pelos destinatários e pelo Poder Público que o aplica. Essa regularidade funcionalista permite a eficácia do direito e sua quebra também importa em incerteza (não ficando claro, no entanto, o papel da adequação social do conteúdo normativo na eficácia).[71]

---

[66] Charles de Montesquieu já havia afirmado, no séc. XVIII, que os julgamentos nunca devem ser mais do que um texto preciso da lei, porque, para viver em sociedade, é necessário saber as obrigações que se contrai. A associação da certeza do direito à possibilidade de conhecimento e compreensão do direito tem raízes em circunstâncias históricas específicas e, a partir do séc. XVIII permea todo o pensamento que, aos poucos, constrói as bases teóricas do Estado Moderno e do direito positivo. (MONTESQUIEU, Charles de. **O espírito das leis** (XI, VI) São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.170). O mesmo Montesquieu condicionava a autonomia do juiz (como um poder) a uma função de mera *boca da lei*. Por razões históricas, que serão abordadas adiante, a exigência de clareza é também uma constante do iluminismo jurídico, aparecendo de modo enfático em: MURATORI, Ludovico Antonio. **Dei diffeti della giurisprudenza**. Roma: A.F. Formiggini, 1933; e BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Vicente Sabino Júnior. São Paulo: CD, 2002.

[67] Completude lógica do ordenamento e ausência de antinomias, pressupostos consolidados no ideal de codificação, que ocupou boa parte das discussões jurídicas políticas ao final do século XVIII. O Código traz uma promessa de completude, quando não concreta, lógico-abstrata. A compreensão das circunstâncias históricas e do pensamento que levaram às grandes codificações é de fundamental interesse para a compreensão das técnicas de supressão de incerteza propostas pelo movimento de reforma do processo. Analisarei esse ponto adiante a partir da obra de Giovanni Tarello (TARELLO, Giovani. **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976) Uma síntese dos pressupostos desse pensamento também pode ser vista em: BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico** – lições de filosofia do direito compiladas pelo Dr. Nello Morra. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 42-45; 51-57; 63-91.

[68] Uma regra voltada ao controle da arbitrariedade do Monarca, cujas raízes mais óbvias estão no pensamento de Montesquieu que influenciaram largamente as correntes formalistas, e que se expandiram para antigos porta-vozes dos monarcas absolutos: os juízes.

[69] Anterioridade e irretroatividade da lei, garantias que também encontram raízes no iluminismo jurídico. Como se verá, embora em grande medida o chamado iluminismo jurídico estivesse preocupado com questões de legitimidade da produção normativa, suas propostas remanesceram no pensamento jurídico como garantias de certeza do direito contra a atuação de um Estado que se vê obrigado a agir pela estrita legalidade (garantia que seria inócua se o Estado pudesse alterar os padrões de legalidade arbitrariamente).

[70] As exigências de estabilidade e a possibilidade de calcular a própria ação pautada pela norma são de especial relevo para a análise da reforma do processo.

[71] LUÑO, Antonio-Enrique Perez. **La seguridad jurídica**. Barcelona: Ariel, 1991, p.23-26.

Em linhas gerais, essas são as características centrais que Gonçalves atribui ao *formalismo*, acrescentando uma distinção importante entre: (a) mecanismos que tornam as situações jurídicas definitivas (típicas garantias de segurança jurídica) e (b) mecanismos de estabilidade do direito. A imunização da coisa julgada, do direito adquirido e do ato jurídico perfeito seriam mecanismos de definitividade (e não estabilidade) do direito.[72] A par desses mecanismos, que tornam definitiva a titularidade das posições jurídicas, estão os mecanismos de estabilidade, que se referem à mutabilidade da lei *in abstrato*, isto é, da confiança no ordenamento jurídico. Esses mecanismos rechaçam tanto a excessiva mutabilidade do direito/da lei quanto o próprio incremento da atividade legislativa, a hipertrofia legislativa (e comportam, assim, um componente funcionalista).

A obra de mais destaque dessa linha de pensamento é, provavelmente, a de Flavio Lopez de Oñate,[73] que instaurou um amplo debate na Itália, objeto de análises por Calamandrei, Carnelutti, Capograssi, Bobbio, entre outros, e merece uma avaliação mais detalhada em razão da influência que ainda exerce. Oñate associa os problemas relacionados à certeza do direito a uma crise não só do próprio direito, mas também do indivíduo e da sociedade. [74] A certeza do direito seria condição para a certeza do indivíduo na vida em sociedade.[75]

Além disso, em um Estado de Direito, toda a certeza dependeria da certeza na segurança da lei, que permitiria ao indivíduo saber como o Estado agirá e como agir com os

---

[72] Para Gonçalves, nessa linha de pensamento, a certeza aparece como fundamento da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. A autoridade da coisa julgada afastaria as "dúvidas e inseguranças quanto à titularidade dos direitos, a imputação do ilícito e execução da sanção". Já o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, porque imunes à variabilidade do direito, permitem a "planificação social e determinam o futuro". Trata-se da certeza que o direito assegura no tempo, "pontos de invariabilidade que estabilizam seguranças sociais". (GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Universitá degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p. 183).

[73] CARNELUTTI, Francesco. La certezza del Diritto. In: OÑATE, Flávio Lopez. **La certeza del Diritto**. Milano: Giuffrè, 1968.

[74] Na mesma época, Piero Calamandrei também aponta uma crise do direito e a identifica em um descrédito da lei como norma geral preexistente ao juízo e a aspiração crescente a um direito casuísta. O autor também aponta como expressões da crise: (a) a absorção do processo civil pela jurisdição voluntária ou justiça administrativa; (b)o aumento dos poderes do juiz; (c) o progressivo enfraquecimento do direito subjetivo; (d) a ampliação do direito administrativo às custas do direito civil; (e) o obscurecimento dos limites entre direito público e privado, entre o direito processual e o direito substancial. (CALAMANDREI, Piero. La relatatività del concetto di azione. In: **Scretti giuridici in onore di S. Romano**. Padova: Cedam,1939, p.23).

[75] Para Oñate, ao passo em que o problema da filosofia moderna era o da *verdade* e da filosofia clássica a *realidade*, o problema atual da filosofia, "preponderante e intransigentemente" é o da certeza: "a crise de nossa época se mostra, pois, como crise do indivíduo, que desesperadamente anseia uma certeza sem chegar a conseguila [...]". Para reconquistar a si mesmo, o indivíduo deve reconquistar a necessidade e validade da lei, isto é, a certeza do direito que não pode separar-se da certeza da lei. (CARNELUTTI, Francesco. La certezza del Diritto. In: OÑATE, Flávio Lopez. **La certeza del Diritto**. Milano: Giuffrè, 1968, p.55; 67).

demais, pautando-se pela previsibilidade da qualificação jurídica das suas ações.[76] São as famosas palavras de Oñate: "é necessário que cada qual saiba, uma vez concebida a ação, não qual será seu resultado histórico, o que valeria tanto como conhecer o absoluto, mas pelo menos como será qualificada a ação e como se incluirá essa ação na vida histórica da sociedade".[77] O instrumento para tanto seria a lei, que "faz saber a cada qual o que pode querer: justamente nisso se realiza o benefício que vem a ser possível pela sua certeza".[78] Essa associação entre certeza e crise social permite a Oñate legitimar a certeza alçando-a ao patamar de condição da justiça (*eticidade específica do direito*), facilitando um percurso no qual a certeza do direito é projetada, pelo próprio direito, para fora dos seus limites, passando a servir como um nível ético superior, capaz de conformar o direito e a sociedade. A certeza, assim, é incorporada à justiça (e vice-versa), de modo a superar a crítica segundo a qual a certeza pode ser injusta.[79]

A incorporação da justiça na certeza é uma construção importantíssima, não só porque propicia um fechamento para a tese de Oñate, mas pela influência que exerce nos pressupostos do recente movimento de reforma do processo. É a luta contra a crise de legitimidade que justifica os mecanismos que se voltam contra ameaças *de fato* à certeza do direito: são mecanismos que se justificam do ponto de vista da certeza em relação ao agir do Estado e do indivíduo.[80] Contra as lacunas no ordenamento, diz Oñate, a ambiguidade e

---

[76] Como bem aponta Gonçalves trata-se de uma reação ao fim do Estado Absolutista: "naquele momento histórico, a certeza das relações sociais (burguesas) era mitigada por decisões arbitrárias que não respondiam a algum tipo de parâmetro ou critério anterior, mas eram orientadas pelo ânimo e paixões inconstantes dos monarcas". (GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p. 192-193). A incerteza sobre a ação do Estado gerava incerteza para a ação do indivíduo, razão pela qual, do ponto de vista da legalidade e do Estado de Direito, há convergência da certeza com a legitimidade do poder.

[77] CARNELUTTI, Francesco. La certezza del Diritto. In: OÑATE, Flávio Lopez. **La certeza del Diritto**. Milano: Giuffrè, 1968, p. 73-74.

[78] CARNELUTTI, Francesco. La certezza del Diritto. In: OÑATE, Flávio Lopez. **La certeza del Diritto**. Milano: Giuffrè, 1968, p Idem, p. 7576.

[79] Trata-se da crítica de Carnelutti, para quem "a experiência do direito no processo me mostrou, em tantos anos, o irredutível contraste entre a justiça e a certeza", sendo forçado a reconhecer que, para realizar o máximo possível de certeza, é necessário sacrificar a exigência de justiça. (CARNELUTTI, Francesco. La certezza del Diritto. In: OÑATE, Flávio Lopez. **La certeza del Diritto**. Milano: Giuffrè, 1968, p.193. Como bem nota Massimo Corsale ao comentar a relação entre ambas as obras, Carnelutti não poderia aceitar um pressuposto meramente formal de certeza porque "subordina o direito à ética e portanto legitima um juízo de valor moral pelo jurista e pelo juiz acerca da lei" (p.17).

[80] Oñate fala também em ameaças teóricas à certeza do direito, que considera mais graves e perigosas do que as ameaças de fato, referindo-se às correntes que não reconhecem o valor da legalidade e da segurança, chegando a considerar a certeza um desvalor do direito, já que pode levar o juiz, na aplicação da lei, a causar injustiças. Para Oñate, o perigo das propostas estaria na concepção segundo a qual, no ato de julgar, o juiz deve criar a lei não apenas quando houver uma lacuna, mas quando sua aplicação não satisfizer a justiça. Essas correntes teóricas submeteriam o cidadão ao arbítrio do juiz e/ou a escopos criados politicamente para a jurisdição (como na justiça soviética), negando o valor da conquista histórica da legalidade. A justiça,

obscuridade, a lei deve ser clara e unívoca e as lacunas preenchidas pela expansão lógica das normas. Pois, só assim, o indivíduo poderia ter segurança quanto às qualificações jurídicas da sua própria ação.

As leis devem ainda ser simples, cabendo ao legislador, reconhecendo as dificuldades contemporâneas da vida moderna, conservar sua fé "dentro dos limites do possível, na exigência da simplicidade".[81] As leis deveriam ser estáveis porque a contínua mudança de leis elidiria

> a confiança na vontade do Estado como vontade permanente e constante, que é o único caráter verdadeiro do Estado ético. O frenesi moderno que se exterioriza no constante legislar, não leva em consideração o fundamento e a natureza da legislação, que está precisamente nessa estabilidade da vontade.[82]

O Estado de Direito se diferenciaria do Estado Despótico justamente porque, no primeiro, a vontade se apresenta como vontade ética, ou seja, consciente de si mesma e conquistada, objetivamente, na forma da lei. Assim, "a vontade do Estado deve manifestar-se no Estado ético como vontade certa, ou seja, como vontade consequente consigo mesma no tempo, através da qual a multiplicidade das vontades individuais adquire legitimidade e certeza".[83]

Em essência, ao conferir certeza ao indivíduo, o direito garantiria a coesão (integração) da sociedade, pois quanto mais certeza individual, maior a garantia de previsibilidade da qualificação da ação, que conferiria certeza social, inclusive para o agir do Estado ético, pautado pela legalidade. Por isso, diz o autor, "a exigência de certeza do direito é a mais ineludível exigência ética, de sua específica eticidade, que o direito experimente em nossa época".[84] Como se nota, Oñate protege os mecanismos de produção de certeza/legalidade ao associá-los a garantias de possibilidade de vida social (e solução da crise

---

assim, seria convertida em mera exigência individualista, isolada do Estado e da Sociedade. (CARNELUTTI, Francesco. La certezza del Diritto. In: OÑATE, Flávio Lopez. **La certeza del Diritto**. Milano: Giuffrè, 1968, p.107-114).

[81] CARNELUTTI, Francesco. La certezza del Diritto. In: OÑATE, Flávio Lopez. **La certeza del Diritto**. Milano: Giuffrè, 1968, p. 94-96.

[82] CARNELUTTI, Francesco. La certezza del Diritto. In: OÑATE, Flávio Lopez. **La certeza del Diritto**. Milano: Giuffrè, 1968, p.97.

[83] CARNELUTTI, Francesco. La certezza del Diritto. In: OÑATE, Flávio Lopez. **La certeza del Diritto**. Milano: Giuffrè, 1968, p.164. Para o autor, no Estado tirânico, ainda que os mandamentos tenham o caráter formal de leis ou sejam gerais e abstratos, são puramente ocasionais e contingentes, ligados a uma vontade que, por sua vez, não está ligada a nenhuma garantia ou norma. No Estado despótico a lei muda de modo súbito, e não há garantias de que se aplicará igualmente. (p.159).

[84] CARNELUTTI, Francesco. La certezza del Diritto. In: OÑATE, Flávio Lopez. **La certeza del Diritto**. Milano: Giuffrè, 1968, p.138.

geral), o que coloca essas garantias em um nível ético no qual estão protegidas contra críticas de injustiça. Daí falar-se em uma projeção da norma para fora do ordenamento e da própria sociedade: a norma ética transcende a sociedade e seu direito e, por isso, pode retornar ao direito formulada como justiça.

A par dessa estratégia, interessam para o presente estudo os mecanismos de certeza relacionados à estabilidade do direito que, no pensamento de Oñate, voltam-se contra os problemas da hipertrofia legislativa, apontado na primeira metade do séc. XX por Francesco Carnelutti como um óbice intransponível à possibilidade de conciliar certeza e justiça. O excesso de leis, afirma Carnelutti, tornaria impossível, até para os especialistas, a conhecerem, o que inviabilizaria a ideia de que as pessoas poderiam guiar suas ações a partir da lei. Além de muitas, as leis estariam em constante mudança e "toda mudança que não se produza nos limites normais de mutabilidade, faz perder a confiança na estabilidade da lei, que é o estado de ânimo indispensável para a prosperidade social".[85] As leis, comandos gerais e abstratos (evolução natural dos comandos individuais das sentenças) representariam um progresso porque "o comando geral oferece aos homens aquela grande vantagem da certeza, a qual se resolve em poder prever as consequências jurídicas das condutas de cada um".[86] Mas, justamente por isso, os benefícios da certeza dependeriam de que o cidadão pudesse conhecer a lei, o que seria impossível em um cenário de crescente inflação legislativa. Por essa razão, Carnelutti vê um antagonismo entre certeza e justiça. Para o juiz, aplicar o máximo de certeza poderia se ver compelido a realizar o máximo de injustiça.

Para Oñate, no entanto, a produção legislativa (e jurisdicional) é um aspecto do arbítrio estatal, contra o qual os mecanismos de controle da incerteza devem ser utilizados. Estando o direito vinculado à realidade histórica, as leis devem mudar, mas essas alterações só poderiam ocorrer quando justificadas, diante de *evidente utilidade*, *máxima necessidade* ou quando *manifesta iniquidade*, que torne sua observância nociva.[87] O Estado teria, assim, com

[85] CARNELUTTI, Francesco. **Discorsi intorno al diritto**. v.1 Pádova: Cedam, 1937, p. 180-181.
[86] CARNELUTTI, Francesco. **Discorsi intorno al diritto**. v.1 Pádova: Cedam, 1937, p. 194-195.
[87] ONÃTE, Flávio Lopez de. **La certeza del derecho**. Tradução de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1953, p.97. As três hipóteses são extraídas da *Suma Teológica – De mutatione legum*, q. XCVII, da I e II, art. 2º, o que mostra a base pré-moderna desse pensamento.

a ajuda dessas necessidades transcendentes, uma obrigação ética de manter constante e unívoca sua vontade em vez de dispersá-la em vários textos normativos fragmentados.[88]

Ao Estado legislador também se imporiam as garantias de segurança e certeza, de modo que, além de ter que observar as regras de validade, não poderia o legislador transformar seu puro arbítrio incondicional em norma válida.[89] Uma consequência dessa abordagem, muito presente no movimento de reforma do processo, está na sua transferência ao julgador. Como explica Oñate, a vontade do Estado também deve se traduzir dotada de certeza na jurisdição e com celeridade. Até mesmo a duração exagerada dos processos levaria "à ignorância do que seja a concreta vontade da lei: e também aqui o indivíduo particular carece de uma norma válida à qual saiba que tem que confrontar sua ação e seu comportamento futuro".[90] O processo seria o "resultado do anseio do direito pela certeza [...] por isso no processo não há nem deve haver arbítrio; por isso o juiz deve limitar-se à função altíssima de *viva vox iuris*".[91]

O propalado criacionismo judicial, a justiça do caso concreto, seriam empecilhos à integração social, pois

> a sociedade não pode continuar subsistindo, como pura união de seres isolados, isto é, não conjuntamente vinculados por normas, mas guiado caso a caso, ação por ação, por decisões imprevisíveis e, portanto, substancialmente arbitrárias.[92]

No processo, o direito "se manifesta plenamente naquilo que é [...] e é nele que a ação está constrangida a desdobrar-se sobre si mesma para justificar-se enquanto pede justiça, é o resultado do anseio do direito pela certeza".[93] Defender-se, no processo, seria,

---

[88] ONÃTE, Flávio Lopez de. **La certeza del derecho**. Tradução de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1953, p.99.

[89] Assim, "a eliminação do arbítrio como finalidade da experiência jurídica é a nova prova de que esta tende à fundação da paz na sociedade: esta finalidade, tão típica do direito [...] o direito funda a paz coordenando as vontades de maneira que, incluindo cada uma delas no sistema social, nenhuma delas é então vontade arbitrária". (ONÃTE, Flávio Lopez de. **La certeza del derecho**. Tradução de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1953, p.147).

[90] ONÃTE, Flávio Lopez de. **La certeza del derecho**. Tradução de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1953, p.99.

[91] ONÃTE, Flávio Lopez de. **La certeza del derecho**. Tradução de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1953, p.145-146.

[92] ONÃTE, Flávio Lopez de. **La certeza del derecho**. Tradução de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1953, p. 109-110.

[93] ONÃTE, Flávio Lopez de. **La certeza del derecho**. Tradução de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1953, p.145.

portanto, defender sua própria aspiração à certeza, razão pela qual as leis, afirma Oñate, deveriam deixar o mínimo possível ao arbítrio do juiz.[94]

Não é difícil perceber que, embora Oñate proponha o controle do juiz pela lei (e não um sistema de vinculação aos precedentes), o ideário da sua tese, em especial no que se refere à legitimação da necessidade *formal* de certeza do direito está fortemente presente no atual movimento de reforma do processo. Se antes o risco era a hipertrofia legislativa, agora as esperanças foram abandonadas e só resta mudar o alvo: combater a incerteza resultante da hipertrofia jurisdicional.

O problema, como observa Gonçalves, é que, enquanto justificativa, a hipertrofia normativa leva a um paradoxo: embora os formalistas preguem contra a hipertrofia legislativa, propõem que, para dar conta de novas situações sociais, o melhor instrumento é a lei (para que essas novas situações não sejam entregues ao arbítrio do juiz), já que a ausência de leis (claras, unívocas, uniformes etc.) põe toda uma gama de situações sociais fora do alcance da legalidade que permite a cada um "saber aquilo que pode querer". Mas, ao fazer novas leis, gera-se incerteza, por força da *hipertrofia*. [95] Daí porque, para o autor, fundamentado sobre sua própria autorreferência, o formalismo acaba por bloquear a abertura cognitiva do direito em relação à sociedade causando um descompasso que gera incerteza, à qual o formalismo responde com mais leis, que geram mais incerteza.

As construções de certeza do direito do formalismo jurídico são construções de "certeza interna ao sistema jurídico, destinadas a uma prestação social: orientação da ação. Nesse sentido, é possível afirmar que a noção de previsibilidade é a essência da certeza do direito".[96] Essa previsibilidade se projeta para a sociedade, viabilizando a coordenação de todos os aspectos da vida (e não só dos jurídicos), uma capacidade que legitimaria mesmo eventuais injustiças decorrentes da certeza. Por isso, o autor afirma que "o formalismo jurídico transforma a incerteza do futuro em certeza do direito".[97]

---

[94] ONÃTE, Flávio Lopez de. **La certeza del derecho**. Tradução de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1953, p.146-147.

[95] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p.201.

[96] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada.

[97] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p. 202.

Contudo, como demonstra Gonçalves, a ideia central de assegurar juridicamente a previsibilidade das ações do Estado e dos indivíduos, com reforço de uma sanção que aumenta a probabilidade de dada conduta, oculta um paradoxo. Sem a lei, a ação é livre e, portanto, sem lei, predomina a incerteza. Mas essa liberdade inibe o agir. Sem garantias legais, é melhor não contratar do que contratar. Ao dar garantias jurídicas sobre o cumprimento de uma conduta, a lei aumenta o grau de liberdade. Assim, quanto menor a liberdade (prevista na lei) para contratar, maior a liberdade para, no espaço delimitado pela lei, contratar.[98] Em outras palavras, a falta de previsibilidade quanto à qualificação jurídica das condutas não significa imprevisibilidade das condutas em si.[99] Por isso, a certeza que os mecanismos do formalismo jurídico podem propiciar não é nada mais do que uma certeza do direito nos termos dados pelo próprio direito. Essa certeza não tem o potencial de realizar a promessa de previsibilidade dos comportamentos, embora tenha o potencial de produzir injustiças e de obstar a evolução do direito.

O movimento de reforma do processo se basea em uma semântica semelhante, que relaciona crise de certeza do direito a uma crise de legitimidade e, a partir daí, desenvolve construtos conceituais semelhantes, adaptados, em sua essência, à produção jurisdicional do direito e acaba por incidir no mesmo paradoxo, conforme se verá mais adiante.[100]

---

[98] Como explica Gonçalves, a ideia de calculabilidade jurídica das condutas como pressuposto para o desenvolvimento do capitalismo foi bem desenvolvida com Max Webber, ganhando influência especialmente quanto à liberdade de contratar. No entanto, a previsibilidade oculta um paradoxo: sem a lei, a ação é livre e, portanto, incerta. Mas essa liberdade inibe a ação (porque contratar com quem não vai cumprir?). A lei dá garantias que reforçam a segurança e, ao fazê-lo, produz liberdade (porque tenho garantias posso fazer mais tipos de contratos, mais arriscados). Vale dizer, do ponto de vista do capitalismo, é o cumprimento da lei (e não da vontade convencionada contra a lei) que dá as condições de certeza para o desenvolvimento econômico. Como aponta o autor, muitas das discussões sobre a necessidade de segurança jurídica para investimentos (acusando o Poder Judiciário de desrespeitar contratos e, assim, afugentar investidores) escondem esse paradoxo. Do ponto de vista da certeza formal do direito, é melhor limitar a liberdade de contratar de acordo com a lei do que flexibilizar o direito contratual para satisfazer determinados interesses. A previsibilidade do direito é essencial para o cálculo econômico capitalista e, por isso, não poderia admitir a sua relativização em favor de interesses privados. Liberdade irrestrita de contratar é contrária à certeza do direito. (GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p.197-199).

[99] O mercado de crédito pessoal em geral pode ser um exemplo claro. Sem regras jurídicas que garantissem o recebimento, os bancos não se sentiam estimulados, por exemplo, a fazer empréstimos a aposentados. A conduta é muito clara e previsível: sem comprovar renda ou dar garantia real, simplesmente não se faz empréstimo. A regulamentação jurídica, permitindo tomar como garantia parte da aposentadoria, aumentou as formas e os modelos contratuais possíveis. A regra jurídica clara e previsível aumenta a liberdade (e imprevisibilidade) das condutas. Algo semelhante pode ocorrer com relação à previsibilidade das decisões judiciais e algo igual certamente ocorre em relação à possibilidade de garantir previsibilidade das condutas por meio de decisões judiciais previsíveis.

[100] Com esse contexto em vista, e também sobre o uso dos pressupostos formalistas na reforma do processo, cumpre lembrar que a obra de Oñate é de 1942. As discussões que se seguiram na Itália ocorrem nos anos posteriores. Muito mais do que uma construção ideologicamente positivista da certeza do direito, Oñate escreve contra o regime fascista e busca, pelo enaltecimento do valor da legalidade, restaurar o sentido de um Estado ético. Nesse sentido, a análise de Massimo Corsale. (CORSALE, Massimo. **Certezza del diritto e crisi di legitimità**. 2.ed.Milano: Giuffrè, 1979, p.825).

No outro lado, segundo Gonçalves, existem as *correntes do sociologismo*, construídas em contraposição às correntes formalistas. Buscam denunciar as incoerências, injustiças e, em última análise, as incertezas produzidas pela certeza do formalismo. Essas correntes, no entanto, não abrem mão da ideia central de que o direito deve perseguir a produção de formas de certeza que orientem a vida social e têm importância central para este trabalho porque tendem a ressaltar a importância da decisão judicial (mais do que da lei) para a produção de certeza. Trata-se de um pensamento que, bem notado por Gonçalves, remonta à concepção de Max Weber a respeito da importância da previsibilidade e calculabilidade do direito moderno para o capitalismo.[101] Como Weber demonstra, essa função pode ser exercida tanto por um direito formalizado à maneira da *Civil Law* quanto por precedentes.[102] Essa, segundo Gonçalves, é essa conclusão que possibilita construir uma certeza do direito não vinculada à formalização positivista/legalista.[103]

De um modo geral, segundo as correntes sociologistas/realistas, o direito nasce dos fatos da realidade social e não da abstração racionalista do legislador. A rigidez da norma positivada não permite que esta acompanhe a evolução dinâmica da sociedade e esse descompasso é fator de incerteza. O direito inadequado não pode gerar previsibilidade e introduz valores contraditórios, levando à incerteza.[104] Diante da crise ocasionada pela inadequação das normas, o formalismo só pode responder com mais e mais leis. A inflação legislativa chega ao ponto em que é imprescindível o recurso a conceitos jurídicos indeterminados, capazes de abarcar mais situações; assim, mais que ambíguo, o texto da lei se apresenta indeterminado. A par da hipertrofia legislativa, o formalismo também precisa lidar com as consequências da ampliação do acesso à justiça, a intervenção do Estado na economia e o repasse de atribuições públicas à sociedade, o que traz ao cenário do processo judicial

---

[101] Segundo Webber, "para os interessados no mercado de bens, a racionalização e a sistematização do direito significaram, em termos gerais e com a reserva de uma limitação posterior, a calculabilidade crescente do funcionamento da justiça – uma das condições prévias mais importantes para empresas econômicas permanentes, especialmente aquelas de tipo capitalista, que precisam da 'segurança de tráfico' jurídica". (WEBER, Max. **Economia e sociedade** v.2. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UNB, 2009, p.144).

[102] WEBER, Max. **Economia e sociedade** v.2. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UNB, 2009, p.149-151.

[103] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p.204-205.

[104] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada. p. 205-207. O autor traz o exemplo, conhecidíssimo entre nós, do Novo Código Civil que, para muitos, nasceu já desatualizado.

novos tipos de demandas que tendem a se multiplicar. Assim, como aponta Gonçalves, o colapso do modelo formalista de certeza ocorre porque essa proposta tentou, com os seus mecanismos, se adaptar a uma realidade *contrária às suas estruturas*, produzindo excesso de leis baseadas em conceitos abertos/indeterminados, o que "levou à formalização de um sistema desordenado, ilógico e incerto",[105] gerando mais incerteza e imprevisibilidade para a coordenação das ações. Esse o diagnóstico sociologista da certeza formalista: as correntes formalistas produzem incerteza jurídica e social.[106]

No lugar da certeza formal, o sociologismo propõe uma certeza fundada na racionalidade material do direito, que nasce e evolui naturalmente com a sociedade. Fica o problema apenas de saber como identificar a norma jurídica. Seria papel da sociologia do direito identificar as relações sociais/fatos sociais que produzem direito válido e oferecer aos tribunais o material sistematizado para decisões. Correlativamente, o reconhecimento do papel criativo dos tribunais se impõe. O juiz precisaria estar aberto aos influxos sociais, rejeitar a legislação e precedentes como critério rígido de decisão, observar a realidade e aplicar/criar o direito adequado às exigências sociais, uma adequação da qual nasce a noção material de certeza do direito. O direito, adaptado à realidade social, produz certeza. Por isso, segundo Gonçalves, enquanto no formalismo a confiança social se concentra na legislação, no sociologismo essa confiança é transferida para os tribunais, ou melhor, a incerteza da lei (hipertrofiada) é corrigida pela "certeza da justiça jurisprudencial".[107]

A influência desse pensamento fica clara não só nos autores tipicamente representantes do realismo norte-americano, mas também, por exemplo, em autores como Mauro Cappelletti, para quem, embora exista "um déficit no plano da certeza e da previsibilidade, existe por sua vez, no direito jurisprudencial, um benefício potencial, justamente pela possibilidade de se dar maior peso à equidade e à justiça do caso concreto".[108]

---

[105] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p. 213-218.

[106] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p. 220.

[107] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p. 225-226.

[108] De qualquer modo, continua o autor, "certeza não tem valor absoluto" e os tribunais poderiam mitigar os problemas da decisão imprevista "moderando e também limitando ou postergando os efeitos de tal mudança, evitando, assim, injusto prejuízo às partes". (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999, p. 85-86).

O mesmo pode ser dito com relação aos argumentos nos quais se funda a doutrina atual que enaltece a necessária atuação criativa e o ativismo do Supremo Tribunal Federal, [109] isto é, uma doutrina que propõe a atuação corretiva sobre os defeitos da lei/perspectiva formalista o que gera níveis intoleráveis de incerteza.

Trata-se de uma corrente teórica cujas influências ficam claras nas propostas voltadas a aumentar os poderes do juiz, que embasou muitas das reformas ocorridas no passado, e cuja premissa era a necessidade de aproximar o juiz do jurisdicionado, tais como as reformas relativas à ampliação do acesso à justiça, a criação das Justiças de Pequenas Causas (atuais Juizados Especiais Cíveis), e de todo o arcabouço legislativo brasileiro no qual fica claro o modelo de conceitos jurídicos abertos/discricionariedade judicial.[110] Para o *movimento reformista contemporâneo*, objeto desta pesquisa, será interessante registrar como sua base teórica a mistura de perspectivas formalistas e sociologistas, criando uma certeza jurisdicional de base puramente formal.

Para o momento, interessa retomar a análise de Gonçalves sobre duas correntes do realismo norte-americano a partir das quais o precedente judicial é evidenciado: o ceticismo quanto à [possibilidade formal de] certeza das normas e o ceticismo quanto à possibilidade de certeza dos fatos. A primeira corrente propõe que as normas gerais e abstratas não geram segurança porque os institutos jurídicos estão sempre sujeitos às mais diversas interpretações. Por isso, sugerem que as decisões judiciais sejam casuístas, se ocupem do significado de cada caso a partir dos fatos. A decisão judicial estaria sempre alinhada aos anseios da sociedade, porque pode se modificar a cada caso. As decisões judiciais seriam preferíveis à lei porque podem garantir certeza de uma decisão mais justa e porque, sendo normas individualizadas para os destinatários do processo, geram mais certeza. Por isso, enquanto para o formalismo, por causa das possíveis interpretações, a sentença judicial é fonte

[109] Para uma análise da questão: VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: **Revista Direito GV**. São Paulo, jul-dez, 2008, p. 446. Nesse sentido, por exemplo, o discurso no Min. Celso de Mello, por ocasião da posse do Min. Gilmar Mendes na Presidência da República. Segundo afirmou o Ministro, "nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos". Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf. /Acesso em: 10 jan. 2014.

[110] Essas reformas, no caso brasileiro, são analisadas no cap.7 da segunda parte desta tese.

de incerteza, para o realismo, quando livre das amarras de uma mentalidade legalista rígida, a sentença é fonte de certeza.[111]

A noção de que a decisão judicial é uma fonte mais próxima de certeza, porque se dirige e atua diretamente sobre os destinatários concretos do comando é, possivelmente, a maior influência do sociologismo sobre as propostas do *movimento reformista*, que buscará, no entanto, submeter essa certeza a uma lógica formalista. Essa lógica pode ser associada, em parte, às propostas da segunda corrente do sociologismo, o ceticismo quanto aos fatos. Para essa corrente, não é possível uma certeza abstrata, formal ou material, do direito, seja na legislação, seja nas decisões judiciais. Qualquer tentativa de certeza deve se orientar pela previsão de como os juízes decidirão em dado caso concreto, cabendo aos operadores observar os fatores de influência (ideologias pessoais, pressões políticas e econômicas etc,) e, a partir da observação empírica, estabelecer regras que possam definir uma coerência/constância.

Não se trata, portanto, como aponta Gonçalves, da doutrina do *stare decisis et non quieta movere*, segundo a qual os precedentes são norma para os casos posteriores (uma certeza formalista). Essa corrente do sociologismo propõe que a coerência seja estabelecida a partir da investigação sociológica/psicológica da realidade do juiz: observar como juízes e tribunais decidem para extrair daí uma certeza empírica. No entanto, nesse grau de complexidade, dificilmente se pode esperar decisões coerentes ou mensuráveis por qualquer critério de justiça. A confiança em uma decisão justa fica na dependência da humanidade do juiz.[112]

Por isso, para o autor, o máximo do realismo é transformar a certeza da incerteza em certeza de decisões justas. Mas não se abre mão da exigência de que o direito gere certeza para a sociedade. Com efeito, o realismo propõe que o direito deve produzir previsibilidade e calculabilidade, embora proponha, para tanto, ser a decisão judicial e não a lei o mecanismo ideal. Assim, "a diferença em relação às concepções formalistas é apenas o

---

[111] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p. 227-228.

[112] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p. 230-232.

meio".[113] A justiça se realiza por meio do criacionismo judicial, de modo que a certeza do direito, enquanto *previsibilidade do conteúdo da decisão* passa a se apresentar como a *previsibilidade da justiça da decisão*.

Também com base em Luhmann, Gonçalves demonstra o esgotamento dessas correntes e a possibilidade de, partindo da teoria dos sistemas, realizar-se uma nova leitura da problemática da certeza do direito na qual a incerteza e a contingência, que caracterizam o direito da sociedade moderna, tenham um papel diante da função do direito na teoria dos sistemas. Pretendo, adiante, utilizar essas distinções e a perspectiva inovadora de Luhmann/Gonçalves para desenvolver minha análise das correntes teóricas na qual o movimento de reforma do processo fundamenta a si mesmo e suas propostas de alterar os processos de formação jurisdicional do direito. Antes, porém, pretendo abordar algumas premissas da teoria dos sistemas (e seu desenvolvimento em Gonçalves) para analisar as relações entre direito, certeza e sociedade.

1.2 Abordagem luhmaniana da certeza

1.2.1 Sistemas sociais e expectativas

Para Luhmann, toda a vivência humana é experimentada por meio do *sentido*, isto é, por meio de significados. Significados possibilitam orientar com relação a experiências passadas e futuras porque lhes conferem *sentido*.[114] Tanto a percepção do mundo que nos cerca, quanto a percepção daquilo que pensamos, sentimos, lembramos, se dá a partir da seleção de sentidos/significados.[115] Como não podemos perceber, de uma vez, o mundo ao redor (assim como não podemos acessar todos nossos pensamentos de uma só vez), para perceber é preciso fazer seleções, excluindo o excesso.

A totalidade só pode ser percebida como ruído, a partir do qual seleções constroem uma ordem (sentido, significado) para a experiência (*order from noise*).[116] Assim, a

---

[113] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p.236.

[114] LUHMANN, Niklas. **Strutura della società e semantica**. Tradução de Sinatra M. Roma-Bari: Gius Laterza & Figli Spa, 1983, p.16-17. Em obra mais recente, Luhmann enfatiza que nenhuma operação social pode ocorrer sem o uso do sentido. (LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.27).

[115] LUHMANN, Niklas. **Strutura della società e semantica**. Tradução de Sinatra M. Roma-Bari: Gius Laterza & Figli Spa, 1983, p.16-17.

[116] Nesse sentido: FOERSTER, Heinz von. **Sistemi che osservano**. Roma: Astrolabio, 1987, p.51-69.

vivência humana depende de seleções de sentido a partir de estímulos externos (do mundo) e internos (da consciência). Para tanto, a seleção precisa estabelecer critérios que façam referência a experiências anteriores, a um sentido previamente estabelecido. É nesse contexto que Luhmann propõe pensar o sentido como um *medium,* no qual *pensamentos* e *comunicação* demarcam *formas* que servem de referência para novas experiências.[117] Uma forma é uma referência para futuras experiências, que podem ser formas de atualidade (o que é) ou de potencialidade (o que pode ser).[118]

Sistemas são, nesse contexto, uma forma específica de sentido, que estabelece uma distinção sistema/ambiente.[119] Marcada a distinção sistema/ambiente, todas as distinções posteriores só poderão ser marcadas no sistema ou no ambiente. No sistema, o sentido pode ser percebido, há significados. No ambiente, só há ruído. Quem indica um sistema, indica, portanto, uma regra para formar sentidos futuros, isto é, uma regra que orientará a experiência futura ao condicionar todas as outras distinções a serem distinções no sistema (com sentido reconhecível) ou no ambiente (ruído). Sentido é, asism, resultado e condição de uma experiência que só pode ocorrer no presente e, portanto, não se cristaliza como uma estrutura estática, mas como a forma de um *operar estruturado*. Diante de uma nova experiência, esse *operar estruturado* pode reforçar ou negar um sentido já conhecido. No primeiro caso, se

---

[117] LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales** – lineamientos para una teoría general. Tradução de Silvia Pappe y Brunhilde Erker Rubi. (Barcelona): Anthropos; Mexico: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p.77-81. Sobre a distinção *meio/forma* ver também: LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Rafaelle. **Teoria della società**. 11.ed. Milano: FrancoAngeli, 2003, p.61-68. A distinção meio/forma indica que, de um lado da distinção estão elementos acoplados de modo um modo rígido, que se torna perceptível. Do outro lado da distinção (meio), os elementos acoplam-se de modo flexível, portanto, imperceptíveis ao sentido.

[118] BARALDI, Cláudio. In: CORSI, Giancarlo et al.**Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos, Barcelona: Anthropos, 1996, p.146. Conforme explica Giancarlo Corsì, o sentido, na teoria luhmaniana, existe em três dimensões: material, social e temporal. Assim, toda distinção entre o que é e o que pode ser comporta significados tridimensionais. Na *dimensão material*, os significados da diferença entre o que é e o que pode ser dizem respeito aos sentidos objetivos: "um cavalo não é uma vaca, um número não é uma diversão, a velocidade não é uma cor", em que o significado resultante do sentido depende das distinções com as quais o observador recorta a experiência. Na *dimensão social*, os significados que o sentido oferece resultam da "conexão de perspectivas que constitui o mundo como mundo social: aqui é onde se pode observar pontos de vista distintos, seletividades diversas, experiências alheias, consensos e dissensos". Assim, as possibilidades da experiência no mundo não se limitam àquilo que um observador escolhe recortar, mas deve incluir também a dimensão social: o significado dos sentidos depende de possibilidades de consenso e dissenso. Por fim, na *dimensão temporal*, os significados se apresentam em termos de duração e reversibilidade. A dimensão temporal do sentido permite que, no presente, se estabeleça uma diferença entre o que está consolidado e não pode mais ser mudado (passado) e o que ainda pode, no presente, ser alterado. Há um tempo presente que é sentido como *pontual*, isto é, como um momento no qual mudanças já ocorridas se tornam irreversíveis, e um tempo presente que se projeta e dura. Ou seja, um presente no qual, por meio de decisões, pode-se acessar e modificat o futuro, de modo a encerrar, acelerar ou refrear o presente em andamento. (p. 64).

[119] LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Rafaelle. **Teoria della società**. 11.ed. Milano: FrancoAngeli, 2003, p.16-20; LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales** – lineamientos para una teoría general. Tradução de Silvia Pappe y Brunhilde Erker Rubi. (Barcelona): Anthropos; Mexico: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p.172-176.

produz redundância. No segundo, pode não se produzir nada (indiferença) ou pode se produzir diferença, transformando o sentido conhecido em outro e condicionando futuras distinções.[120] Em outras palavras, a distinção entre redundância e diferença pode produzir "*diferenças que fazem diferença*", o que Gregory Baetson chama de *informação*.[121]

Segundo propõe Luhmann, sistemas sociais estabelecem fronteiras de comunicação. Eles transformam ruído em sentido e, assim, processam comunicação, fixando modos de operar recursivos a partir dos quais novas experiências comunicativas podem ser processadas.[122] Sistemas sociais, portanto, organizam e estruturam o ruído na forma de sentido, o que viabiliza a comunicação ("*order from noise*"). Como a comunicação é um evento extremamente improvável, dependente de coordenações recíprocas de seleções entre emissor e receptor, os sistemas sociais estruturam possibilidades de sentido para a comunicação.[123] Luhmann aponta o papel das estruturas de sentido fixadas pelos sistemas sociais: elas organizam *meios simbolicamente generalizados de difusão da comunicação*, como o poder, dinheiro, verdade e o direito que, quando utilizados pelo emissor, aumentam a probabilidade de aceitação do sentido comunicado.[124]

---

[120] LUHMANN, Niklas. **Strutura della società e semantica**. Tradução de Sinatra M. Roma-Bari: Gius Laterza & Figli Spa, 1983, p. 15-16.

[121] BAETSON, Gregory. **Steps to an ecology of mind**. Chicago: University of Chicago Press, 1972, p.315. Segundo o autor, ser sensível e responsível a diferenças, fazer comparações e autocorreções, processando informação, é o que diferencia a mente (ou, sistemas sensíveis a sentido, segundo Luhmann), de sistemas sensíveis apenas à causalidade física. "Um pouco de informação é definível como uma diferença que faz diferença. Essa diferença, à medida que viaja e passa por sucessivas transformações em um circuito, é uma ideia elemental". (LUHMANN, Niklas**. Sistemas sociales** – lineamientos para una teoría general. Tradução de Silvia Pappe y Brunhilde Erker Rubi. (Barcelona): Anthropos; Mexico: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p.61). Ainda sobre o conceito de informação: FOERSTER, Heinz von. **Sistemi che osservano**. Roma: Astrolabio, 1987, p.168-178.

[122] LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales** – lineamientos para una teoría general. Tradução de Silvia Pappe y Brunhilde Erker Rubi. (Barcelona): Anthropos; Mexico: Universidad Iberoamericana; Santa fé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 79-80.

[123] A comunicação é o resultado (improvável) de um processo, que ocorre quando o sentido que o emissor pretendia comunicar é compreendido pelo receptor. Esse processo depende da coordenação de três momentos de seleção: (a) diante de uma infinidade de sentidos que poderiam ser comunicados, o emissor seleciona o sentido que pretende comunicar; (b) no ato de comunicar, a partir da linguagem (falada, escrita, de sinais etc.) o emissor faz uma segunda seleção de sentido, o recorte do conteúdo do que será emitido; e (c) ao receber a mensagem, o receptor deverá, por meio de seleções, construir internamente o sentido compreendido (*order from noise*) e decidir por aceitá-lo ou não. Como o emissor não pode demarcar diretamente o sentido pretendido na consciência do receptor, a comunicação depende de uma improvável coordenação de seleções que conduza à aceitação pelo receptor do sentido pretendido pelo emissor. (LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Rafaelle. **Teoria della società**. 11.ed. Milano: FrancoAngeli, 2003, p.61; LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales** – lineamientos para una teoría general. Tradução de Silvia Pappe y Brunhilde Erker Rubi. (Barcelona): Anthropos; Mexico: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 143.

[124] São formas de sentido que "utilizam generalizações para simbolizar a relação entre seleção e motivação [...] trata-se em todos os casos de condicionar a seleção da comunicação de tal maneira que atuem ao mesmo tempo como meios motivadores" da aceitação da comunicação. Nesse sentido, Niklas Luhmann, (p. 159). Assim, o amor, a verdade, o dinheiro e o poder. Quando a comunicação que faz uso desses meios, recorre a símbolos (dinheiro) que, em si, já representam perante o receptor a seleção efetuado pelo emissor e motivam sua aceitação. A generalização simbólica permite, por exemplo, a fácil

Sistemas sociais produzem e contêm apenas comunicação. Eles se diferenciam entre si porque, a partir dos meios simbolicamente generalizados, formam estruturas de sentidos específicos, que potencializam a comunicação. Ao fornecer essas estruturas de sentidos específicos, os sistemas garantem o contínuo enlace das comunicações (que Parsons chamaria de integração). Essas estruturas são *expectativas* e sua generalização por meios simbolicamente generalizados é o que origina os sistemas.[125]

Expectativas nascem da experiência repetida da comunicação. As referências para o sentido comunicado se condensam na forma de uma expectativa, ou seja, de um resultado que se pode esperar de modo relativamente independente de cada situação concreta. Essas expectativas podem se generalizar na medida em que, sobre elas, em um nível mais abstrato, os sistemas estruturam sentido para *expectativas de expectativas*. Em outras palavras, sistemas sociais organizam o mundo das possibilidades comunicativas na sociedade – que é o que viabiliza a convivência social – estruturando expectativas.[126] O direito, enquanto um sistema social, vai atuar na estruturação de expectativas.

Nesse ponto é necessário introduzir a ideia da *complexidade*, também fundamental para o arcabouço teórico da teoria luhmaniana. Complexidade significa mais possibilidades do que é possível realizar. O sistema não pode incorporar às suas estruturas, na qualidade de expectativas, todas as possibilidades de comunicação: uma estrutura só produz sentido para a comunicação quando é suficientemente específica, isto é, quando se diferencia de outros sentidos. Portanto, os sistemas são obrigados a agir seletivamente – selecionando o sentido que formará suas estruturas – ou deixam de existir.[127] A complexidade no ambiente é muito superior à complexidade no sistema. Portanto, ao agir seletivamente, o sistema reduz complexidade do ambiente. O sistema jurídico estrutura expectativas relacionadas à aplicação

---

aceitação do sentido representado pelo dinheiro ou pela força física. Esses meios são conquistas evolutivas da linguagem cujas possibilidades são organizadas pelas estruturas dos sistemas sociais.

[125] LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales** – lineamientos para una teoría general. Tradução de Silvia Pappe y Brunhilde Erker Rubi. (Barcelona): Anthropos; Mexico: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 267.

[126] LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales** – lineamientos para una teoría general. Tradução de Silvia Pappe y Brunhilde Erker Rubi. (Barcelona): Anthropos; Mexico: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 277.

[127] LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales** – lineamientos para una teoría general. Tradução de Silvia Pappe y Brunhilde Erker Rubi. (Barcelona): Anthropos; Mexico: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 46-49.

da distinção conforme-o-direito/não-conforme o direito (lícito/ilícito) e, ao fazê-lo, reduz a complexidade de um horizonte de possibilidades muito mais complexo.

Na medida em que um sistema reduz a complexidade do ambiente – selecionando possibilidades e as incorporando às suas estruturas de expectativas – ele aumenta a sua complexidade interna. Operando desse modo – que é o único modo pelo qual pode operar – o sistema desenvolve internamente mais estruturas (expectativas) do que pode realizar; ele não é capaz de compreender sua própria complexidade, apenas pode processá-la.[128]

O sistema jurídico não pode, diante de um conflito, realizar todas as possíveis expectativas de aplicação da distinção lícito/ilícito. Diante da complexidade, é preciso fazer escolhas. O sistema age seletivamente também em relação às suas próprias estruturas e, assim, se torna contingente. O que é aplicado como direito hoje pode não sê-lo amanhã. Os programas decisionais não oferecem previsibilidade, pois, na complexa interação dos vários programas, seu resultado a cada caso sempre pode ser diverso. O sistema produz, portanto, certeza e incerteza. Quanto mais certeza (redução de complexidade do ambiente), mais incerteza (aumento da complexidade interna).

Dada a proposta da teoria dos sistemas, segundo a qual o direito é um sistema da sociedade que estrutura sentidos possíveis para a comunicação, no caso comunicação especificamente jurídica, é possível afirmar que um aspecto primário da relação entre direito e certeza é o seguinte: o direito estrutura a complexidade do ambiente social (incerteza), oferecendo possibilidades de sentido para a comunicação. Haveria aqui possibilidade de orientação externa a partir do sistema (certeza). Mas, para estruturar e reduzir complexidade externa, o sistema precisa aumentar a sua complexidade interna a um ponto em que o sistema se torna contingente e já não pode operar de modo previsível. As possibilidades de orientação a partir do sistema se tornam relativas (certeza/incerteza): a existência do sistema é uma certeza, mas seu operar é incerto.

Falar em *certeza*, portanto, implica, em um primeiro nível de abstração, uma distinção que tem como referência específica os problemas de *complexidade* e de *contingência*

[128] LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales** – lineamientos para una teoría general. Tradução de Silvia Pappe y Brunhilde Erker Rubi. (Barcelona): Anthropos; Mexico: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 50.

a que corresponde a formação de expectativas. Para compreender melhor essa relação, convém detalhar um pouco mais a proposta da teoria luhmaniana sobre as expectativas normativas e cognitivas.

1.2.2 Expectativas normativas e expectativas cognitivas

Em um trabalho do início dos anos 1970, anterior ao desenvolvimento da teoria dos sistemas sociais a partir do paradigma da autopoiese, Luhmann traçou aquilo que ele chamou de bases teóricas para uma sociologia do direito.[129] Em larga medida, esses alicerces teóricos foram reformulados quando, após a sua virada autopoiética, Luhmann apresentou o direito como um sistema social autopoiético e, assim, reelaborou seus alicerces teóricos.[130] Não obstante, muito daquela abordagem, cujos conceitos centrais, salvo raras exceções, são totalmente compatíveis com seu trabalho posterior, [131] é de grande utilidade para a presente pesquisa. Em especial, o minucioso desenvolvimento das ideias e dos conceitos que relacionam o direito a dois tipos de expectativas, conforme a estratégia desenvolvida para lidar com sua frustração: expectativas normativas e cognitivas.

Luhmann aponta a possibilidade teórica de um campo de experiências sensoriais (relativas aos sentidos), a partir do qual tanto os sistemas psíquicos de cada indivíduo quanto os sistemas sociais se constituem, um campo pré-psicológico e pré-sociológico.[132] Trata-se de uma abordagem que, de certo modo, dá os contornos formais-abstratos para uma lógica dos sistemas que processam sentido, como os sistemas psíquicos dos indivíduos e os sistemas sociais da sociedade. É de particular interesse neste estudo porque oferece um instrumental teórico para descrever aspectos estruturais abstratos da

---

[129] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I; vII.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

[130] A adoção do paradigma autopoiético para a teoria geral dos sistemas sociais, como substituto para o conceito de *ação comunicativa*, é descrita na obra LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión**. Autopoiesis, acción y entendimento comunicativo. Mexico: Athropos, 2005, p.101-135. No caso do direito, essa virada pode ser observada, primeiramente, em importantes artigos: La differenziazione del diritto: contributi ala sociologia e ala teoria del diritto. Trad. Raffaelle de Giorgi. Bologna: Il Mulino, 1990; Closure and openness: on reality in the world of Law. San Domenico: European University Institute, Badia Fiesolana, 1987; Operational closure and structural coupling: the differentiation of the legal system. In: Cardozo Law Review, nº 5, v. 13, p 1.419-1.441, 1992. Os conceitos aí desenvolvidos estão em: LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002.

[131] É também a opinião de Orlando Villas-Bôas (VILLAS-BÔAS, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.138-139). Conforme aponta o autor, em nota de rodapé, o próprio Luhmann, em *O Direito da Sociedade* (*El Derecho de la Sociedad*), ressalva, por exemplo, o conceito de codificação, que não havia sido suficientemente considerado nas obras anteriores. Na verdade, em certo aspecto, há uma diferença sensível quanto ao nível de abstração de uma e outra abordagem, o que as torna mais complementares do que excludentes.

[132] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 198, p.43-44.

relação entre direito e certeza, viabilizando *observações de segundo-grau*, isto é, observar como essa relação é percebida na sociedade e no seu direito.[133] É nesse campo da experiência sensorial que se formam as *formas de sentido*, através das quais os sistemas sociais estruturam a complexidade infinita do mundo. Mas, além da complexidade/contingência da experiência do mundo, como aponta Luhmann, há a contingência decorrente do convívio humano: a contingência do outro. Reconhecer no outro uma espécie de Alter Ego, isto é, um outro Eu igualmente complexo e contingente (que pode agir de inúmeros modos inesperados) é inevitável. O Eu reconhece, nos esconderijos da sua individualidade, o universo de comportamentos que pode adotar em relação ao outro e, inevitavelmente, deve reconhecer no outro a mesma complexidade e contingência. Sartre notou: *o inferno é o outro*, de onde decorre que o Eu deve reconhecer que o Outro atribui a ele o mesmo tipo de expectativas. Daí a se falar em *dupla-contingência*: a contingência do comportamento do outro e a contingência resultante do fato de que, para o outro, o comportamento do Eu é igualmente contingente e ambos o sabem.[134]

Existe um aspecto enriquecedor na vivência do outro, pois, ao assumir as expectativas/perspectivas do outro para utilizar no lugar das minhas, os horizontes de possibilidades são ampliados (e o outro pode ser o paraíso). O preço, no entanto, é a *dupla contingência*. À contingência simples da complexidade do mundo os sistemas reagem estabilizando expectativas mais ou menos imunes à frustração (o dia segue a noite, as plantas crescem e dão frutos, as casa não caem etc.). A dupla contingência demanda estratégias mais complexas, expectativas mais elaboradas e variáveis (para absorver as frustrações). É preciso ter expectativas não só quanto ao comportamento do outro, como explica Luhmann, mas quanto às expectativas do outro, inclusive com relação ao Eu.[135]

E existem ainda terceiros, quartos e sucessivos graus de reflexividade das expectativas: expectativas em relação às expectativas do outro quanto às minhas expectativas,

---

[133] Sobre o conceito de observação de segundo grau: FOERSTER, Heinz von. **Sistemi che osservano**. Roma: Astrolabio, 1987.
[134] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.46-47.
[135] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.46-47.

expectativas de uma plateia de terceiros que avalia a relação, expectativas em relação à plateia da plateia e assim por diante.[136]

A sobreposição de expectativas em vários graus de reflexividade aumenta drasticamente as possibilidades da experiência, adequando-a a um mundo sempre mais complexo. No entanto, como aponta Luhmann, isso sobrecarrega a capacidade de se orientar congruentemente por expectativas concretas. Não é possível, no convívio social, ter em vista todas as expectativas que incidem em cada evento (como pode ocorrer, por exemplo, no âmbito familiar ou amoroso nos quais a intimidade possibilita conhecer e antecipar concretamente as expectativas dos outros), razão pela qual também essa complexidade é estruturada em processos de simplificação e generalização que, em determinados casos, levarão à normatização, que precisam estar imunizados contra o risco de frustração.[137]

Do ponto de vista dos sistemas sociais, esses processos permitem a modulação recíproca das expectativas, pois funcionam como estruturas comuns de sentido, que permitem estabilizar expectativas quanto às expectativas do outro e de terceiros, quartos (a plateia social neutra ou não). São reduções generalizadoras que, quando suficientemente especificadas, se apresentam como norma jurídica.[138] Não se trata de tornar o comportamento previsível, mas de tornar previsível a expectativa comum em relação ao comportamento, no sentido de que será legítimo esperar que todos a tenham em conta (mesmo quando violam a expectativa). Luhmann chama esses mecanismos de "sínteses regulativas do sentido", que podem ou não ser especificados como normas jurídicas, mas, independentemente dessa especificação, seguem voltados às expectativas de expectativas e não à satisfação da expectativa (ou do comportamento alheio propriamente dito). [139] Eles dispensam a orientação a partir das expectativas concretas, absorvendo, na regra, o risco de frustração da expectativa. Pode-se

[136] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.46-47.
[137] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 50-51.
[138] Luhmann ilustra o caso com a regra que define o horário de visitas: "anônima e impessoal, ou seja, tem uma validade independente de quem espera ou não espera [...] é objetivamente tão abstrata que pode compatibilizar as expectativas recíprocas de visitantes e visitados com uma mais ou menos grande amplitude de modos comportamentais". (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito.** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.52).
[139] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.46-47, p.53.

manter a expectativa e atribuir a frustração ao comportamento alheio (que se desviou da norma).[140]

Não obstante, justamente porque oferecem um recorte delimitado das possibilidades do mundo (espera-se a expectativa e não outra coisa), as expectativas podem falhar. Uma expectativa só se forma porque ela pode falhar, porque há risco de frustração. Ela deve poder dosar a carga de complexidade que pretende estruturar e o nível de frustração que pode suportar. A essa circunstância correspondem diferentes estratégias pré-sociais/pré-psicológicas de lidar com a frustração das expectativas. Quando uma expectativa é frustrada há a "alternativa de modificação da expectativa desapontada, adaptando-a à realidade decepcionante ou então sustentar a expectativa e seguir a vida protestando contra a realidade decepcionante": a primeira expectativa é cognitiva e a segunda normativa. [141]

São estratégias relacionadas à absorção da frustração e, nesse sentido, equivalentes funcionais. No nível cognitivo, a expectativa frustrada é adaptada à realidade. É preciso então retroceder ao nível das expectativas concretas, que deverão então ser alteradas para se adaptarem à realidade. No nível normativo, ocorre o contrário. Mantém-se a expectativa mesmo contra a realidade, pois "não se tem a sensação de que a expectativa estava errada. A expectativa é mantida, e a discrepância atribuída ao ator". [142] Conta-se com a possibilidade de frustração (sem o que a expectativa não seria necessária), mas isso é irrelevante. Essa irrelevância é construída com processos simbólicos de neutralização (generalização/estabilização), razão pela qual, para Luhmann, normas são "expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos".[143]

No início as expectativas são indiferenciadas. Distinguir e combinar expectativas normativas e cognitivas é uma conquista evolutiva que possibilita criar estruturas de expectativas para aquilo que não é provável ou não é evidente. [144] É justamente onde há

---

[140] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.46-47, p.53.
[141] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.46-47. p. 55-56
[142] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.46-47. p. 56-57.
[143] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.46-47, p. 56-57.
[144] Expectativas autoevidentes, mas não no nível fático (expectativa de que o sol vai nascer amanhã), mas comportamental. Expectativa de que alguém segura uma coisa entregue, de que não se durma ao conversar com outros, enfim, cuja satisfação é evidente e, por isso, a transgressão não é vista como um problema nem há esforço de correção. (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 60-61)

risco de frustração que se torna necessário uma estratégia de antecipar a frustração (cognitiva ou normativa). Mas, como observa Luhmann, os riscos de uma tal estratégia são altos: saber antecipadamente se se vai manter ou renunciar a uma expectativa sem conhecer a situação futura. Por isso, a separação entre expectativas normativas e cognitivas é deslocada para o interior dos sistemas.[145]

Do ponto de vista do sistema total da sociedade, o sistema científico se especializa em expectativas cognitivas, pois permite, em caso de frustração, a validação da revisão de hipóteses científicas sobre a realidade. O sistema jurídico se especializa em expectativas normativas na medida em que estabiliza e generaliza projeções contrafáticas. Mas a especialização não significa nada além de uma possibilidade de sentido que o sistema parcial (ciência ou direito) atribui ao seu ambiente (o sistema total da sociedade) para dar sentido às suas próprias operações (heterorreferência). Ou seja, tudo depende do observador.

Também no sistema científico se observará esquemas de regra/exceção que permitem lidar normativamente com a frustração de expectativas cognitivas (a frustração é construída como uma exceção e a expectativa se mantém).[146] No direito, como visto, não faltam construções sobre a relação entre validade normativa e um aspecto funcional, como o *mínimo de eficácia*, que sugerem um tratamento cognitivo da frustração de expectativas normativas: "a lei não pegou". Nas sociedades com direito positivo, a assimilação dessa variabilidade precisa ser normativamente legitimada. A necessidade de se aceitar mudanças no conteúdo do direito, mesmo quando amplas, é estabilizada normativamente.[147] É a expectabilidade das expectativas alheias que está na base da especialização de um sistema na proteção normativa de expectativas contra a frustração. Caso contrário, a expectativa cognitiva

---

[145] Nesse momento da teoria, Luhmann fala em "estrutura de expectativas, onde ele [risco] emerge à consciência e é controlado". (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.62).

[146] O exemplo mais conhecido pode ser a lenta incorporação do sistema astronômico proposto por Copérnico. Como observa Thomas Kuhn, durante muito tempo, astrônomos adotavam determinados aspectos do *De Revolutionibus*, pela sua qualidade, mas deixavam de lado a proposta central, segundo a qual a Terra não poderia estar imóvel. De outro lado, até a segunda metade do séc. XX, em algumas áreas, como a navegação marítima e a mensuração agrícola, continuaram a adotar, pela sua praticidade, os esquemas astronômicos de base em Ptolomeu (que supõe uma Terra imóvel). (KHUN, Thomas. **A revolução copernicana**. Tradução de Marilia Costas Fontes. Lisboa: Edições 70, 1957 (impresso em 2002), p. 90-93; 150-153).

[147] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.46-47, p.63. Luhmann explicita em outra obra a referência ao caso do nazismo, em que o conteúdo do direito vigente foi substancialmente substituído sem que fosse necessário encerrar o direito. Não se tratava de fechar os tribunais e eliminar o funcionamento do direito (posto que muitos juízes tenham sido desligados e existisse forte pressão sobre os tribunais), mas sim de alterar a orientação geral do direito – mudança que só pode ser assimilada cognitivamente – para que pudesse seguir operando de acordo com sua própria racionalidade, portanto, normativamente. (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002, p.137-139).

de expectativas normativas encaminha os conflitos para a assimilação individual e não a regulação normativa.[148]

Aqui se apresenta mais um aspecto da relação entre direito e certeza: no nível das expectativas sobre expectativas, que pode ser pensado também como o nível das observações de segundo-grau feitas sobre o direito. Nele, o direito se diferencia como sistema porque se especializa no tratamento das expectativas de expectativas, isto é, na sua proteção contra a frustração. Vale dizer, do ponto de vista da sociedade (heterorreferência), o direito se apresenta como portador de uma promessa de certeza para determinados tipos de expectativas.[149]

1.2.3 Função do direito: certeza e incerteza

Para Luhmann, todo sistema social está voltado a funções amplas na organização do sentido para a comunicação: reduzir complexidade estabelecendo formas de sentido que, condensadas como expectativas, estruturam significados que potencializam a comunicação. Como resultado da atuação dos sistemas sociais, aumenta a certeza e aumentam as possibilidades de orientação social. Existem significados onde antes só existia ruído. Existem expectativas onde, antes, só existia contingência. Existe, portanto, uma relação entre função sistêmica e certeza. Mas, conforme os sistemas aumentam sua complexidade interna, eles passam a ser fonte de novas incertezas.

As possibilidades de orientação são tantas e tão complexas que, inevitavelmente, implicam desorientação. É preciso refinar estratégias de combinação de expectativas normativas e cognitivas para, do caos da complexidade, extrair ordem e orientação. A estratégia evolutiva para tanto é a formação de sistemas parciais na sociedade que se especializam em determinado aspecto da comunicação para fornecer aos demais

---

[148] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.46-47, p. 65.

[149] Segundo Niklas Luhmann, "a contribuição da expectativa normativa para o desenvolvimento de sistemas complexos está relacionada a sua tendência a dilatar as possibilidades de expectativas, juntamente com sua interação contrafática. Essa contribuição fundamenta-se nas necessidades do convívio social, em sua necessidade elevada de expectativas normativas, que leva a uma superprodução. Esse mecanismo pode ser caracterizado por fundamental, pois é ele que possibilita a formação do direito – não no sentido da norma superior justificando a inferior, ou do estável sustentando o instável, mas sim ao contrário: é aquele mecanismo que gera as possibilidades do esperar-se normativamente com relação ao qual o direito pode ser uma estrutura seletiva". (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.76).

sistemas e ao próprio sistema total, tratamento específico das expectativas. A função do direito e a certeza que ele pode oferecer estão relacionadas, portanto, a um tratamento específico das expectativas normativas, isto é, um tratamento *jurídico*.

Nem toda normatividade se especifica como norma *jurídica*. A normatização de expectativas ocorre em diversos âmbitos da experiência social (por exemplo, na religião e na moral). O direito diferencia-se na medida em que, por meio da generalização simbólica, demarca distinções convegentes nas dimensões do sentido. Em outras palavras, o direito se especializa na especificação jurídica de expectativas normativas através de processos sociais de generalização e institucionalização. Programas decisionais (leis, contratos, jurisprudência etc.) institucionalizam as próprias expectativas comportamentais, ou seja, delimitam aquilo que permite identificar quais expectativas podem ser expectadas. Trata-se, como diz Luhmann, de um "cerne invariante de sentido" que permite generalizar, para situações diversas e abstratas, o sentido daquilo que é expectado.[150]

Esse cerne invariante de sentido, que viabiliza a generalização das expectativas, só pode existir em graus elevados de abstração, nos quais é possível fazer um controle de consistência do significado das expectativas. O material jurídico (leis, doutrina, jurisprudência, os contratos etc.) institucionaliza os programas de decisão de modo a especificar expectativas juridicamente.[151] Por sua vez, processos decisórios incorporam técnicas que difundem uma ilusão de consenso quanto ao resultado.[152] Esses processos de institucionalização acabam por estabilizar expectativas normativas por meio da sua generalização congruente nas três dimensões do sentido: temporal, social e objetiva.

Na *dimensão temporal*, a normatização estabiliza expectativas contra frustrações, propiciando uma imunização contrafática. Vale dizer, na dimensão temporal a expectativa se estabiliza ao se diferenciar como uma expectativa normativa, que não está disposta à assimilação, mas disposta a durar. A sanção desempenha um papel fundamental

---

[150] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.96.

[151] E, como aponta Luhmann,"a tão decantada consistência do direito, buscada com todos os meios da lógica, no sentido da ausência de contradições, não é uma garantia necessária, nem alcançável e sequer suficiente, para a consistência das expectativas, mas apenas um filtro valioso que separa a massa das contradições imagináveis e torna o resto passível de decisões". (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.97).

[152] Trata-se de um mecanismo complexo cujo resultado é transferir àquele que rejeita o sentido o ônus social de fazê-lo. A decisão jurídica de um conflito por um juiz neutro através de um procedimento decisório institucionalizado, que aplica um programa de decisão também institucionalizado, imuniza a decisão em vários sentidos. De modo completo: (LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995).

aqui. Na *dimensão social*, as expectativas podem ser institucionalizadas, ou seja, apoiadas na expectativa do consenso de terceiros que os papéis e procedimentos decisórios institucionalizados oferecem. Na *dimensão objetiva*, o conteúdo das expectativas é generalizado pela referência a programas decisórios institucionalizados (o ordenamento) que garantem consistência objetiva para as expectativas.[153] A especialidade do direito consiste na generalização congruente, nas três dimensões do sentido, de expectativas comportamentais normativas.[154] Em outras palavras, a expectativa normativa ganha especificidade jurídica porque (a) a previsão da sanção e sua aplicação (eficácia da norma) estabiliza temporalmente a expectativa normativa; (b) por meio dos processos decisórios, sua aplicação conta com (a ilusão de) consenso, estabilizando-se socialmente e; (c) por meio de programas decisórios formalmente instituídos (estrutura), estabiliza-se na dimensão objetiva.

É a congruência da estabilização nas três dimensões do sentido que realiza a função do direito. A estabilização se refere à expectativa, não aos comportamentos efetivos. O direito, por meio dessa estabilização congruente, doa imunidade contrafática a expectativas normativas, mas não pode garantir que a norma não será violada. Nesse contexto, Luhmann afirma que "o direito não é primariamente um ordenamento coativo, mas sim um alívio para as expectativas, que consiste na disponibilidade de caminhos congruentemente generalizados para as expectativas",[155] imunizando-as, estabilizadas em sentido especificamente jurídico, contra a frustração.

Enquanto sistema social, o direito traça distinções (lícito/ilícito) que permitem selecionar um sentido em um horizonte de incertezas, e reduzir a complexidade do ambiente. Conforme essas distinções possam se aplicar sobre possibilidades de comportamento, estruturam expectativas e produzem certeza onde antes não havia certeza. Mas, até onde há transparência, o direito não motiva nem interfere com comportamentos concretos, em relação aos quais não pode oferecer nenhuma certeza.

Mas isso significa que o direito oferece efetiva certeza com relação à especificidade jurídica das expectativas? Certeza para uma orientação social pautada por

---

[153] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.109-110.
[154] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 121.
[155] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 115

expectativas juridicamente normativas? A resposta aqui também não pode ser positiva porque, como todos os sistemas sociais, ao reduzir complexidade, o direito aumenta sua complexidade interna e não pode realizar todas as suas possibilidades a um só tempo. A seleção de determinada expectativa quanto à aplicação da distinção lícito/ilícito põe em evidência a rejeição de outra expectativa também possibilitada pelas estruturas do sistema. *O direito é contingente e essa contingência é percebida pelo ambiente como incerteza*. Assim, o direito produz certeza e incerteza. O direito reduz complexidade do ambiente aumentando sua complexidade interna (pois "só a complexidade pode reduzir complexidade").[156] Mas a complexidade interna implica pressão para agir seletivamente entre alternativas conhecidas e, assim, implica contingência. Esse é o problema essencial da certeza do direito: para produzir certeza é preciso produzir incerteza.

Luhmann, como Parsons e Bredemeier, adota uma perspectiva funcionalista em relação ao direito. Para o autor, a especificidade do direito não está na estrutura da norma ou do ordenamento, mas no desempenho de uma função. Essa função guarda relação com o problema da orientação social do agir e, portanto, da certeza do direito. Mas, para Luhmann, essa orientação está relacionada aos problemas da complexidade e da dupla contingência e ao estabelecimento de referências comuns, que servem tanto ao consenso quanto ao dissenso. O tratamento normativo da expectativa não evita a sua frustração, isto é, a ocorrência de um comportamento contrário à expectativa. Apenas protege a própria expectativa que, estabilizada normativamente, pode ser mantida a despeito de ser violada. Não existe controle social por meio da sanção nem orientação com relação aos comportamentos concretos. A organização propiciada pelos sistemas se dirige às expectativas de expectativas (e não a expectativas concretas) e, por isso, a orientação que fornecem implica, com relação aos comportamentos, tanto certeza quanto incerteza. E mais, ao aumentarem sua complexidade interna, passam eles mesmos a serem fatores de incerteza. Por isso, sociedades desenvolvem expectativas que combinam estratégias cognitivas (dispostas a aprender com a frustração) e normativas.

Essa relação paradoxal entre direito e certeza é um aspecto central da própria relação entre direito e a sociedade que, nos termos abstratos aqui delineados, é uma relação de

[156] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 198, p.49.

redução de complexidade intrinsecamente ligada à capacidade de o direito produzir certeza e incerteza. Por isso, a evolução do direito é "um processo complexo de aquisição de contingência e de conquistas evolutivas que culminou, até este momento, na estabilização do direito positivo".[157]

Propostas, como a do movimento de reforma do processo, focadas na busca de previsibilidade das decisões judiciais, adotam também uma premissa funcionalista: o direito deve servir para a orientação social e, por isso, precisa ser previsível. Mas negam a história evolutiva do direito e seu perfil atual, como direito positivo. Os teóricos do movimento reformista parecem supor que decisões previsíveis podem gerar comportamentos previsíveis e um direito, em si, mais previsível. O que Luhmann demonstra é que a perspectiva funcionalista não pode ser combinada com a perspectiva instrumentalista. O direito, ao reduzir complexidade, fornece orientação, mas não orientação com relação ao comportamento.

E mais, para reduzir complexidade, não pode oferecer orientação ou previsibilidade nem com relação a si mesmo (ou deixa de reduzir complexidade, gerando ainda mais incerteza). O movimento reformista é um reflexo de certo descompasso entre a evolução do pensamento jurídico e a evolução do próprio direito. Aquilo que se propõe que o direito seja não condiz com as possibilidades sociais dadas pela evolução do sistema jurídico e da sociedade. O intuito desta primeira parte do trabalho é expor as origens desse descompasso traçando uma análise comparativa dos aspectos evolutivos do direito, da sociedade e do pensamento jurídico a seu respeito, particularmente no que se refere à certeza do direito. Esse será o arcabouço teórico com o qual, na segunda parte, analisarei as consequências desse descompasso nas propostas do movimento de reforma do processo civil brasileiro.

[157] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p. 67.

2 CERTEZA E SOCIEDADE

Diante dos problemas da complexidade e contingência inerentes à sociedade, o que significa falar em certeza? Seria a certeza um estado de espírito do sujeito, que se *sente certo* a respeito de alguma coisa que lhe é dada a conhecer? Ou a certeza diz respeito a uma qualidade objetiva das coisas que se apresentam ao conhecimento? Ou a certeza depende de ambos: complementariedade entre um estado mental do sujeito que conhece e do objeto que é conhecido?

A questão está, praticamente, em toda a filosofia. Sócrates formulou o problema da certeza como possibilidade do conhecimento (*tudo que sei, é que nada sei*). A filosofia platônica traçou distinções que aprofundaram o problema: existe o conhecimento sensível, das coisas materiais e há um conhecimento inteligível, de verdades essenciais e ideais (pertencentes ao mundo das ideias) que determinam a realidade, podem ser parcialmente acessadas pela razão e que propiciam certeza. Para a filosofia medieval, as qualidades espirituais do mundo ideal são acessíveis porque Deus participa de todos os domínios, de modo que a certeza transcendente está em todas as coisas. A certeza está nas coisas do mundo: a revelação e a iluminação permitem o acesso à graça divina nas coisas e à certeza fundamental que, por sua vez, permite distinguir entre salvação e perdição. Descartes traz a certeza para o sujeito que, pela dúvida, percebe que só pode conhecer a existência porque pensa. A única certeza é o próprio pensamento, a partir do qual se pode deduzir as demais certezas da existência. Hume e Locke devolvem a certeza para os objetos: está na regularidade das experiências práticas. Kant reformula: há uma certeza que só é possível na razão pura do sujeito e uma certeza possível na razão prática das experiências.

A Modernidade avançada demonstra que os resultados da regularidade da experiência dependem do sujeito que a observa e que, à disposição desse sujeito, existem diversas racionalidades, que a depender de quem observa o observador, conformam a observação. Existem, portanto, diversos sujeitos, diversas observações e diversas razões. E diversas certezas, que dependem, cada vez mais, de imunidade contra outras certezas (relativismos e subjetivismos), isto é, dependem de objetividade e neutralidade. A certeza,

assim, só é possível dentro de um determinado recorte de objeto e sujeito e, portanto, é relativa e incerta.

A evolução da semântica da certeza, isto é, do pensamento sobre os sentidos da certeza, é fundamental para a compreensão da certeza do direito e será analisada adiante. No entanto, não responde a uma pergunta anterior: como as estruturas mais amplas da sociedade condicionam a noção de certeza? A pergunta é importante para o trabalho para, posteriormente, analisarmos a adequação da semântica sobre os *anseios sociais por certeza* em que o movimento de reforma do processo se ampara.

A partir das noções de sentido, expectativa e complexidade, vistas no item anterior, é possível pensar a certeza como possibilidade de orientação na complexidade estruturada do mundo. Em termos sistêmicos, a certeza é um *medium* no qual podem ser marcadas *formas* que indicam o resultado da coordenação entre a referência que a sociedade (ou seus sistemas parciais) faz às suas próprias operações (autorreferência) e a referência que faz às operações do entorno (heterorreferência). A coordenação entre autorreferência e heterorreferência gera a sensação de *confirmação da realidade* (ou seja, das distinções pressupostas em uma observação).

Mas coordenar autorreferência e heterorreferência pode ser muito difícil e só é perceptível, nesses termos, quando sofisticados instrumentos para um nível bastante abstrato de observações já estão disponíveis. Resultado semelhante pode ser produzido quando há suficiente redundância semântica, isto é, repetição convergente de significados que reforçam uma expectativa, primeiro, quanto ao sentido e, depois, quanto à própria expectativa, confirmando determinados sentidos como válidos em todos os aspectos da comunicação social (isto é, enquanto autorreferência e heterorreferência).

Segundo Gonçalves, é possível falar em um *centro de certeza* quando o alinhamento entre, de um lado, as estruturas sociais e, de outro lado, as semânticas de autodescrição da sociedade e de seus sistemas parciais, produz suficiente redundância semântica e se presta como referência para certeza em vários âmbitos da comunicação.[158] As condições estruturais para o surgimento e a atuação desses centros de certeza ocorrem nas

[158] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p. 25-30.

formas sociais predominantes até a Modernidade (e, por isso, pré-modernas) e dependem das relações entre sociedade e seus sistemas parciais, ou seja, da forma em que sociedade diferencia os sistemas e estrutura a complexidade.

Isso significa que, em uma sociedade em que poder político e religioso não se diferenciem, nenhum direito poderá produzir certeza se não estiver conectado a esse mesmo fundo religioso. Em uma sociedade hierarquizada, nenhum direito poderá produzir certeza se seus programas não estiverem alinhados com essa hierarquia, contemplando jurisdições e legislações pessoais. Para Gonçalves, quando um *centro de certeza* se desenvolve, toda a complexidade e contingência é reenviada a um sentido já existente, fixado semanticamente. A comunicação/ação que poderia trazer um sentido novo, inesperado, é imediatamente interpretada no esquema de uma distinção conhecida e segura, como salvação/perdição, perfeito/corrupto, gerando assim uma moral generalizante, capaz de abarcar todos os temas da comunicação. O caso específico analisado por Gonçalves é o da certeza de natureza religiosa, predominante durante a Idade Média, subordinando todas as possibilidades de comunicação social à certeza total da dicotomia salvação/perdição. A superioridade da vontade de Deus impõe que todas as possibilidades conduzam a um ou outro lado. Toda comunicação, ou operação social, em qualquer âmbito, pode ser reconduzida à estrutura de redundância semântica da ontologia religiosa. Daí Gonçalves falar em um *centro de certeza*: uma formação de redundância a condicionar toda a semântica social no tratamento da complexidade e da contingência, ou seja, no uso da distinção certeza/incerteza para observar o mundo.[159]

A influência dos *centros de certeza* é determinante para a evolução das formas de certeza (e incerteza) da sociedade em sua integralidade, e, portanto, também do sistema jurídico. No entanto, os centros de certeza dependem, por sua vez, de condições de plausibilidade e evidência decorrentes da forma de organização primária das demais estruturas da sociedade, isto é, da forma geral pela qual os sistemas se relacionam entre si. Essa organização, por sua vez, é fruto da evolução. A evolução é acionada pela incerteza decorrente dos impulsos desviantes do padrão e responde com alterações que geram mais incerteza

[159] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p. 25-30.

(incorporando o desvio) e, depois, certeza, ao estabilizar as mudanças como um novo padrão de normalidade. A evolução se articula, portanto, com os referenciais de certeza da sociedade.

Como explica Gonçalves, para estabelecer um conceito de certeza do direito adequado ao direito da sociedade moderna, é necessário observar a sua evolução, a fim de compreender como o sistema jurídico incorpora a variabilidade da certeza da sociedade nas suas estruturas.[160] Analisarei neste capítulo alguns aspectos importantes da teoria da evolução social na teoria dos sistemas luhmaniana e suas relações com a teoria de Gonçalves sobre a formação dos *centros de certeza* na sociedade.

2.1 Formas de diferenciação social e os centros de certeza

Existe bastante controvérsia nas ciências sociais sobre a possibilidade de se estabelecer ou identificar regras gerais para a evolução social.[161] Essa controvérsia relaciona-se com o receio de que estabelecer leis universais para a evolução social implique uma discriminação etnocêntrica para classificar sociedades mais e menos evoluídas.[162] Superando esse tipo de receio, a abordagem do estrutural-funcionalismo propõe bases para uma teoria da

[160] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p. 67.

[161] Pressupostos socioevolucionistas podem ser encontrados antes mesmo do nascimento formal das ciências sociais. Estão, por exemplo, na filosofia da história de Hegel, na passagem narrada por Hobbes da guerra de todos contra todos a um estado civilizado e também na noção de bom selvagem de Rousseau. Assim, por exemplo, no prefácio da *Fenomenologia do Espírito* encontra-se a seguinte passagem: "conhecimentos, que em antigas épocas ocupavam o espírito maduro dos homens, serem rebaixados a exercícios — ou mesmo a jogos de meninos; assim pode reconhecer-se no progresso pedagógico, copiada como em silhuetas, a história do espírito do mundo. Esse ser aí passado é propriedade já adquirida do espírito universal [...]". (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do espírito**. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000058.pdf. Digitalização: Acrópolis (Filosofia) *Homepage* do grupo: http://br.egroups.com/group/acropolis). Marx, Durkheim e Weber também adotam, em algum grau, descrições da sociedade que partem de pressupostos evolucionistas.

[162] É seguramente na antropologia do séc. XIX, desenvolvida a partir da percepção europeia das formações sociais em lugares distantes, especialmente no Pacífico, que nascem teorias gerais da evolução social. Essas teorias foram profundamente influenciadas pela obra de Darwin e de Comte e se baseam ou implicam uma perspectiva etnocêntrica, que adota a sociedade europeia como régua da evolução. Herbert Spencer, por exemplo, propõe que grupos humanos estão sujeitos a um percurso evolutivo natural e, deixados por conta própria por um suficiente período de tempo, percorreriam os mesmos estágios que a Europa ocidental até chegar ao ápice cultural. (SPENCER, Herbert. The social organism (1860). In: **The man versus the state, with six essays on government, society and freedom**. Eric Mack (ed.). Introduction by Albert Jay Nock. Indianapolis: Liberty Classics, 1981. Disponível em: http://oll.libertyfund.org/. Acesso em: 22 jan. 2014.) Abordagens desse tipo foram bastante contestadas ao longo do séc. XX por autores que, como Levi Strauss, acusam essas teorias de ignorarem a essência e a legitimidade da diversidade cultural. Para Levi Strauss, existem estruturas sociais comuns a todas as etnias e povos, a partir das quais é possível observar diferenças, sem que haja estágios evolutivos necessários. (LEVI-STRAUSS, Claude. Raça e história. In: **Antropologia estrutural 2**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976, p.336). Além da escola estruturalista de Levi-Strauss, a escola historicista de Franz Boas propõe que não há qualquer relação de dependência entre fenômenos culturais e condições geográficas ou biológicas. Fenômenos culturais semelhantes teriam surgido em culturas diversas e percorrido seu próprio caminho, sem que se possa observar aí uma lei evolutiva universal. (BOAS, Franz. **The mind of primitive man**. New York: Macmillan Company, 1938. Disponível em: http://www.archive.org/details/mindofprimitive00boas. Acesso em: 14 mar.2014).

evolução social que afastam a possibilidade de um evolucionismo unilinear, que classifique sociedades mais ou menos desenvolvidas, sugerindo a noção de *equivalência funcional* para comparar hierarquicamente diferentes tradições e fenômenos culturais. Em qualquer sociedade, o agir socialmente é sempre orientado a cumprir funções constantes, como a satisfação de necessidades, cultura e interação. Diferentes sociedades desenvolvem soluções diversas para realizar as mesmas funções e evoluem ao aumentarem a própria complexidade para realizá-las.

A teoria dos sistemas luhmaniana busca, a partir das noções do estrutural-funcionalismo, resgatar a legitimidade de uma teoria geral da evolução social sem pressupor etapas necessárias e convergentes para a evolução da sociedade.[163] Para a teoria dos sistemas luhmaniana, o problema da evolução é explicar como surgem e passam a ser normais estruturas que, antes, seriam impensáveis. Essas inovações não seriam resposta a antigos problemas pendentes, aos quais faltaria uma solução eficiente, mas improbabilidades. Por exemplo, a escrita, até ser inventada, não era necessária. Em uma sociedade ágrafa ela é impensável mas, depois que surge, como opção desviante à regra da oralidade, condiciona novos saltos evolutivos ainda mais improváveis. Vale dizer, a evolução não trata necessariamente do aumento, mas da "morfogênese da complexidade".[164]

---

[163] Luhmann parte, em especial, da abordagem de Talcot Parsons, que usa os elementos do estrutural-funcionalismo para propor que a evolução da sociedade pode ser descrita como processos de *diferenciação social* de sistemas, isto é, esquemas gerais que subordinam o sentido da *ação social* (ação com sentido social) a uma função. Em formações sociais simples, poucos sistemas de ação satisfazem funções de *adaptação, alcance de objetivos, integração* e *manutenção de padrões latentes*. Formações mais complexas especializam sistemas e subsistemas para atender essas funções, como a economia (adaptação), a política (alcance de objetivos), a religião (integração) e a família (manutenção de padrões). O processo evolutivo seria composto por (a) uma fase de diferenciação social, em que novas estruturas se diferenciam de estruturas antigas em relação à determinada função (especificação funcional); (b) uma fase adaptação dessa nova estrutura à sociedade, para que o equilíbrio seja alcançado; e (c) uma generalização social dos novos valores que a complexidade social, decorrente da nova estrutura, exige, legitimando assim a contribuição da estrutura para o funcionamento do sistema. A partir desse esquema é possível falar em três etapas da história da evolução social: *primitivo, intermediário* e *moderno.* A passagem de sociedades primitivas para intermediárias estaria focada no desenvolvimento da linguagem e escrita e a passagem das sociedades intermediárias para modernas na institucionalização de uma ordem normativa. (PARSONS, Talcott . **Sociedades**: perspectivas evolutivas e comparativas.São Paulo: Pioneira, 1969, p.41-43).

[164] LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Rafaelle. **Teoria della società**. 11.ed. Milano: FrancoAngeli, 2003, p.169-170. A uma teoria da evolução não cabe, portanto, interpretar o futuro, predizer o fim da história, tampouco é capaz de indicar como controlar ou corrigir a evolução. (p.174-175). Uma figura adequada aqui, extraída da biologia de Maturana e Varella, é de que a evolução é como um barco à deriva: o estado anterior condiciona o estado posterior, mas não é possível estabelecer previamente qual a direção do barco nem dizer que determinados estados são necessários. Assim afirmam: "todo ser vivo começa com uma estrutura inicial, que condiciona o curso de suas interações e delimita as modificações estruturais que estas desencadeam nele. Ao mesmo tempo, o ser vivo nasce num determinado lugar, num meio que constitui o entorno no qual ele se realiza e em que ele interage, meio esse que também vemos como dotado de um dinâmica estrutural própria, operacionalmente distinta daquela do ser vivo. Isso é crucial. Como observadores, distinguimos a unidade que é o ser vivo de seu pano de fundo, e o caracterizamos com uma determinada organização. Com isso, optamos por distinguir duas estruturas, consideradas operacionalmente independentes entre si – o ser vivo e o meio – e entre as quais ocorre uma congruência estrutural necessária (caso contrário, a unidade desaparece). Nessa congruência estrutural, uma perturbação do meio não

A imprevisibilidade evolutiva decorre do fato de que o sistema só pode se adaptar de acordo com a configuração das estruturas existentes no sistema. Eventos no ambiente, percebidos como pressão evolutiva, são necessários, mas não podem produzir *determinados* resultados, não sendo possível inferir correlações necessárias de causa-efeito ou de um passo evolutivo como resposta pontual a uma necessidade.[165] A despeito da imprevisibilidade do processo evolutivo, há um esquema geral, com padrões universalizáveis para os sistemas sociais, por meio do qual as operações inicialmente tidas como exceção, passam a integrar o modo normal de operar do sistema, isto é, passam a integrar suas estruturas.[166] Esses padrões podem ser organizados e identificados a partir das distinções: *variação* (introdução do diferente), *seleção* (do diferente que passará a ser a regra) e *reestabilização* (do diferente como normal).

A *variação* diz respeito aos elementos do sistema, isto é, à comunicação cujo sentido é surpreendente, mas não implica diretamente a transformação do sistema, mas sim uma *possibilidade* para a evolução.[167] A *seleção* diz respeito à escolha, diante de uma experiência percebida como variação, entre o sentido variante ou o sentido já conhecido. A *reestabilização* diz respeito à adaptação da orientação geral do sentido no sistema diante da nova estrutura incorporada, isto é, da possibilidade de manutenção da identidade do sistema diante de mudanças estruturais.[168]

---

contém em si uma especificação de seus efeitos sobre o ser vivo. Este, por meio de sua estrutura, é que determina as mudanças que ocorrerão em resposta. Essa interação não é instrutiva, porque não determina seus efeitos. Por isso, usamos a expressão desencadear um efeito, e com ela queremos dizer que as mudanças que resultam da interação entre o ser vivo e o meio são desencadeadas pelo agente perturbador e determinadas pela estrutura do sistema perturbado. O mesmo vale para o ambiente: o ser vivo é uma fonte de perturbações, e não de instruções". (MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J., **A árvore do conhecimento** – as bases biológicas da compreensão humana. Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin. 5.ed. São Paulo: Palas Athena, 2001, p.107-108).

[165] LUHMANN, Niklas. **Differenziazione del diritto, contributi ala sociologia e ala teoria del diritto**. Tradução de Raffaelle de Giorgi. Bologna: Il Mulino, 1990, p.37. Note-se, ainda, que o sistema pode, inclusive, responder com indiferença, reforçando redundância do sentido já conhecido. Por exemplo, ao passo em que três séculos de invasões bárbaras trouxeram profundas mudanças para o direito civil romano, conhecidas como processo de vulgarização do direito romano, a ocupação da península Ibérica pelos Mouros, que durou oito séculos, implicou poucas transformações jurídicas para o direito comum. Nesse sentido: CAETANO, Marcello. **História do direito português**. v.I (1140-1495), Lisboa: Verbo, 1981, p.111-115.

[166] LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Rafaelle. **Teoria della società**. 11.ed. Milano: FrancoAngeli, 2003, p.176.

[167] LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Rafaelle. **Teoria della società**. 11.ed. Milano: FrancoAngeli, 2003, p.176.

[168] Do ponto de vista do sistema parcial, a dificuldade está em manter a identidade mesmo diante de mudanças estruturais. Para que um sistema possa evoluir sem se deixar determinar pelo ambiente, a sua complexidade deve poder satisfazer internamente as três funções de *variação*, *seleção* e *reestabilização*. O sistema precisa romper a causalidade com o ambiente porque, se não o fizer, perde a sua identidade e se confunde com o ambiente ou é destruído pela pressão evolutiva. Para tanto, deve desenvolver estruturas dotadas da capacidade de aprender, isto é, de se transformarem diante da pressão evolutiva do ambiente e, ainda assim, se manterem como parte da identidade do sistema. Essa capacidade está ligada à possibilidade de que as funções de variação, seleção e reestabilização possam ser estruturalmente diferenciadas umas das outras no sistema. O sistema não pode selecionar toda variação experimentada no ambiente, sob pena de perder identidade. Também não pode

O caminho não é pré-determinado nem passa por estágios necessários, mas a evolução tem uma história e essa história é a história da sucessão das formas de organização de complexidade a partir do estabelecimento de diferenças nas relações entre os sistemas parciais da sociedade: diferenças entre clãs/famílias, diferença entre cidade-central e periferias, diferença entre castas de nascença, enfim, em cada estágio evolutivo, determinada forma de diferenças predomina na organização da complexidade social. O surgimento de diferenças até então não existentes marca a passagem de uma forma social a outra.[169]

A sociedade pode se diferenciar em sistemas parciais que veem outros sistemas como não-diferentes de si (clãs, tribos, famílias); sistemas que veem outros sistemas como superiores ou inferiores (castas sociais ou centro-periferia) ou sistemas que veem outros sistemas essencialmente como desiguais (sistemas funcionais). As formas de diferenciação da sociedade dizem respeito às formas pelas quais os sistemas parciais da sociedade organizam sua relação entre si.[170]

Desde uma simples conversa entre presentes, até rituais religiosos e a declaração de guerra considerará as possibilidades de sentido à luz do contexto da forma predominante da diferença. A forma primária da diferença condiciona o processamento de toda a informação e, portanto, condiciona também as autodescrições que a sociedade produz e, portanto, a formação e atuação dos *centros de certeza*. Embora a história da evolução não se confunda com a delimitação de épocas específicas,[171]é possível estabelecer correspondências entre épocas em que se pode verificar o predomínio de determinada forma de diferenciação social. Existiram até hoje as seguintes formas de diferenciação:[172]

---

incorporar toda seleção como representação da identidade do sistema, sob pena de perder a capacidade de diferenciar redundância e diferença, isto é, de se submeter a mais variação. Apenas na modernidade se poderá dizer que o sistema jurídico diferencia internamente e autonomamente mecanismos de *variação*, *seleção* e *reestabilização* e, por isso, antes disso é muito difícil identificar um direito completamente autônomo em relação à política e à religião. (LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Rafaelle. **Teoria della società**. 11.ed. Milano: FrancoAngeli, 2003, p.189-190).

[169] Por isso, Luhmann afirma que por meio do conceito de diferenciação funcional as ciências sociais puderam abandonar a teoria do progresso e passar a descrever a evolução social a partir de análises mais abstratas. (LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.471).

[170] Nesse sentido, explicam Luhmann e De Giorgi que "Uma forma é uma distinção que separa dois ambientes. O mesmo conceito de sistema indica a distinção entre sistema e ambiente. Falamos de forma da diferenciação quando queremos indicar como em um sistema total é ordenada a relação dos sistemas parciais entre si. Por isso devemos distinguir, antes de tudo, entre relações sistema/ambiente e relações sistema-a-sistema. O conceito de forma da diferenciação se refere a esse último caso". (LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Rafaelle. **Teoria della società**. 11.ed. Milano: FrancoAngeli, 2003)

[171] "Diante da riqueza histórica das sociedades pré-modernas e da diversidade das suas configurações empíricas, toda classificação se torna inadequada e, com maior razão, toda tentativa de determinar a formação de épocas". (LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Rafaelle. **Teoria della società**. 11.ed. Milano: FrancoAngeli, 2003).

[172] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.485; LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Rafaelle. **Teoria della società**. 11.ed. Milano: FrancoAngeli, 2003, p. 255-256.

> (a) *Diferenciação segmentária*. Caracterizada pela igualdade na relação entre os sistemas parciais da sociedade (famílias, clãs, tribos), que se distinguem por critérios de parentesco ou por critérios de comunidade na habitação ou ambos. Essa forma de diferenciação é predominante nas primeiras formações sociais de que se tem notícia;
> (b) *Diferenciação centro-periferia*. Caracterizada pela desigualdade geográfica que transpõe o princípio da segmentação. Há pluralidade de segmentos que se veem como diferentes conforme estejam localizados geograficamente em um centro (onde se concentram recursos materiais e simbólicos) ou em uma periferia. Observa-se o primado dessa forma de diferenciação nos grandes impérios da Antiguidade das altas culturas pré-modernas (China, Índia, Mesopotâmia etc.);
> (c) *Diferenciação estratificada*. Caracterizada pela desigualdade hierárquica dos sistemas parciais, que são estratos sociais: nobreza/clero/povo etc. Hierarquias estáveis, como o sistema indiano de castas ou a ordem de classes medievais produzem pelo menos três planos de ranques que veem uns aos outros como superiores ou inferiores;
> (d) *Diferenciação funcional*. Caracterizada pela desigualdade e pela igualdade: os sistemas se veem como *igualmente desiguais*. Cada sistema se descreve como orientado ao desempenho de uma função específica e exclusiva na sociedade e pressupõe os demais sistemas da mesma maneira (orientados a uma função específica e exclusiva).

O primado de uma forma de diferenciação não significa exclusividade, mas é possível falar no primado de uma forma de diferenciação social "quando se pode constatar que uma forma regula a possibilidade de ativação das demais".[173] A forma predominante dessa organização "serve logo de estrutura para o sistema-total e, deste modo, orienta a comunicação",[174] determinando os limites máximos da possibilidade de sentido e, por isso, condicionando também a formação dos centros de certeza.

A evolução – que dá origem a essas formas – é determinante na história evolutiva da própria certeza na sociedade e dos seus sistemas.[175] Nesse contexto, os *centros de certeza* atuam com eficácia contraevolutiva. Eles reduzem os efeitos de pressões evolutivas fazendo com que o novo seja incorporado como redundância, isto é, repetição da certeza já

[173] LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Rafaelle. **Teoria della società**. 11.ed. Milano: FrancoAngeli, 2003, p.255.
[174] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.484. Segundo o autor, "Fala-se em primado de uma forma de diferenciação (e mesmo isso não é uma necessidade sistêmica) quando se possa constatar que uma forma regula as possibilidades de realização de outras formas. Neste sentido, as sociedades nobiliares se diferenciam de modo estratificado, mas mantém uma diferenciação segmentária nas Casas ou famílias para facilitar à nobreza a endogamia e para distinguir as famílias nobres de outras famílias. Hoje em dia também – sob a diferenciação funcional – todavia se encontra a estratificação em forma de classes sociais e mesmo diferenças de centro/periferia; sem embargo, essas são agora manifestações secundárias da dinâmica própria dos sistemas funcionais". (LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.485). Também: LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Rafaelle. **Teoria della società**. 11.ed. Milano: FrancoAngeli, 2003, p. 257-258.
[175] A passagem da predominância de uma forma de diferenciação a outra não deve ser entendida como um simples acréscimo de complexidade de diferenciação, mas apenas como mutação das formas de diferenciação. Conforme Luhmann e De Giorgi, "para poder adquirir mais alta complexidade são eliminadas delimitações estruturais, com a consequência de que se manifestam intransparências, tornam-se necessárias interpretações e autodescrições do sistema, sem que com isso se possa reconquistar aquilo que antes tinha sido óbvio". (LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Rafaelle. **Teoria della società**. 11.ed. Milano: FrancoAngeli, 2003).

conhecida. Daí porque a evolução não é só imprevisível, mas também improvável. Apenas quando modificações estruturais profundas tornam implausível a operação dos centros de certeza é que os impulsos evolutivos não podem mais ser tratados como redundância. A história da evolução da sociedade é a história das formas que demarcam o modo pelo qual os seus sistemas parciais se relacionam. Logo, a história da evolução do direito, sistema parcial da sociedade, se move em conjunto com a história das formas de diferenciação social e permite estabelecer correlações. Sociedade e direito coevoluem.

2.1.1 Sociedades segmentadas e a certeza do direito arcaico

A forma de diferenciação segmentária se caracteriza pela relação de igualdade entre os sistemas parciais. A partir das estruturas de parentesco, diferenciam-se agrupamentos que contemplam descendência e comunidade habitacional.[176] Estruturas de parentesco podem ser pensadas como orientações para as relações interpessoais baseadas na distribuição da proibição do incesto que, ao mesmo tempo, institui o parentesco e o casamento. Vale dizer, são estruturas de relações que não se confundem nem se limitam às relações diretas de sangue. A pertinência a uma comunidade habitacional pressupõe, além da sujeição à distribuição da proibição de incesto, comunhão de costumes e idioma.[177] Pode-se associar essa forma de diferenciação a povos antigos, como os hebreus no período dos grandes patriarcas bíblicos. Famílias que vivem sob a égide dos patriarcas, os quais têm poder de vida e de morte sobre os membros da família e que não reconhecem outra autoridade. Essas famílias se organizam em

[176] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.485. Trata-se da primeira forma de diferenciação social de que se tem notícia histórica: o agrupamento de indivíduos a partir de estruturas de parentesco ou pertinência territorial a uma comunidade (ou ambos), critérios que transcendem os atributos naturais (sexo e idade). No entanto, deve-se ressalvar que, como observam Luhmann e De Giorgi, embora seja a primeira forma de diferenciação de que se tem notícia, não deve ter sido a forma inicial da vida associativa entre homens. Possivelmente existiram também formas de associação baseadas no sexo e na idade. A diferenciação por segmentos que incorporam essas diferenças deve ser vista como uma importante aquisição evolutiva. Como explicam os autores, "a família forma uma unidade artificial sobre diferenças naturais de idade e de sexo: isso ocorre pela incorporação dessas diferenças". Existe sociedade antes que existam famílias, mas é a família que se constitui como forma de diferenciação da sociedade (e não a sociedade que é composta por famílias que se juntam). (LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Rafaelle. **Teoria della società**. 11.ed. Milano: FrancoAngeli, 2003, p.260).

[177] Conforme a conhecida construção de Claude Levi-Strauss: LEVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. 5.ed. Petrópolis: Vozes, 2009. Contudo, embora sempre vá pressuposta alguma estrutura de parentesco, essas sociedades podem se orientar predominantemente tanto pelo princípio da parentela quanto por um princípio de território (no qual se desenvolve a convivência de famílias), sem exclusividade de um ou outro. Há sempre ambos com prevalência de algum. Correspondentemente, quando prevalece o princípio da parentela, há forte destaque para o culto dos antepassados e, quando prevalece o princípio do território, um destacado culto da terra. Ainda, grupos fundados nos laços de parentela têm maior mobilidade territorial (podendo migrar em busca de alimento ou por força de eventos climáticos), enquanto que grupos fundados no princípio territorial têm maior mobilidade na família (adoção). (LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Rafaelle. **Teoria della società**. 11.ed. Milano: FrancoAngeli, 2003, p.261).

clãs e os clãs em tribos. Comunidades indígenas também podem ser associadas a essa forma de diferenciação.[178]

Nessas sociedades, não se forma um centro ou vértice que outros segmentos observem e descrevam como superior ou como portador de um sentido válido para todos os âmbitos da interação social. Todos os problemas criados e resolvidos – o que inclui os conflitos surgidos e o respectivo encaminhamento – são limitados pela estrutura da segmentação, o que garante uma complexidade limitada. Essas sociedades dependem muito fortemente de uma certeza do mundo. São sociedades que, para sobreviver, dependem tanto das condições do ambiente físico, quanto das condições sociais internas (por dependerem da interação, a coesão do grupo é essencial). Assim, são características dessa sociedade, a forte dependência da interação concreta entre seus membros, para manutenção da coesão do grupo,[179] e a aversão ao acidental: todo fenômeno tem uma explicação, logo, nada ocorre por acidente.[180]

Em correspondência a essas características – dependência da interação concreta e necessidade de certeza quanto ao mundo – essas sociedades desenvolvem artefatos semânticos, isto é, símbolos, objetos, expressões, ritos que representam um conjunto de significados. Dois artefatos semânticos importantes para essas sociedades são a *magia* e as práticas de *reciprocidade*.[181] A *magia* diz respeito ao conjunto semântico referente às relações

---

[178] O clã remete a um grande agrupamento de famílias que se identificam com um ancestral ou totem comum. Afinidades de costumes, língua, tradição permitem identificar o agrupamento de clãs como uma tribo, o que foi o caso dos povos hebreus e da maior parte dos povos antigos que, posteriormente, se desenvolvem como reinos ou mesmo impérios. Também é o caso das tribos de ameríndios das quais algumas se tornam grandes civilizações e impérios. É certo ainda que, "milhares de homens vivem ainda atualmente, na segunda metade do séc. XX, de acordo com direitos a que chamamos de arcaicos ou primitivos. As civilizações mais arcaicas continuam a ser a dos aborígenes da Austrália ou da Nova Guiné, dos povos da Papuásia ou de Bornéu, de certos povos índios da Amazônia no Brasil". (GILISSEN, John. **Introdução histórica do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p.33). A forma da igualdade por meio da qual os segmentos vêem e descrevem uns aos outros pode ser pensada como uma igualdade baseada na indiferença. Um segmento não vê o outro como superior, inferior nem estabelece relações de complementaridade. Não estabelecem relação alguma entre si, não comungam de referências para a comunicação. Um vê o *outro* como estranho, como uma ameaça potencial, e vice-versa. Por isso, do ponto de vista de um terceiro observador são, para a sociedade, iguais. Como coloca Marshal Sahlins, caracteriza a segmentação a exclusão de outras formas. Não se fala em sociedade segmentada porque há segmentos, mas porque só há segmentos, de modo que "a sua coerência não é mantida de cima através de instituições políticas públicas (como por uma autoridade soberana)" (SAHLINS, Marshal. **Sociedades tribais**. 2. ed. Zahar: Rio de Janeiro, 1974, p. 29).

[179] Como essas sociedades não conhecem a escrita, a comunicação só se dá entre os presentes e depende, assim, de sistemas de interação. (LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.504). Sistemas de interação são uma espécie de sistema social. Formam-se episodicamente a partir da interação entre os presentes e definem as regras da interação, os participantes, o assunto, o tom da conversa, seus rumos etc. Nesse sentido: LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales** – lineamientos para una teoría general. Tradução de Silvia Pappe y Brunhilde Erker Rubi. (Barcelona): Anthropos; Mexico: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p. 368-372.

[180] LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Rafaelle. **Teoria della società**. 11.ed. Milano: FrancoAngeli, 2003, p. 266-267

[181] LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Rafaelle. **Teoria della società**. 11.ed. Milano: FrancoAngeli, 2003, p. 264.

externas do grupo, isto é, o modo pelo qual o grupo atribui sentido às experiências do que é exterior e desconhecido.[182] Sociedades mais complexas desenvolvem a religião para essa função. De outro lado, estão as práticas sociais de *reciprocidade*, que se referem às relações internas no grupo e, no curso da evolução, virão a diferenciar um sistema jurídico. A reciprocidade atua no conhecido das relações sociais, definido-as. Trata-se de "um dispositivo de regulação que abraça tanto o caso da cooperação quanto o caso de conflito: através desse instrumento regulativo uma distinção tão importante para a vida prática é dotada de normas para a troca e para a delimitação da vingança".[183]

Os mecanismos de reciprocidade, portanto, fazem as vezes de um sistema jurídico. A reciprocidade, contudo, não é formulada conceitualmente, como norma: *doar e ajudar são praticados como comportamentos socialmente óbvios* e dirigidos a todo o grupo.[184] Esse direito não existe como um sistema parcial da sociedade, pois a única espécie de sistema parcial da sociedade são os próprios segmentos (a família, o clã ou a tribo). Os conflitos e respectivos problemas de projeções de expectativas contrafáticas (normativas) não encontram estruturas, como vigência e validade, que deem um sentido abstrato próprio para a normatividade. A única distinção para o sentido é a pertinência ao segmento, razão pela qual a semântica dessas sociedades vincula-se às interações concretas. A normatividade da

---

[182] Como nessas sociedades não há lugar para o acidental, a função da magia é justamente, diante de uma ocorrência inesperada, encontrar um motivo no desconhecido, trazendo-o para o conhecido. Ela faz isso traçando, por meio dos rituais mágicos, paralelos entre o conhecido e o desconhecido e, nesse contexto, produz certeza e, pontualmente, satisfaz expectativas que se pretendem normativas. Por esse motivo, explicam Luhmann e De Giorgi, a magia não pode ser vista como uma forma de controle do desconhecido. Também seria equivocado pressupor que a magia é substituída gradualmente pela ciência (causalidade mágica substituída por causalidade racionalmente controlada). A ciência grega, por exemplo, nasce enquanto continua a subsistir a fé na magia (e ainda acresce à magia a possibilidade de observações de segunda ordem). (LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Rafaelle. **Teoria della società**. 11.ed. Milano: FrancoAngeli, 2003, p.267). Ainda, segundo Luhmann, por esse motivo, também frequentemente "a ação mágica se faz acompanhar de uma declamação correspondente como se essa fosse a forma pela qual se pode tratar o desconhecido: não significa que o feiticeiro pense que as palavras sejam a causa da eficácia dos meios". (LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.512).

[183] LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Rafaelle. **Teoria della società**. 11.ed. Milano: FrancoAngeli, 2003, p.268. Em sentido semelhante, sobre a impossibilidade de se distinguir entre regras jurídicas e religiosas nas sociedades arcaicas,: GILISSEN, John. **Introdução histórica do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p.35; MAINE, Henry Summer. **Ancient Law**. 1861. Disponível em: http://en.wikisource.org/wiki/Ancient_Law#Chapter_5_Primitive_Society_and_Ancient_Law. Acesso em: 13 mar.2014.

[184] LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Rafaelle. **Teoria della società**. 11.ed. Milano: FrancoAngeli, 2003, p.270. Sobre a relevância do mecanismo de reciprocidade, como base das relações nessas sociedades a partir da ideia de "prestações totais", isto é, não específicas, ver: MAUSS, Marcel. Ensaio sobre a Dádiva. In: **Sociologia e antropologia**. São Paulo: EPU, 1974, p.42. Assim, segundo o autor, ajudar na obtenção de água não gera a expectativa de ser ajudado também na obtenção de água ou qualquer outra específica. Trata-se de extensões gerais da gentileza/ofensa que formam bases permanentes do relacionamento social, consistindo em *prestações totais* dirigidas a toda a coletividade. Aqui, o indivíduo não é marco para a formação de estruturas sociais. As expectativas relacionadas à vingança, destino da comunidade, catástrofes naturais, sucesso ou derrota na batalha, são expectativas atribuídas ao grupo todo. A frustração da expectativa de reciprocidade é atribuída ao grupo. (MAUSS, Marcel. Ensaio sobre a Dádiva. In: **Sociologia e antropologia**. São Paulo: EPU, 1974).

expectativa tende a se confundir com as possibilidades de sua satisfação pela força, com auxílio do grupo (ou por meio de um ritual): normativa é a expectativa que pode ser realizada imediatamente, pela força ou com auxílio mágico.[185]

Como explica Gonçalves, essa sociedade se organiza sobre duas certezas absolutas, que viabilizam todas as outras: a certeza da família e a certeza da organização familiar. A primeira exclui a existência de uma esfera pública. Não há qualquer espaço de vida pública como a *civitas*. Fora da família não há existência com sentido e isso é uma certeza, já que outras possibilidades de organização social não são concebíveis. "Essa drástica redução de possibilidades à estrutura familiar elimina a manifestação da incerteza, diante da inexistência de alternativas". [186] A outra certeza é a certeza da organização familiar: as estruturas de parentesco, que definem a família não podem ser alteradas e não se sujeitam a qualquer contestação.[187] Esses critérios de parentesco definem a atribuição do *patria potestas*, isto é, da posição de liderança.[188] Não há contingência, uma vez que a posição do *pater* deriva do parentesco e, assim como o parentesco, não pode ser alterada. Toda possibilidade de novo sentido é reenviada à redundância gerada por esse centro de certeza, que é o sentido do próprio grupo e sua organização, as posições na família ou tribo e suas capacidades físicas. As possibilidades de certeza do direito estão diretamente atreladas a essas referências.

Luhmann chama o direito típico dessas sociedades segmentadas de *direito arcaico*, caracterizado pela indistinção de um sistema jurídico e pela inexistência de processos decisórios de cunho especificamente jurídico.[189] Aqui, não se pode indicar normatividade

---

[185] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.184-190. Segundo o autor, "o direito ainda está em um contato imediato com os processos elementares da formação do direito, podendo então ser a qualquer momento esvaziado ou multiplicado por expectativas concretas sobre expectativas. O modo preferencial de estabilização, portanto, e a pobreza em alternativa, a pequena complexidade da sociedade – não a sanção". (p.185).

[186] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p.114.

[187] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada.

[188] Segundo Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi, essa posição exerce um papel multifuncional: o conhecimento e prática de ritos mágicos, a habilidade guerreira, que orienta a aplicação da reciprocida de vingança no conflito com outros grupos e da reciprocida de solidariedade no encaminhamento dos conflitos internos no grupo. (LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Rafaelle. **Teoria della società**. 11.ed. Milano: FrancoAngeli, 200, p.273). Deve-se notar, no entanto, que isso não significa atribuição de competência decisional (o que pressupõe regras decisionais abstratas), muito menos para aplicar sanção. Quando isso ocorre, é porque outra forma de diferenciação já está se manifestando. Nesse sentido: LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.519.

[189] Segundo o autor, "Podemos satisfazer-nos com uma divisão grosseira, distinguindo apenas se já existe uma diferenciação de processos decisórios de cunho jurídico e se eles se referem apenas à aplicação do direito ou também à legislação. Essas diferenças marcantes caracterizam conquistas evolutivamente improváveis, cuja estabilização praticamente altera toda a

jurídica, mas apenas a possibilidade de satisfazer a própria expectativa.[190] Aqui, não há procedimento para decidir sobre a satisfação/proteção das próprias expectativas,[191] cabe ao *pater* determinar e orientar a aplicação dos mecanismos de reciprocidade que dão tratamento aos conflitos.[192] Esses mecanismos são a *solidariedade* (ajuda mútua) e a *represália* (vingança), cuja aplicação é controlada pelo *pater*.[193]

Diante de uma frustração, a expectativa depende do apoio do grupo, que é fundado na reciprocidade. Como aponta Gonçalves, trata-se de uma "certeza subsidiária à certeza da família", já que o vínculo de integração do grupo depende do *patria potestas* (respeito comum ao ancião).[194] Forma-se um enlace da normatividade da expectativa a ser satisfeita com a expectativa de apoio do grupo para o caso de conflito, cuja confirmação depende do esquema geral de reciprocidade. No entanto, essas expectativas não podem ser especificadas ou formuladas abstratamente.[195] A reciprocidade, assim como a autotutela

---

problemática do direito. Nesse sentido, distinguimos o direito arcaico, o direito das culturas antigas e o direito positivo da sociedade moderna. O decisivo nessa distinção e o grau relativo de desenvolvimento, e não a ocorrência cronológica objetiva de tal forma que mesmo sistemas sociais contemporâneos podem ser considerados arcaicos ou cultivados se apresentarem as características correspondentes". (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.183-184).

[190] Como coloca Marcelo Neves, no contexto das sociedades com direito arcaico, o direito "não se distingue entre um simples desapontamento de expectativas e uma ofensa de direitos". Por essa razão também "não há uma diferenciação entre moral, direito, costumes e convencionalismo social. Pode-se também afirmar que se confundem expectativas normativas e cognitivas. A ofensa concreta apresenta-se como evidência de um fato natural imediato". (NEVES, Marcelo. **Entre Themis e Leviatã** - uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.21). Não há, portanto, como se falar em critérios para a vigência do direito. Sequer é possível falar em vigência do direito como condição para a sua imposição. Vigência é um símbolo que indica neutralidade em relação ao papel/competência de quem impõe o direito e, por isso, é impensável nessas sociedades, em que sequer há papéis claramente diferenciados. (p.185).

[191] Como explica Guilherme Leite Gonçalves, "o pátria potestas não é exercido com base em decisões (escolhas que poderiam gerar dúvidas), mas sobre costumes. O ancião não cria, apenas pune e aplica normas transmitidas com a tradição, conhecidas por práticas antigas e, consequentemente, altamente previsíveis". (GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p.115).

[192] Mesmo quando já há algum tipo de diferenciação de papéis, nos quais se verificam graus distintos de influência nos conflitos, nenhum papel surge independentemente do parentesco. (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.184).

[193] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.192. Tanto a represália quanto a solidariedade podem ser pensadas como *prestações totais*, isto é, estão inseridas em um contexto mais amplo das relações sociais (e não pontual a cada doação ou ofensa). Por isso, expressam uma generalização congruente de expectativas comportamentais, formando a noção basal de direito.

[194] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p.115.

[195] Nas palavras de Luhmann, "as características das situações dominam as vivências e as recordações. Os casos resultam então tão diversos que não se pode abstrair regras de decisão generalizadas". (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.192). Não se trata, simplesmente, da falta de procedimentos dirigidos à solução caso a caso dos conflitos, mas sim do fato que esses procedimentos não são capazes de gerar regras de decisão, apenas geram a própria decisão imediata. Sem regras abstratas de decisão, a cada caso de ofensa é necessário obter novamente o apoio do grupo – por meio do esquema geral da reciprocidade. Não se pode contar previamente com o apoio do grupo e, por isso, não se pode também especificar previamente as expectativas que se sabe que contarão com

violenta, a vingança, o juramento e o amaldiçoamento, como observa Luhmann, estão mais voltadas "à salvaguarda das próprias expectativas, à sua manutenção frente a eventos adversos", do que à imposição de um direito.[196] Esses mecanismos surgem de "forma não mediatizada", ou seja, o direito surge "na frustração e na reação do frustrado"[197] e, por isso, será proporcional às possibilidades físicas do grupo.

A certeza do direito, aqui, é a certeza do grupo.[198] O grupo, ou a família, formam uma certeza que transcende a formação/frustração de expectativas ou, para dizer com Luhmann, "a solidariedade da família sobrevive à transgressão do direito".[199] Como aponta Gonçalves, a família não se desfaz do transgressor, mas o defende. A consequência da transgressão não é o isolamento, mas a solidificação da certeza dos vínculos de parentesco.[200] Daí porque Gonçalves conclui:

> a noção de coletividade pode ser observada como método de imunização contra o desvio e o nascimento de novas possibilidades, que poderiam importar em excesso de insegurança em uma estrutura rudimentar. Em resumo: a negação do indivíduo é, ao mesmo tempo, eliminação do diverso, do medo e da incerteza [201].

Em outras palavras, o grupo, ancorado na estrutura do parentesco, funciona como *centro de certeza*, reproduzindo uma redundância de sentido que bloqueia variações, estabilizando expectativas com relação ao próprio sentido.

Da certeza do grupo (que é a própria certeza da família) decorre outro importante mecanismso de certeza, como aponta Gonçalves: a força física. Trata-se da limitação da represália pela disponibilidade da força física. Não há aqui, ainda, regras para a delimitação abstrata da vingança, como por exemplo, o princípio de Talião. A reação é

---

esse apoio, isto é, que poderão ser mantidas. Assim, os resultados dos conflitos não produzem expectativas para o futuro. O enlace entre normatividade e apoio do grupo para o caso de conflito bloqueia a especificação de expectativas normativas. Nesse sentido: LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.506.

[196] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.86.

[197] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

[198] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p.116.

[199] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.186.

[200] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p.117.

[201] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada.

proporcional às possibilidades do ofendido (e não proporcional ao dano) e de sua família retribuírem o ofensor e sua família com mais danos.[202] Como bem percebe o autor, a inexistência de um controle abstrato da medida da reação não indica incerteza no direito, mas sim uma das maiores fontes de certeza para o mundo pré-moderno: a lei do mais forte. A vingança somente se dá nas medidas da força do ofendido.[203]

Diante da certeza do grupo, da autoridade do *paters* e da certeza dos limites da força disponível, há pouco espaço para a contingência. Toda frustração pode produzir direito: sempre há reação e a sua intensidade será regulada pela lei do mais forte. Em caso de frustração, esta é distribuída pela coletividade.[204] Problemas internos na vivência da reciprocidade nas relações sociais são absorvidos pela autoridade do *paters* e pelo próprio princípio segundo o qual a prática da solidariedade é um comportamento óbvio. Mas a afirmação do direito, diante de cada frustração, segue dependendo de cada interação específica.

Por isso, o direito da tribo, do clã ou da família é o único direito possível, o único concebível.[205] Não se concebe outro direito possível nem se atribui direitos a pessoas de fora, que não comunguem da ascendência ou comunidade. Não há um sentido de insegurança ou incerteza jurídica. Não há processos para decidir (escolher) o direito, muito menos para revisar o direito escolhido. Não há um sistema ou mesmo ordenamento de normas: a norma é concebida conforme as circunstâncias. Não há transferência de significado de um caso para outro, razão pela qual, "não se pode abdicar da força como forma de comprovação do direito.

---

[202] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada.

[203] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p.118. Além disso, segundo Gonçalves, a vingança é limitada pelo princípio da unidade familiar: ela não se aplica no interior do grupo. No interior do grupo prevalece a certeza de que não há comportamento divergente, não há crítica ou conduta individual contra o poder do *pater famílias*. Em casos extremos, o indivíduo pode ser expulso do grupo, o que é muito pior do que a sua morte, mas segue mantida a certeza do grupo. (p.119). (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.193). Daí a dificuldade de lidar com o homicídio entre parentes, normalmente atribuído a forças mágicas externas.

[204] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p.122.

[205] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.186.

A luta ou o formalismo levam à decisão, e não à interpretação do sentido".[206] Produzido e afirmado a cada caso concreto, esse é um direito em relação ao qual não há alternativa.[207]

Como esse direito se apresenta a cada situação concreta como o único direito possível, toda expectativa que se pretende normativa é uma expectativa possível. Não há diferença entre variação e seleção, pois cada variação, isto é, cada caso concreto que se apresenta, é considerado jurídico (pode ser resolvido pela reciprocidade/represália).[208] Assim que, segundo Gonçalves, "nas sociedades segmentárias, a distinção entre certeza e incerteza é de pouca utilidade: a certeza elimina a incerteza"[209].

Trata-se, em outras palavras, de um direito invariável, por que não pode ser concebido de modo desvinculado das situações concretas, reforçado por certezas substanciais: a certeza da família, certeza da autoridade do *paters*, certeza da força que garante a expectativa, certeza dos fundamentos mágicos da sociedade existente. Esse estado de coisas é reforçado pela tradição oral, por meio da qual o direito se manifesta. "A inexistência do texto escrito é obstáculo para a pluralidade interpretativa, relegando todo o grupo a um único sentido, fixado pelo pater familias". Sentido que é o mesmo do passado, adquirido pelos

[206] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.187. De outro lado, segundo Luhmann, também existem formas conciliatórias de resolução dos conflitos, que são importantíssimas para essas sociedades. Como sua coesão depende da interação concreta entre seus membros, essas sociedades não podem tolerar índices elevados de violência. A condução da arbitragem ou mediação de conflitos cabe ao *pater* e não pode ignorar quem são os envolvidos, seus antepassados, função na estrutura comunitária, séquito familiar. Isso significa que a solução amigável dos conflitos também se apoia diretamente nas estruturas familiares por meio das quais o poder é exercido. Mais uma vez, não se pode falar aqui na formação de expectativas para casos futuros. As regras da reciprocidade dependem da simetria momentânea da situação das partes no contexto das prestações totais. E que nível de certeza essas formas jurídicas oferecem? A resposta é: elevados níveis de certeza, pois os comportamentos relativos a essas prestações são autoevidentes. (p.185)

[207] Não se pode conceber alternativa, já que não se pode abstrair o direito. Embora as formas jurídicas não sejam *puramente* sacrais, a fundamentação da forma como essas sociedades concebem a si mesmas é mágica (culto aos antepassados ou à terra). A sociedade existente é a única possível, corresponde ao desejo divino e é santificada. O direito arcaico, no entanto, não é concebido como criado por Deus, já que criação pressupõe contingência. Trata-se de um direito absolutamente necessário, que participa do modo inevitável de ser das coisas. Não há outro direito concebível, pois não há outra sociedade concebível. Conforme Luhmann, "as forças sobrenaturais protegem o direito, elas penalizam e restituem, mas não geram nem modificam o direito. O direito vincula os deuses da mesma forma que vincula os homens. Santificação e história são símbolos para o não poder ser diferente [...]". (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.188).

[208] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p.124-125.

[209] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p.125.

antepassados e transmitidos pelo uso. Não podem ser modificados (pois não se muda o passado) nem interpretados (não há texto).[210]

Trata-se então de um direito com elevados níveis de certeza, mas que apresenta baixa complexidade. Como não é capaz de abstrair regras de decisão e conceitos jurídicos, as formas jurídicas possíveis são aquelas vinculadas aos mecanismos concretos de cada interação. Na medida em que a estrutura geral da reciprocidade em que essa sociedade se apoia vai dando lugar a uma estrutura com papéis diferenciados, centros políticos decisórios, desenvolvimento de comércio, cresce a necessidade de outras formas jurídicas.

2.1.2 Sociedades diferenciadas em centro-periferia e sociedades estratificadas. Centros de certeza das altas culturas pré-modernas

Pressões evolutivas levam as sociedades a abandonar o primado da segmentação e estruturar o sentido das relações sociais à luz de uma relação desigual entre os seus sistemas parciais. Mesmo sem desenvolver características e instituições típicas da Modernidade, como um estado territorial, economia de mercado, e direito posto por decisões, há sociedades que desenvolvem um arcabouçou semântico complexo.

São duas as formas de diferenciação das estruturas sociais para essas sociedades. A primeira diz respeito à diferença geográfica entre um centro, que concentra recursos materiais e simbólicos, e uma periferia desprovida desses recursos. A segunda diz respeito à formação de diferentes *status* sociais, decorrentes de nascença, que se organizam hierarquicamente. As altas culturas pré-modernas apresentam ambas formas de diferenciação, com predominância de uma delas. É no centro (e não na periferia) que se formam os estratos, [211] mas, enquanto para certas sociedades, a diferença centro-periferia será determinante para organizar o sentido social (como no Império Romano), para outras, serão os próprios ranques sociais (como na Idade Média europeia). Ambas as formas de diferenciação social desenvolvem uma significativa complexidade semântico/cultural, razão pela qual Luhmann fala em *altas culturas pré-modernas*, nas quais se observa uma "diferenciação

[210] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada.
[211] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.525.

funcional incompleta".[212] Assim como o conceito de *direito arcaico* indica a semântica inerente às formas jurídicas típicas das sociedades segmentárias, o conceito de *direito das altas culturas pré-modernas* indica uma complexidade semântica das formas jurídicas dessas sociedades.[213]

O surgimento dessas sociedades é marcado pelo primado da política (público) sobre a casa (privado), o que influenciará largamente a formação dos seus centros de certeza e formas jurídicas. A política ganha espaço quando o modo de vida coletivo ganha em complexidade e certos assuntos já não podem ser decididos por um *pater*, com referência ao contexto do grupo.[214]

Os *paters* formam um colegiado, um *centro político* que controla os recursos simbólicos e materiais (em especial rituais religiosos e recursos militares) e suas decisões vinculam toda a coletividade. A forma dessa diferença (centro-periferia) se replica e organiza a sociedade. A proximidade ao centro determina as condições materiais e simbólicas para um modo de vida absolutamente diverso em comparação com os lugares em que ainda predomina o poder do *pater*. Essa diferença conforma o processamento do sentido social, pois a posição

---

[212] Segundo Luhmann, ainda não há sistemas que se diferenciam só pela sua função, mas já existem centros políticos capazes de impor decisões sobre os demais, templos religiosos (que se dedicam não apenas a interpretar religiosamenteos eventos, mas a interpretar a própria religião), mercados e armazéns (que não se limitam a compensar a distribuição eventualmente falha entre parentes. No entanto, esses centros, normalmente urbanos, "governam apenas situações excepcionais. À margem deles, e de forma relativamente autônoma, a massa da população vive na antiga ordem de parentesco, nas casas e em aldeias. (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.201-202). Ainda, segundo o autor, esses povos conhecem e utilizam a escrita, praticam ciências como astronomia, matemática, medicina, cartografia, praticam comércio com regiões distantes, usam moeda e contratos para as trocas, contam com um centro político que organiza não só os mecanismos militares etc. Correspondentemente, essas sociedades desenvolvem estruturas complexas para o processamento da comunicação, viabilizando, pela difusão simbólica, a generalização de esquemas semânticos para as relações sociais.

[213] São exemplos dessas sociedades, de acordo com Luhmann, as grandes civilizações e impérios da Antiguidade, como as civilizações dos povos da crescente fértil, as grandes civilizações pré-colombianas das Américas, as civilizações do Mediterrâneo, os Impérios Chinês, Hindu, Indiano, Islâmico, bem como a sociedade Greco-romana e a Europa medieval. Do ponto de vista do direito, isto é, da semântica jurídica, não é em todas essas sociedades que se pode falar em um *primado* das formas jurídicas pré-modernas. Muitas sociedades desenvolvem-se em outros aspectos (política, religião, ciência), mas continuam a utilizar predominantemente as formas arcaicas. Segundo Luhmann, verifica-se o desenvolvimento de um direito pré-moderno, essencialmente, na "cultura jurídica chinesa, na hindu, na islâmica, na Greco-romana, na do continente europeu e na anglo-saxônica". Apenas nos dois últimos casos (direito civil romano e direito anglo-saxão, isto é, a *common Law*) estabilizam-se as estruturas necessárias para a posterior diferenciação do direito como um sistema parcial da sociedade, "fazendo surgir ordens jurídicas das quais resultem bases de sustentação para o prosseguimento do desenvolvimento no sentido da positivação do direito". (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 201).

[214] Como bem coloca Gonçalves, quando as formas jurídicas do direito arcaico deixam de corresponder às estruturas sociais, aquele direito, que era absolutamente certo e previsível (lei do mais forte e certeza da organização familiar) se apresenta como incerto, ineficiente e estático: não é capaz de dar conta de novas situações e já não é eficiente para lidar com as antigas. A incerteza, assim, aparece "como resultado da ineficiência das estruturas do direito diante do aumento da complexidade social" [...]. (GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p.127-130).

dominante do centro condiciona outras distinções, como a de papéis sociais (cidadão x não-cidadão).[215] No centro, há diferenças que não estão disponíveis para a periferia. No centro, pode-se viver, "construir, instituir cultos. Aqui há memória e civilização",[216] há diferença entre espaço público e espaço privado. Na casa (*domus*), o *pater* continua a ter poder supremo sobre sua família, mas, no centro deve estabelecer relações políticas com seus pares. Na periferia, existe apenas a casa e o poder absoluto do *pater*. No centro, os filhos do *pater* são também cidadãos, futuros soldados, e o direito do *pater* matar ou ferir seus filhos já não é absoluto.[217]

O centro concebe a si mesmo como um centro em relação a uma periferia e essa diferença condiciona todos os demais sentidos na sociedade, aumentando as possibilidades de comunicação e a complexidade.[218]

As possibilidades de certeza, da sociedade e do direito, são fortemente influenciadas por essa distinção. Em determinados assuntos, o direito do centro prevalece sobre o direito da periferia. Em outros assuntos, o direito da periferia (o poder do *pater*) é intransponível. A certeza do direito arcaico dependia da certeza da manutenção das estruturas familiares, isto é, da absorção da conflituosidade jurídica por essa estrutura. A existência de centros políticos, ainda que não elimine, delimita o espaço de ação do poder familiar e, portanto, da sua certeza. As novas possibilidades de certeza do direito dependerão de mecanismos mais complexos, como, por exemplo, instâncias recursais que, aos poucos, subordinem a aplicação do direito ao centro e, conforme argumenta Gonçalves, o surgimento de regras de identificação das normas válidas.[219]

---

[215] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.526.
[216] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.528.
[217] DE CICCO, Cláudio. **Direito**: tradição e modernidade – poder e autoridade na família e no Estado. Das origens romanas ao direito brasileiro moderno. 2.ed. São Paulo: Ícone. 1993, p.31.
[218] A forma centro-periferia permite a essas sociedades desenvolver estruturas para lidar com problemas de alimentação e de pressão demográfica que levam a uma expansão territorial. A expansão, por sua vez, leva a um aumento na intensidade e complexidade dos contatos externos, diante do que "o sistema deve dispor da correspondente capacidade de processamento da informação e ordená-la hierarquicamente". O crescente aumento dessa complexidade pode levar à formação de grandes reinos territoriais. Pode-se supor, como consequência desse aumento da complexidade da comunicação e do rebaixamento de fronteiras: (a) o surgimento de mais formas de diferenciação territorial; (b) a capacidade de reflexão, normalmente religiosa, sobre a própria identidade e diversidade (em face de outros povos e sociedades); e (c) o interesse pelo controle efetivo do que acontece fora das fronteiras (expansionismo). Correlativamente, "há centros que processam sua prioridade de ser centro com dotação de símbolos e de sentido para de ali eventualmente perseguir fins missionários, e outros que se limitam à organização do poder e dos recursos para a exploração da periferia". (LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.527-528).
[219] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p.131.

Por concentrar a exploração de recursos simbólicos, o centro possibilita o desenvolvimento de regras abstratas e de mecanismos de aplicação do direito. Como explica Gonçalves, essa regulação é necessária, pois o centro é desvinculado da estrutura de parentesco e não pode, por isso, tomar decisões vinculantes contando com a mesma força de consenso que a estrutura famliar garantia ao *pater*. O primado político impõe que o vínculo coletivo se dê por meio de decisões políticas e não derivadas de uma posição natural.[220] Para tanto, a política dessas sociedades desenvolve um equivalente funcional: a institucionalização de processos decisionais para a aplicação do direito.[221] Política e direito coevoluem e a aplicação do direito vai sendo processualizada, o que leva à formação de regras decisionais que condicionam a aplicação do direito.[222]

Por isso, conforme aponta Luhmann, o direito das altas culturas pré-modernas diferencia-se do direito arcaico em razão da existência de procedimentos decisórios para a aplicação do direito, o que introduz elevados gradientes de incerteza jurídica.[223] Segundo conclui Gonçalves, o resultado do primado da política é justamente o fato de que as normas jurídicas passam a ser o resultado de construções artificiais (decisões), que já não derivam dos mecanismos naturais da *reciprocidade/magia*: "quando a política ocupa o centro da sociedade e se transforma na fonte de criação do direito, a experiência jurídica se abre à contingência".[224]

A concentração de recursos no centro propicia certeza quanto à possibilidade de distinguir entre o que pode e não pode ser modificado no direito (pois os sucessivos casos julgados formam programas para os casos futuros) e à eficiência da sua aplicação (pois o

---

[220] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p.136.

[221] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 203-223.

[222] É a coevolução da política com outros âmbitos sociais, em especial, religião, direito, família e economia, que será determinante para a crescente complexidade das formas sociais. Nas culturas orientais, política e religião se diferenciam das estruturas de parentesco, mas não se distinguem entre si. Correlativamente, o direito desenvolve-se vinculado à religião, sendo "transmitido em bloco sem poder ser suficientemente controlado e desenvolvido processualmente". No mesmo sentido: (GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p.134-135).

[223] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.203-223.

[224] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p.137.

centro concentra poder para aplicar o direito). Existe agora diferença entre variação e seleção (nem toda expectativa será selecionada como juridicamente válida só pela força do interessado). Contudo, agora, existe incerteza com relação a todas essas possibilidades, pois, apesar de existir um programa, nada garante que ele será seguido. As decisões são, pela estrutura que as define, contingentes e, por isso, o direito das altas culturas pré-modernas cria diversos mecanismos semânticos na tentativa de reprimir essa contingência. Se, estruturalmente, a decisão é contingente, busca-se fazer com que, semanticamente, ela pareça necessária. A decisão deve parecer revelar o direito e não criá-lo.

Por si só, o centro é uma certeza,[225] mas essa é uma certeza que produz outras incertezas. Desvinculados da estrutura de parentesco, os centros políticos têm dificuldade em conseguir, pela institucionalização de um processo decisório, legitimar suas decisões. É preciso que as regras processuais possam se acoplar aos mecanismos de certeza ainda conhecidos da sociedade. Procedimentos decisórios, por exemplo, precisam estar amparados em regras de competência (*quem pode decidir*) que, por sua vez, só poderão se desenvolver apoiadas em uma diferenciação de papéis sociais. Esses papéis não podem se diferenciar completamente sem o apoio de uma correlativa estratificação que ainda estabeleça relações com as antigas formas de certeza da família e da *magia* (religião).[226] Desenvolve-se uma burocracia fundada em cargos, formando a "estrutura visível do reino que suporta sua autorrepresentação ético-religiosa".[227]

À formação hierarquizada das estruturas sociais corresponde uma cosmologia hierarquizada, projetada em termos metafísicos com condições de estabelecer um padrão para conformidade do sentido social. As distinções clássicas (desde Platão) entre material/espiritual, sensível/inteligível, perfeição/corrupção, *physis/nómos* correspondem a essa formação. Essas sociedades conhecem um centro e conhecem um vértice, seja no plano das estruturas, seja no plano semântico, em que esse centro (ou vértice) é metafísico.

---

[225] O centro simboliza e representa a dominação político-religiosa e, assim, se apresenta como uma importante fonte de certeza para essas sociedades: a certeza de que, independentemente da força disponível aos interessados, o centro é capaz de impor decisões. A certeza da força física é, assim, institucionalizada no centro, o que possibilita a abstração da expectativa. As expectativas que se pretendem normativas podem se multiplicar, pois agora não dependem mais do jogo de forças, relativamente invariável, entre os interessados.

[226] Conforme explica Luhmann, no centro se apresenta a possibilidade de que, "através da endogamia, se isole uma nobreza – a qual ao mesmo tempo mantém (a respeito de cada família) o imperativo da exogamia próprio das sociedades segmentárias". (LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.534).

[227] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.535.

A certeza metafísica do centro é construída com o amparo semântico propiciado pela estrutura dos papéis sociais. Essa estrutura propicia certeza porque permite uma vinculação entre cargo, parentesco/hierarquia familiar e religião. Aos poucos, atrelada aos papéis sociais, diferencia-se uma estratificação, resultante de práticas de endogamia. O papel social e as qualidades que ele implica passam a ser atribuídos à condição de nascença, o que leva à formação de estratos sociais que se veem uns em relação aos outros como superiores ou inferiores. No centro, essa estratificação se estabelece definitivamente como forma de diferenciação social e se irradia para a periferia, organizando todo o sentido social.[228]

Falar em estratificação – como forma predominante de diferenciação social – pressupõe que a sociedade representa a si mesma como uma hierarquia inevitável de estratos (e não mais uma ascendência comum). Há estratos superiores e estratos inferiores (e estratos intermédios) e essa diferença, cuja ausência é inimaginável, condiciona todas as demais.[229] Desse modo, a diferenciação estratificada facilita a aceitação do centro político diferenciado para controle do poder e de uma religião administrada por um grupo de sacerdotes,[230] pois subordina o sentido social à visão de mundo do estrato superior.[231]

---

[228] De acordo com Luhmann, isso que não quer dizer que, na periferia, se formem estratos, mas sim que, como a periferia recebe a visão de mundo do centro, o poder não se sustenta desvinculado dos estratos. Não basta a delegação de poder. O domínio deve se sustentar em fontes de poder local conectadas com a estratificação existente no centro. A propriedade de terras é, assim, progressivamente vinculada à estratificação social, isto é, a possibilidade de ser proprietário vincula-se a critérios de nascença, viabilizando a expansão territorial do domínio fundado na estratificação social. Segundo o autor, a formação de estratos sociais que se organizam de maneira hierárquica – ou estratificação social – é uma forma de diferenciação social que todas as sociedades que desenvolveram uma alta cultura adotaram e que afirmou sua predominância de modo muito claro na Europa medieval. A estratificação pressupõe que, por endogamia, forma-se um estrato superior que constitui "uma ordem de famílias, não de indivíduos, vale dizer, uma preponderância social da ascendência e do parentesco". Pertencer a um estrato, nessas sociedades, tem um efeito "multifuncional", reunindo todas as respectivas vantagens e desvantagens em todos os âmbitos funcionais da sociedade. O sustentáculo do estrato superior pode variar. Pode se fundamentar em uma ascendência divina, guerreira, possessão de terras etc. mas, seja ele qual for, não pode ser negado e "sua existência e distinção são consideradas no acontecimento comunicativo", vale dizer, são uma referência inevitável da comunicação cotidiana e da semântica culta. Ainda, mesmo quando se postula a igualdade formal para alguns cidadãos e há acesso democratizado à participação política, há um estrato mais elevado, com acesso privilegiado e influência maior. (LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.538).

[229] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

[230] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.539.

[231] Ainda, o conceito de hierarquia entre os estratos implica uma visão de mundo *do estrato superior* que condiciona não só o próprio como os demais. No estrato superior há uma semântica própria, um modo de ser, de vestir, de falar, de comer, de tratar uns aos outros conforme as diferenças de *status* e, também, ao menos inicialmente, é o estrato superior que se encarrega de elaborar autodescrições da sociedade. Como explica Luhmann, o estrato superior é seletivo com relação à existência, estilo, gosto. "o estrato superior dispõe de cães de caça; o inferior, de mulas; o estrato superior dorme até tarde, o inferior se levanta de madrugada". Uma semântica que passa por toda a sociedade. Fala-se então nessa forma de diferenciação quando esta pode se manter como "ethos em todas as situações da vida. Formalmente, isso ocorre mediante a descrição do modo de vida da nobreza". *(*LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.544-545).

A pertinência a determinado estrato condiciona não só o âmbito das relações sociais, mas a participação no comércio, a propriedade de terras, a possibilidade de obter empréstimos, a participação em guerras, a participação nas organizações e rituais religiosos, a participação na vida pública, a possibilidade de frequentar universidades etc.[232] O rei é, *naturalmente*, juiz supremo, como decorrência do reconhecimento de suas qualidades naturais.[233] Qualquer outra ordem é impensável. O povo pode protestar por melhores condições de vida, mas não demanda acesso à nobreza. Considera-se absolutamente normal que os delitos cometidos por um nobre contra um plebeu sejam julgados diversamente de um delito de um nobre contra um nobre.[234] Desse modo, a ordem estratificada é, para essa sociedade, uma importante fonte de certeza.

A pertinência a um *status* social é condição de nascença e, assim, não está sujeita a alterações. Essa condição define o acesso a vantagens e desvantagens em todos os outros aspectos da vida social.[235] À certeza da hierarquia dos estratos vincula-se a certeza quanto à qualidade inerente aos membros dos estratos:

> os papéis proeminentes têm que sustentar, consistentemente, proeminências. Quem domina politicamente tem que ser rico também, tem que ser considerado sábio, tem que ser de linhagem notável, tem que habitar a melhor casa e ter o maior número de serviçais, tem que exercer o comando militar [...].[236]

Trata-se de aproveitar as vantagens daquelas novas estruturas, isto é, o centro político de dominação e a hierarquia de papéis sociais. Essas duas estruturas permitem ao direito das altas culturas pré-modernas diferenciar-se da jurisdição exercida pelo *paters* no

---

[232] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

[233] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.546. Por isso que, para Luhmann, a semântica sobre os estratos sociais e as qualidades correspondentes, aos poucos, assume funções de legitimação dessas diferenças. No entanto, não se abre aí um caminho de acesso, isto é, não basta ser virtuoso para se tornar nobre. A questão é saber, na verdade, quais são as expectativas que se aplicam à nobreza e quais se aplicam aos estratos inferiores. (p.547-548).

[234] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.550.

[235] E, como explica a teoria dos sistemas luhmaniana, mesmo diante da possibilidade de mobilidade social, no conjunto, essa sociedade valoriza a rigidez das suas divisões e trata a mobilidade como extraordinária. De qualquer modo não se cogita da ascensão de todo um estrato. A estratificação se aplica a famílias, grupos. A mobilidade é individual e extraordinária. Progressivamente, a condição de nobre passa a depender de um duplo critério: nascimento/virtude. Não basta nascer nobre, é preciso também exercer as virtudes da nobreza. Essa dualidade permite algum controle, por parte do estrato superior controlar suas perdas demográficas (a mortalidade de nobres em guerras e monastérios era elevada), por meio do enobrecimento de caráter político (que se efetivava como forma de indenizar os credores da Coroa ou pela possibilidade de nobre empobrecidos casarem com filhas de burgueses ricos. (LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p. 557-559).

[236] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.206.

âmbito doméstico e se desenvolver com base "na realização de processos decisórios de cunho jurídico, e na existência de uma hierarquia de cargos independente de situações, capaz de impor suas decisões, sem depender das armas dos parentes ou dos partidários".[237]

Os papéis apoiam as regras de competência e, depois, as regras de existência e validade das normas, o que torna possível distinguir entre comportamento e regra de comportamento. Agora, há critérios que permitem reconhecer quais são as regras de comportamento válidas, quem pode alterá-las e a quem cabe sua aplicação aos casos. O conjunto reiterado e comumente aceito dessas regras constitui um *programa* para a aplicação da distinção lícito/ilícito (isto é, a confirmação ou não de uma expectativa normativa) que, por sua vez, pode ser objeto de outras expectativas.[238]

Formam-se, assim, expectativas sobre expectativas. Existe a expectativa, a regra e a expectativa sobre a regra (e a expectativa sobre a expectativa da regra e assim por diante). Os procedimentos decisórios assumem um caráter de regras independentes de cada situação, aplicáveis a vários casos. Não mais limitadas à capacidade do interessado fazer-se impor pela força ou negociação, surgem mais e mais diversas projeções de expectativas, que poderão ou não ser selecionadas nos procedimentos decisórios. Segundo Luhmann, "A presença de um terceiro que sempre é mais poderoso que qualquer das partes em disputa garante a liberdade de decidir-se independentemente". Essa independência é fundamental para que a decisão possa ser estabelecida no próprio processo e não pela demonstração de força das partes ou de um arranjo prévio.[239]

Existe um cargo e um papel do juiz, que permite, por sua vez, que as decisões considerem a normatividade das expectativas sobre a regra, sobre as qualidades do cargo e, portanto, da consistência da aplicação da regra em outros casos.[240] Para que a decisão possa estabelecer um vínculo com casos futuros, ela precisa ser formulada de modo suficientemente

---

[237] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

[238] Não há ainda, contudo, um procedimento legislativo diferenciado, isto é, para criação do direito. Alguns soberanos, nos regimes monárquicos, como o do Império Romano, podem legislar, inclusive, para alterar o direito vigente. No entanto, a lei é simplesmente a sua vontade manifesta, sem que haja um procedimento para tanto. Pode se dar verbalmente, em uma carta, em um testamento, na decisão de um caso concreto etc. Estabelecer um procedimento legislativo caracteriza já o direito da sociedade moderna. Mas os precedentes vão, aos poucos, formando um programa daquilo que se espera na aplicação do direito.

[239] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.207.

[240] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.211.

abstrato, o que "leva a mudanças ao nível das formas através das quais o direito é estabilizado e mantido".[241] A figura de um especialista, o jurista, é necessária. O trabalho dos juristas romanos, por exemplo, permite distinguir as situações jurídicas com clareza, o exame circular entre questões puramente jurídicas e os casos. Agora,

> a interpretação correta do direito é uma questão que em princípio pode ser decidida independentemente dos fatos que se apresentam a cada caso. Inversamente, a constatação dos fatos é possível independentemente de questões jurídicas, e apenas o julgamento da relevância de uma constatação de fatos depende do direito. Só agora faz sentido falar-se de aplicação do direito.[242]

Contudo, embora a política se destaque da ordem familiar, não há dominação independente de manifestações religiosas. O comando político (e a aplicação do direito) tem, ainda, o suporte de forças sobrenaturais, razão pela qual o "vínculo entre política e religião se estendia ao direito e funcionava como limite de diferenciação entre essas esferas, mas também como bloqueio à plena institucionalização dos processos jurídicos".[243]

Vale dizer, o suporte do sobrenatural é também uma amarra que limita produzir e alterar o sentido dos programas de decisão. A incerteza resultante dos procedimentos decisórios é compensada pela certeza do próprio centro (o interessado não poderá, pela força, bloquear a aplicação da norma) e pelo bloqueio semântico contra determinadas alterações nos programas de decisão. A decisão que aplica o direito poderia ser diversa daquilo que é, mas apenas dentro dos limites traçados semanticamente pelo centro metafísico. Por isso, segundo Gonçalves, nas sociedades em que o direito atinge esse estágio há

> uma tendência a bloquear este paradoxo por meio do controle e da restrição da incerteza do resultado do procedimento. Tal tipo de controle é exercitado através de dois mecanismos: o vínculo do decisor à estratificação e a formação de uma moral generalizante.[244]

---

[241] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.212-213.
[242] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.216-217.
[243] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p.134-136.
[244] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p.145.

Nos dois casos, esses mecanismos passam pelos centros de certeza fundamentais dessas sociedades: a certeza da detenção de poder pelo centro e/ou pelas pessoas que, no centro, detém certos papéis. De outro lado, está a certeza da existência de um sustentáculo superior metafísico para todas as certezas. O direito não é decidido, mas revelado como o direito verdadeiro, justo, bom, perfeito etc.

A vinculação entre decisor e estratificação social, decorrente da coevolução política-direito, associa-se à forma das estruturas sociais. Embora o resultado dos procedimentos seja incerto, "as certezas depositadas nos méritos daqueles que possuem o status superior não conferem ao litigante indeterminação sobre o resultado, mas segurança de que a sentença não poderia ter sido outra". [245] Há contingência, mas esta é reprimida. E, se por qualquer motivo, a decisão não estiver correta, ela pode ser revista ou substituída por quem desempenhe papel hierarquicamente superior. Trata-se de uma combinação entre as formas centro-periferia e estratificada que dá suporte ao desenvolvimento de uma burocracia centralizadora, em que, no centro, todas as decisões podem ser revistas e há a certeza de que poderão ser impostas.[246]

A moral generalizante, por sua vez, decorre da coevolução política-religião e surge como mecanismo essencial para reprimir a incerteza resultante dos próprios procedimentos decisórios. Trata-se da certeza quanto à invariabilidade do conteúdo essencial do direito, atrelando-o, semanticamente, a um centro de certeza fundamental para essas sociedades: o centro metafísico/religioso. Conforme cresce a complexidade social e se projetam expectativas normativas divergentes, torna-se necessário recorrer a meios mais abstratos e de mais fácil generalização, que possam reforçar semanticamente a certeza. A religião cumpre essa função, amparando a formação de, como observa Gonçalves, uma moral

[245] Com relação à primeira certeza, explica Guilherme Leite Gonçalves, "para que os indivíduos creiam na decisão, é necessária a certeza de que o juiz seja qualificado e prestigioso. Apenas um membro do estrato superior se supõe que seja capaz de decidir imparcialmente, de modo correto e justo. Os seus dotes são fundamentais para que as pessoas esperem que também os demais reconheçam a decisão. Nesse caso, a incerteza do resultado é contida pela dominação hierárquica". (GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p.145).

[246] Pressupõe-se certa estirpe para o desempenho de papéis, mas a hierarquia burocrática não é um retrato imediato da hierarquia dos estratos. O *Princeps*, supremo magistrado romano (o Imperador), não o é porque descende de uma linhagem mais nobre do que os demais magistrados, mas porque o Senado romano lhe reconhece e lhe confere o título. Na Idade Média, as qualidades inerentes aos papéis estarão vinculadas mais às próprias condições de nascença. Ainda assim, mesmo enquanto o Estado é visto como patrimônio privado dos estratos superiores, existe um primado político, já que não é a estrutura de parentesco a organizar a vida coletiva.

generalizante,[247] cuja certeza ampara a certeza do direito, da ética, da política, da economia, da família, enfim, todas as demais certezas. O *Princeps,* o rei ou o sacerdote podem rever as decisões judiciais porque, pelas suas qualidades intrínsecas, têm acesso privilegiado ao *direito verdadeiro* a ser defendido e aplicado.

É preciso considerar que, em uma sociedade com predomínio da estratificação, a organização do sentido pressupõe a existência de níveis superiores e inferiores a todo momento, de modo que tudo o que se comunica parte dessa referência superior/inferior. O nível superior se reconhece como superior (e o inferior como inferior), e a forma dessa diferença mais geral se replica e reaparece na formação do sentido social. Não é difícil de perceber o porquê de, na organização do sentido relativo à transcendência religiosa, aparecer uma forte noção de hierarquia, em que um plano superior (transcendental) condiciona o plano inferior (material). O centro de certeza é, em última análise, a noção de unidade que a subordinação a um centro ou vértice permite.

Essa forma geral propicia certeza para todos os âmbitos da sociedade, criando uma moral generalizante, que fixa, abstratamente, preceitos imodificáveis no tempo, fundados na "canonização de valores identificados como necessários para a manutenção da vida em comum" e que, assim, adquirem "força de critérios de verdade que não comportam alternativa [...]".[248] Vinculando-se os conteúdos normativos a uma moral generalizante que adquire força de critério de verdade, o direito, mesmo procedimentalizado, é tratado como verdade. No plano estático (que é, semanticamente, o único plano que se reconhece para o direito), as normas realizam critérios de realidade, isto é, confirmam a ordem religiosa do mundo.[249]

---

[247] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada. Como explica o autor, "são necessários princípios que harmonizem diversos interesses e punam aqueles que são contrários à decisão. Nas sociedades pré-modernas tais princípios têm a pretensão de consenso de fato: é razoável esperar que, para a preservação da sociedade, todos aceitem esses valores e essas normas". (p.146).

[248] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p.147.

[249] Em um nível mais abstrato, desvinculado da história das interações, a moral generalizante vai aos poucos substituindo as normas da reciprocidade. A orientação da conduta já não depende de uma cadeia de *prestações totais,* pois é abstraída dessas estruturas e ganha a forma da moral. Agora, "a ordem no mundo é concebida em termos jurídico-morais: o próprio desenrolar da existência do ser se dá conforme o mérito e a culpa, recompensa e punição" e o comportamento se orienta por essa moral. Por isso, Luhmann afirma que "a aplicação do direito tem predominantemente funções simbólico-expressivas de ativação e confirmação da lei do mundo, quase não apresentando intenções de alterar a realidade", à qual o direito é imanente. (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.192-200).

A noção de que o procedimento decisório deve revelar e realizar uma verdade superior vai se incorporando ao longo da história do processo e, até os dias de hoje, condiciona as possibilidades de certeza, conforme se verá adiante. O efeito, segundo Luhmann, é proteger o direito (e sua sociedade), contra a mudança do próprio direito, inerente à existência dos procedimentos decisórios. O direito é visto como fruto de uma longa cadeia genética e, por isso, como um todo, não pode ser mudado. Para o autor, "nem todos os aspectos do sentido do direito podem ser submetidos a processos e nem todo o direito apresenta-se como passível de decisões ou modificável por decisões". [250] Por isso, em quase todas as culturas antigas, as bases do direito estão institucionalmente protegidas contra modificações através de decisões.

A introdução de legislação confirma o direito já existente e o sacraliza, de modo que "a invariança fundamental imaginada para o direito faz com que qualquer insegurança em termos de expectativa pareça acidental e apenas subjetiva".[251] Assim, nas altas culturas pré-modernas, a moral generalizante restringe consideravelmente o espaço da contingência que os procedimentos viabilizam. Por esses motivos, no direito das altas culturas pré-modernas já está presente a distinção certeza/incerteza. Entretanto, por meio da dominação política (hierárquico-burocrática) e de uma moral generalizante, prepondera o primeiro lado da distinção (certeza) que "define os limites e possibilidades" da incerteza, isto é, "bloqueia as possibilidades da incerteza e, portanto, de mudança do conteúdo das formas jurídicas".[252]

Contudo, o bloqueio da contingência cumpre bem sua função enquanto a semântica produzida por esses centros de certeza conta com suficiente plausibilidade, isto é, enquanto as estruturas da sociedade e as possibilidades-limite de sentido correspondem a uma organização hierárquica. Para sociedades como as da Antiguidade Clássica, o Império Bizantino, os reinos da Alta Idade Média, entre outros, percebe-se como a subordinação de todo o sentido social a uma autorrepresentação ética e religiosa satisfaz os limites de plausibilidade disponíveis. A moral generalizante produzida no centro garante um sentido para

---

[250] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.218-219.
[251] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
[252] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p.148.

as trocas de bens, para a produção de conhecimento sobre o mundo material, para as guerras e seus resultados, para as relações familiares e pessoais em geral, para a educação das crianças e, claro, para a aplicação da distinção lícito-ilícito. O centro de certeza, seja a certeza do poder político, seja a moral generalizante, garante que o direito, fruto de decisões, seja simplesmente um direito revelado (não decidido) e que revela nada mais que a verdade. Mas, como se verá a seguir, com a Modernidade esses centros desaparecem e as possibilidades de certeza para o direito posto por decisões ficam cada vez menores.

2.1.3 O fim dos centros de certeza no limiar da Modernidade

A sociedade na qual primeiro surgem as condições para a diferenciação funcional da sociedade e advento da Modernidade é a sociedade estratificada do final da Idade Média europeia.[253] Essa sociedade organiza todas as possibilidades do sentido social a partir da visão dos estratos, isto é, da diferença entre os estratos. Os membros pertencentes aos estratos superiores têm um modo de viver e de conceber o mundo que condiciona o sentido. A nobreza é proprietária de terras e seu modo de vida não permite que se envolvam em atividades comerciais, industriais ou o trabalho manual de qualquer tipo. A economia segue, essencialmente, fundada em bens de raiz. A distribuição do poder político – e sua expressão mais evidente, o poder militar – se dá de acordo com as relações de vassalagem, orientadas pelos títulos nobiliários (o mais nobre é suserano do menos nobre).[254] O ensino e as ciências se desenvolvem junto a instituições religiosas e a educação é voltada à formação religiosa, à qual, em regra, só os nobres têm acesso.[255] Há um direito próprio e uma jurisdição própria para nobres, clérigos e povo.[256] Os nobres são proprietários de terras e organizam a produção, têm seu próprio séquito militar, ocupam os cargos de maior prestígio no clero e/ou na administração. É a visão do estrato superior, mais próximo de Deus e da moral generalizante,

---

[253] LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Rafaelle. **Teoria della società**. 11.ed. Milano: FrancoAngeli, 2003, p.302.

[254] Para uma visão geral: ARRUDA, José Jobson. O sistema feudal. **História integrada**: da Idade Média ao nascimento do mundo moderno. v. 2, São Paulo: Ática, 1996, p. 31-36.

[255] Tratava-se do estudo do *trivium* (lógica – gramática – retórica) e do *quadrivium* (aritmética – música – geometria – astronomia). Disciplinas resgatadas das artes liberais gregas e que não eram voltadas ao exercício de ofícios, mas à contemplação de Deus. Apenas no séc. XII, com as Universidades, que constroem sua própria independência política, essas disciplinas passam a ser vistas como preparatórias para os ensinos superiores de medicina, direito e teologia. Nesse sentido: COSTA, Ricardo da. Las definiciones de las siete artes liberales y mecânicas em la obra de Ramón Llull. In: **Revista Anales del Seminario de Historia de la Filosofia**, Madrid: Publicaciones Universidad Complutense de Madrid (UCM), v.23, 2006, p. 131-164.

[256] GROSSI, Paolo. **L´Ordine Giuridico Medievale**. 3.ed. Roma-Bari: Gius Laterza & Figli Spa, 2007, p.52-55.

que orienta as questões políticas, jurídicas, religiosas, científicas, artísticas, educacionais, científicas etc.

É nesse contexto que se desenvolve a ideia segundo a qual, nessas sociedades, para ser proprietário de terras, é preciso ser nobre. A propriedade confere *iurisdictio:* o proprietário, nas suas terras, diz e aplica o direito. Por isso, a capacidade de ser proprietário precisa estar atrelada ao *status* e a propriedade já não se liga apenas ao domínio visível da terra. Ela é fixada juridicamente e, progressivamente, ganha contornos abstratos que permitem, a partir do séc. XIV, que seu sentido seja "redesenhado do domínio sobre as coisas para a disponibilidade".[257]

Quando, a partir do séc. XV, por conta da peste, a mão de obra europeia se torna cada vez mais escassa, o conceito jurídico de propriedade permite aos proprietários arrendar suas terras a camponeses que não possuem a *iurisdictio*. Para tanto, passam a ser desenvolvidas formas ainda mais abstratas, como a distinção entre propriedade e posse, e que conduzem a uma distinção entre propriedade de bens e disponibilidade de bens.[258] Para ser proprietário é preciso ser nobre, mas, para ter dinheiro disponível não é preciso ser nobre, nem basta ser proprietário. Aos poucos, forma-se uma economia baseada não mais em bens, mas em dinheiro. E o dinheiro não pode se vincular à estratificação. A economia monetária gradualmente se torna independente dos contextos dos estratos sociais e sustenta, assim, o surgimento de uma nova classe que reclamará por um poder independente dos estratos: a burguesia.[259]

Do mesmo modo, assim como na economia, outros âmbitos de sentido vão se diferenciando e oferecendo para a comunicação um sentido progressivamente independente da diferença dos estratos. Os principais meios de comunicação simbolicamente generalizados, como o poder, a verdade, o amor e o dinheiro passam a difundir um sentido específico para cada sistema (política, ciência, economia etc.). Com isso, não só o sentido ganha independência daquele antigo centro metafísico, como também, em vez de um único sistema (o estrato superior) monopolizar as possibilidades de sentido, cada sistema determina, com

[257] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.561.
[258] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.
[259] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

exclusividade, por critérios não intercambiáveis, o sentido específico das comunicações sobre poder, valor, verdade, direito etc. [260]

Conforme explica a teoria dos sistemas, a diferenciação de cada sistema dependerá do avanço de um ambiente favorável que, aos poucos, permita, por exemplo, à ciência, adjudicar a exclusividade no uso da verdade como meio de comunicação. Trata-se de um processo que encontra seu contexto histórico nos acontecimentos que vão do séc. XIV ao início do séc. XVIII. Por isso, pode-se falar no limiar da Modernidade para designar esse período de transição, que indica o início da diferenciação de sistemas funcionais, quando a nova ordem já não pode ser interpretada a partir da velha estratificação. Nesse início de Modernidade observa-se que, em estreita relação com o processo de formação do chamado Estado Moderno, a diferenciação do *sistema político* e do *sistema econômico* põe em xeque a velha ordem de coisas.[261]

No que se refere à política, embora as sociedades pré-modernas sejam marcadas pelo surgimento e primado dos centros políticos (em oposição ao poder privado do

[260] Assim, como coloca Luhmann, na diferenciação funcional, "funções específicas e seus meios de comunicação devem concentrar-se em um sistema parcial com competência universal; é dizer, trata-se de uma combinação nova de **universalismo e especificação**". Ainda, segundo o autor, na medida em que esses âmbitos vão ganhando autonomia – vão diferenciando sistemas – a sociedade estratificada busca esvaziar esse processo criando diferenças, papéis e respectiva semânticas. "Como a unidade da sociedade está assegurada com a estratificação, pode-se aceitar no médium da verdade várias formas de verdade (por exemplo: a religiosa, a filosófica, a retórica); ou no médium do dinheiro, diferentes sistemas monetários para o comércio local e para o comércio com o estrangeiro, com distintos tipos de câmbio locais; ou no médium do poder, distintas ilhas de formação de poder politicamente relevante: império, Igreja, cidades e Estados territoriais". Mas na medida em que a complexidade aumenta e, assim, as dificuldades de coordenação daí derivadas, cada sistema vai adjudicando o monopólio de um meio de comunicação. (LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.)

[261] É interessante anotar, com Luhmann, que embora as diferenciações de cada um dos âmbitos de sentido (econômico, político, religioso etc.) não se suponham reciprocamente, a ordem em que sucedem não é puro acaso. Como explica Luhmann, já no final da Idade Média, há uma *economia* monetária e um mercado suficientemente independente da estratificação que escapam do controle político e organizam uma divisão internacional do trabalho. O destino político de certos territórios (como as colônias nas Américas) acaba sendo determinado pela economia e não pela política. Perde-se a unidade *imperium/dominium* que sustentava a *iurisdictio*, desvinculando-se o poder político do domínio da terra. Quanto à *política*, também desde o final da Idade Média pode-se observar o surgimento de diferenciações territoriais, como a formação de novos reinos nas terras reconquistadas, que não são vinculadas à estratificação hierárquica e que vão diminuindo o valor da nobreza. Já no séc. XV, no rastro do conflito entre Imperador e Papa, a política vai ganhando também notável independência da religião. Questões religiosas, debatidas em concílios e querelas, são acompanhadas por enviados políticos que as tratam como um problema de conveniência e oportunidade políticas, ou seja, com autonomia de sentido, sem relação com o pós-vida ou problemas da salvação da alma. Também a *ciência*, a partir da impressão massificada de livros, no séc. XVI, vai ganhando espaços para a reflexão que a permitem se distanciar da religião e formular um conceito próprio de natureza, movido pela curiosidade e organizado a partir de critérios próprios (científicos), que nem a religião nem a política poderiam fornecer. Esse distanciamento viabiliza protestos por liberdade de investigação e leva a "conflitos espetaculares (Copérnico, Galileu)". Será, ainda, o caso do *direito*, que vai sendo ativado para problemas decorrentes desse desenvolvimento. Diante da necessidade de formas jurídicas para garantir a tolerância religiosa, forma-se um direito público, voltado ao controle do próprio Estado e que, assim, vai tornando a produção do sentido jurídico independente tanto da religião quanto da política. Apenas quando "suficientes funções do sistema da sociedade estão cobertas, pode-se interpretar a nova ordem a partir de si mesma", isto é, como sociedade moderna. (LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.563-565).

pater), não se pode falar ainda na noção de Estado. Os antigos centros políticos representavam a ordem de toda a sociedade, vale dizer, eles mesmos não eram independentes, seja da ordem religiosa, seja da estratificação. Esses centros não propiciavam um sentido autônomo para a política (por exemplo, para definir objetivos a serem perseguidos), e apenas se mantinham na medida em que realizavam uma ordem cosmológica superior, isto é, defendiam e preservavam a ordem (religiosa, familiar, econômica) existente.[262]

A dominação política também precisa se legitimar pela realização de uma ordem superior, sob pena de o *rex* ser considerado como *tyrannus*. O direito comum medieval – balizado pela doutrina cristã – reconhece que a dominação do *tyrannus* não é legítima, e garante um correspondente direito de resistência. O direito sustentava, assim, o primado da diferenciação estratificada, da qual o domínio político se via dependente. A dominação tirânica é considerada tanto ilegal quanto reprovável aos olhos de Deus[263] e cabe à nobreza e ao clero o juízo de decidir sobre a legitimidade ou não da dominação e do exercício do direito de resistência.[264]

De outro lado, a vinculação da estratificação com a diferenciação de papéis permitia ao rei dispor do enobrecimento e da cessão de cargos tanto como meio para formar o seu aparato burocrático, como para ganhar controle político nos estratos superiores. Contudo, gradualmente, a nobreza passa a consistir mais de privilégios dependentes da política do que

---

[262] Como explica Luhmann, "o senhor é só momento de uma ordem fundamentada em uma cosmologia que – como natureza ou como moral – impõe limites. O saber que se espera do senhor é, portanto, antes de mais nada, conhecimento da sua própria integridade virtuosa. Na terminologia latina que distingue entre *rex* e *tirannus*, só é senhor o senhor legítimo". (LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p. 565-566).

[263] A distinção de São Tomás de Aquino entre modos legítimos e ilegítimos de aquisição do poder (Comentários às Sentenças de Pedro Lombardo – II, dist. XLIV, q. II, ad.) e a correspondente legitimidade da insurreição contra o governante injusto (Suma Teológica, q. XLII, art. 2). Disponível em: www.permanência.org.br. Em sentido análogo, a concepção de Bartolo da Sassoferrato. Para esse jurista ligado ao Sacro Império, reconhece-se o tirano como aquele que assassina os melhores homens da cidade, chegando a matar seus parentes mais próximos, impedindo os estudos e os sábios, proíbe reuniões, semea espiões entre a cidadania, empobrece os contribuintes, guerreira com vizinhos etc. O tirano, segundo Bartolo, pode ser legalmente responsabilizado diante das leis do Império e punido pelo Imperador ou pelos magistrados locais. (SASSOFERRATO, Bartolo da. **On the tyrant** – treatise on city government c. 1330. Publicado no site *Medieval Sourcebook*, ligado à Fordham University Center for Medieval Studies.Disponível em: www.fordham.edu/halsall/source/bartolus. Acesso em: 10 fev. 2014).

[264] Pense-se, por exemplo, nas Revoluções Inglesas no século XVII (Puritana e Gloriosa) – o domínio de Jaime II é considerado tirânico, o que legitima a resistência e a guerra civil que levam à restauração gloriosa e à ascensão de Guilherme III ao trono inglês. Do mesmo modo, na independência dos países baixos, em que seus nobres se unem contra o domínio tirânico do Duque de Alba e protestam por liberdade do domínio espanhol. Nesse sentido: LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Rafaelle. **Teoria della società**. 11.ed. Milano: FrancoAngeli, 2003, p.293. Ao problema da resistência, soma-se o antigo problema da *rivalidade política* (que muito tempo depois seria absorvido pelo sistema democrático como oposição política). A qualquer momento, o senhor (ainda que legítimo) pode ser substituído por alguém da mesma família e a manutenção do poder aparece como problema que se confunde com os problemas do Estado. Direito de resistência e rivalidade tendem a colocar em posições antagônicas a nobreza e o poder político central. (LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.567).

da condição de nascença.[265] Em outras palavras, vai se formando um espaço para o sentido político que já não se vincula mais à visão de mundo dos estratos sociais. É construído um espaço político independente da nobreza, de suas terras, exército e riqueza. O resultado desse processo se formula na ideia de um Estado soberano, que "se caracteriza apenas pelos limites territoriais – mas esses absolutamente. Caem todas as demais limitações ainda que isso só queira dizer: se politizam de forma situacional e se integram no cálculo político da razão de Estado". O novo princípio territorial acaba por transpor e encobrir a ordem estratificada, que cada vez mais se subordina e se torna dependente de um Estado.[266]

Outro sistema cuja diferenciação leva à ruptura da ordem estratificada é o *sistema econômico*. Com a monetarização, a economia rapidamente ganha independência tanto da política quanto da religião, ou seja, da ordem estratificada. A propriedade, que fundamenta o *dominium,* agora pode suplantar as fronteiras político-territoriais do reino. O comércio, por sua vez, não se limita a qualquer fronteira e a dinâmica da economia monetária é desenvolvida alheia ao controle político e religioso.[267] Além disso, o *ethos* da nobreza impõe um consumo de prestígio, de artigos de luxo. Quando novas tecnologias financeiras e dinheiro excedente no mercado viabilizam financiamentos por bancos, instituições religiosas e pelo Estado, o resultado leva a nobreza a uma crise de endividamento,[268] colocando-a, no processo de diferenciação da economia, no lado dos devedores.[269]

---

[265] Em reação, aponta Luhmann, afirma-se uma distinção entre a nobreza de origem e a nobreza adquirida politicamente e renuncia-se à ideia de que a virtude ética – aquela virtude própria da nobreza – encontre expressão no agir político. Em termos semânticos, isso leva à concepção de que as razões políticas (razões de Estado) são independentes dos valores éticos da virtude da nobreza. (LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.567-571).

[266] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.571.

[267] Como coloca Luhmann, "a economia de doação e das fundações da Idade Média alta se estanca – apesar de todos os esforços para expressar agora em dinheiro os motivos da salvação das almas". (LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.573).

[268] Sobre o caso português, aponta Nuno Gonçalo Monteiro que parte significativa do endividamento das casas da nobreza, no séc. XVIII, é herdada dos séculos passados, pouco se sabendo sobre elas. No entanto, segundo o autor, sabe-se que, já na primeira metade do séc. XVIII, as hipotecas de rendimentos de bens tornam-se cada vez mais frequentes e um número significativo de casas de nobres foi objeto de administração judicial para fixar alimentos aos seus membros e reservar aos credores apenas o remanescente. Ainda segundo o autor, dentre os motivos para a contração dos empréstimos estão, frequentemente, despesas com casamento e serviços prestados à coroa (militar, diplomático e até nos tribunais). (MONTEIRO, Nuno Gonçalo. O endividamento aristocrático (1750-1832): alguns aspectos. In: **Análise social** v. XXVII (116-117), 1992, p.263-283). Sobre o endividamento e a administração judicial de casas de nobres: JAGO, Charles. The influence of debt on the relations between Crown and aristocracy in seventeenth century Castile. In: **The Economic History Review**, 26: 218-236. Doi 10.111/j.1468-0289.1973.tb01935.x. Disponível em: www.onlinelibrary.wiley.com. Acesso em: 10 ago.2013.

[269] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.574. Segundo o autor, a produção e o comércio de bens já não se orientam à demanda do estrato superior para guerras, cruzadas, exploração marítima etc., mas para o consumo. A produção se orienta à demanda de consumo do mercado, ou seja, a economia se orienta a ela mesma e não aos estratos superiores. Fundada na disponibilidade de dinheiro – e não da propriedade

Mais importante do que a crescente dependência da nobreza em relação ao dinheiro é a independência do dinheiro em relação à nobreza e à ordem estratificada. O valor das transações é, agora, medido pelo mercado, conceito que passa "a designar a própria lógica daquelas transações que não dependem de nenhuma das outras características sociais".[270]

A esse processo, correspondem formas jurídicas, como a permissão para cobrança de juros. O trabalho deixa de ser consequência do pecado original e passa a ser condição e produto de processos econômicos: a distinção esforço/ócio dá lugar à distinção trabalho/desemprego. A economia vai assim se constituindo em um âmbito em que só a comunicação com sentido econômico (pagamentos) pode enlaçar com outras comunicações com sentido econômico. O dinheiro gasto deve ser ganho novamente para manter a capacidade de pagamento. Quando os rendimentos da terra cultivada de modo tradicional já podem ser calculados de modo a garantir rentabilidade: "a economia então permite uma única alternativa à produção rentável e ao comércio, i.e., trabalhar por remuneração. O que não entra em consideração para a nobreza".[271] A diferenciação da economia mantém a nobreza à sua margem. A velha ordem de coisas, isto é, o estrato superior e sua visão de mundo centrada nele e na sua moral generalizante, não pode resistir ao processo de diferenciação do sistema político e do sistema econômico. [272]

---

de bens – a economia se abre à população. Todos podem assumir os papéis de fornecedor e de consumidor – dependendo do poder de compra – e, assim, ascender e participar do mercado independentemente de estirpe ou virtude. O influxo de metais e materiais vindos das Américas a partir do séc. XVI faz com que a captação de recursos pela economia já não dependa da riqueza dos estratos superiores. Novas formas de ganhar dinheiro com juros, concessão de empréstimos e investimentos não são processadas teoricamente de imediato, mas também reformulam a economia. Há agora todo um mercado para o investimento em meios de produção, cuja rentabilidade se basea em um cálculo puramente econômico. Mesmo sendo os proprietários supremos das coisas, a nobreza, os senhores feudais, a realeza e o Papa já não podem controlar uma economia fundada em cálculos de rentabilidade. (LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.575-576).

[270] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

[271] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.576.

[272] Nesse cenário, explica Luhmann, tem um papel especial no processo de diferenciação funcional da sociedade o mercado de livros. A impressão massificada de livros e sua comercialização catalisam uma tecnologia fundamental, que é a de saber ler. Difundida a alfabetização, restrições temáticas tendem a ser inócuas, pois "quem sabe ler a Bíblia sabe ler também panfletos da polêmica religiosa, diários, novelas". Como o controle sobre os produtos que serão impressos e comercializados se orienta pela economia – lei do mercado – outros âmbitos (religião, moral de estratos superiores) perdem o controle sobre a comunicação. Os mais afetados são a religião e a política, que tentam sem sucesso controlar o processo. (LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.578). A diferenciação da economia também retira do âmbito da família o controle da produção de bens – para satisfação de necessidades ou comércio – o que leva a uma separação entre vida familiar e vida no mercado de trabalho. A vida pública se desloca para o mercado, modificando assim os costumes, que já não seguem e não se acomodam no padrão estabelecido pela visão de mundo da nobreza. Ainda, tem-se que o trabalho individual remunerado facilita a aceitação do casamento tardio, da solteirice ou mesmo da ideia de que cada geração deve, principalmente em termos econômicos, formar uma nova unidade familiar. Como consequência, é favorecida a simpatia pessoal para o casamento. O princípio do casamento por afinidade põe em xeque a endogamia, que é base da estratificação. (p.579-580).

Quando se chega ao séc. XVIII já não se pode falar em um primado da estratificação, ainda que "a apresentação oficial da sociedade – com ajuda de qualificações jurídicas, regulações estatais de polícia, e estadísticas fiscais – se atenham a essas velhas classificações [...]". Quando o Iluminismo e a Revolução Francesa chegam, já não precisam provocar esses fatos: eles apenas os registram e fazem com que as autodescrições da sociedade os incorporem.[273] A partir do final do séc. XVIII a diferenciação funcional se realiza deliberadamente, de maneira crescente e independente das premissas de estratos sociais. A diferenciação vai tomando cada vez mais espaço e a sociedade vai sendo levada pela "corrente de inclusão dos seus sistemas funcionais".[274] Ainda que mantidos os estratos, o decisivo é resolvido nos sistemas de função. Os sistemas regulam os temas a serem tratados, as regras para a comunicação e a posição com que isso é atribuído às pessoas.[275]

A velha ordem estratificada vai cedendo espaço ao primado da sociedade funcionalmente diferenciada, em que o processamento de sentido se organiza conforme um âmbito diferenciado à luz de uma função. O sentido referente à organização do poder só é tratado na política, o sentido referente ao gerenciamento da escassez só é tratado na economia, o sentido referente à validação da verdade só é tratada nas ciências e o sentido referente à distinção lícito/ilícito no sistema jurídico. Isso cria um enorme contingente de complexidade para o sentido, que já não conta com referenciais externos, superiores ou, de qualquer modo, centrais, isto é, válidos para todo o sentido possível. Sob essas condições estruturais os centros de certeza pré-modernos já não podem subsistir.

Como bem explica Gonçalves, "a estabilidade das certezas absolutas depende de instrumentos que possam confirmá-las a cada vez que surgem relações sociais imprevistas", artefatos semânticos produzidos por centros de certeza capazes de controlar, semanticamente, "as manifestações do socialmente possível".[276] Verdades universais e

---

[273] Como aponta Luhmann, os movimentos mais importantes do séc. XVI, reforma protestante e humanismo político, não são movimentos aristocráticos, mas burgueses. A própria semântica desses movimentos é alheia à ética da nobreza. (LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.580-581).

[274] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.585.

[275] Ainda, com explica o Luhmann, "Nisso têm um papel importante tanto generalizações independentes dos estratos (por exemplo, a capacidade geral jurídica, a nacionalidade, a maturidade após frequentar as escolas superiores), como distinções também independentes dos estratos".(LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007).

[276] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p.152.

absolutas funcionam bem, para reprimir a contingência do sentido, quando contam com o amparo desses centros. Se a verdade é válida universalmente, ela pode ser transportada de um texto religioso para um texto jurídico com tanta facilidade que sequer se pode claramente diferenciar o sentido jurídico do sentido religioso quando a verdade está retratada. Esses centros, por sua vez, dependem de certas condições estruturais que vão sendo demolidas.

Em termos estruturais, a visão religiosa do mundo, isto é, o centro metafísico de certeza e seus instrumentos, como a moral generalizante e as verdades absolutas, dependia, em grande medida, da estratificação social (à qual correspondida uma estratificação cosmológica). Seja porque o clero era formado a partir de integrantes da nobreza, seja porque apenas a ascendência política da visão religiosa lhe permitia produzir uma semântica com tamanha amplitude.

Com o amparo de uma economia independente, surge uma política independente dos pressupostos religiosos e, em pouco tempo, da visão de mundo dos estratos superiores. Surge uma ciência independente daqueles pressupostos, desenvolvida em universidades mais ligadas ao Estado do que à Igreja, ou com condições econômicas de independência. A separação de todos esses âmbitos tem como consequência que a religião e a política, juntas ou separadas (no caso, separadas), já não podem fornecer mecanismos de certeza válidos para todos os âmbitos do processamento de sentido na sociedade. Quando, a partir do séc. XVIII, a Modernidade se instaura em definitivo, cada sistema responde pelo seu próprio sentido e, apesar das várias tentativas de reconstrução de um centro de certeza por meio da ciência (certeza racional, como se verá no capítulo 2.2.), as condições estruturais da sociedade não permitem mais do que uma certeza relativa e delimitada semanticamente a certos temas. A partir desse momento, a certeza passa a ter um tratamento próprio. Ela é pensada e refletida cientificamente e filosoficamente. A certeza do direito ganhará uma abordagem específica (e a multiplicidade das reflexões sobre a certeza confirma a sua impossibilidade, ao menos nos mesmos termos de antes).

2.1.4 Modernidade e sociedade funcionalmente diferenciada. O vácuo de certeza

Como se viu até o momento, pode-se fazer uma distinção entre forma de diferenciação social (segmentária, centro-periferia e estratificada) – que é a estrutura mais

geral a partir da qual uma sociedade organiza todo o processamento de sentido – e o conjunto semântico de autodescrições sociais, aos quais se chamou de *culturas* (*arcaicas* e *pré-modernas*).[277] Na teoria luhmaniana, o conceito de *sociedade moderna* (ou de Modernidade) comporta certa sobreposição dessas distinções: a *modernidade* caracteriza a semântica (*cultura*) da sociedade funcionalmente diferenciada e que chama a si mesma de moderna. Em razão da sua elevada complexidade, a teoria dos sistemas também se refere a essa sociedade como *sociedade complexa*.[278]

Diferenciação funcional, explicam Luhmann e De Giorgi, significa que o ponto de vista a partir do qual se "se diferencia uma diferença entre sistema e ambiente, está na função que o sistema que se diferenciou (e, portanto, não o seu ambiente) desempenha para o sistema inteiro",[279] ou seja, o sistema desempenha uma função referente a um problema da sociedade (e não do sistema) que só o sistema pode resolver. Quando a sociedade se diferencia por funções – e não mais com referência ao parentesco, território ou estratos –, a reprodução da comunicação passa a se referir a si mesma, produzindo sempre mais de si e atinge "um fechamento a partir do qual, para a política conta só a política, para a arte só a arte, para a educação só a pré-disposição e disponibilidade ao aprendizado, para a economia só o capital e o lucro" (autopoiese).[280] Ascendência, parentesco, pertinência, ser ou não ser cidadão, já não

[277] No entanto, como explica Luhmann, o conceito de cultura é problemático. Foi construído no século XVIII para colocar, em um único conceito compreensivo, representações comparativas que permitissem à Europa lidar com regiões recém-conquistadas. Do ponto de vista científico, é um conceito pouco claro, pois, não explica do que a cultura se distingue, se inclui todos os artefatos, textos, arte, costumes etc. Como coloca o autor, "se um conceito não consegue esclarecer que coisa ele exclui, ou seja, qual é o outro lado indicado pela sua forma, não se pode esperar dele contribuições científicas". (LUHMANN, Niklas. Causalidad nel Sud. In: CORSI, Giancarlo; DE GIORGI, Raffaele. **Ridescrevere la questione meridionale**. Lecce: Pensa Multimedia Editore, 1998, p.92). Mas, ressalvada a crítica, o conceito é útil justamente para indicar, de uma perspectiva comparativa e compreensiva, o conjunto semântico (incluindo artefatos, representações e autodescrições) e arranjos estruturais de povos e civilizações. Também nesse sentido: LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.698-700.

[278] Importante apontar também que a modernidade, mais que um tipo conceitual, é um caso bastante específico, pois a passagem de uma sociedade estratificada para a uma sociedade funcionalmente diferenciada ocorreu apenas no caso europeu, ao final da Idade Média. O processo de diferenciação funcional da sociedade, que caracteriza a sociedade moderna, encontra uma referência histórica concreta vista no item anterior. Assim, segundo Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi (LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Rafaelle. **Teoria della società**. 11.ed. Milano: FrancoAngeli, 2003, p.302), a modernidade surge na Europa ocidental e, uma vez estabelecida, se projeta como sociedade mundial. A partir de um modelo inclusão/exclusão e de um conceito de *modernização*, as regiões e comunidades ao redor do mundo seguem descritas pelo centro como mais ou menos modernas, ou em processo de modernização. Nesse sentido: LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.108; 126-127 e também LUHMANN, Niklas. **Observaciones de la modernidad** – racionalidad y contingencia em la sociedad moderna. Barcelona: Paidós Ibérica, 1997, p.26.

[279] LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Rafaelle. **Teoria della società**. 11.ed. Milano: FrancoAngeli, 2003, p.303.

[280] LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Rafaelle. **Teoria della società**. 11.ed. Milano: FrancoAngeli, 2003, p.291. A esse contínuo produzir a si mesmo por meio de autorreferência (sem importar elementos e sentido do exterior) a teoria dos sistemas chama de *autopoiese*. Nesse sentido: LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales** – lineamientos para una teoría general. Tradução de Silvia Pappe y Brunhilde Erker Rubi. (Barcelona): Anthropos; Mexico: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p.56-59.

podem interferir, de modo decisivo, na produção do sentido específico de cada sistema. Esse sentido será fruto da autopoiese de cada sistema pois, vale lembrar, sistemas sociais são também sistemas de sentido e, portanto, para esses sistemas, controlar a produção e organização do seu próprio sentido significa controlar as condições da sua contínua autoprodução.

O processo de diferenciação funcional da sociedade, que leva à formação desses sistemas, como visto no item anterior, é um processo lento e gradual, em que, um após o outro, âmbitos de sentido socialmente relevante se tornam independentes da visão de mundo estratificada. Nesses âmbitos, o sentido determina a si mesmo orientando-se à resolução de um problema na sociedade (e não ao *ethos* de um estrato), ou seja, ao desempenho de uma função, diferenciando-se como sistemas autopoiéticos. Esse processo desmonta as estruturas que amparavam o centro de certeza metafísico, o qual garantia a redundância de um sentido válido para todos os âmbitos sociais e conduz a um correlativo desenvolvimento de âmbitos específicos para a formação de sentido para a sociedade, livres de vínculos com a estratificação social e sua moral generalizante.

De acordo com a teoria luhmaniana, na sociedade funcionalmente diferenciada – que é a sociedade contemporânea –, esses âmbitos se apropriam de meios de comunicação simbolicamente generalizados (poder, verdade, amor, dinheiro etc.) e especificam um sentido para a comunicação que se desenvolve neles. Ao especificarem um sentido para a comunicação que produzem, esses âmbitos se fecham em suas próprias operações, de modo que o sentido de suas operações não comporta determinação exterior. Por exemplo, a economia não comporta que o valor das coisas seja determinado por qualquer outra coisa que não o mercado, que nada mais é do que uma expressão das operações econômicas de troca.[281] A ciência não comporta que a verdade seja validada por qualquer outra coisa que não o método científico.[282] A política já não comporta que o exercício do poder seja determinado por qualquer outra coisa que não o resultado de procedimentos politicamente estabelecidos. A essa sociedade, já plenamente diferenciada, a teoria dos sistemas também se refere como *sociedade complexa.*

[281] Assim quando, para tentar controlar a inflação, a política tenta determinar, normativamente, o preço de certos bens e serviços e o resultado vem na forma de mercados clandestinos.

[282] Orientações religiosas, políticas ou econômicas podem ser determinantes para o financiamento de pesquisas, mas não podem, por si, validar cientificamente o resultado de uma pesquisa.

Nesse cenário, a ideia de ***função*** indica o vínculo que cada sistema estabelece com a sociedade. O sentido se diferencia dos demais sentidos possíveis no ambiente e nos outros sistemas à medida que se autodescreve como voltado à resolução de um problema na sociedade que só ele pode resolver. O sistema "monopoliza para si mesmo a função e conta com um ambiente que, nesse aspecto, é inadequado ou incompetente".[283] Assim, o sistema engata suas operações com base no pressuposto de que sua função é exclusiva e nenhum sentido externo pode engatar operações no sistema. A consequência é que os sistemas se colocam em um estado de "indeterminação autoproduzida".[284]

Para explicar esse modo de operar, os autores recorrem ao conceito de máquina não-trivial, extraído da cibernética de Heinz Von Foerster. Quando operada, a máquina não-trivial – em oposição à máquina trivial – não corresponde às instruções do operador, ela responde (ou não responde) tendo por referência exclusiva sua própria memória. A cada operação ela é uma nova máquina.[285] Sistemas sociais operam como máquinas não-triviais.[286]

Além disso, na sociedade funcionalmente diferenciada, como cada sistema se relaciona com o ambiente (sociedade) a partir de uma função diversa, para cada sistema há "um ambiente interno da sociedade integrado de distinta maneira [...] o sistema total renuncia a estabelecer uma ordem de relações (por exemplo, o ranque) entre os sistemas de função". [287] Como consequência, não há nada que permita a essa sociedade regular as relações entre os sistemas, elegendo um que sirva como vértice ou centro. Tampouco o ambiente pode exercer uma posição desse tipo: para os sistemas, o ambiente é complexidade desestruturada e que, por si, não comunica *com* os sistemas lhes outorgando funções. A função, como vínculo com o ambiente, é construída pelo próprio sistema como mecanismo que lhe possibilita a

[283] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.591.
[284] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.590.
[285] FOERSTER, Heinz von. **Sistemi che osservano**. Roma: Astrolabio, 1987, p.128-131. Na colocação de Ciro Marcondes Filho, "A máquina não trivial é uma máquina que se altera quando opero com ela, tornando-se, depois disso, outra máquina. Quando eu lhe pergunto quanto é 2 vezes 2, ela diz verde. Se eu contesto e digo, não, é azul, daí ela responde: é quatro!" (MARCONDES FILHO, Ciro. Só conseguimos enxergar aquilo que podemos explicar – Heinz von Foerster e os dilemas da comunicação. In: **Caligrama.** Revista de estudos e pesquisas em linguagem e mídia. v.2. nº1., jan-abril, 2006, p.7).
[286] Nas palavras de Luhmann, "com a passagem à diferenciação funcional, a sociedade renuncia a impor aos sistemas parciais um esquema comum de diferenciação. Enquanto que no caso da estratificação cada sistema parcial deve definir-se a si mesmo frente aos outros mediante uma diferença de ranque para só assim chegar à identidade própria; no caso da diferenciação funcional cada sistema de função determina sua própria identidade – e isso sem exceção [...] através de uma semântica elaborada de reflexão, de autonomia, de dar-se um sentido a si mesmo". (LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.591).
[287] E "a metáfora do equilíbrio tampouco é útil já que só dissimula o fato de que a sociedade já não é capaz de regular as relações entre os sistemas parciais e que deve confiá-las à evolução". (LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007).

autorreferência do sentido, e não uma imposição externa.[288]A diferenciação funcional implica, para o sistema, que a sua função é a mais relevante. O sistema orienta suas operações sempre pela sua própria função e não pela de outros sistemas. Por exemplo, "para o sistema político, o êxito político (como quer que se operacionalize) é o mais importante de todo o resto e uma economia exitosa é unicamente importante, nesse caso, como condição dos êxitos políticos". Seja do ponto de vista do ambiente, seja do ponto de vista do próprio sistema, não há hierarquia entre os sistemas.[289]

Outra característica da sociedade funcionalmente diferenciada é que, operando em torno da própria função (autorreferência), os sistemas, para construir um sentido específico, exclusivamente seu, desenvolvem códigos binários. O código permite ao sistema distinguir com nitidez as suas próprias operações sem precisar fazer referências externas. O código binário ou confirma ou nega o sentido do sistema. Ele manifesta as distinções por meio das quais os sistemas formam as estruturas de sentido que viabilizam a comunicação, vale dizer, as expectativas como lícito/ilícito, ter/não-ter, comandante/comandado, verdade/falsidade etc. É o código que permite ao sistema atuar reduzindo a complexidade do ambiente a uma distinção binária. [290] Por meio da aplicação do código o sistema atribui sentido ao ruído captado no ambiente, reduzindo complexidade. O código é exclusivo de cada sistema e, por isso, permite clausura operativa (operações do sistema só podem se enlaçar com operações do sistema).[291] Assim, por exemplo, "o que se fixa como juridicamente válido pode servir em uma ulterior comunicação para estabelecer de novo a pergunta de se juridicamente

[288] Segundo explica Luhmann, livre do controle dos estratos, o sentido especifica operações autorreferentes (observações sobre si mesmo) e, por meio dessas operações, delimita uma barreira de sentido: o sentido dessas operações não se confunde com outros sentidos possíveis e disponíveis. A função é a barreira de sentido que permite que o sistema monopolize um sentido próprio. Como essa barreira é resultado das operações do próprio sistema, a função não se volta à preservação da sociedade, mas à preservação do próprio sistema, razão pela qual não existe um catálogo de funções socialmente necessárias. (LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.592).

[289] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.592. A função serve como ponto de referência da autorreferência dos sistemas (o sentido se especifica descrevendo a si mesmo como voltado a uma função), o que viabiliza a clausura operativa (as operações do sistema não engatam operações com operações de outros sistemas), da qual decorre a formação de "sistemas autopoiéticos no interior do sistema autopoiético da sociedade. (LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007). O conceito de *autopoiese* indica essa capacidade de o sistema se manter autoproduzindo a si mesmo sem importar elementos.

[290] Como o sentido só pode se referir a si mesmo, toda operação pode ser reconduzida a uma diferença entre confirmação ou negação do sentido. (LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.592).

[291] Ao passo em que, "ao se orientar pela função, o sistema defende a preponderância de suas próprias opções – prover o futuro com dinheiro e não confiando em Deus, formando em escolas e não apenas mediante socialização –, mediante o valor negativo do código reflete sobre a necessidade de impor critérios a todas suas operações". (LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.593).

isso é válido ou inválido e exigir, por exemplo, uma mudança na lei".[292] O direito não tem por objetivo aplicar o valor positivo (lícito) ou negativo (ilícito) do código. As leis não determinam critérios para aplicação de um dos lados da distinção, mas critérios que viabilizem a aplicação de ambos os lados, ou seja, qualificação do sentido produzido socialmente tanto como conforme-o-direito quanto como não-conforme-o-direito. E, por isso, em um sistema jurídico funcionalmente diferenciado a certeza não pode residir em um dos valores do código.

Contudo, embora não exista uma determinação externa *a priori* que programe a aplicação do código, a sua recorrência ao longo da história do sistema faz com que o próprio sistema estabeleça regras, qualificando aplicações como corretas ou incorretas e que podem ser chamadas de programas. As leis são, no sistema jurídico, exatamente, programas de aplicação do código. A distinção "entre código e programa estrutura – agora podemos dizer – a autopoiese dos sistemas funcionais".[293] A autopoiese orienta a aplicação do código binário, estabelecendo um valor de rejeição a todos os demais códigos. Os códigos ter/não-ter, comandante/comandado, verdade/falsidade; lícito/ilícito, rejeitam-se mutuamente e rejeitam outros códigos, como a moral.[294] Em termos cibernéticos, os sistemas funcionais são dependentes em relação à energia (ruído, captado no ambiente) e independentes em relação à informação.[295] Eles não poderiam existir sem o ambiente, mas não há importação de sentido nem determinação externa quanto à sua organização. De modo similar, com dependência e independência, os sistemas organizam suas relações recíprocas. Como com a diferenciação funcional, cada sistema trata a sua função como preponderante e pressupõe que outras funções são cumpridas em outro lugar, não existe "possibilidade de direção recíproca, já que isso implicaria em certa medida usurpar funções".[296]

---

[292] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.594.
[293] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.594-595.
[294] Os valores negativos dos códigos binários (pobreza, subordinação, falsidade, ilegalidade) não são bons ou ruins: o código sistêmico se coloca em um plano de amoralidade. A moral só entra quando a aplicação do código é corrompida, conduzida a erro, como coloca Luhmann, "dúvidas éticas não podem por certo transformar a verdade em falsidade, embora possam impedir que se destinem financiamentos a uma determinada investigação". (LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.596).
[295] Nesse sentido, Luhmann afirma que a "autopoiese consiste na reprodução (produção a partir de produtos produzidos) de operações elementares do sistema: por exemplo, pagamentos, afirmações jurídicas, qualificações escolares, decisões coletivamente vinculantes etc. A qualidade distintiva dessas operações elementares – sua inconfundibilidade com relação aos elementos de outros sistemas – reside em estarem constituídas no âmbito de contingência de um código específico". O código é reproduzido a toda e cada operação do sistema. (LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.596).
[296] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

Aqui se produz uma certeza importante para a sociedade funcionalmente diferenciada: a certeza de que não há uma certeza alheia à lógica interna de cada sistema (ficando em aberto qual é a certeza dessa lógica interna). Um sistema não pode determinar a lógica de outro sistema. O sistema total da sociedade não é capaz de determinar a lógica dos seus sistemas parciais. Isso não significa que os sistemas não estabeleçam relações entre si. Embora os sistemas sejam operacionalmente fechados, existem eventos e operações que acontecem simultaneamente em mais de um sistema. Um pagamento (sistema econômico) é também o cumprimento de um contrato (sistema jurídico). Manejando a distinção entre autorreferência e heterorreferência, os sistemas podem, nesses eventos simultâneos, atribuir o sentido das suas operações ao ambiente (isto é, a outro sistema).[297] A recursividade desses eventos simultâneos tende a formar estruturas comuns de referência para o sentido nos dois sistemas, que são os chamados acoplamentos estruturais.[298] É o caso, por exemplo, dos contratos, que acoplam sistema jurídico e sistema econômico. O sistema pode então fazer uso da operação percebida em outro sistema (como irritação e não como informação) para orientar suas operações. Os sistemas atribuem, assim, à função desempenhada por outro sistema, o sentido de uma *prestação* que pressupõem para desempenhar sua própria função.[299]

O sistema jurídico, por exemplo, estabiliza de modo generalizado expectativas normativas, contando com o fato de que o poder (que viabiliza o cumprimento compulsório da decisão) está organizado pelo sistema político. A economia calcula rentabilidade futura tendo como garantida a expectativa normativa referente ao cumprimento dos contratos. No entanto, essas operações permanecem vinculadas às redes recursivas dos respectivos sistemas, isto é, dependendo do sistema de referência, têm uma pré-história e um futuro completamente distintos.[300] Por isso, não se pode supor que um sistema possa direcionar ou acionar em seu

---

[297] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.597-598.

[298] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.597). Como explica Luhmann em outra obra, a formação de estruturas não é possível no vazio, mas pressupõe matéria/energia/ruído, enfim, complexidade ainda não estruturada. Mediante um enlace, um sistema pode utilizar as estruturas de outro sistema para fixar o sentido de possibilidades que ainda lhe estão em aberto, oferecendo suas estruturas para que o outro sistema faça o mesmo. (LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Rafaelle. **Teoria della società**. 11.ed. Milano: FrancoAngeli, 2003, p.33). Sobre os acoplamentos estruturais do sistema jurídico: (Operational closure and structural coupling: the differentiation of the legal system. In: **Cardozo Law Review**, nº 5, v. 13, p. 1.419.1441. Como explica o autor, "o acoplamento estrutural entre sistema e ambiente não contribui com operações (ou outros componentes) para a reprodução do sistema. Trata-se simplesmente da forma específica por meio da qual o sistema pressupõe estados ou mudanças no seu ambiente e confia neles", (p. 1.432).

[299] A isso se chama abertura cognitiva dos sistemas autopoiéticos.

[300] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.597.

favor as operações de outro sistema. As prestações indicam apenas que os sistemas aproveitam, de modo autorreferencial, aquilo que conseguem perceber nas operações dos outros sistemas. Não há, contudo, relações ponto-a-ponto entre os sistemas, não há compreensão mútua, muito menos direcionamentos recíprocos.

O resultado desse arranjo estrutural é que a sociedade funcionalmente diferenciada não conta com a segurança de que determinado âmbito da sociedade (estrato superior, centro, parentela) se responsabilize pela organização do sentido social. Não há um sistema mulifuncional, como a política e a religião puderam ser em sociedades pré-modernas. O sentido das operações sistêmicas é determinado pelo próprio sistema, mas se orienta também pela percepção da atividade sentida em outros sistemas como prestações. Isso implica um aumento considerável de complexidade, pois os sistemas se irritam mutuamente sem poder controlar ou calcular os efeitos dessas irritações.

Diante dessa complexidade, "oscilações de escassa relevância na capacidade ou disponibilidade de prestação dos sistemas – por exemplo, a disponibilidade política a impor o direito – podem provocar nos outros sistemas irritações desproporcionais".[301] Ainda, a complexidade também se agrava porque cada sistema pode desempenhar apenas a sua função. "Nenhum sistema pode intervir no lugar de outro em caso de emergência ou sequer complementá-lo no caso de continuidade".[302] A complexidade segue crescendo e a sociedade se apresenta como insuscetível de qualquer tipo de controle ou planificação. O coeficiente de irritação entre os sistemas só tende a aumentar e a impossibilidade de um panorama inviabiliza que se possa calcular a causação de mudanças nas relações entre sistemas.[303] Os

[301] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p. 604.
[302] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007. Como explica o autor: "No caso de uma crise de governo, a ciência não pode prestar nenhuma ajuda com as suas verdades. O sistema da política não dispõe de nenhuma possibilidade própria para realizar o êxito da economia por mais importante que seja para a política essa dependência e por mais que atue como se realmente o pudesse. A economia pode participar na ciência condicionando pagamentos em dinheiro, mas nem todo dinheiro pode produzir verdades. Com perspectivas de financiamento pode-se tentar irritar, mas não aduzir prova científica".
[303] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007. A sociedade é hipercomplexa. Os sistemas operam com lógicas diferentes, tempos diferentes, sentidos diversos, irritam uns aos outros e desafiam qualquer cálculo. Como bem analisa Luhmann, essa situação faz com que se formem "simplificações [...] se exige determinadas decisões: por exemplo, mais dinheiro para certos objetivos, ou decisões que mudem a situação jurídica considerando certos interesses – para logo terminar elevando o reclame de que não se escuta nem se dá satisfação. As simplificações então são pagas com altas quotas de decepção" o que alimenta opiniões pouco realistas sobre a sociedade moderna e leva com avidez ao consumo de escândalos. (p. 604-605).

sistemas "geram tempos particulares e desigualdades que já não podem coordenar-se societalmente".[304] Para cada sistema funcional o ambiente é diverso e incontrolável.[305]

Essa complexidade traz também consequências importantes para as possibilidades de descrição da sociedade e limites de plausibilidade da sua semântica. A própria Modernidade da sociedade, diversamente de outros momentos históricos, é uma construção semântica no presente, uma autodescrição da sociedade moderna. Antigas descrições do todo social, como a ideia de Cristandade ou a estrutura de classes, já não se aplicam, já não são plausíveis. Os âmbitos de sentido social são abandonados a si mesmos, tornando impossível descrever a sociedade como um todo. Para construir sua identidade, a sociedade moderna percebe a si mesma em uma relação temporal, ou seja, mediante referências ao seu próprio passado: ela é nova e o passado antigo. Trata-se, contudo, de uma identidade produzida por meio da diferença: a sociedade moderna não se identifica com as suas origens passadas, ela se identifica consigo mesma no presente na medida em que é diferente das suas origens. Quando percebe a si mesma, já não é aquilo que era e não voltará a ser e isso "arruína todas as características da modernidade porque também para ela é válido dizer que as características da modernidade de hoje não são as de ontem e tampouco as de amanhã e é precisamente nisso que reside a sua modernidade".[306]

---

[304] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p. 609.

[305] Nesse contexto, a clausura operativa e a autonomia autopoiética são fundamentais, pois permitem ao sistema atingir altos níveis de complexidade interna, tornando-se compatível com a desordem do ambiente. (LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p. 610).

[306] LUHMANN, Niklas. **Observaciones de la modernidad** – racionalidad y contingencia em la sociedad moderna. Barcelona: Paidós Ibérica, 1997, p.26. Como explica o autor, na sociedade funcionalmente diferenciada, que descreve a si mesma como moderna, não há um terreno comum de onde se possa observar e descrever os objetos em um mundo previamente dado pela natureza. Todas as possibilidades de compreensão de sentido na sociedade moderna dependem de se observar as observações que os sistemas produzem. Dependem, portanto, daquilo que a cibernética chama de observações de segundo grau (observações de observações), o que expõe uma contingência intrínseca já que toda observação observada poderia ser diferente daquilo que é. Também por esse motivo, como explica Luhmann, a tão divulgada ideia de uma pós-modernidade, entendida como a falta de uma descrição unitária do mundo, de uma razão única e vinculante, nada mais é do que o resultado das condições estruturais da própria modernidade sobre a semântica. Não é mais possível/plausível descrever a sociedade como unidade a partir de um ponto de vista privilegiado. Esse ponto não existe. Não se trata, assim de uma emancipação racional, mas sim da emancipação da própria razão. "Quem se considera racional e o diz é observado e desconstruído". Toda observação seleciona determinadas distinções com as quais observa (observa-se algo e não outra coisa). Toda observação é observada em relação às distinções que seleciona ou deixa de selecionar. Como toda seleção é contingente, esse observar é tido como relativismo. Mas, como na sociedade moderna cada sistema especifica seu próprio sentido – não há um centro de controle de todo o sentido na sociedade –, só é possível conhecer no mundo observando as observações de cada sistema, isto é, o sentido específico de cada sistema, o que depende de se observar as distinções utilizadas. O próprio observador – o operar do sistema – não vê as distinções que utiliza. Só em uma observação de segundo grau isso é possível. Conhecer a realidade é conhecer a observação feita por um observador: só é possível saber onde se está quando se observa as distinções utilizadas por um observador para, nesses marcos, realizar novas operações. A modernidade deste modo de conhecer a modernidade da sociedade moderna está no fato de que essas observações de segundo grau não remetem a uma realidade ontológica. Toda observação está sujeita a outra observação que vê distinções que a observação utilizada não pode ver. Essa forma de conceber e descrever a si mesma gera valores próprios da sociedade, com os quais se identificam todos os

Uma consequência desse estado de coisas é que, na semântica da sociedade moderna, emerge como valor próprio a incerteza, a contingência. Abandonada a si mesma, a sociedade moderna só pode se descrever como contingente, como incerta, como fruto das observações de si mesma e que evidenciam a contingência de poderem ter sido diversas.[307]

Apesar das evidentes e profundas diferenças de função e codificação entre os sistemas, há semelhanças estruturais profundas que demarcam uma identidade da *modernidade* da sociedade moderna. A coesão resultante dessa identidade se mostra "nas consequências não arbitrárias da autonomia dos sistemas funcionais". [308] Os sistemas são diferentes mas todos eles fecham-se operativamente e conquistam autonomia com apoio em observações de segundo grau como *operação normal*. Mas justamente essa característica faz com que os sistemas trabalhem em um elevado nível de contingência do sentido.

Na Idade Média, a contingência era reprimida e ocultada pelo centro metafísico de certeza. As coisas eram (ou não) como eram porque foram criadas assim por Deus e a contingência implícita – por que Deus criou o mundo do modo como criou? – ocultada com a semântica teológica dos mistérios da criação e dos desígnios divinos. Mas a sociedade moderna não dispõe mais desse aparato religioso e desenvolve outros mecanismos lógicos para tratar da contingência. Na sociedade complexa, a contingência da produção do sentido obriga os sistemas a conceberem sua própria identidade por meio de observações das suas próprias observações (observações de segundo grau). Apenas as *observações de segundo grau* permitem a referência à contingência e sua reflexão de modo conceitual. Essas observações

---

sistemas em suas profundas diferenças. E é justamente a incerteza, a contingência, a não necessidade e não impossibilidade que surgem como valores próprios do operar da sociedade moderna e que tendem a condicionar sua semântica. (LUHMANN, Niklas. **Observaciones de la modernidad** – racionalidad y contingencia em la sociedad moderna. Barcelona: Paidós Ibérica, 1997, p.26-28; p.41-45).

[307] A partir do séc. XVIII o sistema científico abandona o mecanismo de uma classe de autoridades anunciadora das verdades e passa a utilizar publicações científicas. Com as publicações, o investigador, enquanto observador de primeiro grau, deve demonstrar na publicação que teve em conta o estado atual do conhecimento, ou seja, observar o que outros observaram. Ao mesmo tempo, deve confeccionar a sua representação do aumento de conhecimento de modo a permitir que outros observem o que ele observou. No começo do séc. XIX o sistema da arte deixa de se ater à ideia de reprodução (*imitatio*) de uma realidade externa, que é substituída pela ênfase nas formas cuja realidade é especificamente artística (arte abstrata, por exemplo) e se obtém pela observação artística da própria arte. A política também, especialmente onde há democracia, passa a se orientar pelo conceito de uma *opinião pública* que a observa e atua "como um espelho em que o político pode ver como são valorados ele e outros com a ajuda de issues específicos em cada caso". As eleições dão ênfase a essa orientação. A economia progressivamente se orienta pelo mercado e pelos preços que o mercado fixa, dos quais pode deduzir tendências na mudança dos preços, realizando assim típicas observações das suas próprias observações e assim por diante. (LUHMANN, Niklas. **Observaciones de la modernidad** – racionalidad y contingencia em la sociedad moderna. Barcelona: Paidós Ibérica, 1997, p.111-115).

[308] LUHMANN, Niklas. **Observaciones de la modernidad** – racionalidad y contingencia em la sociedad moderna. Barcelona: Paidós Ibérica, 1997, p.116.

podem ser de outro observador (outro sistema) ou do mesmo observador em outro momento (auto-observação). Porém, quando tudo aquilo que é observado depende da observação de alguém, tudo se torna contingente (inclusive a seleção do observador observado). Uma sociedade cuja semântica depende de autodescrições apoiadas em observações de segundo grau produz, como valor próprio, isto é, que se mantém estável no operar dos sistemas, a contingência.[309] Isso tem consequências importantes para o tratamento da incerteza no direito, pois a obstinada busca por uma certeza intransigente – como aquela que se percebe no movimento reformista – se distancia da realidade estrutural da sociedade e caminha para constantes frustrações.

No entanto, essa contingência não é aprendida de imediato. Três séculos de tentativas de reconstrução de um centro de certeza por meio da razão não ajudaram a realizar a plena potencialidade da incerteza e os sedimentos semânticos dessas tentativas exercem ainda profunda influência sobre o pensamento filosófico e jurídico, em especial, no que se refere ao tratamento da certeza e incerteza do direito.

2.2 Reconstrução semântica do centro de certeza: razão, experiência e probabilidade

As sociedades pré-modernas, como visto, tendiam ao processamento de sentido com forte carga de redundância. O mundo é o que é e não poderia ser diferente. As coisas até poderiam não ser conhecidas, mas não eram contingentes, elas não poderiam ser diferentes. O futuro era pensado como certo e determinado, ainda que desconhecido. Dentro do esquema geral da certeza *salvação/perdição*, *perfeição/corrupção* (e suas várias formulações, vindas do pensamento clássico/estóico[310]), o diferente, o contingente tinha seu lugar no lado negativo.

---

[309] LUHMANN, Niklas. **Observaciones de la modernidad** – racionalidad y contingencia em la sociedad moderna. Barcelona: Paidós Ibérica, 1997, p.87-96.

[310] Em todas as altas culturas pré-modernas, à estratificação social corresponde uma cosmologia hierarquizada, isto é, uma visão de mundo em que uma ontologia metafísica determina os critérios ideais. Pense-se na distinção platônica entre material/espiritual, mundo inteligível/mundo sensível, conhecimento perfeito/conhecimento imperfeito etc.. O mundo espiritual é perfeito e governa o mundo material, onde as coisas podem ser perfeitas ou imperfeitas. As propostas do estoicismo estão também imbuídas dessas distinções, de onde se extrai conceitos como alma, razão (*logos*) e *cosmos*. Existe uma razão superior, do cosmos à qual se conforma a razão do homem. Há, em outras palavras, como descreve Gonçalves, um centro metafísico que amplifica o sentido daquilo que já é conhecido e do qual emana uma moral generalizante capaz de reprimir a contingência (sentido desviante) em todas as esferas sociais. (GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada).

Vale dizer, existe um jeito *certo* de as coisas serem e o que não está de acordo, está corrompido.

A sociedade medieval, profundamente influenciada pela filosofia do cristianismo, convive com um centro metafísico que, por força da religião católica, ganha proeminência. Política e direito estão intrinsecamente ligados aos fundamentos metafísicos com os quais a sociedade se descreve. Além disso, à cosmologia hierarquizada em que esses fundamentos metafísicos se amparam, corresponde uma sociedade igualmente hierarquizada. Semântica cosmológica e estrutura social se implicam e se referem reciprocamente. O centro metafísico se realiza como ontologia e conforma os limites da produção do sentido.

O pensamento medieval concebia como sua tarefa reproduzir e descrever os grandes traços dessa arquitetura ontológica, fixando um lugar imutável e indiscutível para toda a realidade, cujo valor, mais ou menos perfeito, seria medido pela distância maior ou menor do *ser* criador.[311] Não havia, assim, incerteza, mesmo quando existia desconhecimento. O pensamento medieval "se sabe situado no seio de uma ordem inviolável que não lhe compete criar mas perceber. Deus, a alma e o mundo são os três eixos do ser em torno dos quais se articula o sistema do saber".[312] A lógica, determinada pelo centro metafísico de certeza, condiciona não só o conhecimento da natureza, mas todo o conhecimento possível, já que todas as coisas participam de uma mesma natureza.

Dessa ontologia decorre que todo o conhecimento é, na verdade, conhecimento de Deus, das verdades emanadas por Ele na natureza. A perfeição está no reino da graça e, sem ela, nem a ciência, nem a moral, nem o Estado, nem a razão podem ser erigidos. Sem ela, decorre a corrupção, a razão, que analisa o mundo, não pode produzir resultados *verdadeiros*. A *razão* na semântica medieval "continua sendo a serva da revelação (*tanquam famula et ministra*); no nível das faculdades naturais, intelectuais e espirituais, ela coloca o espírito no caminho da revelação, prepara o terreno da revelação".[313]

Nessa perspectiva medieval, em que a razão se subordina à revelação (isto é, ao centro metafísico), a *verdade* não é um critério de correspondência com o mundo (ou com a

[311] CASSIRER, Ernst. **A filosofia do Iluminismo**. 3.ed. Campinas: Unicamp, 1997, p.67-68.
[312] CASSIRER, Ernst. **A filosofia do Iluminismo**. 3.ed. Campinas: Unicamp, 1997.
[313] CASSIRER, Ernst. **A filosofia do Iluminismo**. 3.ed. Campinas: Unicamp, 1997.

realidade), mas da aferição de qualidades morais de um significado mais elevado,[314] um mecanismo importante para o funcionamento do centro de certeza, pois a moral generalizante se impõe com qualidade de verdade, isto é, irrecusável subjetivamente. A experiência, por sua vez, segue ainda vinculada ao pensamento platônico, ou seja, como incapaz de, por si, trazer qualquer conhecimento verdadeiro (sempre dependente da revelação divina).

Contudo, como foi visto no cap. 2.1.3., entre os séculos XIV e XVII, uma série de eventos vai, aos poucos, demolindo a concepção medieval do mundo. A redescoberta (e releitura) da cultura greco-romana, que se opunha à concepção medieval prevalecente; as grandes navegações, as pesquisas astronômicas (que colocavam em discussão os ensinamentos bíblicos); e a reforma protestante, fizeram vacilar o prestígio da Igreja e foram, pouco a pouco, desintegrando a unidade espiritual que dava estabilidade às relações sociais do mundo medieval há séculos.[315]

Mas, apesar de todas as suas revoluções, a sociedade do início da Modernidade ainda não se desfez da estratificação social e de certas distinções centrais para sua descrição e descrição do mundo. Embora o centro metafísico de certeza já não seja capaz de reprimir as intensas variações, o processo é muito lento e, antes que a Modernidade possa estabilizar toda sua incerteza, o pensamento científico/filosófico busca um substituto para a certeza metafísica. Esse é um dos aspectos centrais da tese de Gonçalves, pois, segundo o autor, a invenção da razão é o acidente evolutivo causador de tantas dificuldades para o pensamento moderno e a teoria jurídica em particular lidarem com os problemas da certeza e da incerteza do direito da sociedade complexa.[316]

Esse acidente não é, contudo, pontual. Trata-se de um percurso evolutivo em que a metafísica vai sendo abandonada como centro orientador para descrição da realidade e

---

[314] ESPOSITO, Elena. **Probabilità Improbabili** – la realtà dela finzione nella società moderna. Roma: Meltemi, 2008, p.11; LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007. p. 266-267.

[315] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p.25. É também o que ensina Cassirer, ao comentar o progresso das ciências da natureza a partir do séc. XVI. Segundo o autor, o "crescimento e a ampliação constante desse material parecem, a partir dos séculos XVI e XVII, ter que prosseguir *ad infinitum*. Desintegrou-se a forma rígida da mundivisão antiga e medieval; o mundo deixa de ser um cosmo no sentido de uma ordem visível em seu todo, diretamente acessível à intuição". (CASSIRER, Ernst. **A filosofia do Iluminismo**. 3.ed. Campinas: Unicamp, 1997, p.65-66).

[316] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p.34.

substituída, primeiro, por uma razão pura e, depois, por uma razão prática para, finalmente, construir a noção de probabilidade/previsibilidade como categoria capaz de descrever e gerar certeza sobre o mundo.

2.2.1 A certeza da razão

Segundo John Cottigham, em todo o seu percurso histórico, a noção de razão e racionalidade se mantêm associadas à noção de verdade (e, nesse sentido, pode-se acrescentar, certeza). Seja para Sócrates, Santo Agostinho, Descartes, Hegel ou Popper, falar em racionalidade é falar nas condições de validade de uma pretensão qualquer de verdade.[317] Enquanto valor difuso, a verdade amplifica as certezas existentes e, quando especificada, impõe realidades objetivas irrecusáveis, a partir das quais as chances de comunicação e, portanto, estruturação da complexidade do mundo, é potencializada. A verdade transmite certeza.

Para a tradição clássica, o conhecimento *verdadeiro* depende de uma capacidade intrinsecamente humana, a *razão,* a partir da qual Platão funda a distinção entre *crença* e *conhecimento*. Só o conhecimento pode conduzir a verdades e o conhecimento depende da razão. Existem diferentes classes de conhecimento e o conhecimento perfeito é o conhecimento das formas ideais, absolutas, das coisas em si mesmas. Esse conhecimento não é sensível, mas inteligível. Só a razão pode conduzir ao verdadeiro conhecimento, isto é, conhecimento das coisas imutáveis e eternas, da metafísica que determina as condições da perfeição. Os sentidos podem apenas mostrar as sombras enganosas que são os objetos particulares.[318]

---

[317] Por isso que, para o autor, "Rechaçar a racionalidade não equivale – nem pode equivaler – a abrir o caminho para uma verdade 'superior' ou 'mais profunda'. Pelo contrário, não é mais do que abandonar por completo toda pretensão de afirmar verdades". (COTTINGHAM, John. **El racionalismo**. Tradução de Juan-Andrés Iglesias. Barcelona: Ariel, 1987, p.21).

[318] COTTINGHAM, John. **El racionalismo**. Tradução de Juan-Andrés Iglesias. Barcelona: Ariel, 1987, p.33-43. Cumpre registrar que, para Cottingham, a contribuição de Aristóteles para a noção clássica de razão e racionalidade é menos clara. Não se pode nem chamar a Platão de um racionalista nem a Aristóteles de empirista, embora ambos estejam lidando com racionalidade e observações do mundo. O contexto histórico-filosófico é diverso. Aristóteles se dedica à observação do mundo como fonte de conhecimento e nega as formas universais como portadoras de realidade. A bondade ou a beleza não são transcendentais, mas algo que se realiza praticamente. Verdades, por outro lado, dependem das opiniões existentes, sendo prováveis quando fundadas nas crenças das pessoas respeitáveis ou numerosas. Para Aristóteles (e, depois, no pensamento tomista) o conhecimento depende da formação de imagens mentais, isto é, dos sentidos. O conhecimento pressupõe a percepção. Mas Aristóteles não propõe um conhecimento indutivo, a partir da experiência, e sim demonstrativo, isto é, geometricamente/analiticamente demonstrável. Uma demonstração é uma dedução a partir de premissas necessárias (*a priori*). Embora haja certa polêmica sobre a adesão à noção de um conhecimento *a priori* (e não apenas um método analítico), aponta Cottingham, Aristóteles é explícito ao atribuir à natureza do mundo a condição de necessária (e não contingente). O

Os pensadores medievais viram nas distinções platônicas um arcabouço conceitual a partir do qual poderiam traçar analogias sobre o conhecimento do *ser divino,* articulando fé e razão, de modo que verdades superiores poderiam vir apenas pela graça ou pela iluminação. Na medida em que a Modernidade se aproxima, uma outra concepção se apresenta: o conhecimento de verdades superiores está ao alcance do próprio intelecto. E aí se apresenta a profundidade da ruptura racionalista: mais do que o conteúdo, as consequências do método racional eram graves, pois dispensavam a revelação/iluminação para conhecimento das verdades. A revolução do método leva a razão a tentar substituir o antigo centro metafísico de certeza.

A obra de René Descartes (1569-1650) tem importância ímpar nesse movimento, mais propriamente o ensaio que introduz os seus estudos científicos, chamado *Um discurso sobre o método*. Para Descartes, o conhecimento da verdade não depende de uma revelação, mas de um método: o método racional, baseado na dúvida, na possibilidade de questionar, e que não depende da capacidade de intuir as forças e desígnios divinos, nem da revelação obtida pelos santos e sábios ou da tradição dos ensinamentos dos apóstolos.[319] Não depende, também, do conhecimento sensível (que é enganoso): o conhecimento racional é obtido pelo sujeito racional, que se orienta pela dúvida, já que os sentidos podem enganar.[320]

O primeiro passo do método é rejeitar tudo aquilo que é falso, tudo aquilo sobre o que possa duvidar: os *centros de certeza* metafísicos que alicerçavam a epistemologia

---

que é necessário, afinal, poderia ser sabido sem a experiência. Para o autor "Aristóteles considera que os sentidos só possuem uma função heurística no estabelecimento dos primeiros princípios. Os sentidos podem nos guiar na direção correta ou nos estimular em linhas fecundas de pensamento. Mas, por si mesmos, não podem estabelecer a verdade das proposições necessárias". (COTTINGHAM, John. **El racionalismo**. Tradução de Juan-Andrés Iglesias. Barcelona: Ariel, 1987, p.44-47).

[319] Como esclarece na sua obra clássica, *Discurso sobre o método* (1637), Descartes não acredita que o conhecimento por meio da revelação seja útil para conhecer a verdade, já que inacessível aos homens comuns. Sobre a revelação da teologia, explica que, "tendo aprendido, como algo muito certo, que o seu caminho não está menos franqueado aos mais ignorantes do que aos mais sábios e que as verdades reveladas que para lá conduzem estão além de nossa inteligência, não me atreveria a submetê-las à debilidade de meus raciocínios, e pensava que, para empreender sua análise e obter êxito, era preciso receber alguma extraordinária assistência do céu e ser mais do que homem". (DESCARTES, René. **Discurso sobre o método**. Primeira parte. Tradução de Enrico Corvisieri. Digitalização: Acrópolis. Disponível em: www.cfh.ufsc.br/discurso.pdf. Acesso em: 22 mar. 2014). Por esse motivo, explica Cottingham, Descartes é considerado o pensador de transição da filosofia antiga para a moderna. Não pelas suas conclusões em si, mas em razão do modo como concebe o indagar filosófico em busca da verdade. (COTTINGHAM, John. **El racionalismo**. Tradução de Juan-Andrés Iglesias. Barcelona: Ariel, 1987, p. 53).

[320] Como coloca o autor, o método racional é fundado a partir de quatro leis lógicas que, segundo afirma Descartes, lhe parecem suficientes: (a) "nunca aceitar algo como verdadeiro que eu não conhecesse claramente como tal [...] nada fazer constar de meus juízos que não se apresentasse tão clara e distintamente a meu espírito que eu não tivesse motivo algum para duvidar dele"; (b) "repartir cada uma das dificuldades [...] em tantas parcelas quantas fossem possíveis e necessárias"; (c) ordenar o pensamento, "iniciando pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer [...] galgando degraus, até o conhecimento dos mais compostos, e presumindo até mesmo uma ordem entre os que não se precedem naturalmente uns aos outros"; e (d) efetuar "relações metódicas tão completas e revisões tão gerais nas quais eu tivesse a certeza de nada omitir". (Idem, segunda parte).

medieval são atingidos. O segundo passo é a análise, em tantas partes quantas possíveis e necessárias, que instaura a diversidade de perspectivas para cada assunto. E tudo pode ser então colocado em dúvida, tudo pode ser declarado falso.[321] Nesse exercício de duvidar de todas as possibilidades metafísicas de certeza, de "rejeitar como totalmente falso tudo aquilo em que pudesse supor a menor dúvida, com o intuito de ver se, depois disso, não restaria algo em meu crédito que fosse completamente incontestável" [322] o que resta, como certeza, é só o raciocinar, o pensar. *Penso, logo existo*, só essa verdade pode ser afirmada como certeza sólida, pois sem ela sequer se pode duvidar.

O método cartesiano é autológico. E a certeza que o princípio *penso, logo existo*, permite não está no conteúdo semântico, pois "nada há no eu penso, logo existo, que me dê a certeza de que digo a verdade". [323] A certeza da razão, do penso, logo existo, está na distinção que permite ver "muito claramente que, para pensar, é preciso existir", podendo concluir-se "por regra geral que as coisas que concebemos muito clara e distintamente são todas verdadeiras".[324] A certeza tem então uma regra geral, que não é dada pela revelação de um centro metafísico, mas pela clareza da distinção, por um axioma que manifesta uma ideia

---

[321] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p. 36. É certo que, no texto do *Discurso*, Descartes tem o cuidado de, politicamente, ressalvar da sua análise "as verdades da fé, que sempre foram as primeiras na minha crença" sendo certo que, "quanto a todo o restante de minhas opiniões, podia livremente procurar desfazer-me delas" (terceira parte). A natureza política – e não científica – dessa preocupação pode ser percebido à luz, por exemplo, de carta de 22 de julho de 1633 que Descartes escreve a Marin Mersenne. Ali, Descartes se mostra impressionado com a notícia da condenação de Galileu pela Inquisição, dizendo que esta o teria espantado a ponto de queimar todos os seus papéis ou, pelo menos, de não deixá-los serem vistos por ninguém. Na quinta parte do *Discurso*, dedicada à demonstração da existência de Deus, reaparece esse viés de conciliação com a Igreja. Marin Marsenne (1588-1648) foi um padre e matemático que se correspondia com grandes pensadores da época como Descartes, Galileu, Pascal e Torricelli, e teve um papel central na divulgação de descobertas científicas na Europa. (DUBRAY, Charles Marin Marsenne. **The Catholic Encyclopedia**.v.10, New York: Robert Appleton Company, 1911. Disponível em: www.newadvent.org/cathen/10209b.htm. Acesso em: 20 fev. 2014).

[322] A seguinte passagem, bastante conhecida, do *Discurso* deixa claro esse caminho: Ao considerar que nossos sentidos às vezes nos enganam, quis presumir que não existia nada que fosse tal como nos fazem imaginar. E, por existirem homens que se enganam ao raciocinar, mesmo no que se refere às mais simples noções de geometria, e cometem paralogismos, rejeitei como falsas, achando que estava sujeito a me enganar como qualquer outro, todas as razões que eu tomara até então por demonstrações [...]. Decidi fazer de conta que todas as coisas que até então haviam entrado no meu espírito não eram mais corretas do que as ilusões de meus sonhos. Porém, logo em seguida, percebi que, ao mesmo tempo que eu queria pensar que tudo era falso, fazia-se necessário que eu, que pensava, fosse alguma coisa. E, ao notar que esta verdade: **eu penso, logo existo**, era tão sólida e tão correta que as mais extravagantes suposições dos céticos não seriam capazes de lhe causar abalo, julguei que podia considerá-la, sem escrúpulo algum, o primeiro princípio da filosofia que eu procurava". (DESCARTES, René. **Discurso sobre o método**. Primeira parte. Tradução de Enrico Corvisieri. Digitalização: Acrópolis. Disponível em: www.cfh.ufsc.br/discurso.pdf. Acesso em: 22 mar. 2014 – quarta parte).

[323] DESCARTES, René. **Discurso sobre o método**. Primeira parte. Tradução de Enrico Corvisieri. Digitalização: Acrópolis. Disponível em: www.cfh.ufsc.br/discurso.pdf. Acesso em: 22 mar. 2014.

[324] DESCARTES, René. **Discurso sobre o método**. Primeira parte. Tradução de Enrico Corvisieri. Digitalização: Acrópolis. Disponível em: www.cfh.ufsc.br/discurso.pdf. Acesso em: 22 mar. 2014.

suficientemente clara, que se obtém racionalmente. A partir dessa concepção ideal, o sujeito pode decompor o objeto analisado em partes e então sintetizar as conclusões a seu respeito.

Descartes inverte a lógica clássica, segundo a qual nada pode estar no intelecto sem antes passar pelos sentidos. Agora, o intelecto ganha autoridade sobre os sentidos, que podem ser enganosos, autoridade essa que permite à filosofia racional fundar o conhecimento da própria realidade (metafísica e física). O conhecimento de toda a realidade (não só da natureza) é unificado sob os pressupostos racionais. Pode ser reduzido a conhecimentos matemáticos existentes *a priori* (inatos) e passíveis de demonstração geométrica. A dedutibilidade geométrica é inata, comum a todos os sujeitos e implica uma certeza tão universalizável que sustenta a própria metafísica. Como explica Cottingham, "Descartes deseja que a sua filosofia revele verdades imutáveis e eternas acerca do universo".[325] Daqui deriva "uma concepção dedutiva do conhecimento, onde se demonstra que todos os resultados são consequência inevitável e lógica dos primeiros princípios do sistema".[326]

Para o racionalismo, explica Charlie Huenemann, trata-se de assumir que algumas afirmações teóricas não dependem de confirmação pela experiência, como é o caso da álgebra e da lógica. Esses conhecimentos existiriam *a priori* e seriam comuns a todos os homens, isto é, inatos e universalizáveis.[327] A razão seria, portanto, um atributo do sujeito e se impõe como qualidade esperada, razão pela qual o pensamento racionalista também produz uma ética própria e uma metafísica. A razão principia no sujeito e se projeta como determinação metafísica dos limites para o sentido, vale dizer, como um sub-rogado do centro de certeza.[328]

---

[325] COTTINGHAM, John. **El racionalismo**. Tradução de Juan-Andrés Iglesias. Barcelona: Ariel, 1987, p.62.
[326] COTTINGHAM, John. **El racionalismo**. Tradução de Juan-Andrés Iglesias. Barcelona: Ariel, 1987, p. 65-68.
[327] HUENEMANN, Charlie. **Racionalismo**. Tradução de Jacques A. Wainberg. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p.20.
[328] É o caso de Espinosa e é o caso de Leibniz. Sobre este último, como explica Huenemann, Leibniz propõe que todas a verdades têm a mesma natureza, quer seja uma verdade lógico-analítica, quer seja fática (por exemplo, a afirmação de um estado de fato). Toda a verdade é tão necessária e inevitável como as verdades geométricas. Ou seja, existe uma qualidade metafísica daquilo que é verdadeiro. Existem afirmativas que são contingentes, mas as afirmações de natureza matemática/geométricas são necessárias. Afirmações de fato, no entanto, são contingentes, isto é, não são, necessariamente verdadeiras. Verdades necessárias podem ser provadas decisivamente em uma série de passos que as demonstram. A infinita complexidade impede que as verdades contingentes sejam provadas. Elas precisam ser comparadas a todos outros mundos possíveis, o que implica "converter uma distinção (necessário versus contingente) noutra (provável versus não provável)". E, aqui, Leibniz busca uma resposta na metafísica: "as verdades contingentes dependem de sua verdade na escolha de Deus para tornar real este mundo em oposição a qualquer outro mundo possível". O mundo real precisa ser o melhor dos mundos possíveis (teodiceia). Dessa construção metafísica Leibniz extrai a ligação entre contingência e improbabilidade: "Toda verdade contingente é aquela que é verdadeira em alguns, mas não em todos os mundos possíveis. As verdades necessárias são verdades em todos os mundos possíveis, uma vez que não é possível que eles sejam falsos. A fim de oferecer uma prova nítida e lógica para a verdade contingente, uma pessoa teria que demonstrar que a verdade é parte e parcela do melhor dos

Nesse sentido, como observa Huenemann, no pensamento racionalista há "certa variedade de transcendentalismo": uma razão transcendental, extramundana.[329] A razão está além dos sentidos e da experiência, sendo "um tipo de oráculo, uma maneira na qual nós podemos testemunhar o que é verdadeiro [...] revelar o que verdadeiramente é".[330] Para o pensamento racionalista, o mundo da razão é como a Cidade de Deus para o pensamento medieval: uma realidade necessária. Não mais de origem religiosa, mas de origem lógica (cuja certeza, ao menos em Descartes, é confirmada, ainda pela bondade de Deus). A realidade conteria apenas verdades e, por meio da dedução, poderia ser demonstrada e, mais do que isso, sistematizada. A partir das bases cartesianas, o racionalismo constrói uma noção integrada de realidade, em que a verdade, aos poucos, se valida metodologicamente pela coerência com esse todo (um novo centro de certeza).[331]

Trata-se de um pensamento central para o racionalismo, pois, coloca no próprio sujeito as condições para desvendar toda a realidade e chegar à verdade (e impor a verdade como uma exigência ao sujeito racional). Nada está além do conhecimento racional: o que pode ser (racionalmente) concebido, pode existir. Logo, tudo o que existe corresponde a uma formulação mental da razão. A razão, por sua vez, como o antigo centro metafísico religioso, emanaria uma verdade apta a englobar toda a realidade.[332] A certeza, para o pensamento

---

mundos possíveis". (HUENEMANN, Charlie. **Racionalismo**. Tradução de Jacques A. Wainberg. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p.173-178).

[329] HUENEMANN, Charlie. **Racionalismo**. Tradução de Jacques A. Wainberg. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p.20.

[330] HUENEMANN, Charlie. **Racionalismo**. Tradução de Jacques A. Wainberg. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

[331] É o caso de Espinosa, ao propor uma unidade ontológica para toda a realidade, unindo inclusive matéria e espírito. Esse filósofo desenvolve o conceito de verdade não como correspondência com a realidade, mas como coerência de uma proposição com um sistema de afirmações a que pertence. No caso do pensamento racionalista, um sistema orgânico real a conter tudo o que existe. Assim, a verdade não é passível de verificação pontual de regularidades, mas sim a partir de uma noção, racionalmente obtida, de coerência com o todo, uma explicação holística em que "cada parte da natureza concorda com o conjunto". Para Espinosa, o conhecimento se explica pela coerência do fenômeno com o universo em seu conjunto. Decorre, igualmente, uma noção de necessariedade das causas e efeitos. O mundo é necessário. (HUENEMANN, Charlie. **Racionalismo**. Tradução de Jacques A. Wainberg. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p.75-77).

[332] Segundo Charlie Huenemann, de um modo bastante amplo, o racionalismo pode ser visto como uma visão de mundo em que "o arcabouço mais íntimo do universo e o arcabouço mais íntimo da mente humana são um só e o mesmo". A razão, e só a razão, é capaz de descrever o que existe e o que pode ser pensado, de onde, segundo o autor, decorre: (a) "se uma coisa pode ser concebida, então ela é genuinamente possível [...]; (b) "nada no universo está (pelo menos em princípio) além do nosso conhecimento" e (c) "uma vez que a mente humana discirna uma relação lógica entre duas ideias, o mundo precisa também exibir uma relação similar entre as coisas que correspondem àquelas ideias". Trata-se, em última análise, da assunção de que a mente humana basta em si para desvendar e compreender as últimas estruturas da realidade. (HUENEMANN, Charlie. **Racionalismo**. Tradução de Jacques A. Wainberg. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p.11). Também segundo Cottingham, a epistemologia proposta por Descartes é uma. Tudo tem início no que se pode pensar e conceber (filosofia => metafísica => física) e, por isso, o universo físico ganha descrição matemática (filosofia) e nascem as teorias da gravitação, óptica, magnetismo etc, em um trabalho que será completado por Newton. Abandona-se o mundo medieval baseado em qualidades (bom, mau, puro, perfeito) que podiam se difundir em uma ontologia moral generalizante por quantidades mensuráveis matematicamente. (HUENEMANN, Charlie. **Racionalismo**. Tradução de Jacques A. Wainberg. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p.57-59).

racionalista, equivale à possibilidade de obter *conhecimento racional* pelo sujeito racional, a partir de certas características que lhe são imanentes e impõem determinados métodos de pensamento: axiomas racionais.

Em termos semânticos, o conteúdo do antigo centro metafísico de certeza é substituído pelos axiomas da razão, que inauguram as novas bases do conhecimento do mundo, que continua a se apresentar como pleno de verdades necessárias a serem deduzidas. A estrutura permanece uma estrutura que emana uma moral generalizante, com a pretensão de conformar todos os âmbitos possíveis do sentido na sociedade. Não é por outra razão que o racionalismo se coloca com pretensão universal: suas construções não se limitam a uma epistemologia, mas se estendem para uma moral, ética, política e metafísica coligadas às premissas racionais. A razão se apresenta como sua própria fundação, como verdade autoevidente que se impõe sobre qualquer outra possibilidade de conhecimento. Essas premissas limitam a contingência, funcionam como instância repressora do sentido e, embora seus artefatos sejam duradores, não conseguem restabelecer um centro de certeza.

O direito concebido a partir dessa visão de mundo (e constrito por esse centro de certeza) será o direito da razão ou o direito jusnatural moderno. É um direito que, apesar de posto por decisões, não se valida por esse motivo e sim porque corresponde a uma verdade maior. A sua verdade depende da coerência com um sistema ontológico, exige coerência com a metafísica e com a filosofia. A sua validade, portanto, é condicionada ao método por meio do qual o direito se revela e, por esse motivo, segundo De Giorgi, "o direito da razão era autoevidente e válido" na medida em que fruto do método racional.[333] O método revela o único direito possível, deduzido do grande sistema filosófico/metafísico.

Trata-se, no entanto, de um projeto de certeza e de mundo que não chega a se estabelecer, a não ser para demarcar a transição do pensamento antigo para o moderno. Suas possibilidades e limitações são enriquecidas pela contraproposta do pensamento empirista, analisado a seguir.

---

[333] DE GIORGI, Raffaele. Reflexos sobre a semântica da racionalidade e da experiência jurídica. In: **Direito, democracia e risco** – vínculos com o futuro. Tradução de Herman Nébias Barreto, Cristiane Branco Macedo e Menelick de Carvalho Netto. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p. 90. Como explica o autor, "a razão manifesta uma circularidade que a vincula a si mesma: ela se autofundamenta. Com a forma do direito natural e do direito da razão, ela não havia tido problemas; na natureza existem naturezas que têm consciência de si mesmas. Sobre essa congruência do pensamento com o ser regia-se a congruência entre conhecimento e validade. Uma distinção fundamentava a outra. A unidade era assim, a unidade de duas distinções".

2.2.2 A certeza da experiência

Ainda no século XVII, John Locke (1632-1704), animado pela divulgação dos trabalhos de Isaac Newton, se propôs a investigar os limites do conhecimento humano e conclui que todo conhecimento nasceria da experiência.[334] Mais do que isso, Locke conclui que a noção racionalista, segundo a qual existiriam conhecimentos inatos, impressos na mente humana, independentes do conhecimento obtido pela experiência (sensível) seria falsa. Proposições racionalistas demonstrariam apenas construções do próprio racionalismo, incapazes de oferecer informação sobre o mundo. A mente humana não conteria conhecimentos inatos: todos os conhecimentos que o racionalismo pressupõe inatos seriam, na verdade, resultado do hábito de observar regularidades, vale dizer, da experiência.[335] Raciocínios puramente analíticos, como os geométricos, seriam resultado da organização mental de impressões internas dos objetos externos, conhecidos pelos sentidos.[336] Para deduzir a geometria de um triângulo é preciso ter visto um triângulo. É preciso ter visto o negro e o branco para saber que objetos negros não são brancos. É preciso observar o mundo.

Como explica Cassirer, a filosofia renascentista da natureza já ensaiava a concepção empirista, propondo a noção de que Deus estaria presente na própria natureza (e não em outro plano, comandando-a).[337] A lei que rege o mundo estaria nas próprias coisas do mundo[338] e, para conhecer essa lei, seria preciso observar o mundo, obtendo a lei inscrita na natureza das coisas.[339]

---

[334] O famoso parágrafo inaugural "A maneira pela qual adquirimos qualquer conhecimento constitui suficiente prova de que não é inato. Consiste numa opinião estabelecida entre alguns homens que o entendimento comporta certos princípios inatos, certas noções primárias, *konaà énoiai*, caracteres, os quais estariam estampados na mente do homem, cuja alma os recebera em seu ser primordial e os transportara consigo ao mundo. Seria suficiente para convencer os leitores sem preconceito da falsidade desta hipótese se pudesse apenas mostrar (o que espero fazer nas outras partes deste tratado) como os homens, simplesmente pelo uso de suas faculdades naturais, podem adquirir todo conhecimento que possuem sem a ajuda de impressões inatas e podem alcançar a certeza sem nenhuma destas noções ou princípios originais". (LOCKE, John. **Ensaio sobre o entendimento humano**. Tradução de Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p.37).

[335] LOCKE, John. **Ensaio sobre o entendimento humano**. Tradução de Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p.57.

[336] LOCKE, John. **Ensaio sobre o entendimento humano**. Tradução de Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p.58.

[337] Segundo o autor, a proposta da filosofia renascentista era a de que "o verdadeiro ser da natureza não deve ser procurado no plano do criado, mas no plano da criação. A natureza é mais do que simples criatura; ela participa do ser divino originário, visto que a força da eficácia divina está viva nela. O dualismo do criador e da criatura é assim suplantado". (CASSIRER, Ernst. **A filosofia do Iluminismo**. 3.ed. Campinas: Unicamp, 1997, p.70.

[338] CASSIRER, Ernst. **A filosofia do Iluminismo**. 3.ed. Campinas: Unicamp, 1997, p.70-71.

[339] Como explica Cassirer, Galileu (1564-1642) e Kepler (1571-1630) haviam seguido essa orientação, com o propósito de "descobrir na legalidade da natureza o vestígio de sua divindade". Assim, Galileu e Kepler buscavam um método para conhecimento da legalidade divina e é esse intento que os leva ao conflito com a Igreja. Como explica Cassirer, o "que ameaçava o sistema da Igreja até em seus alicerces era a nova concepção da verdade que Galileu proclamava. A par da verdade da revelação, eis que surge agora uma verdade própria e original, uma verdade física independente. Essa verdade não

A partir do Renascimento, a ciência da natureza vai se afirmando como um âmbito de sentido independente da religião, assumindo tarefas de propagar verdade e certezas.[340] O centro metafísico de certeza medieval vinha já perdendo sua ascendência sobre a realidade física para dar lugar a uma lei natural, formulável a partir de axiomas da razão e observável no mundo. Essa lei poderia ser transposta das partes ao todo, constituindo uma premissa mecanicista de que toda a causalidade dos eventos poderia ser explicada por uma mesma cadeia de causas (e não pela vontade de Deus). Assim, o pensamento empirista acaba por dar especial destaque ao problema da causalidade. A certeza moderna, por sua vez, também define sua problemática a partir de questões de causalidade.

Para o racionalismo, todo evento é efeito de uma única e abrangente cadeia de eventos, que engloba desde as causas mais genéricas até os mínimos efeitos. A razão pode decompor e analisar essa cadeia até as últimas causas.[341] O pensamento empirista, ao contrário, entende que se deve partir da observação dos fatos para "tentar chegar em seguida, subindo progressivamente, até as primeiras causas e os elementos mais simples dos acontecimentos em curso".[342] Mas não há de se buscar causas últimas nem uma única e abrangente causalidade. Basta explicar o fenômeno observado.[343] Para o racionalismo, os sentidos podem ser enganados, por isso, "a certeza dos fatos está subordinada à dos princípios e deles depende. Mas a nova teoria do conhecimento físico, apoiando-se em Newton e Locke,

---

nos é dada pela palavra de Deus, mas em sua obra; não assenta no testemunho das Escrituras ou da Tradição e está a todo instante presente sob os nossos olhos". (CASSIRER, Ernst. **A filosofia do Iluminismo**. 3.ed. Campinas: Unicamp, 1997, p.71-72).

[340] Na Europa, desde o séc. XIV, a matemática vinha evoluindo (e todos os filósofos são também matemáticos) para, aos poucos, conceber a álgebra analítica (independente de espaços/volumes reais), incoporando noções de zero, infinito e números complexos. Muito do pensamento racionalista é tributário desses desenvolvimentos na matemática que revelam um mundo de leis e axiomas aparentemente independente de uma realidade mensurável. De outro lado, novidades econômicas (risco, investimentos, seguros etc.), políticas (descobrimento/navegações) e tecnológicas ressaltavam a importância da observação. Por exemplo, a tecnologia da imprensa e do vidro. Com a invenção de Gutenberg, por volta de 1450, e a popularização dos livros na Europa a partir de 1500, há um correspondente incremento no mercado de óculos, inventados por volta de 1300, e trabalhos com vidro curvo. Nesse contexto, um fabricante de óculos holandês inventa em 1608 o telescópio, melhorado por Galileu. Vidreiros também inventam o microscópio, abrindo um novo mundo para a botânica e a zoologia. Em 1668, Francesco Redi usa o microscópio para provar que as larvas não nascem da carne, desmentindo a teoria aristotélica da geração espontânea e colocando em xeque a intervenção da criação divina no mundo. (BLAINEY, Geoffrey. **Uma breve história do mundo**. São Paulo: Fundamento Educacional, 2010, p.209-214).

[341] CASSIRER, Ernst. **A filosofia do Iluminismo**. 3.ed. Campinas: Unicamp, 1997, p.82. Segundo afirma, o mundo se exprime mediante "definições exatas, e parte daí para a determinação do particular e dos fatos, numa sequência contínua". A razão poderia decompor toda essa cadeia até identificar as causas primeiras e últimas de todo evento.

[342] CASSIRER, Ernst. **A filosofia do Iluminismo**. 3.ed. Campinas: Unicamp, 1997, p.83.

[343] Pense-se na gravidade, que explica diversos fenômenos na natureza. Mas, explicado o fenômeno, não há motivo para se buscar uma explicação para a própria gravidade. Como diz Cassirer, "em vez de não se saber que explicação geral mas arbitrária, extraída de uma pretensa natureza das coisas, era imprescindível dar lugar à observação pura dos fenômenos e à simples demonstração de sua conexão empírica". (CASSIRER, Ernst. **A filosofia do Iluminismo**. 3.ed. Campinas: Unicamp, 1997, p.84-85).

inverte essa relação. O princípio é que é derivado e o fato, como *matter of fact*, é que está na origem".

Os princípios, as ideias, "só podem receber sua verdade e sua certeza por intermédio daquilo que fundamentam".[344]

Pode-se afirmar que, nesse sentido, a filosofia empirista enriquece o esquema racionalista, renunciando à pretensão de fundamentar as causas últimas dos eventos em axiomas matemáticos, atendo-se à constatação das causas imediatas de cada fenômeno. Importa observar quais causas estão associadas a quais efeitos e não a adequação lógico-analítica de toda a cadeia de causalidade. O conceito de causalidade, aos poucos, será concebido como *regularidade* e, depois, *probabilidade*, levando a uma sutil reformulação não só da própria noção de causalidade, mas de uma correlata ideia de certeza como repetição regular.[345]

É central, nessa passagem, o trabalho de David Hume (1711-1776),[346] que abraça a premissa empirista e, em especial, o problema da causalidade, propondo que as "causas e os efeitos não são descobertos pela razão, mas pela experiência".[347] Para Hume, todo raciocínio sobre questões de fato seria fundado em relações de causa-efeito. Causa e efeito não poderiam ser descobertos pela razão, mas apenas pela experiência, isto é pela observação de regularidades.[348] Sem a recursividade da experiência, todo efeito não pode ser

---

[344] CASSIRER, Ernst. **A filosofia do Iluminismo**. 3.ed. Campinas: Unicamp, 1997, p.87.

[345] Para Niklas Luhmann, a ideia de causalidade construída a partir do pensamento moderno, que será a de causalidade técnica, remonta a uma simplificação do esquema aristotélico das quatro causas. No esquema aristotélico clássico, havia quatro causas, além das causas eficientes. O fim perseguido, a matéria e a forma e, por fim, a causalidade mecânica. A ideia de uma causalidade mecanicista se expande em determinado momento e deixa de se coordenar com as demais causalidades, deixa de ser ameaçada pela sua interferência, e passa a ser limitada por outras coisas, como a matemática, regularidades empíricas e probabilidades estatísticas que se tornam relevantes quando, querendo atingir determinados efeitos se ativam determinadas causas. Paralelamente, a causalidade teleológica é deteleologizada, ou seja, a finalidade não é mais tratada como componente da causalidade em si, mas apenas como uma representação que motiva o agir humano para obter efeitos. Assim, para ao autor, a causalidade não pode ser corretamente compreendida mediante o conceito que a reduz a um "emparelhamento fixo e tecnicamente disponível entre causas e efeitos", mas o resultado da construção de um observador a partir de critérios de distinção previamente estabelecidos. (LUHMANN, Niklas. Causalidad nel Sud. In: CORSI, Giancarlo; DE GIORGI, Raffaele. **Ridescrevere la questione meridionale**. Lecce: Pensa Multimedia Editore, 1998, p. 93-94).

[346] LUHMANN, Niklas. Causalidad nel Sud. In: CORSI, Giancarlo; DE GIORGI, Raffaele. **Ridescrevere la questione meridionale**. Lecce: Pensa Multimedia Editore, 1998, p.92.

[347] HUME, David. **Investigação acerca do entendimento humano**. 2.ed. Tradução de André Campos Mesquita. São Paulo: Escala, 2003, seção IV, §7, p. 50. No entanto, é certo também que "todo efeito é um evento distinto de sua causa [...] não poderia ser descoberto na causa e deve ser inteiramente arbitrário concebê-lo ou imaginá-lo a priori" (§11, p. 52). E, por essa razão, explica Hume, os filósofos racionais teriam renunciado à fundamentação das causas últimas, contentando-se a razão humana em "reduzir à sua maior simplicidade os princípios que produzem os fenômenos naturais; e restringir os múltiplos efeitos particulares a um pequeno número de causas gerais, mediante raciocínios baseados na analogia, na experiência e na observação". (§12, p.52).

[348] HUME, David. **Investigação acerca do entendimento humano**. 2.ed. Tradução de André Campos Mesquita. São Paulo: Escala, 2003, Seção IV, segunda parte, § 7, p 58.

considerado mais do que um acontecimento diverso de sua causa e toda causa, por sua vez, considerada arbitrária, ou seja, contingente, geradora de incerteza: "todas as inferências tiradas da experiência são, portanto, efeitos do costume e não do raciocínio".[349] É o costume o guia da vida, "o único princípio que torna útil nossa experiência e nos faz esperar, no futuro, uma série de eventos semelhantes àqueles que apareceram no passado".[350]

Contudo, a obtenção de conhecimento a partir do costume da observação não tem nenhum fundamento em si. Depende de uma *crença* na conexão de certos fatos e na repetição do passado no futuro. Daí também porque, nesse pensamento, causalidade e certeza se associam para vincular o próprio futuro.[351] Infere-se que causas semelhantes produzam sempre (no futuro) efeitos semelhantes, mas é preciso crer em uma conexão necessária entre causas e efeitos.[352] A regularidade empírica dos eventos, que permite o tratamento sistemático postulado pela filosofia da natureza, seria, assim, uma questão de crença instintiva na frequência dos acontecimentos.[353]

A filosofia renascentista e o racionalismo haviam transformando o problema da certeza em um problema epistemológico. Não se tratava mais da certeza metafísica construída em termos de salvação/perdição, perfeição/imperfeição, todo/partes, mas da possibilidade de, por meio da razão, acessar, decompor e explicar, em linguagem matemática, a causalidade do mundo. Com o pensamento empirista, em especial a partir de Hume, o problema da certeza

---

[349] HUME, David. **Investigação acerca do entendimento humano**. 2.ed. Tradução de André Campos Mesquita. São Paulo: Escala, 2003, Seção V, § 5, p. 66.

[350] HUME, David. **Investigação acerca do entendimento humano**. 2.ed. Tradução de André Campos Mesquita. São Paulo: Escala, 2003, Seção V, § 6, p. 67.

[351] Como explica Raffaele De Giorgi, na Modernidade o caráter processual da experiência, sua recursividade, é afirmado e passa a designar um método generalizável. Já não se trata da experiência do indivíduo, mas de um método que leva à aquisição de determinados conhecimentos e que podem, em razão do método (empírico), ser generalizados. "As regularidades fixadas na experiência permitem que previsões sobre o futuro e possibilidades de ordenar ações sejam formuladas. As conexões causais que efetuamos baseam-se nos hábitos e costumes que derivam da experiência". (DE GIORGI, Raffaele. Reflexos sobre a semântica da racionalidade e da experiência jurídica. In: **Direito, democracia e risco** – vínculos com o futuro. Tradução de Herman Nébias Barreto, Cristiane Branco Macedo e Menelick de Carvalho Netto. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p.86).

[352] DE GIORGI, Raffaele. Reflexos sobre a semântica da racionalidade e da experiência jurídica. In: **Direito, democracia e risco** – vínculos com o futuro. Tradução de Herman Nébias Barreto, Cristiane Branco Macedo e Menelick de Carvalho Netto. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

[353] Como coloca o filósofo, "parece, pois, evidente que, quando transferimos o passado para o futuro, a fim de determinarmos o efeito que resultará de alguma causa, transferimos todos os diferentes eventos na mesma proporção em que têm aparecido no passado e consideramos que um se tem revelado cem vezes, por exemplo, essoutro dez vezes e aqueloutro, uma só vez. Como um grande número de inspeções afluem aqui sobre um único evento, elas o fortificam na imaginação, engendrando este sentimento que denominamos crença; e confere ao seu objeto preferência sobre o evento oposto que não é apoiado pelo mesmo número de experimentos e não retorna com tanta frequência ao pensamento quando transferimos o passado para o futuro". (HUME, David. **Investigação acerca do entendimento humano**. 2.ed. Tradução de André Campos Mesquita. São Paulo: Escala, 2003, seção VI, segunda parte, §4º, p. 83-84).

fica cada vez mais associado à causalidade e probabilidade. Em outras palavras a problemática da certeza perde o referencial transcendental e volta-se para o futuro, transformando-se em risco. Já não se trata da demonstração geométrica da realidade, mas de uma realidade que se confirma pela regularidade da repetição. Desse pensamento, nasce uma distinção segundo a qual os fenômenos naturais não podem aspirar à mesma certeza que a matemática, mas apenas uma certeza moral.[354]

O ceticismo empírico vai assim abrindo caminho para o utilitarismo e para o positivismo. Nesse contexto, a filosofia positivista, de Augusto Comte, pode ser vista como uma vertente do pensamento empirista voltado às ciências sociais, baseado na possibilidade de, a partir da observação, obter leis naturais que expliquem a causalidade. Trata-se, na expressão da filosofia positivista, de *ver para prever*.[355]

A regularidade empírica não tem explicações últimas, mas basta em si porque permite a ação humana ou, ao menos, a motiva. Como coloca Cassirer, "a certeza da física, que era baseada em pressupostos puramente lógicos, repousa agora numa pressuposição *biológica* e *sociológica*",[356] sem a qual o homem não poderia agir no mundo. O agir humano, em toda sua complexidade psicológica e social, é unificado em termos de probabilidade e as exigências de certeza do direito, cada vez mais, deverão também fazer frente a essa exigência.[357] A *certeza da experiência* depende (e exige) da possibilidade de uma explicação

---

[354] CASSIRER, Ernst. **A filosofia do Iluminismo**. 3.ed. Campinas: Unicamp, 1997, p.92-93.

[355] Segundo Comte, "Nas leis dos fenômenos consiste realmente a ciência, à qual os fatos propriamente ditos, em que pese a sua exatidão e a seu número, não fornecem mais do que os materiais indispensáveis. Ora, considerando a destinação constante dessas leis, pode-se dizer, sem exagero algum, que a verdadeira ciência, longe de ser formada por simples observações, tende sempre a dispensar, quanto possível, a exploração direta, substituindo-a por essa previsão racional que constitui, sob todos os aspectos, o principal caráter do espírito positivo, como o conjunto dos estudos astronômicos nos fará sentir claramente. Tal previsão, consequência necessária das relações constantes descobertas entre os fenômenos, não permitirá nunca confundir a ciência real com essa vã erudição, que acumula maquinalmente fatos sem aspirar a deduzi-los uns dos outros. Esse grande atributo de todas as nossas especulações sadias não interessa menos à sua utilidade efetiva do que à sua própria dignidade; pois a exploração direta dos fenômenos acontecidos não bastará para nos permitir modificar-lhes o acontecimento, se não nos conduzisse a prevê-los convenientemente. Assim, o verdadeiro espírito positivo consiste sobretudo em ver para prever, em estudar o que é, a fim de concluir disso o que será, segundo o dogma geral da invariabilidade das leis naturais". Augusto Comte. (Discurso sobre o espírito positivo, primeira parte. In: Curso de filosofia positiva; Discurso sobre o espírito positivo; Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo; Catecismo positivista; COMTE, Auguste. **Seleção de textos de José Arthur Giannotti**. Tradução de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p.49).

[356] CASSIRER, Ernst. **A filosofia do Iluminismo**. 3.ed. Campinas: Unicamp, 1997, p.94.

[357] Para que a crença nessa regularidade dos eventos não dependa de pressupostos religiosos, Hume recorre ao conceito de natureza do entendimento humano e postula a expectabilidade psicológica da regularidade epistemológica como fundamento da sua certeza. No pensamento de Hume, portanto, a crença na uniformidade da natureza, ou seja, a crença na certeza, "não mais se assenta em bases religiosas, mas em puramente psicológicas; deriva de uma necessidade puramente imanente da natureza humana [...]", de modo instintivo, portanto. (CASSIRER, Ernst. **A filosofia do Iluminismo**. 3.ed. Campinas: Unicamp, 1997, p.96).

empírica da verdade e do conhecimento, isto é, passível de demonstração pela experiência. Por isso, não se pode extrair, do pensamento empirista, com a sua certeza fundada na regularidade dos eventos, uma legitimação da contingência. A regularidade da repetição é uma necessidade.

Ainda se trata de construir um substituto para o centro metafísico de certeza: necessário, universal e eterno – o que fica bastante explícito na proposta de Comte de integrar sua filosofia positivista com uma religião positiva.[358] Na contenda racionalismo/empirismo, o conteúdo semântico da razão é enriquecido, mas mantém uma estrutura geral, que ainda é pré-moderna. Mesmo despojada do conteúdo religioso, a razão (racionalista ou empírica) ocupa o centro de certeza e condiciona o processamento de sentido social, condiciona todas as certezas possíveis. A pretensão universalista da razão e as exigências de uniformidade sistemática no mundo testemunham esse estado de coisas.

A razão se converte em unidade e força unificadora e o Iluminismo, quando chega, exige a revelação da verdade e a construção de uma verdade uniforme e universal.[359] A ideia de progresso intelectual movido pela razão domina o pensar iluminista e, para esse pensamento,

> se se busca a multiplicidade, é para aí encontrar a certeza da unidade [...] a diversidade, a variedade das formas é tão-só o desenvolvimento e o desdobramento de uma força criadora única, de natureza homogênea. Quando o séc. XVIII quer designar essa força, sintetizar numa palavra a sua natureza, recorre ao nome de 'razão.[360]

---

[358] COMTE, Auguste. **Seleção de textos de José Arthur Giannotti**. Tradução de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1978. E, como se sabe, o Brasil foi terreno fértil onde Igrejas da Humanidade chegaram a ser fundadas e continuam funcionando até hoje. Disponível em: www.igrejapositivistabrasil.org.br

[359] Como se vê em D'Alembert, o pensamento racional tinha explícita pretensão universalista. Segundo o enciclopedista: "o nosso século é chamado o Século da Filosofia por excelência [...] A ciência da natureza adquire a cada dia novas riquezas; a geometria, ao ampliar os seus limites, transportou seu facho para as regiões da física que se encontravam mais perto dela; o verdadeiro sistema do mundo ficou conhecido, foi desenvolvido e aperfeiçoado. Desde a Terra até Saturno, desde a história dos céus à dos insetos, a ciência da natureza mudou de feições. Com ela, quase todas as outras ciências adquiriram novas formas e, com efeito, era imprescindível que o fizessem [...] desde os princípios das ciências profundas até os fundamentos da Revelação, desde a metafísica até as questões de gosto, desde a música à moral, desde as disputas escolásticas dos teólogos até os objetos de comércio, desde os direitos dos príncipes aos direitos dos povos, desde a lei natural até as leis arbitrárias nas nações, numa palavra, desde as questões que mais profundamente nos tocam até as que só superficialmente nos interessam, tudo foi discutido, analisado e, no mínimo agitado". (Éléments de philosophie I; Mélanges de littérature, d´historie et de philosophie, Amsterdã, 1758, IV, p.1 apud CASSIRER, Ernst. **A filosofia do Iluminismo**. 3.ed. Campinas: Unicamp, 1997, p.20-21.

[360] CASSIRER, Ernst. **A filosofia do Iluminismo**. 3.ed. Campinas: Unicamp, 1997, p. 22. Daí porque, para Cassirer, após dissolver as verdades pré-fabricadas, a razão iluminista se coloca novamente na tarefa de construir verdade como uma nova totalidade. E sua proposta é fazê-lo estando assegurada "de um perfeito conhecimento da estrutura do edifício assim erigido. Ela compreende essa estrutura porque pode reproduzir-lhe a construção em sua totalidade e no encadeamento de seus momentos sucessivos". Esse duplo movimento de desconstrução e reconstrução concretiza a ideia de razão, não como um ser, mas como um fazer. E, como tal, tem aplicabilidade sobre todo o pensamento. Realidade material e realidade psíquica. Fontenelle declara que o espírito geométrico separa-se da geometria para alicerçar obras de moral, política e de crítica, "o

Na síntese de Cassirer, o pensamento do séc. XVII havia estabelecido a razão como unidade que projeta as condições do conhecimento a todos os domínios da vida. Essa "exigência de unidade do racionalismo conservou todo o seu poder sobre os espíritos. A ideia de unidade e a de ciência são e continuarão sendo intercambiáveis", [361] mesmo com as mudanças de perspectiva/método propostas pelo pensamento empirista. Quando se passa ao século XVIII, esse "absolutismo da unidade de pensamento" perde um pouco da sua potência sem que, contudo, seja atingido na sua essência.

Ainda, para Cassirer, a "função unificadora como tal continua sendo reconhecida como a função fundamental da razão. O ordenamento racional, o domínio racional do dado, só é possível com uma rigorosa unificação". [362] A multiplicidade, continua o autor, é analisada sempre com o objetivo de que seus elementos sejam postos em relação, "de tal maneira que, partindo de um ponto determinado, a totalidade possa ser percorrida segundo uma regra constante e geral".[363] Permanece a ideia de uma razão unitária e totalizante, que condiciona todo o conhecimento e, portanto, toda a certeza.[364] Esse poder unificador e totalizante da razão, que abarca tanto o racionalismo quanto o empirismo, permite à Kant sintetizar em uma mesma estrutura os artefatos semânticos da razão, propondo que o conhecimento (verdade) se dá tanto a partir da experiência quanto a partir de categorias transcendentais *a priori*, isto é, da razão.[365]

---

espírito da análise pura é de aplicação absolutamente ilimitada e não se encontra vinculado a nenhuma problemática particular". Daí a conclusão de Cassirer de que em nenhum momento se constata ruptura no pensamento do século XVIII com o do século XVII. Ao contrário, o novo saber se desenvolve em "continuidade perfeita a partir de pressuposições que tinham sido fixadas pela lógica e pela teoria do conhecimento do século XVII, Descartes e Leibniz em particular. A diferença que existe entre essas duas formas de pensar não representa uma radical mutação; apenas exprime uma espécie de deslocamento de acento". A autoconfiança da razão segue inabalada. (CASSIRER, Ernst. **A filosofia do Iluminismo**. 3.ed. Campinas: Unicamp, 1997, p.35-44).

[361] CASSIRER, Ernst. **A filosofia do Iluminismo**. 3.ed. Campinas: Unicamp, 1997, p.44.

[362] CASSIRER, Ernst. **A filosofia do Iluminismo**. 3.ed. Campinas: Unicamp, 1997.

[363] CASSIRER, Ernst. **A filosofia do Iluminismo**. 3.ed. Campinas: Unicamp, 1997.

[364] CASSIRER, Ernst. **A filosofia do Iluminismo**. 3.ed. Campinas: Unicamp, 1997, p.45.

[365] Kant, na crítica da razão pura, parte da distinção de juízos *a priori* (sobre verdades necessárias e universais) e *a posteriori* (verdades contingentes). A par desta distinção acrescenta juízos analíticos (lógicos, em que o predicado está contido no sujeito e sintéticos (fornece informação sobre o mundo). Todas as verdades *a priori* são analíticas. São universais e necessárias porque são tautológicas. São relações entre ideias. Verdades *a posteriori* dependem da observação. E nunca são necessárias, mas contingentes. No entanto, o ponto de Kant é que existem juízos *a priori*, que são sintéticos, enunciam uma verdade sobre o mundo. Existem verdades sobre o mundo, que são universais e necessárias. Assim a matemática e assim as leis da causalidade: todo evento tem uma causa. Tudo que ocorre ocorre pela conexão entre causa e efeito. Mas Kant é claro ao dizer que não há conhecimento possível além dos limites da experiência. Não se pode conhecer as coisas como são em si mesmas. Para além da experiência, só há o paradoxo. Ficam, *a priori*, só as categorias transcendentais, que podem ser objeto de um conhecimento inato e viabilizam o conhecimento sensível do mundo. (KANT, Emmanuel. **Crítica da razão pura**.

Segundo explica Cottingham, para Kant, "ao experimentar o mundo, a mente o interpreta necessariamente em termos de uma estrutura específica",[366] dada por certas categorias transcendentais do entendimento, que são fruto de uma razão pura, analítica.[367] Sem essas categorias transcendentais, não há experiência, mas apenas intuição.[368] A categoria transcendental é dada pela razão, condiciona o conhecimento e decorre de aspectos necessários que vinculam a percepção dos eventos no mundo.[369] O mundo, portanto, possui conteúdos contingentes (aprendidos pela experiência), mas uma estrutura necessária (dada pela razão). As categorias (qualidade, quantidade, essência, universalidade) definem as condições de racionalidade que, inerentes ao sujeito, são universais. Os juízos *a priori* dados pela razão são caracterizados pela necessidade e universalidade, "caracteres evidentes de um conhecimento a priori",[370] e que, pode-se acrescentar, sendo evidentes, comprometem o sujeito.

A certeza, então, já não está na perfeita análise do objeto observado ou na reconstrução segura das regras de experiências observadas, mas no sujeito que conhece e depende de condições de conhecimento racionais. Essa razão é subjetiva (fruto do sujeito), mas não está sujeita a subjetivismos. Ao contrário, é necessária e universal. O resultado é que o centro metafísico de certeza é substituído por uma razão igualmente centralizadora e

---

Tradução de J. Rodrigues de Merege. Versão eletrônica Acrópolis. Disponível em: http://br.egroups.com/group/acropolis/. Acesso em: 20 jun. 2011, p.315).

[366] COTTINGHAM, John. **El racionalismo**. Tradução de Juan-Andrés Iglesias. Barcelona: Ariel, 1987, p.108.

[367] Como coloca Kant, "onde basearia a experiência a sua certeza se todas as regras que empregasse fossem sempre empíricas e contingentes? Assim, os que possuem esse caráter dificilmente são aceitos como primeiros princípios. Basta-nos haver manifestado aqui o uso puro de nossa faculdade de conhecer de um modo efetivo e os caracteres que lhe são próprios. Não é só nos juízos, pois também nos conceitos encontramos uma origem "apriorística" de alguns". (KANT, Emmanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de J. Rodrigues de Merege. Versão eletrônica Acrópolis. Disponível em: http://br.egroups.com/group/acropolis/. Acesso em: 20 jun. 2011, p.6.)

[368] Nas palavras de Kant, transcendental é "todo conhecimento que em geral se ocupe, não dos objetos, mas da maneira que temos de conhecê-los, tanto quanto possível 'a priori'. Um sistema de tais conceitos se denominada Filosofia transcendental". (KANT, Emmanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de J. Rodrigues de Merege. Versão eletrônica Acrópolis. Disponível em: http://br.egroups.com/group/acropolis/. Acesso em: 20 jun. 2011, p.12).

[369] KANT, Emmanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de J. Rodrigues de Merege. Versão eletrônica Acrópolis. Disponível em: http://br.egroups.com/group/acropolis/. Acesso em: 20 jun. 2011, p.42-56.

[370] A condição universal e necessária desses juízos fica clara em toda a obra, por exemplo, quando afirma Kant que "quando uma rigorosa universalidade é essencial em um juízo, esta universalidade indica uma fonte especial de conhecimento, quer dizer, uma faculdade de conhecer "a priori". A necessidade e a precisa universalidade são os caracteres evidentes de um conhecimento "a priori", e estão indissoluvelmente unidos. Mas, como na prática, é mais fácil mostrar a limitação empírica de um conhecimento do que a contingência nos juízos, e como também é mais evidente a universalidade ilimitada do que a necessidade absoluta, convém servir-se separadamente desses dois critérios, pois cada um é por si mesmo infalível". (KANT, Emmanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de J. Rodrigues de Merege. Versão eletrônica Acrópolis. Disponível em: http://br.egroups.com/group/acropolis/. Acesso em: 20 jun. 2011, p.4).

condicionante das demais possibilidades de certeza na sociedade, tanto com relação ao sujeito que conhece, quanto com relação ao mundo-objeto do conhecimento. [371]

Para o direito, como escreve Raffaele De Giorgi, o percurso conceitual da razão acompanha o grande pensamento jusnaturalista/jusracionalista, do séc. XVII, em que se concebia a razão unitária, até o início do séc. XIX, época das codificações iluministas, promulgadas ao mesmo tempo em que a "fragmentação da ideia unitária de razão compele o pensamento jurídico a elaborar uma filosofia do direito positivo".[372] Segundo De Giorgi, é com base na lógica do pensamento empirista que a filosofia do direito positivo repropõe as bases principiológicas (racionais) para o direito. Segundo essa filosofia, o direito positivo é válido porque reproduz o costume e é validado pelo costume que o reproduz (regularidade da repetição), pensamento que se encontra tanto em Montesquieu quanto na escola histórica e seus seguidores. O direito positivo é válido porque pode captar o *espírito de um tempo* e permitir ao ordenamento acompanhar as mudanças na sociedade. Ao mesmo tempo, serve de medida para a regularidade da ação socialmente racional. Caberia ao direito positivo reconhecer uma ordem produzida na sociedade (experiência) e, por meio da razão, fazer uso dos instrumentos analíticos necessários para sua organização conceitual e generalização.[373] A técnica do direito é a certeza da experiência. É isso que lhe permite se apresentar como

[371] Daí porque Gonçalves conclui, sobre todo o movimento da razão durante os séculos XVII, XVIII e XIX, que a razão substitui o conteúdo do centro de certeza metafísico, mas não sua estrutura centralizadora. Não se afasta a estrutura segundo a qual há uma única forma de verdade, de certeza, que emana para todos os outros conhecimentos possíveis. Nesse sentido: GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p.38.

[372] DE GIORGI, Raffaele. Reflexos sobre a semântica da racionalidade e da experiência jurídica. In: **Direito, democracia e risco** – vínculos com o futuro. Tradução de Herman Nébias Barreto, Cristiane Branco Macedo e Menelick de Carvalho Netto. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p.81.

[373] Nota-se, por exemplo, em Hume, a transposição dos princípios empiristas da natureza para o comportamento. Das regularidades no comportamento, derivaria "influência benéfica da experiência adquirida por uma longa vida, pela variedade de ocupações e convivência, instruindo-nos acerca dos princípios da natureza humana e regrando tanto nossa conduta como nossa especulação". Investigação sobre o entendimento humano (S. VIII, p.1, p. 9, p. 109). O filósofo coerente deve estender o raciocínio das necessárias conexões de causa-efeito, extraídas da experiência, "às ações e volições dos seres inteligentes, visando assim mostrar que as decisões humanas mais irregulares e inesperadas se eplicam com frequência quando se conhecem todas as circunstâncias do caráter e da situação humanas". Daí dizer: "Como a política poderia ser uma ciência, se as leis e as formas de governo não tivessem influência uniforme sobre a sociedade?" (HUME, David. **Investigação acerca do entendimento humano**. 2.ed. Tradução de André Campos Mesquita. São Paulo: Escala, 2003, Seção. VIII, primeira parte §§ 1, 9, 15 e 18, p. 113-115) . E, mais adiante, "como todas as leis se baseam em recompensas e castigos, admite-se como princípio fundamental que esses motivos têm uma influência regular e uniforme sobre o espírito, e que tanto produzem boas ações como impedem as más". (HUME, David. **Investigação acerca do entendimento humano**. 2.ed. Tradução de André Campos Mesquita. São Paulo: Escala, 2003, Idem, Seção. VIII, segunda parte §3, p.122).

instrumento de controle social, isto é, controle da ação, sendo que a obediência à norma permite perseguir fins sociais relevantes.[374]

A filosofia neokantiana permitirá, com suas categorias que unem razão e experiência no sujeito racional, generalizar a experiência como experiência histórica (fato), axiológica (valor) e jurídica (norma).[375] A partir desse pensamento, o direito positivo se valida (empiricamente) pela compatibilidade com valores que seriam compartilhados por todos os indivíduos, de modo que "quem não se deixa guiar pelos valores determinantes da ação, não persegue um fim socialmente aceitável". [376]

A certeza do direito é a certeza dos valores que ele representa e a certeza de que esses valores são compartilhados (experimentados) por toda a coletividade. Os indivíduos seriam sujeitos racionais, sujeitos de direito. Compartilham os mesmos valores e experiências coletivas. Seriam, portanto, iguais perante a lei, o que justificaria que a lei seja igual para todos. O direito, construído sistematicamente por métodos racionais e dado a conhecer racionalmente, seria a medida do agir racional. A racionalidade do direito permitiria a sua utilização calculável como técnica de controle social. O agir pautado pela lei é racional e calculável. A razão interessa

[374] DE GIORGI, Raffaele. Reflexos sobre a semântica da racionalidade e da experiência jurídica. In: **Direito, democracia e risco** – vínculos com o futuro. Tradução de Herman Nébias Barreto, Cristiane Branco Macedo e Menelick de Carvalho Netto. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p. 86-87.

[375] Trata-se da conhecida teoria tridimensional do direito, de Miguel Reale. Para o autor, a rigorosa análise da especificidade do direito, isto é, da sua juridicidade "só pode ser rigorosamente realizada mediante o emprego do método fenomenológico, que nos permite afirmar que todo fenômeno jurídico se reduz a um fato (econômico, geográfico, demográfico, etc.) ordenado normativamente, segundo determinados valores." (REALE, Miguel. **O direito como experiência**. Introdução à epistemologia jurídica. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 52-53). Mais adiante, ao tratar dos objetos da gnoseologia e epistemologia jurídicas, Reale esclarece as consequências metodológicas da perspectiva produzida pelo empirismo jurídico: "não é possível determinar-se o conceito do direito sem se determinar ao mesmo tempo a sua consistência: trata-se de problemas correlatos, que correspondem a uma unidade de ordem, o que exclui a possibilidade de um conceito puramente formal do direito, assim como a sua redução a um fato puro" (p. 55). Em outra obra, afirma o autor que "com justificado paralelismo, podemos afirmar que a concepção do Direito como fenômeno de cultura, dotado indissoluvelmente de conteúdo social e de estrutura formal – elementos estes que se subordinam a um valor a realizar – representa a Terza Scuola frente às correntes antagônicas do normativismo e do sociologismo jurídicos. Em verdade, o culturalismo, procedendo a uma crítica objetiva dessas duas correntes, integra-as e supera-se em uma unidade nova, buscando a apreciação completa e orgânica dos elementos do Direito, afastadas, de um lado, a preferência do jurista sociológico pelo fato, e, do outro, a unilateralidade dos juristas técnicos seduzidos pela norma, vista esta como mero juízo lógico, posto pelo governante". (Direito e cultura. In: REALE, Miguel. **Horizontes do direito e da história**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 267).

[376] DE GIORGI, Raffaele. Reflexos sobre a semântica da racionalidade e da experiência jurídica. In: **Direito, democracia e risco** – vínculos com o futuro. Tradução de Herman Nébias Barreto, Cristiane Branco Macedo e Menelick de Carvalho Netto. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p.89.

> tanto ao sistema na sua totalidade, quanto ao conhecimento do sistema; aos comportamentos voltados para o sistema e também às técnicas de controle praticadas no sistema [...] mesmo o que não se conhece inteiramente, o futuro, pode ser antecipado com base em expectativas de racionalidade.[377]

Mas, na sociedade complexa, o direito positivo não se orienta por nenhuma racionalidade exteriorizada, que não a sua própria racionalidade jurídica, isto é, a coesão e coerência internamente determinadas das suas operações, o que reforça a sua diferença com o ambiente. O direito se faz imprevisível ao ambiente e imprevisível a si mesmo e, por isso, não pode servir de parâmetro para o cálculo da ação. O direito presente estabiliza expectativas normativas, mas o direito presente não é o direito futuro. E o direito futuro já não se legitima por confirmar o direito passado, extraído de uma razão maior, ou um costume cuja repetição regular evidencia a correção. O direito futuro, como o direito presente, se legitima porque posto por uma decisão e, portanto, representa o risco de que o direito presente não seja mais direito, que a expectativa normativa não esteja mais estabilizada.

O futuro do direito é risco e, por isso, o movimento de reforma do processo e os mais recentes movimentos de certeza do direito (como aquele que introduz a vinculação das decisões judiciais) vão falar em probabilidade e previsibilidade, em especial, previsibilidade das decisões judiciais. Mas, na sociedade complexa, a probabilidade, enquanto forma do risco que o futuro representa, pode servir de orientação da certeza do direito?

2.2.3 A certeza como probabilidade

O pensamento racionalista/empirista constrói os problemas da certeza como problemas de causalidade. O mundo é dado por verdades contingentes, mas a contingência dessas verdades é suprimida, pois convertida em lei natural (de repetição de regularidades), a causalidade transforma a contingência em necessidade. Categorias de conhecimento permitem ao sujeito racional compreender essa lei e, a partir dela, fazer cálculos e deduções em que pode amparar suas decisões.[378] O pensamento racionalista desenvolve axiomas para a leitura

---

[377] DE GIORGI, Raffaele. Reflexos sobre a semântica da racionalidade e da experiência jurídica. In: **Direito, democracia e risco** – vínculos com o futuro. Tradução de Herman Nébias Barreto, Cristiane Branco Macedo e Menelick de Carvalho Netto. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p.93.

[378] Trata-se do que Hume chama de crença na existência de uma conexão necessária presente na repetição regular de eventos, crença essa que é generalizável. Para Hume, a compreensão de um evento qualquer depende da compreensão da sua causa, mas causa seria sempre um problema de probabilidades. A superioridade da probabilidade de determinada causa favoreceria

matemática dessas regularidades e as novas leis da natureza duplicam a realidade: há o mundo do provável e o mundo do improvável, isto é, dos erros *normais*. Progressivamente, a certeza das coisas já não decorre da coerência lógica com um sistema metafísico exterior, mas da pertinência ao mundo do provável. A incerteza se associa ao improvável, ao risco. A explicação do mundo e da certeza a respeito do mundo por meio da probabilidade (interpretada na forma do risco) é uma marca da Modernidade que revela a persistência dos problemas de superação da perda do centro metafísico de certeza.

É interessante observar, com Leonard Mlodinow, que mesmo culturas pré-modernas, como os gregos, embora conhecessem bem a matemática e a prática de jogos de azar, nunca desenvolveram uma teoria para demonstrar que, jogados dois dados, a probabilidade de ambos caírem no número *seis* é pequena. A observação do autor é precisa: não há razão para estudar probabilidades quando se acredita que o futuro, posto que desconhecido, é determinado, isto é, se desvela conforme a vontade dos deuses. Qualquer teoria da aleatoriedade seria irrelevante. Para os gregos, as certezas sobre o mundo são fixadas pelo centro metafísico e a matemática era apenas um instrumento para confirmar essas certezas, para demonstrar e comprovar a verdade emanada por esse centro de certeza, razão pela qual *insistiam na verdade absoluta, provada pela lógica e pelos axiomas*, o que tornava argumentos fundados em probabilidade algo próximo de uma mentira.[379]

A probabilidade – e, portanto, a aleatoriedade – aparece quando há suficiente incerteza sobre o mundo para que se busque, na contingência, nos erros, no inesperado, um padrão que obedeça a alguma lei, de modo que se possa, mesmo na incerteza, agir e motivar a ação. Para tanto, a própria realidade deve ser concebida como contingente.[380]

---

sua ocorrência fortalecendo o aumento na crença da causa. Por meio do conhecimento da probabilidade do evento, o espírito pode se antecipar para desvelar o evento. A probabilidade das causas é como a dos acasos: há aquelas uniformes e constantes, sem irregularidades e que contam com forte crença. Há outras menos certas, irregulares e que cuja falha, normalmente, indica que ainda há causas desconhecidas. Daí porque afirma que, "quando transferimos o passado para o futuro, a fim de que determinemos o efeito que resultará de alguma causa, transferimos todos os diferentes eventos na mesma proporção em que apareceram no passado e consideramos que um se revelou cem vezes, por exemplo, esse outro dez vezes e aquele outro, uma só vez. Como um grande número de inspeções afluem aqui sobre um único evento, elas o fortificam e o confirmam na imaginação, engendrando esse sentimento que denominamos crença". (HUME, David. **Investigação acerca do entendimento humano**. 2.ed. Tradução de André Campos Mesquita. São Paulo: Escala, 2003, seção VI, §§ 1 e 3, p. 82-84).

[379] MLODINOW, Leonard. **O andar do bêbado** – como o acaso determina nossas vidas. Tradução de Diego Alfaro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009, p. 35-37.

[380] Segundo Mlodinow, na Antiguidade, a noção de probabilidade, como suporte para a verdade, aparece no campo da opinião ou das verdades morais. Aristóteles sugere que a base lógica para demonstração de argumentos/verdades morais, se dá a partir do número de pessoas/autoridades que sustentam dada opinião. Essa lógica é considerada, inclusive, no sistema de provas do direito romano para contagem e valorização da prova testemunhal. Mas o futuro permanece como um evento certo, ainda que desconhecido. Para o autor havia ainda uma questão tecnológica: a matemática dos antigos não lidava bem com números

Daí porque uma importante estudiosa da teoria dos sistemas, Elena Espósito, associa o nascimento da teoria da probabilidade ao surgimento do romance moderno: ambos, romance e probabilidade, são formas de ficção que não têm a pretensão de reproduzir dados do mundo, mas sim criar um segundo mundo, ficcional, que permite a observação do mundo real a partir de outras possibilidades.[381] Enquanto teoria, a probabilidade é um efeito colateral do empirismo: experimentos em situações iguais levavam os cientistas a observações e medições diversas, suscitando dúvidas que diminuíam a certeza possível. Essas dúvidas vão aparecendo no pensamento empirista e a teoria da probabilidade surge como resposta.

Trata-se, porém, de uma teoria sobre a distribuição dos erros e não que pretenda a adequada descrição dos eventos e de sua causalidade.[382] Daí porque, afirma Espósito, o interesse na probabilidade nasce mais ligado à necessidade de cálculos de

---

fracionados e teria dificuldades em lidar com o fato de que a probabilidade de que algo ocorra é sempre menor que 1. Apenas no séc. VII os hindus fizeram avanços significativos nesse campo, conhecimento que chega para os matemáticos europeus por volta do séc. XV. Como explica, "se as pessoas não procuravam por ordem na natureza e não desenvolviam descrições numéricas de eventos, então uma teoria sobre o efeito da aleatoriedade em tais eventos estaria fadada a passar despercebida". Com a revolução científica em curso, a história seria outra. Ao final do séc. XVIII, os trabalhos de Newton e Leibniz sobre cálculo e logaritmos trazem os instrumentos necessários ao cálculo de regularidades e padrões de aproximação. (MLODINOW, Leonard. **O andar do bêbado** – como o acaso determina nossas vidas. Tradução de Diego Alfaro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009, p. 50-69; 103-105).

[381] Conforme a autora explica, no pensamento medieval o critério da verdade não era a mera correspondência ao mundo, mas a correspondência a um significado mais elevado. Nem toda ficção era uma mentira, a não ser que fingisse algo sem significado. Se a ficção representava algo, poderia representar uma figura do verdadeiro. Conforme, com a Modernidade, essa referência é perdida, a ficção assume outro tipo de função. Não é casual que a estatística e a probabilidade nasçam no séc. XVII junto com o romance moderno, sem pretensão de reproduzir dados do mundo, e sim criar um segundo mundo, que permita a observação do mundo real a partir de possibilidades. (ESPOSITO, Elena. **Probabilità Improbabili** – la realtà dela finzione nella società moderna. Roma: Meltemi, 2008, p.12-15).

[382] Como aponta Mlodinow, ainda no final do séc. XVIII, quando era necessário estabelecer com precisão medidas e contagens (por exemplo, na observação do movimento dos planetas ou da lua) os matemáticos e físicos recorriam a um número áureo, isto é, que se supunha mais adequado por razões lógicas, estéticas ou metafísicas e não a uma média, a partir de diversas medições. Para o pensamento científico de então, as diferenças, a variação entre uma observação e outra era fruto do fracasso, e não um subproduto natural da atividade empírica. Era preciso uma nova teoria matemática mais apta à descrição de observações da natureza em que medições são imperfeitas. Outra razão para essa adaptação eram as conquistas da física experimental, que lidava com magnetismo, luz, calor e eletricidade e que também não podiam reproduzir medições sempre idênticas. Como explica o autor, "as demandas geradas pela astronomia e pela física experimental fizeram com que boa parte do trabalho dos matemáticos do fim do século XVIII e início do XIX consistisse em compreender e quantificar os erros aleatórios. Tais esforços levaram a uma nova área, a estatística matemática, que gerou uma série de ferramentas para a interpretação dos dados surgidos da observação e da experimentação". (MLODINOW, Leonard. **O andar do bêbado** – como o acaso determina nossas vidas. Tradução de Diego Alfaro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009, p. 136-138). A sua base essencial, no entanto, é a regularidade da distribuição dos erros, não a adequada descrição de fatos ou da causalidade. Como explica o autor, "a ideia de que a distribuição dos erros segue alguma lei universal, por vezes chamada Lei dos Erros, é o preceito central no qual se basea a teoria da medição. Sua implicação mágica é que, desde que satisfeitas certas condições muito comuns, qualquer determinação de um valor real baseada em valores medidos poderá ser resolvida empregando-se um único tipo de análise matemática. Quando essa lei universal é empregada, o problema de determinar a posição real de um corpo celeste com base em medições feitas por astrônomos equivale ao de determinar a posição do centro do alvo tendo apenas os buracos das setas, ou a 'qualidade' de um vinho com base numa série de notas". A coerência da estatística decorre da distribuição dos erros. (p.145). Daí a tese do autor de que a compreensão da estatística e da sua relação com o erro (mais do que com a realidade) é fundamental para compreender os limites da sua aplicação aos eventos da vida quotidiana (como a eficácia de remédios e popularidade de políticos – e, seria de se acrescentar, chances de reversão/manutenção de uma decisão judicial).

razoabilidade para decisões arriscadas (quando não há certeza nem dúvida total) do que à descrição da realidade. A probabilidade, assim como a ficção, não é uma mentira quando não se confirma. O erro, ou a não correspondência com a realidade, simplesmente revela um espaço para questionamentos e observações de regularidades que pode justificar a ação em um ou outro sentido.[383]

Não obstante, a probabilidade e a estatística se difundem sensivelmente ao longo dos séculos XIX e XX, tanto como referência para o agir (escolhas/tomada de decisão), quanto para fornecer modelos de descrição qualitativa da realidade. A superioridade probabilística passa a servir de modelo descritivo não só do futuro *previsível*, mas também do presente e do passado avaliados estatisticamente.[384]

Até a Modernidade, segundo Espósito, a expressão "probabilidade" tinha um sentido próximo ao de "verossimilhança" que, então, indicava a correspondência com significados moralmente elevados (como a "bondade"). Esse conceito moral de probabilidade dizia respeito a uma qualidade de crenças e opiniões que não podiam ser demonstradas logicamente. Sua legitimidade derivava da aprovação de outras pessoas com *status* e, em especial, da autoridade das escrituras e textos antigos. Probabilidade indicava, assim, a validação moral de uma opinião. [385]

A difusão moderna das teorias da probabilidade mantém algo dessa concepção: a probabilidade, a despeito da incerteza, que lhe é inerente, e da margem de erros, torna-se critério de validação moral da verdade. Mais do que isso, valida moralmente a ação e as escolhas como razoáveis, passando a ser uma espécie de categoria ética, pois, as probabilidades (e as possibilidades de crença na regularidade) são sempre iguais para todos.

---

[383] ESPOSITO, Elena. **Probabilità Improbabili** – la realtà dela finzione nella società moderna. Roma: Meltemi, 2008, p.17. Como explica a autora, "a ruptura fundamental realizada pela teoria da probabilidade, dessa perspectiva, é com a divisão-continuidade entre lógica e retórica que tinha guiado toda a tradição clássica – em que uma se ocupava da verdade e da realidade e a outra do âmbito subordinado da opinião, que podia ser real só nos casos em que ocasionalmente coincidente com a verdade". A probabilidade, desse modo, fica no meio do caminho entre o conhecimento autoevidente e a mera persuasão, delimitando um âmbito em que se pode estar errado sem ser irracional.

[384] É possível pensar aqui nas complexas teorias da física quântica que definem a existência como um arranjo de probabilidades. É interessante também o jocoso exemplo sobre o uso da estatística para medir a distribuição de alimentos: se em dada população, metade das pessoas come um frango por dia e outra metade nada come, estatisticamente, cada um come meio frango por dia. Ou seja, ao passo em que a probabilidade busca descrever o futuro a partir da aleatoriedade, a estatística busca descrever o presente e o passado.

[385] ESPOSITO, Elena. **Probabilità Improbabili** – la realtà dela finzione nella società moderna. Roma: Meltemi, 2008, p.1920.

Descrições a partir das categorias da probabilidade, explica Espósito, tornavam possível a distribuição equitativa das incertezas, como em um jogo ou um contrato, em que as partes iniciam em posições iguais perante as probabilidades.[386] A uniformidade da natureza – incluindo aí a natureza humana e das condições do sujeito para perceber e atuar nessa uniformidade – distribui as probabilidades de modo equitativo e, assim, a eleva à categoria de uma ética utilitarista da ação, isto é, como premissa do próprio comportamento e expectativa do comportamento alheio seria obrigatória. Daí sua transposição para o âmbito das decisões políticas, isto é, que afetam terceiros: transmissão das premissas de decisões arriscadas, relativas ao futuro. [387]

Vale lembrar que o futuro, no pensamento pré-moderno, era desconhecido, mas não incerto. Estava definido pela vontade dos deuses (pelo centro de certeza metafísico). Não dependia do presente ou de decisões tomadas no presente: aconteceria o que tinha que acontecer. Com a Modernidade e a demolição do antigo centro de certeza, dimensões temporal, social e material do sentido se desvinculam e o futuro se abre.[388] Não é mais possível garantir expectativas sobre o futuro por meio do consenso com valores no presente.[389]

---

[386] ESPOSITO, Elena. **Probabilità Improbabili** – la realtà dela finzione nella società moderna. Roma: Meltemi, 2008.

[387] Nesse sentido, aponta Cassirer, em 1717, o holandês S'Gravessande (16881742) observava que, "quando, tomando por base certas observações, prevemos fatos que ainda não observamos diretamente, apoiamo-nos no axioma de uniformidade da natureza. Sem esse axioma, sem a hipótese de que as leis que descobrimos hoje na natureza vão manter-se e perdurar mais tarde, toda conclusão inferida do passado para o futuro cairia manifestamente no vazio". (Willem's Gravesande. Discurso inaugural De Matheseos in omnibus scientiis praecipue in Physicis usu (1717) apud CASSIRER, Ernst. **A filosofia do Iluminismo**. 3.ed. Campinas: Unicamp, 1997, p.94). Ainda segundo s' Gravesande, embora o raciocínio fundado no axioma da regularidade empírica não seja um raciocínio lógico, "por analogia, é perfeitamente válido e até indispensável. O saber que temos das coisas físicas, o que sabemos da natureza empírica das coisas, não transpõe o limite desse conhecimento por analogia. Temos, entretanto, o direito e a obrigação de confiar nele, visto que nos é imprescindível aceitar por verdadeiro tudo cuja refutação implicaria a supressão para o homem de todo e qualquer meio de existência empírica, de todo e qualquer tipo de vida social". (Willem's Gravesande. Discurso inaugural De Matheseos in omnibus scientiis praecipue in Physicis usu (1717) apud CASSIRER, Ernst. **A filosofia do Iluminismo**. 3.ed. Campinas: Unicamp, 1997, p.94).

[388] Como explica Niklas Luhmann, na Modernidade, a semântica sobre o tempo, isto é, as observações e a experiência temporal é controlada pela diferença entre o passado e o futuro. Isso significa que, de todas as possíveis distinções temporais, a distinção entre passado e futuro (melhor do que imanência/transcendência, ou passado/presente) é a que se ajusta melhor para harmonizar a noção de tempo com a de simultâneas e constantes transformações nas estruturas sociais. Enquanto antes da invenção da imprensa havia sentido concentrar esforços na preservação do conhecimento existente, agora trata-se de produzir novos conhecimentos para serem impressos e divulgados. Além disso, a sociedade moderna trabalha com programas temporais diversos, quer se olhe para o comerciante, o monge ou político. "O velho cosmos europeu de essências se desintegra, tudo começa a se mover e apenas as leis da natureza que controlam esse movimento – especialmente as leis newtonianas – foram consideradas, por um período de tempo, como invariáveis". De mais a mais, como a aleatoriedade demonstra, ao passo em que o passado lida com fatos específicos, o futuro não pode se antecipar, pois, "toda tentativa de especificar causalidades leva a dificuldades ainda maiores. O que vai acontecer nunca depende de um único evento. Há sempre uma concatenação de circunstâncias, de modo que as incertezas se multiplicam na proporção do rigor da análise". (LUHMANN, Niklas. **Risk** – a sociological theory. Tradução de Rhodes Barrett. New York: de Gruyter, 2006, p. 38-41). Como resultado, a unidade entre dimensão temporal e social que caracterizou o pensamento dos sécs XVIII e XIX, como na ideia de progresso, deixa de existir.

[389] ESPOSITO, Elena. **Probabilità Improbabili** – la realtà dela finzione nella società moderna. Roma: Meltemi, 2008, p.20.

Nesse contexto, enquanto proposta para uma ética utilitarista, a probabilidade aparece como instrumento de pesquisa para dar tratamento à incerteza social e temporal.[390] A probabilidade permite tratar o futuro por meio de decisões que possam ser transmitidas aos demais como decisões razoáveis ou, ao menos, compreensíveis. Não é possível conhecer o futuro, mas é possível ter o futuro como referência do presente, condicionando observações e tomadas de decisão ao se apresentar na forma ficcional provável/improvável, com a qual se transmite premissas de decisões sobre o que não é ainda conhecido.[391]

A probabilidade se apresenta então como um *medium* para a produção de sentido, em que a comunicação pode atuar por meio de formas, como o risco. Na tomada de decisão, a probabilidade corresponde à orientação ao futuro presente, isto é, a um futuro que, no presente, é determinado como resultado de uma decisão que está sendo tomada. A probabilidade se apresenta como uma subdivisão da certeza em que se pressupõe "que haja uma hipótese justa ante facto e que o cálculo da probabilidade seja necessário apenas porque nós não sabemos qual é" essa hipótese.[392] Haveria uma resposta certa sobre o futuro (ele seria determinado) e a probabilidade ajudaria a prever essa resposta.

A ficção da previsibilidade permite tratar o futuro, que é desconhecido, como se ele fosse certo e determinado. Para Espósito, existe uma vantagem nessa estratégia de comunicação sobre a incerteza (futuro), que é a possibilidade de transmitir, por meio da ficção, transparência sobre a decisão. Nas palavras da autora, com o cálculo de probabilidade, "por mais que o futuro seja e continue inseguro, se dispõe de fundamentos decisionais seguros, sobre os quais se pode supor encontrar também o consenso dos demais: com uma única manobra se tornam gerenciáveis as contingências temporal e social".[393]

---

[390] No entanto, a filosofia positivista do séc. XIX rejeita a probabilidade como fonte de qualquer verdade, justamente porque, ao calcular o acaso na realidade, nega a existência de leis causais reais. Nesse sentido, segundo Augusto Comte, o estabelecimento de leis naturais em relação aos fenômenos (inclusive sociais) seria indispensável para o progresso das ciências e seria ameaçada "por causa da ignorância ainda habitual das leis sociológicas, o princípio da invariabilidade das relações físicas permanece algumas vezes sujeito a graves alterações, até mesmo nos estudos puramente matemáticos, quando os vemos, por exemplo, preconizar cotidianamente um pretenso cálculo do acaso, que supõe implicitamente a ausência de toda lei real a respeito de certos acontecimentos, sobretudo quando o homem neles intervém". (Discurso sobre o espírito positivo, primeira parte. In: Curso de filosofia positiva; Discurso sobre o espírito positivo; Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo; Catecismo positivista; COMTE, Auguste. **Seleção de textos de José Arthur Giannotti**. Tradução de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p.50-51).

[391] ESPOSITO, Elena. **Probabilità Improbabili** – la realtà dela finzione nella società moderna. Roma: Meltemi, 2008, p.21-25.

[392] ESPOSITO, Elena. **Probabilità Improbabili** – la realtà dela finzione nella società moderna. Roma: Meltemi, 2008, p. 26.

[393] ESPOSITO, Elena. **Probabilità Improbabili** – la realtà dela finzione nella società moderna. Roma: Meltemi, 2008.

Contudo, ao longo dos séculos XIX e XX, a semântica da probabilidade e seus artefatos vai se alterando. Com a formalização teórica da matemática da probabilidade e seus desdobramentos, em especial no âmbito da economia, a autoridade dos números parece conferir ao cálculo probabilístico a capacidade de se converter em lei da natureza, isto é, de refletir com precisão a própria realidade. [394]

Vai sendo difundida a ideia de que estatística e probabilidade, números agregados, possam servir para estudar as características invariáveis de certos objetos. A probabilidade vai sendo desenvolvida como "disciplina certa para estudar objetos incertos, e não como disciplina da incerteza (como era originariamente)". [395]

Fala-se em lei estatística e, enquanto técnica de controle da incerteza, a probabilidade já não se refere apenas ao futuro, mas a todos os campos do conhecimento. A estatística passa a ser vista como uma leitura não-subjetiva da realidade, capaz de neutralizar a subjetividade do observador. O mediano assume a qualidade de normal, previsível e ganha qualidade moral. A curva de Gauss, elaborada para demonstrar erros, passa a sinalizar uma qualidade moral, como a do *homem médio*: um estado de equilíbrio e harmonia, longe de excessos. O normal (previsível) se torna critério normativo[396] e um valor moral. Reaparecem velhas estruturas do antigo centro de certeza: o anormal deve ser corrigido, deve ser normalizado. A ilusão de certeza é construída pela ocultação da incerteza inerente à própria produção da média ou do normal ou, para dizê-lo com Mlodinow, "embora a medição sempre traga consigo a incerteza, esta raramente é discutida quando medições são citadas". [397]

Aparecem, assim, ao menos dois problemas. Primeiro, após todo o ciclo da razão e da experiência, chega-se à certeza da probabilidade, que é apenas uma ilusão de certeza (a ficção da previsibilidade). O segundo problema diz respeito a saber se essa forma de certeza é capaz de estabilizar, de modo convergente, expectativas sociais e temporais. Para Luhmann, um futuro contingente e desconhecido é um futuro adequado a uma sociedade em constante transformação e, por isso, também contingente e desconhecida para si mesma. Forma-se "uma simbiose peculiar entre futuro e sociedade, isto é, entre certas incertezas na

---

[394] ESPOSITO, Elena. **Probabilità Improbabili** – la realtà dela finzione nella società moderna. Roma: Meltemi, 2008, p. 54.
[395] ESPOSITO, Elena. **Probabilità Improbabili** – la realtà dela finzione nella società moderna. Roma: Meltemi, 2008, p.30.
[396] ESPOSITO, Elena. **Probabilità Improbabili** – la realtà dela finzione nella società moderna. Roma: Meltemi, 2008, p.29-32.
[397] MLODINOW, Leonard. **O andar do bêbado** – como o acaso determina nossas vidas. Tradução de Diego Alfaro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009, p.138.

dimensão temporal e na dimensão social"[398] e, para o autor, o cálculo probabilístico já não está em posição de gerar consenso (social) sobre o futuro (temporal).

Nas palavras de Luhmann:

> O cálculo probabilístico tem sido frequentemente utilizado em um esforço para dotar o presente com uma base consensual em que decisões podem ser tomadas. Contudo, esse cálculo falha precisamente nessa função, precisamente do ponto de vista social [...] na valoração social, o cálculo deixa todas as eventualidades abertas para os casos individuais e a avaliação do risco vai, naturalmente, variar dependendo de cada um sentir que o acidente poderia ocorrer em breve ou apenas ao final de toda uma série [...]. [399]

E não bastaria melhorar os cálculos para obter uma visão mais precisa sobre o futuro. Como bem observa Luhmann, o risco não pode ser mitigado com estudos e conhecimentos porque mais estudos só revelarão mais riscos. Quanto mais se sabe, mais se sabe o que não se sabe. Quanto mais são analisados os riscos em dada alternativa, mais perigos são descobertos. Estudo e análise não transformam uma opção arriscada em uma opção segura, pois, quanto mais conhecimento, maior o risco. [400] Na verdade, como coloca Espósito, a incerteza moderna é tanta que "nenhum cálculo pode oferecer garantias, nem para a dimensão temporal nem naquela social". [401] Enquanto ficção, a probabilidade "não serve para prever a realidade". [402]

O problema está justamente na relação entre a dimensão temporal e social, pois ninguém pode determinar, no presente, como os demais agirão no futuro nem se pode fazer um acordo sobre quais eventos ocorrerão. A probabilidade gera uma ilusão de solução: se não se pode conhecer o futuro, o cálculo promete planificação, assegurando que, no futuro, não haverá arrependimentos e existirá consenso de todos. Mas a planificação não pode impedir a capacidade de aprendizado, isto é, da mudança. Não se pode vincular nem a contingência

---

[398] Segundo o autor, "Como resultado, isso parece significar que o futuro pode agora ser percebido apenas através do médium da probabilidade, portanto com todas as suas características como mais prováveis ou menos improváveis. Para o presente isso significa que ninguém está em posição de reclamar o conhecimento do futuro ou da capacidade de mudá-lo. Viver juntos em sociedade requer fazê-lo sem esse tipo de autoridade [...]" (LUHMANN, Niklas. **Risk** – a sociological theory. Tradução de Rhodes Barrett. New York: de Gruyter, 2006, p.48).
[399] LUHMANN, Niklas. **Risk** – a sociological theory. Tradução de Rhodes Barrett. New York: de Gruyter, 2006, p. 48-49.
[400] LUHMANN, Niklas. **Risk** – a sociological theory. Tradução de Rhodes Barrett. New York: de Gruyter, 2006, p.15-28.
[401] ESPOSITO, Elena. **Probabilità Improbabili** – la realtà dela finzione nella società moderna. Roma: Meltemi, 2008, p. 40.
[402] ESPOSITO, Elena. **Probabilità Improbabili** – la realtà dela finzione nella società moderna. Roma: Meltemi, 2008, p.41.

temporal (o que ocorrerá) nem a social (haverá consenso?) a uma norma planificadora no presente.[403]

Ora, como visto, com a Modernidade, as estruturas da sociedade passam a operar de modo autorreferente: para a política, só a política produz sentido, para a religião, só a religião etc. O sentido é autoproduzido nos âmbitos sociais que, aos poucos, se tornam sistemas autopoiéticos. Uma semântica da certeza baseada na ideia de um centro que emana certeza para toda a sociedade não se adequa a essa estrutura. Nessa nova sociedade, apenas a incerteza pode se apresentar como guia da orientação do sentido. A semântica da razão, em todo o seu percurso conceitual, não se coaduna com a realidade estrutural da sociedade, mas busca afirmar-se reprimindo a contingência por meio de fórmulas que possam fazer as vezes da metafísica pré-moderna. Por isso, Gonçalves afirma que "os séculos XVII, XVIII e XIX são marcados pelas tentativas de oferecer 'representações substitutivas' ao vértice metafísico da Velha Europa. Neste contexto é inventada a razão".[404]

O cálculo probabilístico é uma das máscaras da razão. Não é a máscara definitiva, mas está fortemente presente na noção de certeza em que se apóia o pensamento do atual movimento de reforma do processo: um enlace entre dimensão social e temporal por meio do cálculo de probabilidade. O mundo dos séculos XIX e XX, como explica Luhmann, ainda pôde apoiar uma representação da sua unidade nessa aliança, temporal/social que se beneficiava da ainda incipiente distinção dessas dimensões,[405] mas, na sociedade atual, a ilusão dos números já não é suficiente para garantir esse tipo de segurança.

Segundo Espósito, o benefício da probabilidade, enquanto categoria do conhecimento (ou forma para observações) reside na sua forma fictícia, cujas previsões oferecem a chance de corrigir um curso, e não na possibilidade de planificar o futuro. No contexto de alta complexidade da sociedade moderna, previsão e planificação podem ser úteis quando tratadas como provisórias, quando abrem espaço para uma preocupação constante de revisão, tornando a incerteza produtiva e sem perder de vista que a própria previsão se torna fonte de mais incertezas.[406]

---

[403] ESPOSITO, Elena. **Probabilità Improbabili** – la realtà dela finzione nella società moderna. Roma: Meltemi, 2008.
[404] ESPOSITO, Elena. **Probabilità Improbabili** – la realtà dela finzione nella società moderna. Roma: Meltemi, 2008, p.34.
[405] LUHMANN, Niklas. **Risk** – a sociological theory. Tradução de Rhodes Barrett. New York: de Gruyter, 2006, p.49.
[406] ESPOSITO, Elena. **Probabilità Improbabili** – la realtà dela finzione nella società moderna. Roma: Meltemi, 2008, p.45.

Do ponto de vista do direito, o empirismo já havia implicado uma filosofia do direito positivo segundo a qual caberia ao direito, positivo, reconhecer a regularidade/normalidade de uma ordem social manifestada nos costumes e normatizá-la. O atual pensamento reformista enriquece essa filosofia com autorreferência: o direito positivo deve refletir o passado do próprio direito. A legislação deve consolidar o entendimento dos tribunais sobre a legislação e garantir que os juízes estejam vinculados, não apenas à lei, mas aos seus próprios precedentes (e, em especial, dos Tribunais Superiores). Crescem as propostas de projetos de lei com o intuito de consolidar, na legislação, o entendimento dos Tribunais sobre a própria legislação, para que os juízes não interpretem a legislação.[407] Essa vinculação é orientada pela própria história do sistema, ou seja, a probabilidade de êxito de uma ação judicial diante de decisões passadas, probabilidade que é garantida por mecanismos jurídicos de simplificação e uniformização da jurisprudência, como as súmulas. A autodescrição da legitimidade da decisão judicial já não se orienta pela coerência de um sistema externo de justiça (imaginado e projetado de dentro do próprio sistema), mas apenas com decisões passadas. A fórmula de contingência da justiça é reduzida aos critérios de previsibilidade da decisão.

O direito da experiência reformulada como probabilidade é o direito autorreferente irrefletido, que não sabe que é autorreferente, que acredita ser capaz de vincular o futuro. Esse direito compreende a si mesmo a partir do mundo da probabilidade, como se pudesse legitimar suas operações no presente pela certeza das consequências futuras do seu operar. Esse direito acredita ser capaz de, com os instrumentos corretos, produzir decisões previsíveis (controláveis) e que gerem previsibilidade para o agir social.

Contudo, uma análise da forma como o direito opera na sociedade complexa (cap. 3) apontará, de um lado, para a elevada improbabilidade de decisões previsíveis e, de outro, para a importância do procedimento processual para a legitimação das decisões judiciais. O fato é que, na sociedade funcionalmente diferenciada, os sistemas operam recursivamente, com base no seu estado imediatamente anterior, mas nem os sistemas têm acesso ao futuro nem se pode, externamente, ter acesso ao futuro do sistema. O sistema se faz

[407] É o caso não só das recentes reformas processuais para valorizar os precedentes judiciais, mas também de outras leis, como o Projeto de Lei do Senado nº 334/2008, que regulamenta critérios para a fixação judicial de valores a título de danos morais, elaborado com base em pesquisa estatística de julgados do Superior Tribunal de Justiça.

imprevisível a si mesmo, de modo que mecanismos para conferir previsibilidade às decisões judiciais têm grande probabilidade de se converterem eles próprios em fatores de imprevisibilidade das decisões judiciais, sobrecarregando ainda mais o sistema jurídico com irritações vindas do seu ambiente e que tendem a bloquear sua operação.

3 DIREITO E PROCESSO JUDICIAL NA SOCIEDADE COMPLEXA

O direito contemporâneo é um sistema social e um sistema parcial da sociedade. Falar em *sistema social*, nos termos da teoria luhmaniana, significa indicar um sistema cujos elementos últimos são comunicações. Em oposição, há também sistemas psíquicos, cujos elementos últimos são pensamentos, e sistemas biológicos, cujos últimos elementos são matéria/energia. Para um sistema social, tudo aquilo que não é comunicação está fora do sistema, no seu ambiente. Sistemas sociais podem ser desde simples interações entre presentes, até organizações formais, como bancos, escolas, tribunais ou o próprio Estado e sistemas parciais da sociedade, como a economia, o direito e a política. A sociedade é o sistema social que abrange toda a comunicação possível (não há comunicação fora da sociedade), por isso, um sistema total que pode comportar *sistemas parciais*.

Sistemas parciais da sociedade especificam sentido para a comunicação e possuem autonomia suficiente para, a partir desse sentido, descrever toda a sociedade. Nas sociedades segmentadas, clãs ou tribos são sistemas parciais e definem um sentido a partir do qual se pode observar toda a sociedade: o sentido de toda a comunicação social, nessas sociedades, se orienta em função do clã. O mesmo vale para o centro e para a periferia nas sociedades centro-periféricas e para os estratos sociais, nas sociedades estratificadas.

Nas sociedades estratificadas, falar em direito (ou em política, ou em produção de bens ou em verdade etc.) não tem um sentido social específico, independente dos estratos. O direito do nobre não é o direito do camponês. Falar na diferença nobreza/não-nobreza garante referência a um conjunto de sentidos amplo o suficiente para observar e descrever toda a sociedade A sociedade se realiza organizando informação, para a comunicação social, por meio desses sistemas, que oferecem uma referência de sentido comum.

Na sociedade funcionalmente diferenciada, como visto no capítulo 2.1.4, os sistemas parciais da sociedade são formados a partir da especificação do sentido em um sistema de funções, como o direito e a economia. Um âmbito do sentido é codificado (ter/não-ter – dinheiro, lícito/ilícito – direito etc.) e ganha autonomia ao ponto de permitir a descrição de toda a sociedade a partir dele, com referência a uma função. Essa codificação do sentido depende de um processo de ganho de capacidade de reflexão, que leva à autorreferência: um âmbito específico da comunicação social (p. ex. comunicação sobre ter ou não ter bens) deixa

de se referir à estratificação e passa a se organizar com referência a si próprio. No caso da economia, a comunicação sobre ter/não-ter passa a se orientar pelo valor de *mercado,* que nada mais é do que o resultado da própria comunicação *ter/não-ter* (oferta/demanda). Para a comunicação política (quem tem e quem não tem poder sobre os demais), não importa mais o *status* de nascença, mas o resultado de procedimentos de voto e a referência a governo/oposição que, em última análise, é resultado da comunicação sobre quem tem ou não tem o poder.

A diferenciação funcional pressupõe, portanto, o ganho de autorreferência, que leva à capacidade de reflexão sobre o próprio sentido. Trata-se de um processo evolutivo acompanhado (e dependente) do desenvolvimento de uma instância teórica de reflexão (uma teoria política, uma teoria econômica, uma ciência do direito etc.) e da diferenciação interna dos sistemas parciais, com o apoio de organizações formais, que processam a informação de modo reflexivo. A economia desenvolve sua autorreferência ao mercado com apoio dos bancos e das empresas. A política desenvolve sua autorreferência com apoio no Estado. O direito desenvolverá sua autorreferência com apoio nos Tribunais. Trata-se da diferenciação interna dos sistemas parciais da sociedade. Na sociedade diferenciada por funções, o direito se diferencia quando, internamente, diferencia Tribunais como organizações formais (isto é, que já não se confundem com mero exercício da *iurisdictio* de um Senhor), e uma correlativa teoria que lhe permite refletir sobre o próprio sentido do direito. A normatividade jurídica ganha sentido exclusivo, autônomo em relação à sociedade como um todo (já que os outros sistemas não podem determinar o sentido jurídico da normatividade).

Diferenciação interna significa que o sistema, por meio das suas operações, estrutura em si mesmo uma referência (uma diferença) que permite reespecificação do sentido já especificado. O sistema passa a refletir sobre o seu próprio sentido e decidir sobre a aplicação do seu código binário, reproduzindo, assim, no seu interior, a diferença (de sentido) que delimita a fronteira entre sistema e ambiente. Essa diferença passa a orientar as descrições e observações que o sistema faz de si (autorreferência) ou de seu ambiente (heterorreferência), fazendo com que o sentido diferenciado (ex.: comunicação jurídica) ganhe uma diferença adicional, inerente ao próprio sistema.

Esse processo evolutivo, que conduz à diferenciação do direito, tem consequências fundamentais para as possibilidades de certeza do direito na sociedade

contemporânea, diferenciada funcionalmente. A criação de procedimentos decisórios e, depois, de organizações formais para a aplicação desses procedimentos, tem um papel fundamental para a compreensão da formação do direito moderno e do modo como esse direito lida com os problemas de certeza.

3.1.1 Diferenciação dos tribunais

Conforme dissemos, o processo de diferenciação de um sistema parcial da sociedade pressupõe um processo simultâneo de diferenciação interna desse sistema.[408] No caso do sistema jurídico, essa diferença interna para o sentido jurídico tem origem na distinção entre legislação e jurisdição. A distinção entre legislação e jurisdição permite que o direito estabeleça parâmetros exclusivamente jurídicos de autocorreção, que se aplicam reciprocamente na criação e na aplicação do direito. Só quando já está internamente diferenciado – e capaz de, por meio da reflexão, determinar seu próprio sentido – o sistema pode se diferenciar como um sistema na sociedade, ou seja, um sistema que se diferencia de outras ordens normativas como a moral e outros sistemas como a política e a religião.[409]

A diferenciação interna dos sistemas parciais também implica a constituição de *formas internas*: internamente, o sistema pode apresentar hierarquias, segmentos, centro-periferia ou mais de uma forma. Na diferenciação do sistema jurídico, há tribunais, que devem se respeitar como iguais (segmentação), mas há também relações assimétricas (hierarquizadas) entre tribunais superiores/inferiores, tribunais/parlamentos, que, com base na desigualdade, "introduzem mais diferenciação e, desse modo, maiores graus de liberdade no sistema [...] diferentes formas de diferenciação não se excluem mutuamente".[410] São os tribunais que, enquanto sistemas sociais do tipo organizacional,[411] se diferenciam dentro do sistema

[408] LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002, p.359. Como explica o autor, a própria "diferenciação da sociedade – que está constituída por pura comunicação – só resulta possível (ainda nos inícios mais primitivos e antes de qualquer formação segmentária das famílias) se se dá a diferença entre interação e sociedade", ou seja, quando ocorrências entre ausentes passam a, seletivamente, ser relevantes nas interações entre presentes. (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002).

[409] LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002.

[410] LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002, p.360.

[411] O conceito de sistema social inclui a sociedade, como um todo, seus sistemas parciais, como o direito, interações concretas entre pessoas presentes e, também, as organizações formais, como os bancos, igrejas, empresas e tribunais. Nesse sentido:

jurídico[412] e permitem à evolução aproveitar a distinção legislação/jurisdição como ponto de partida para a reflexão do sistema jurídico.

Embora Aristóteles já tivesse formulado a distinção entre legislar e julgar como forma de garantir a independência e neutralidade do juiz,[413] ao longo da Antiguidade romana, e até avançada Modernidade, legislar e julgar são consideradas variações de uma atividade política consistente na administração da justiça. Legislar e aplicar o direito são prerrogativas políticas – às quais corresponde o conceito de *iurisdictio* – exercidas pelo poder local (pretores, magistrados, senhores feudais), pelo Imperador, pelo monarca ou pela autoridade eclesiástica, conforme explica Marc Bloch:

> Nesta sociedade que tinha multiplicado as relações de dependência, qualquer chefe – e Deus sabe como eles eram numerosos – desejava ser juiz. Pois só o direito de julgar permitia conservar eficazmente no dever os subordinados e, enquanto impedia que eles se deixassem submeter às sentenças de tribunais estranhos, fornecia a maneira mais segura de os proteger e de os dominar ao mesmo tempo [...] Não foi de modo algum por acaso que a palavra *justiça* viu por vezes a sua aceitação alastrar até ao ponto de designar o conjunto dos poderes senhoriais [...] nenhum obstáculo intelectual impedia que qualquer pessoa que dispusesse do poder indispensável, ou tivesse recebido tal incumbência, se arrogasse a qualidade de juiz.[414]

A diferenciação de tribunais enquanto organizações, isto é, como uma estrutura institucionalizada de cargos, competências, regras de inclusão/exclusão de membros, ocorrerá apenas no limiar da Modernidade. Até então, a jurisdição permanece nas mãos da nobreza ou dos tribunais urbanos.[415] Por isso, explica Luhmann, durante todo esse período, "a diferenciação do direito frente à ordem estratificada e às influências das famílias, seguia

---

LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Rafaelle. **Teoria della società**. 11.ed. Milano: FrancoAngeli, 2003, p.25 e, sobre sistemas interacionais e organizacionais. (p.316-325).Também Niklas Luhmann (LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales** – lineamientos para una teoría general. Tradução de Silvia Pappe y Brunhilde Erker Rubi. (Barcelona): Anthropos; Mexico: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p.27; 363).

[412] LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002, p.361.

[413] Com a passagem ao direito das altas culturas pré-modernas, o juiz passa a desempenhar um papel que exige distanciamento dos laços de parentesco e das amizades. A distinção entre legislar e judicar vem ao encontro desse problema: de um lado, o legislador prevê apenas regras gerais, cujas consequências não podem ser antecipadas e, de outro, obrigado a aplicar a lei, o juiz ficaria impedido de favorecer ou desfavorecer amigos e inimigos pessoais. (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002, p.364).

[414] BLOCH, Marc. **A sociedade feudal**. Coimbra: Edições 70, 2009, p.424.

[415] Como coloca Peter Ackroyd, sobre a morte de *Henrique I*, rei da Inglaterra, em 1135, "Com a morte do rei, se perdia o Direito. Quando o rei morria, a paz morria com ele. Apenas com a a ascensão de um novo rei o Direito retornava. Cavaleiros voavam de volta aos seus castelos com medo de perdê-los. Era uma questão de salvar o que você pudesse durante um período em que a ordem estava suspensa". (ACKROYD, Peter. **The history of England**. v.I, Foundation, Londres: Pan Books, 2012, p.122).

dependendo da autonomia ainda precária do sistema político. A questão de se (e ante quem) haveria de prevalecer o direito seguia dependendo de constelações circunstanciais".[416]

Assim, apesar da distinção legislação/jurisdição ser bastante antiga, é apenas com a formação do Estado territorial moderno, a partir do séc. XVI, que a figura da *iurisdictio* como uma prerrogativa e condição do poder político começa a mudar, permitindo vislumbrar uma efetiva diferenciação estrutural entre julgar e legislar. Os esforços de centralização administrativa da realeza absolutista fazem com que a *potesta legislatoria* – prerrogativa de legislar – seja considerada exclusiva de um soberano, o Estado absolutista. Agora, só o rei – e não o senhor local – pode legislar. A aplicação do direito aos casos continua, ao menos inicialmente, nas mãos dos poderes locais e eclesiásticos.

O conceito de lei ganha eminência e passa a servir como um instrumento do poder absolutista central para controlar os poderes locais. Por meio da *lex*, o soberano pode anular, revogar e instituir privilégios de não-sujeição à lei e fixar a interpretação da lei a ser aplicada pelos tribunais locais. Progressivamente, a unificação da jurisdição se mostra imprescindível para estabilizar o Estado territorial e vai sendo implementada.[417]

Progressivamente, são instituídos tribunais ligados ao soberano, com competência para revisar ou anular decisões proferidas por tribunais locais e, gradualmente, se vai unificando a jurisdição. Apenas com essa unificação da jurisdição e reforço do conceito de lei, no séc. XVIII, a distinção entre legislação e jurisdição assume grande importância.[418] Como resultado desse processo de centralização e unificação da jurisdição, o conceito de *iurisdictio*, que integrava as atividades de legislar/julgar à dominação política, é cancelado.[419] A distinção entre legislar e julgar passa a se apoiar em distinções de procedimento e de competência, as quais estruturam a diferenciação interna do sistema jurídico.

A diferenciação interna permite ao direito renunciar a sustentáculos externos, como a política e a religião. O juiz, embasado em normas de competência e procedimento

---

[416] LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002, p.362.

[417] Sobre a importância da legislação para consolidar os Estados territoriais e sua disputa com a jurisprudência dos poderes locais: TARELLO, Giovani . **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p.56.

[418] LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002, p.362-363.

[419] E, segundo Luhmann, é cancelado sem ser substituído. (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002, p.364).

institucionalizadas, aplica a lei, criada pelo legislador com base em outras normas de competência e procedimento. O juiz deve aplicar a lei criada pelo legislador e o legislador deve elaborar a lei considerando sua aplicação pelos tribunais. Segundo explica Luhmann, "isso permite representar a diferença como uma espécie de círculo cibernético no qual o direito se observa a si mesmo com uma observação de segunda ordem. O juiz deve tratar de entender o que é que o legislador quis, vale dizer, como observou o mundo". [420] São desenvolvidos métodos correspondentes de interpretação (como a vontade do legislador) que, por sua vez, "deve imaginar como seriam acolhidos e trabalhados os casos no tribunal".[421]

Essa distinção permite ao direito autodeterminar seu sentido. Os tribunais, diferenciados, não julgam apenas a controvérsia fática, julgam também o direito estatuído na legislação. A plena positivação do direito, ou seja, a afirmação do direito como direito positivo, posto por decisões e, portanto, mutável por decisões, depende dessa possibilidade de autocorreção do sistema.

Apesar disso, como explica Luhmann, no limiar da Modernidade, a sociedade ainda está impregnada pela cosmologia do velho mundo hierarquizado e controlado por centros de certeza. Os tribunais se desvinculam do domínio político da nobreza, mas não do domínio político do monarca legislador. Alinhada com a velha cosmologia hierárquica, a relação circular entre competência legislativa e judicial, sobre a qual se funda a positividade do direito e sua diferenciação funcional, é construída estruturalmente como hierarquia, subordinando a jurisdição à legislação.[422]

Correspondentemente, a interpretação judicial do direito é concebida como método puramente lógico, fundado na estrutura da hierarquia entre legislação (premissa maior) e jurisdição (premissa menor), o que reprime contingência. O Tribunal

> se concebe como órgão executivo da competência legislativa e o método jurídico como simples dedução. O nexo deve ser garantido mediante a lógica, ergo axiomatizando as relações normativas. Por isso, ressalta-se que o método é uma

[420] LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002.
[421] LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002.
[422] LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 365.

> dedução que não tolera desvios. Por isso, exige-se o référé legislatif, como recurso para aqueles casos que apresentam problemas de interpretação.[423]

Nesse contexto, Montesquieu propõe, em uma República, que os juízes não sejam jurisconsultos, de modo que o julgamento verse apenas sobre os fatos, aplicando-se o direito sobre os fatos de forma automática, seguindo a letra da lei.[424] O poder Poder Judiciário, para Montesquieu, é uma atividade do poder executivo, relativa às controvérsias entre cidadãos. Trata-se de um desmembramento da *iurisdictio.* Mas a atividade de julgar continua a pressupor os outros dois poderes como antecedentes. É uma atividade de mera aplicação e não realmente produtora de direito novo, razão pela qual Montesquieu diz que "o poder de judicar é, de qualquer modo, um poder nulo".[425]

Trata-se de uma estratégia de repressão de contingência. A introdução dos procedimentos decisórios nas altas culturas pré-modernas já tornava claro que o direito é fruto de decisões, mas a moral generalizante bloqueava a contingência daí decorrente ao construir essa decisão como privada de alternativas: o procedimento simplesmente revelava o direito *verdadeiro*.[426] A diferenciação interna do direito eleva essa contingência na medida em que o direito *verdadeiro* revelado por um procedimento jurídico é também condicionado a uma confirmação por outro procedimento jurídico. Vai ganhando destaque a noção de que o direito, como um todo, acaba sendo fruto de decisões. Trata-se de um aumento de complexidade interna e nível de contingência que busca corresponder à complexidade da sociedade. No entanto, a sociedade ainda não está diferenciada e sua semântica e visão de mundo ainda estão vinculadas à noção de uma ordem hierárquica, que garante a certeza por meio da referência a sustentáculos externos.[427]

Nesse contexto, assim como a religião cristã serviu de apoio à dominação política ao longo da Idade Média, a razão universal, como centro de certeza, funciona como

---

[423] E, por isso, continua Luhmann, "não era nenhum problema conceituar o sistema do direito paralelo (ou identicamente) à ordem política". (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002). Ou seja, o controle legislativo da interpretação do direito na decisão judicial mantém um paralelismo entre ordem jurídica e ordem política que pode ser danoso à autonomia de ambos.

[424] MONTESQUIEU, Charles de. **O espírito das leis** (XI, VI) São Paulo: Martins Fontes, 2000, L. VI, cap. 3.

[425] MONTESQUIEU, Charles de. **O espírito das leis** (XI, VI) São Paulo: Martins Fontes, 2000, L. XI, cap. 6, p. 169.

[426] Nesse sentido é a tese de Guilherme Leite Gonçalves: GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada.

[427] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p.34.

apoio semântico para a dominação do Estado absolutista.[428] O direito medieval, aplicado por meio da *interpretatio* dos tribunais locais, é considerado irracional. O direito novo, compilado em grandes códigos instituídos pelo Estado é considerado racional, *verdadeiro* e considera-se que é ele que deve ser revelado pelos tribunais. Só a partir do séc. XIX, na medida em que os tribunais consolidam sua ascendência sobre as antigas jurisdições locais e vão ganhando independência do domínio político central, essa concepção hierárquica pode ser abandonada. Os tribunais cada vez mais interpretam o sentido da sua vinculação à lei. Soluções legislativas se apresentam muitas vezes insuficientes e os tribunais devem decidir em que medida podem resolver o caso por meio da interpretação e em qual medida devem demandar mudanças na lei.[429]

As mudanças decorrentes da diferenciação funcional da sociedade trazem cada vez mais novas questões para o direito, que demandam o crescente recurso à legislação. Tão logo são promulgados, os grandes códigos vão caducando e, cada vez mais, novos métodos de interpretação são discutidos. Os tribunais se vêem diante da exigência de aplicar a igualdade aos casos particulares, ou seja, aplicar as mesmas leis e fazê-lo de maneira justa, ou seja, adaptada ao caso concreto e, assim, a interpretação judicial da lei desenvolve suas próprias regras. "A necessidade de que se decida e a liberdade que surge precisamente ao buscar razões (questionáveis) para chegar a um decisão, resultam restritas pelos pontos de vista da justiça. E é essa tríade de necessidade, liberdade e restrição que produz o direito".[430]

Paralelamente e em estrita vinculação com esse processo, mudanças desencadeadas pela diferenciação funcional vão liberando o legislador (e as partes contratantes) de um sentido metafísico condicionante. Forma-se uma dogmática propriamente jurídica que vai doando ao sistema jurídico o controle sobre a reestabilização do seu próprio sentido e abrindo caminho para a diferenciação funcional.

---

[428] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p.34.

[429] E, segundo Luhmann, "só essa concepção da tarefa judiciária é o que possibilita chegar a proibir a denegação de justiça e a exigir que os tribunais devam decidir sobre todos os casos que a eles se apresentem". (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002, p.365).

[430] LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002, p.366.

3.1.2 Legislação, Constituição e positividade

Outro aspecto importante para se compreender a diferenciação do direito na sociedade, a par da diferenciação dos Tribunais enquanto organizações formais (na verdade, o outro lado dessa diferenciação), diz respeito à estabilização da positividade no campo legislativo e ao advento das constituições modernas. O uso da legislação já existia desde a Antiguidade, principalmente em Roma, onde um centro político diferenciado institucionaliza procedimentos decisórios e desenvolve interesse na "administração unificada do direito – daí resultando resumos do direito e autênticas fixações por escrito de questões jurídicas precárias ou controvertidas, novas publicações e codificações ou reformas legislativas".[431] No entanto, a utilização da legislação na Antiguidade não tinha o objetivo de criar *novo* direito nem se pautava por um procedimento diferenciado.

Na Antiguidade, a legislação não contava com procedimentos e competências próprias. A competência para julgar e legislar e os respectivos procedimentos eram os mesmos. E o seu papel era o de confirmar ou sacralizar o direito já existente. O direito era posto, mas a validade do seu sentido normativo dependia da aferição de sua compatibilidade com o direito *verdadeiro* já existente. Mesmo quando, como no caso grego, a experiência jurídica conhece e lida com a positivação do direito como um assunto humano (e não divino),[432] o conteúdo permanece sempre sujeito a esse exame de compatibilidade.[433]

Por isso, o direito legislado da Antiguidade não é um direito que consegue se impor como válido e vigente pelo seu simples encaminhamento processual (promulgação): a juridicidade da legislação segue dependente do "tempo, do costume, da publicidade atingível, ou uma questão de adaptabilidade, ou do poder político, ou da pressão de crises e capacidade

---

[431] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 228.

[432] Nesse sentido: LOPES, José Reinaldo Lima. **O direito na história** – lições introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.39-40.

[433] A tragédia de Antígona ilustra com essa dependência. A Lei das XII tábuas, por exemplo, põe o direito, mas não cria um direito *positivamente* válido, isto é, válido porque escolhido diante de várias outras opções. As XII tábuas sacralizam um direito antigo e válido por si (e não porque posto). O direito segue concebido como dado pelo passado. Como bem explica Luhmann, para "o jurista romano, a ideia da positividade das leis populares fundamentais representaria um pensamento inconcebível até a época do principado; as instituições jurídicas, de fato, representavam as instituições que no âmbito da sociedade não podiam ser postas em dúvida". (LUHMANN, Niklas. **Differenziazione del diritto, contributi ala sociologia e ala teoria del diritto**. Tradução de Raffaelle de Giorgi. Bologna: Il Mulino, 1990, p.115).

de persuasão circunstancial".[434] Mesmo na experiência romana, em que se desenvolve uma teoria das fontes do direito, aceita-se a legislação, mas o direito, como um todo, segue vigendo com base "na implementação sagrada ou na tradição nunca constituindo um direito positivo construído e modificável a qualquer momento". [435]A legislação então captava o direito, mas não propriamente o criava.[436] Os atos legislativos, por sua vez, seguem concebidos como eventos singulares pertencentes ao passado e que por isso se tornavam irrevogáveis.[437]

Essa concepção de que há um direito dado e imutável e que delimita o espaço do direito que pode ser alterado permanece ao longo da Idade Média. Agora, a normatividade do direito depende da lógica dos estratos, isto é, do *status* formal da pessoa que ostenta a *iurisdictio.* Existem leis, mas nem todo direito pode ser estatuído e modificado pela legislação. O direito dado pela tradição, imutável e antigo, baliza a esfera à disposição do direito positivo. Como explica Bloch,

> por toda a parte uma mesma autoridade decidia, finalmente, sobre a sorte reservada ao patrimônio jurídico da idade anterior, o costume, única fonte viva do direito de então e que os príncipes, quando legislavam, apenas pretendiam interpretar [...] o sistema jurídico da primeira idade feudal baseava-se, portanto, na ideia de que o que foi tem, por isso mesmo, o direito de ser.[438]

As divergências, como visto, eram corrigidas pelo centro de certeza metafísico e sua moral generalizante, de modo que, como explica Bloch "Hincmar de Reims declarava que o rei não deverá julgar segundo o costume se este se revelar mais cruel do que a 'rectidão

---

[434] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.229.
[435] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 230.
[436] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
[437] LUHMANN, Niklas. **Differenziazione del diritto, contributi ala sociologia e ala teoria del diritto**. Tradução de Raffaelle de Giorgi. Bologna: Il Mulino, 1990, p.115.
[438] BLOCH, Marc. **A sociedade feudal**. Coimbra: Edições 70, 2009, p.141-143. Um fator importante a se considerar é o fato de que, nas sociedades feudais, o uso do remanescente direito romano escrito (e suas versões bárbaras) decai sensivelmente, restando um direito costumeiro. Segundo Bloch, "Acabou-se a legislação: em França, a última 'capitular', aliás pouco original, é de 884; na Alemanha a própria fonte parece ter secado após o desmembramento do Império, depois de Luís, o Pio. Só alguns príncipes territoriais – um duque da Normandia, um duque da Baviera – promulgam aqui e além uma ou outra medida de alcance um pouco geral [...] Durante o século X, as leis bárbaras, tal como as prescrições carolíngias, cessam pouco a pouco de ser transcritas ou mencionadas, a não ser por fugazes alusões". Apesar de certa continuidade de direito escrito no direito canônico, em relação ao direito profano isso não ocorre, pois este não era nem sequer objeto de ensino. "a organização jurídica não continha advogados e todos os chefes eram juízes. O que equivale a dizer que a maioria dos juízes não sabia ler, sem dúvida, uma má condição para a conservação de um direito escrito". No entanto, na Inglaterra e na Itália, a situação era diversa, com manutenção e estudo do direito escrito, tanto romano, quanto canônico quanto bárbaro. (p.140-141).

cristã'"[439] e "as leis podiam ser pensadas como partes integrantes da ordem jurídica, cujo caráter jurídico não era proveniente delas mesmas, mas de bases extrajurídicas".[440]

Com a Modernidade e a diferenciação da política, a prevalência do direito antigo sobre o novo – que bloqueava o sentido prático da distinção legislação/jurisdição, já que implica proibição de modificar o direito antigo –, vai aos poucos cedendo e não resiste à evolução. Progressivamente, a unidade da *iurisdictio* é desfeita. O papel do soberano é separado do papel do legislador. É o papel de legislador (que pode ou não ser delegado pelo soberano) que permite mudar o direito.[441]

O Estado constitucional (e o constitucionalismo) é uma conquista evolutiva fundamental para que a separação entre política e direito se consolide e reforce uma distinção entre legislação e jurisdição que dê sentido à positividade do direito. Apenas com o desenvolvimento de um direito público, viabilizado pela mediação da relação entre sistema político e jurídico por uma Constituição, é que se pode colocar problemas suficientes à fixação do direito, "tornando-se necessária no século XIX a instauração de processos legislativos através do aparelho de Estado (e não só enquanto um 'direito' utilizado pelas monarquias quando fosse necessário)". [442] Quando o procedimento legislativo se torna uma atividade estatal rotineira é que o sistema jurídico como um todo pode se orientar no sentido da positividade.

O passo que levará à completa diferenciação funcional do direito na sociedade dependerá da delimitação da separação e vinculação entre política e direito, formulada como Estado de Direito e garantida por uma Constituição.

---

[439] BLOCH, Marc. **A sociedade feudal**. Coimbra: Edições 70, 2009, p.143 e ss., abordando costumes que, à luz do direito divino – retidão cristã – eram considerados maus, especialmente os novos.

[440] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.229. E, por mais que pudesse haver mudança na legislação, inclusive do direito divino, como na Índia, "em todos os casos estabeleciam-se limites estritos para a variabilidade legitimável de normas jurídicas. O limiar de alteração da estrutura jurídica assim, era muito distanciado. Em princípio, a vigência do direito era vista como invariante, ou pelo menos, como baseada em normas de vigência invariante". Essa noção permanece ao longo da Idade Média, em que o direito canônico viabiliza a integração do direito romano, "sem que tivesse que ser inventado e desenvolvido a partir de suas próprias instituições", o que aliviou os riscos da inovação e possibilitou a concepção da legislação como forma de constituição de direito (criação de direito novo) legitimada pela tradição do direito antigo. (p.230-231).

[441] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.233.

[442] LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

Com o fim da antiga ordem, o Estado não mais estabelece vínculos com os estratos, que perdem relevância como estrutura capaz de organizar a comunicação, mas sim com o indivíduo, na figura jurídica do cidadão. Essa concepção leva a uma progressiva construção da imposição de limites ao poder. O direito de resistência ao tirano é estatuído em um texto jurídico de direito positivo, a Constituição, e o sistema jurídico passa a descrever pelos seus próprios critérios as balizas em que opera o poder no sistema político.[443]

Por meio da Constituição, o sistema jurídico descreve o Estado submetido ao direito e a isso chama de Estado de Direito. De outro lado, o sistema político descreve o sistema jurídico como instrumento para perseguir objetivos políticos e chama a isso de Estado de Direito, ou seja, utiliza o sistema jurídico (heterorreferência) para elaborar uma autodescrição.[444] A Constituição permite que política e direito ganhem autonomia recíproca e consolidem seus processos de diferenciação funcional. Daí porque Luhmann diz ser a Constituição uma aquisição evolutiva: trata-se de um improvável resultado da evolução que, uma vez estabilizado, abre o caminho para novos ganhos evolutivos.[445]

As constituições modernas surgem de uma combinação do pensamento racionalista/codificador com as exigências iluministas decorrentes da diferenciação funcional.[446] Ao se estabilizarem como estrutura de referência comum ao direito e à política (acoplamento estrutural), as constituições viabilizam a independência recíproca dos dois sistemas. Seu caráter improvável não está, como poderia parecer, na regulamentação jurídica do poder (que já se via, por exemplo, na Magna Carta inglesa)[447] ou na fundamentação jurídica do Estado (que já se via nas teorias contratualistas), o improvável da Constituição é a sua autofundação: a própria Constituição se apresenta como uma norma superior às demais

[443] LUHMANN, Niklas. La constituizione come acquisizione evolutiva. In: **Il Futuro della Constituizone**. Torino: Einaudi, 1996, p.87.
[444] LUHMANN, Niklas. La constituizione come acquisizione evolutiva. In: **Il Futuro della Constituizone**. Torino: Einaudi, 1996, p.84.
[445] LUHMANN, Niklas. La constituizione come acquisizione evolutiva. In: **Il Futuro della Constituizone**. Torino: Einaudi, 1996.
[446] TARELLO, Giovani . **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p. 22-28.
[447] Também aqui, aponta Peter Ackroyd, a Magna Carta (Great Charter), assim chamada pela sua extensão e não pela sua importância; não era uma nova lei, nem mesmo um resumo de princípios legislativos. "Era essencialmente uma tentativa dos barões de retornar ao estado de coisas anterior ao domínio dos reis angevinos". (ACKROYD, Peter. **The history of England**. v.I, Foundation, Londres: Pan Books, 2012, p.171-172).

normas, capaz de revogá-las, mas insuscetível de revogação por elas.[448] Esse caráter da Constituição permite que ela fundamente a autodeterminação da política e do direito.

Para o direito, a Constituição possibilita a desvinculação da necessidade de uma referência externa, como a natureza, a tradição, as qualidades do soberano que promulga o direito ou as boas razões do direito já vigente, vale dizer, resolve juridicamente o problema da fundamentação do direito. A Constituição se apresenta como lei fundamental, da qual as demais leis extraem sua validade. Amparado na Constituição, o direito pode estabelecer a distinção entre lícito e ilícito a partir de referências exclusivamente jurídicas. A Constituição possibilita ao direito submeter as normas a um teste de validade sujeito apenas a critérios do próprio direito, o que permite o fechamento operacional do sentido jurídico. Assim, o direito consegue autodeterminar seu sentido e diferenciar-se. Para a política, a Constituição viabiliza a fundamentação jurídica da soberania, ocultando a arbitrariedade da fundação do poder político. A Constituição organiza juridicamente o sistema político na forma do Estado e toda a cadeia de poder pode ser legitimada a partir de si mesma.[449]

Contudo, o preço da autofundação do sentido do direito é a perda da referência de um centro de certeza. A Constituição é um documento jurídico e, mesmo quando expressa o apoio de elementos extrajurídicos ou metafísicos, o faz sob a égide do sentido jurídico. Legislação e positividade se orientam pelos marcos da Constituição. E, apesar das cláusulas que impõem procedimentos mais rígidos para a mudança da Constituição, ainda se trata de direito posto por decisão. Nem natureza, nem razão, nem religião, nem política podem amparar o sentido jurídico.

Constituição, positividade e tribunais diferenciados permitem ao sistema jurídico fazer uso de suas próprias referências (diferenças) para controlar o sentido especificamente jurídico e ganhar autonomia. Esse direito não precisa de apoios externos. Não se valida na tradição do costume nem na superioridade de uma moral religiosa. O direito se autovalida e isso elimina os antigos anteparos de certeza do direito. Diferenciado pela função, o direito opera por meio da diferença de código (que traduz a especificação do sentido jurídico

---

[448] TARELLO, Giovani . **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p.84.

[449] TARELLO, Giovani . **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p.91-109. Por isso, Luhmann afirma que "a Constituição consegue soluções políticas para o problema da autorreferência do direito e soluções jurídicas para o problema da autorreferência política". (p.110).

lícito/ilícito) e programa (que orienta a aplicação do código e decorre dela), como se passa a analisar.

3.2 Direito como sistema autopoiético

3.2.1 O direito diferenciado pela função

Enquanto um sistema parcial da sociedade funcionalmente diferenciada, o direito garante sua diferenciação em relação aos outros sistemas porque, controlando seu próprio sentido, atribui a si mesmo uma função exclusiva, o que lhe permite construir e manter uma identidade. Essa função é a *generalização congruente de expectativas normativas*, ou seja, as diversas expectativas normativas que surgem na sociedade convergem orientando-se pelo sentido produzido pelas operações do sistema jurídico.[450]

A função diz respeito à relação do direito com o sistema total da sociedade: a sociedade interpreta o operar do direito, sua autopoiese (e mantém a diferença entre direito e sociedade) à luz da função de generalização das expectativas normativas congruentemente nas dimensões do sentido (como visto no cap. 2.1.4). Mas o desempenhar dessa função não propicia qualquer *certeza* com relação ao sentido do direito, embora, como visto, produza alguma certeza ao estruturar complexidade social. A função não garante *certeza do direito* porque, para desempenhar a função, o direito não se compromete com a aplicação de um dos lados do seu código binário. Não se propõe a produzir *lícito* ou *ilícito*, nem a atingir escopos metajurídicos (que implicariam sobreposição de outros códigos ao código lícito/ilícito). A função depende da reprodução da distinção lícito/ilícito pelos programas do direito. A função não elimina, portanto, a contingência do operar do direito. A função do direito também não

---

[450] LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 181-221. As expectativas normativas são aquelas que resistem aos fatos. Na clara explicação de Celso Fernandes Campilongo, *generalização* significa que "o critério para a compreensão do sistema jurídico não pode ser individual ou subjetivo". Ele é generalizado e resiste a mudanças no ambiente, é indiferente à totalidade de expectativas e sensível às expectativas estruturadas normativamente. *Congruente* significa que a generalização atua nas três dimensões em que a expectativa pode divergir: "temporal (segurança contra as desilusões, enfrentada pela positivação); social (segurança contra o dissenso, tratada pela institucionalização de procedimentos); material (segurança contra as incoerências e contradições, obtida por meio de papéis, instituições, programas e valores que fixem o sentido da generalização)". Assim, "nem todas as expectativas normativas são positivadas, institucionalizadas e formuladas em termos de programas decisionais", nem todas são jurídicas, apenas as que o direito generaliza de modo congruente. (CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.19).

pode garantir os comportamentos prescritos pelo direito, mas apenas a generalização congruente da normatividade da expectativa relativa a esses comportamentos.[451]

A situação não muda quando deslocada para o ponto de vista dos demais sistemas. Do ponto de vista dos sistemas, o operar do sistema jurídico é interpretado como uma prestação, isto é, um sentido que os sistemas atribuem às operações desempenhadas pelos demais sistemas e que aproveitam para suas próprias operações. Embora o sistema não seja capaz de determinar como ele será interpretado pelos demais sistemas (e, portanto, quais prestações oferecerá), de um modo geral, segundo Luhmann, as prestações que o sistema jurídico oferece, quando combinadas com a sua função, podem ser concebidas como um sistema de imunização para lidar com conflitos.[452]

Vale dizer, os demais sistemas podem operar considerando que os conflitos – entendidos como divergência de expectativas – serão canalizados pelo sistema jurídico. As prestações, no entanto, não decorrem de qualquer direcionamento teleológico da função do sistema. A prestação, como a função, decorre da autopoiese e, assim, não serve a um finalidade imposta do exterior. Em outras palavras, ao contrário do quanto pressuposto por parte expressiva da doutrina, a função do direito não é pacificar ou solucionar conflitos, essa é apenas uma prestação que os demais sistemas extraem do operar do sistema jurídico.[453] Não importa em menos conflitos nem mitiga o fato de que o próprio direito cria conflitos (questões formais, conflitos de competência, regulatórios etc.). Também não importa em efetivo controle de comportamentos.

O direito opera como um sistema imunizador da sociedade ao combinar o oferecimento de um parâmetro de coordenação para os comportamentos (função: estabilização congruente de expectativas normativas) com a canalização e especificação jurídica dos

---

[451] Por isso, a diferenciação pela função não implica concretizar direitos, no sentido de distribuir bens e vantagens gerenciados por outros sistemas (dinheiro, poder, verdade, aprendizado, etc.), mas apenas a estabilização das expectativas normativas o que, como lembra Campilongo, *não é pouca coisa*. Ainda, na lúcida análise de Celso Fernandes Campilongo, dado o operar autopoiético do direito (em que "cada operação do sistema jurídico parte da operação anterior e cria condições para a operação seguinte, todas elas encerradas no mesmo código"), "a função do direito resume-se à garantia e confirmação de expectativas de direitos. Insista-se: não se trata de pouca coisa". (CAMPILONGO, Celso Fernandes. Governo representativo *versus* Governo dos juízes: a autopoiese dos sistemas político e jurídico. In: **O Direito na Sociedade Complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.85).

[452] LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002, p.181-221.

[453] LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002, p.189-190.

conflitos (prestação).[454] Contudo, a manutenção da diferenciação (em relação à sociedade e aos outros sistemas) pressupõe a autonomia das próprias operações (a determinação externa da função ou prestações minaria a diferenciação), de modo que não há direcionamento teleológico do operar do sistema. É preciso combinar o fechamento operacional com abertura cognitiva, que possibilite ao sistema extrair informações do ambiente, como se verá a seguir.

3.2.2 Autopoiese: fechamento operacional, código e programa

Como visto, a diferenciação interna do sistema jurídico permite ao direito atingir níveis de complexidade compatíveis com a diferenciação funcional. Direito e política coevoluem e conquistam sua autonomia na sociedade por meio da construção de espaços de independência e interdependência mediados pela Constituição. Em vez de direito natural/direito positivo, fala-se em direito constitucional/direito ordinário, o que implica dizer que todo o direito é fruto de decisões, mesmo o direito que fundamenta o direito. A atividade legislativa já não se limita a registrar e compilar um direito dado externamente (pela natureza ou pela razão), mas constitui fundamento de validade jurídica e o direito varia não só em função dos casos, mas também em função do procedimento legislativo que origina os programas de decisão. Essa situação expõe o fato de que o sistema jurídico na modernidade é fundamentalmente alterável e válido em função disso.[455]

Contudo, como bem aponta Marcelo Neves, isso não significa adotar uma postura *decisionista* em relação ao direito, isto é, de que o direito é fruto do arbítrio político.[456] O que a positividade enfatiza na teoria luhmaniana é que o problema da decidibilidade do direito não está sujeito a determinações externas, mas apenas ao sentido produzido pelo próprio direito. Significa que mesmo uma decisão legislativa que venha a "a alterar

---

[454] LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002.

[455] A positividade não se limita à competência legislativa, mas ao fato de que "o próprio estabelecimento do direito, ou seja, a decisão, tornou-se base do direito. E isso só pode ocorrer na medida em que a própria seletividade desse estabelecimento é aproveitada para a estabilização do direito. O direito positivo vige não porque normas superiores permitem, mas porque sua seletividade preenche a função do estabelecimento de congruência". (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito** v.I.Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p.237).

[456] NEVES, Marcelo. **Entre Themis e Leviatã** - uma relação difícil: O Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.79-80.

radicalmente o direito, receberá o seu significado normativo do próprio sistema jurídico",[457] isto é, será objeto de decisão judicial que interpretará seu sentido de acordo com a dogmática propriamente jurídica, precedentes judiciais, outras leis etc.

A diferença entre código e programa, como mecanismo central do fechamento operacional que garante a autopoiese do sistema responde à pergunta sobre como o direito pode manter sua autonomia (diferenciação). A estabilização da positividade é possível porque a diferenciação entre a decisão que, no centro do sistema (tribunais), aplica o código lícito/ilícito e os programas de decisão, que são dados pela periferia do sistema (normas jurídicas), permite ao sistema jurídico produzir observações de si mesmo. Essas observações servem de referência para suas próprias operações (uma dogmática jurídica) e observações de si mesmo que produzem autodescrições (uma teoria do direito).

Com observações de segundo grau, o direito define seu próprio sentido, controlando o código lícito/ilícito que lhe permite especificar e universalizar seu operar. Em última redução, toda operação do sistema jurídico (*contratos, leis, normas infralegais, decisões judiciais, precedentes judiciais, jurisprudência, dogmática jurídica etc.*) realiza uma reprodução do código lícito/ilícito (especificação). Justamente por isso, toda comunicação na sociedade que diga respeito ao código lícito/ilícito é uma comunicação do sistema jurídico (universalização).

O código (lícito/ilícito) garante que não haja comunicação jurídica fora do sistema jurídico. A partir do momento em que dada comunicação faz referência ao código e pode ser reduzida a ele, ela já faz parte do sistema. É por isso que se afirma que a diferenciação do direito como um sistema funcional especificado na sociedade ocorre nas bases do código binário lícito/ilícito que orienta as operações do sistema. É o código binário que possibilita a manutenção do contínuo operar do sistema (sua autopoiese) no sentido da clausura circular das conexões que reproduzem suas operações (clausura operativa). O código sempre remete a ele mesmo, de um valor ao outro do próprio código, e é esse operar

[457] NEVES, Marcelo. **Entre Themis e Leviatã** - uma relação difícil: O Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

codificado que mantém o sistema diferenciado no ambiente da sociedade.[458] O código, em outras palavras, garante a clausura operativa do sistema, condição da sua autopoiese.

O direito da Modernidade, tendo passado pelo processo de diferenciação interna e externa, enquanto sistema parcial da sociedade Moderna é autopoiético. Suas operações são codificadas e só engatam operações com comunicações que se orientem pelo mesmo código. O seu sentido não pode, portanto, ser pensado como fruto de princípios, valores ou de um sentimento de justiça: ele é fruto do operar contingente do direito e é, portanto, incerto. Tentativas de se calcular ou determinar o sentido jurídico (isto é, obter ou produzir certeza) por paralelismos econômicos (análise de custo-benefício de infrações legais) ou políticos (submissão de decisões judiciais à opinião pública) tendem ao insucesso ou a produzir mais incerteza.

Essa clausura operativa, no entanto, não implica isolamento ou indiferença ao ambiente. A clausura permite ao sistema, por meio da autorreferência, atribuir sentido a eventos percebidos no ambiente (heterorreferência),[459] porém, esse sentido não é *importado* do ambiente como uma informação pronta, e sim, construído internamente e decorre, portanto, do operar do código binário. Em outras palavras, a abertura cognitiva permite ao sistema jurídico tomar conhecimento de fatos (comunicações), eventos (comunicações) e ações (comunicações) em outros sistemas, mas o fechamento operacional permite que tudo seja demarcado pelo sistema com a distinção lícito/ilícito, conforme os programas do sistema jurídico.[460]

Essa capacidade de percepção do exterior é fundamental para que o direito possa se adaptar a um ambiente (sociedade) de crescente complexidade. Mas, na medida em

---

[458] LUHMANN, Niklas. Coding of the legal system. In: (Org.) TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto. **State, law, and economy as autopoietic systems**. Milano: Giuffrè, 1992, p.145-146.

[459] Trata-se, aliás, de uma condição necessária. A clausura operativa permite que o sistema jurídico não confunda o sentido específico das suas operações (que não podem enlaçar operações de outros sistemas no ambiente) com o sentido de operações no seu ambiente, vale dizer, a clausura impede que o sistema jurídico se confunda com o seu ambiente. A possibilidade de distinguir suas próprias operações das operações no ambiente é condição lógica fundamental para que o sistema possa usar as operações que ele percebe no ambiente como referência para alterar o sentido das suas próprias operações, isto é, para aprender. Por isso, o fechamento operacional é condição da abertura cognitiva ao ambiente. Por isso, o direito moderno constitui um sistema normativamente fechado – não importa normatividade do ambiente – mas cognitivamente aberto – pode alterar internamente o sentido da normatividade usando o ambiente como referência.

[460] LUHMANN, Niklas. Coding of the legal system. In: (Org.) TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto. **State, law, and economy as autopoietic systems**. Milano: Giuffrè, 1992., p.145-146

que constrói internamente o sentido do que ocorre no ambiente, não há necessidades nem impossibilidades, não há determinações externas *a priori*, há apenas contingência.[461]

Isso significa que o sistema se faz imprevisível, incalculável a si mesmo e aos demais sistemas do ambiente social. Toda informação externa é reelaborada internamente. Toda informação interna (da memória de operações passadas) é reelaborada de acordo com o estado presente do sistema. Nem mesmo a fixação normativa de sentido jurídico pode reprimir essa incerteza – *ao contrário, como se verá, do que pretende o movimento de reforma do processo*. Leis, contratos, precedentes judiciais, súmulas, vinculantes ou não, etc. são comunicações que têm lugar na periferia do sistema jurídico e que funcionam como programas para aplicação do código.

Programas são elementos do sistema (comunicação jurídica) que funcionam como regras que determinam se uma específica alocação do valor do código (no caso, lícito/ilícito) é correta para o sistema. Os programas definem o que é corretamente lícito e corretamente ilícito, mas os programas não estão garantidos por uma programação externa. Vale dizer, os programas também estão sujeitos ao código e a outros programas (uma lei pode ser considerada inconstitucional) e, por isso, programa nenhum (Constituição, leis, contratos, súmulas vinculantes, dogmática jurídica etc.) pode estabelecer certeza e calculabilidade quanto ao operar do direito. Os próprios programas podem ser alterados.[462]

O sistema jurídico organiza essa sua variabilidade com ajuda da validade, "símbolo circulante e em contínua mudança de conteúdo".[463] Ao passo em que os programas indicam o valor do código que uma operação do sistema deverá aplicar, a validade é um símbolo operacional que indica o resultado dessa aplicação. Ela não tem, portanto, fundamento em princípios, em uma norma fundamental (Kelsen) ou de reconhecimento (Hart), mas sim no tempo: a validade se fundamenta em uma distinção temporal: ora as normas são válidas, ora inválidas. Assim a circulação do símbolo da validade garante a variabilidade do sistema e essa variabilidade é que define a identidade do sistema.[464]

---

[461] LUHMANN, Niklas. Coding of the legal system. In: (Org.) TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto. **State, law, and economy as autopoietic systems**. Milano: Giuffrè, 1992.
[462] LUHMANN, Niklas. Coding of the legal system. In: (Org.) TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto. **State, law, and economy as autopoietic systems**. Milano: Giuffrè, 1992, p.174.
[463] CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.77.
[464] LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002, p.154; 176.

A diferença entre código e programa se articula com a diferença entre clausura operativa e abertura cognitiva. No nível dos programas há uma grande abertura cognitiva a estímulos do abiente, que são reelaborados e processados como informação na forma de projeções de expectativas normativas. No nível da decisão, em que o código é aplicado, a abertura cognitiva é sensivelmente menor, mas a aplicação do código, em si, é orientada pelos programas. Articulam-se assim autorreferência e heterorreferência, mantendo sempre em andamento o operar autopoiético.

3.2.3 Função dos tribunais

Autopoiese implica o fechamento operativo – por meio do código, que garante a autoreferência das operações – e abertura cognitiva, que possibilita, por meio dos programas, orientar a aplicação dos códigos à luz de heterorreferência. Observações de segundo grau permitem articular autorreferência e heterorreferência e, apenas nesse nível, reside alguma chance de certeza: uma certeza das condições de observação do sistema, não do resultado das suas operações. Para tanto, é essencial compreender outro aspecto do sistema jurídico e que possibilita essas observações: a operação dos tribunais como organizações centrais do sistema.

A consolidação do constitucionalismo, o fim dos regimes absolutistas e o desenvolvimento de uma dogmática jurídica específica, voltada à organização conceitual do material jurídico à luz dos interesses existentes no ambiente social,[465] dissolveram o modelo dedutivo baseado na hierarquia legislação/jurisdição. Como explica Luhmann, embora no plano semântico o modelo hierárquico legislação/jurisdição não chegue a ser imediatamente questionado, a partir de meados do séc. XIX a atividade judiciária não pode mais ser vista como mera aplicação mecânica da lei.[466] Nesse cenário, questiona-se a função dos tribunais no sistema jurídico moderno.

A diferenciação de competências e procedimentos para a elaboração de leis estabiliza uma atividade legislativa rotineira. A consolidação do Estado moderno e as

[465] E que, assim, viabilizava a construção de novos conceitos jurídicos adequados a situações sociais inovadoras. Nesse sentido: DE GIORGI, Raffaele. **Scienza del diritto e legitimazione, critica dell'epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann**. Poscritto 1998. Lecce: Pensa MultiMedia, 1998, p.62.

[466] LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 366.

inovações tecnológicas após a Revolução Industrial vão tornando necessário o uso cada vez maior da legislação. O excesso de temas tratados pela legislação e a progressiva quantidade de leis fazem com que o legislador, para evitar contradições e abranger um número de casos cada vez mais imprevisível, recorra a uma progressiva indeterminação conceitual. A lei demanda cada vez mais interpretação e o juiz simplesmente não pode ser visto como *a boca da lei*. Ademais, a diferenciação sistema político/sistema jurídico já não ampara recursos como o *référé législatif*. A vontade do legislador precisa ser interpretada.

A par dessa necessidade de interpretação, a prática dos tribunais vai utilizando o material jurisprudencial acumulado. Vale dizer, a decisão judicial, ao mesmo tempo, aplica programas decisionais (leis, contratos, outros precedentes) e se firma como um programa para novas decisões (como precedente). E o juiz, ao decidir, sabe que sua decisão é também precedente. Nesse cenário, o juiz já não tem como representar sua decisão como mera dedução, mas deve considerar que sua decisão é parte de um processo de generalização congruente da expectativa normativa que absorve e reduz a indeterminação dos programas decisionais.[467]

Em outras palavras, toda decisão judicial que aplica uma lei ao caso reduz o espaço de indeterminação da lei enquanto programa, isto é, reforça o programa decisional que a lei integra. Cabe à dogmática jurídica, especialmente à hermenêutica, estabilizar o sentido desse operar. Daí a afirmação de Luhmann de que o crescimento de um direito judiciário é um fenômeno "adequado ao sistema que é possível apenas sobre a base do direito positivo. E, de fato, através da positivação do direito, o peso decisional é tão extenso que deve ser distribuído e assumido em parte também pelo juiz".[468]

Os poderes de interpretação precisam ser aumentados, pois deve, cada vez mais, decidir mais temas e não se pode, ao mesmo tempo, estar obrigado a decidir e proibido de interpretar, razão pela qual proliferam métodos interpretativos. Paralelamente, fica claro que a completude de um ordenamento variável, contingente, não depende da racionalidade dos códigos e leis, mas da obrigação de decidir imposta aos juízes.[469]

---

[467] LUHMANN, Niklas. **Differenziazione del diritto, contributi ala sociologia e ala teoria del diritto**. Tradução de Raffaelle de Giorgi. Bologna: Il Mulino, 1990, p.118.
[468] LUHMANN, Niklas. **Differenziazione del diritto, contributi ala sociologia e ala teoria del diritto**. Tradução de Raffaelle de Giorgi. Bologna: Il Mulino, 1990.
[469] LUHMANN, Niklas. **Differenziazione del diritto, contributi ala sociologia e ala teoria del diritto**. Tradução de Raffaelle de Giorgi. Bologna: Il Mulino, 1990, p.366.

Daí a centralidade da posição dos tribunais que, ao contrário do legislador e dos contratantes, têm obrigação de decidir. Trata-se de um aspecto típico dos ordenamentos jurídicos modernos. Embora o mecanismo legal de proibir a denegação de justiça seja antigo, ele se relacionava com a demora dos procedimentos e não com a universalidade da jurisdição. Como anota Luhmann, o direito romano e o medieval "só ofereciam proteção jurídica às demandas definidas com exatidão (*actio, writ*)". É na transição à modernidade que se torna normal – e corriqueiro nos ordenamentos – que toda demanda deva ser respondida "mesmo que não esteja estipulada por uma lei (por exemplo, o famoso art. 4 do Code Civil). Só com essa norma de conceder à jurisdição a responsabilidade própria, o juiz se emancipou do velho controle imperial da política".[470]

A essa importante mudança estrutural corresponde, já no séc. XIX, a reelaboração da ciência do direito processual. Como aponta Arruda Alvim, com a reelaboração de, praticamente, toda a ciência do direito no séc. XIX, do direito processual, particularmente, na segunda metade do século XIX, tratava-se de construir as bases científicas que permitissem autonomia do direito processual como ciência.[471] Até então, por influência do direito romano, o processo era considerado como um aspecto do direito material, uma projeção do direito material que, em situações de litígio, permitia determinadas ações judiciais. O direito processual, por sua vez, era um capítulo do direito civi, disciplinado por princípios do direito civil. Direito (material) e ação expressavam uma mesma realidade.

Em 1868, Oskar von Bülow publica a obra *Teoria das exceções dilatórias e dos pressupostos processuais* em que acaba por distinguir o direito material controvertido do processo em que a controvérsia se resolvia. A partir de então, o direito processual identifica a relação processual como algo diverso do direito material e um direito ao processo que é direcionado contra o Estado e não contra a parte, razão pela qual é direito público. Daí porque Arruda Alvim afirma que "a partir desta distinção, passou-se a identificar, na principiologia do processo, a predominância da marca do Direito Público",[472] germe que levará as preocupações

[470] LUHMANN, Niklas. **Differenziazione del diritto, contributi ala sociologia e ala teoria del diritto**. Tradução de Raffaelle de Giorgi. Bologna: Il Mulino, 1990, p. 372-373.
[471] ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 13.ed.São Paulo: RT, 2011, p.101-105.
[472] ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 13.ed.São Paulo: RT, 2011, p.101-105. Também Cândido Rangel Dinamarco, para quem "Von Bulow abriu os olhos dos estudiosos para o outro lado do instituto, mostrando que há também entre o juiz e as partes uma relação, progressiva sim, mas verdadeira relação jurídica, por força da qual, de um lado, o juiz assume a concreta obrigação de decidir e realizar o direito deduzido em juízo; e, de outro, as partes ficam obrigadas, perante

da ciência do direito processual a se deslocarem, já no século XX, para o problema da decisão judicial, mais do que da ação.[473]

Como se nota, no pano de fundo de toda essa problemática está a imposição normativa ao juiz da proibição de denegar justiça, o que significa que o sistema jurídico convive com uma expectativa com validade contrafática nesse sentido.[474] A obrigação de decidir, imposta normativamente, demarca nitidamente a diferenciação interna do sistema jurídico: só os tribunais estão obrigados a decidir, por isso, estão no centro do sistema. Leis não estão obrigadas a serem emitidas e contratos não estão obrigados a serem concluídos. Só os tribunais estão obrigados a "transformar a indeterminação em determinação; só eles fingem, quando é necessário, a indisponibilidade dos princípios. Só eles estão obrigados a decidir e, por consequência, só eles gozam do privilégio de poder transformar a necessidade em liberdade".[475] E é assim que o paradoxo do sistema – o direito que determina o que é direito – é manejado no centro, isto é, nos tribunais: só eles são obrigados a aplicar o código lícito/ilícito.

Na medida em que cabe aos tribunais manejar o paradoxo do sistema – estão juridicamente compelidos a aplicar juridicamente a distinção lícito/ilícito –, integrando em última instância as premissas decisionais, não se pode descrever o sistema jurídico como uma

---

ele, a prestar uma colaboração indispensável e a submeter-se aos resultados dessa atividade comum". (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos de direito processual civil moderno**. 6.ed. v.1. São Paulo: Malheiros, 2010).

[473] Cândido Rangel Dinamarco fala, ainda, em três fases metodológicas do direito processual: sincretismo, autonomista ou conceitual e teleológica ou instrumentalista. A primeira corresponde ao processo considerado como projeção do direito material e não poderia ser considerada ciência do direito processual, pois não se concebia a relação jurídica processual. A segunda fase, inaugurada pela obra de Büllow proclama a existência de uma relação processual entre juiz, autor e réu, que não se confunde com a relação de direito material e que tem pressupostos independentes do direito material. Daí se pode falar em ciência do processo e em *reflexividade* do direito processual. Nessa fase desenvolvem-se os conceitos fundamentais como *ação*, as *condições da ação, pressupostos processuais, princípios etc.* Contudo, instaurada a fase conceitual, "foi preciso quase um século para que os estudiosos se apercebessem de que o sistema processual não é algo destituído de conotações éticas e objetivos a serem cumpridos no plano social, no econômico e no político. Preponderou, por todo esse tempo, a crença de que ele fosse mero instrumento do direito material apenas, sem consciência de seus escopos metajurídicos". A partir dos trabalhos de Mauro Cappelleti e Vittorio Denti teriam sido lançadas as bases para um processo focado nos resultados que pode produzir. Mas só na segunda metade do século XX a teoria do direito processual irá abandonar a *actio* para conceber a obrigação de decidir (a jurisdição) como o núcleo das preocupações processualistas. Sobre essa passagem teórica: DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.17.

[474] LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002, p.374-375. Para Luhmann, a fórmula da proibição da denegação de justiça – a despeito de seu grande significado estrutural, que possibilita inclusive que o juiz decida contra suas convicções, abrindo caminho para a sua neutralização política, ocorrida no início modernidade –, surge por questões pragmáticas. Não existem razões *puramente lógicas* para a vedação ao *non liquet*. O direito, especialmente moderno, não oferece garantias para uma dedução lógica das decisões (a completude real do ordenamento). Sempre há lacunas e a saída *lógica* para o juiz vinculado à lei seria, diante de lacunas, deixar de decidir.

[475] LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002, p.381-382.

hierarquia em que a lei subordina o juiz. Nem o contrário, com o juiz subordinando o sentido da lei. É evidente que os juízes estão sujeitos à lei e devem cumpri-la, assim como os legisladores estão. Os tribunais não emitem ordens ao legislador, mas, na sua prática decisional e interpretativa, antepõem condições mediante as quais a legislação será entendida e praticada, isto é, "fazem valer sua própria existência".[476]

Os tribunais são organizações formais, isto é, um tipo específico de sistema social[477] que, como organização, produz decisões sobre os critérios de inclusão/exclusão dos seus membros e, desse modo, possibilitam comprometimentos específicos dos juízes. Todo o não-judicial está na periferia do sistema, sejam formas públicas ou privadas de produção do direito, nenhuma delas parte da obrigação de decidir e, por isso, no sistema se equiparam. Na periferia "podem se apresentar interesses de qualquer índole e os impor com todos os meios disponíveis, sem que isso implique distinguir interesses legais/interesses ilegais. Precisamente por isso a periferia serve de zona de contato com outros sistemas de funções da sociedade".[478] A obrigação de decidir, de manejar o código do sistema em última instância, coloca o Poder Judiciário, organização formal, no centro do sistema. As leis, os contratos, a dogmática, enfim, todas as formas de produção normativa que não estão, de partida, obrigadas a decidir, estão na periferia.

Na periferia, o direito não está obrigado a aplicar o código lícito/ilícito. Todos os interesses, formalizados ou não, de fonte pública ou privada, se apresentam como projeções de expectativas normativas, isto é, projeções de uma comunicação que generalize de modo congruente a distinção lícito/ilícito. É só no centro que essa distinção deverá ser, obrigatoriamente, aplicada e, com isso, o sistema protege sua autonomia. Ao não ter que decidir (i.e. aplicar o código) garante-se que o sistema "não funcione simplesmente como extensão, sem vontade, de operações externas ao direito".[479]

---

[476] LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002, p.382-383.

[477] O conceito de sistema social inclui desde a sociedade como um todo até breves interações entre pessoas presentes e, também, as organizações formais, como os tribunais. Nesse sentido: (LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Rafaelle. **Teoria della società**. 11.ed. Milano: FrancoAngeli, 2003, p.25; sobre sistemas interacionais e organizacionais, p. 316-325).

[478] LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002, p.383.

[479] LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002, p.384.

Por esse motivo, o centro precisa de maior proteção. Se demandas de normatividade vindas do ambiente do direito (a sociedade) pudessem ser imediatamente submetidas à decisão dos tribunais, o sistema teria dificuldades de manter sua autonomia, seu sentido específico. Por isso, comparados com o legislador ou com contratantes, os tribunais trabalham com um "isolamento cognitivo muito mais drástico".[480] O processo desenvolve uma função fundamental aqui na medida em que subordina o conflito de interesses, as projeções de expectativas normativas contrapostas, a uma argumentação e encaminhamentos propriamente jurídicos. Ademais, "o acesso aos tribunais deve ser discreto e organizado, o mais possível, de maneira seletiva. Só um minúsculo percentual de questões jurídicas se coloca aos tribunais para que decidam",[481]mas quando precisam decidir, devem fazê-lo independentemente da facilidade do caso e do resultado perante a opinião pública.

Na medida em que estão obrigados a decidir, os tribunais não podem depender de consenso real. A obtenção de consenso é delegada à periferia, na forma do contrato e das leis (aprovadas mediante consenso).[482] A decisão, assim, tem condições de se aplicar sobre uma controvérsia jurídica e não valorações políticas (de consenso), econômicas (eficiência) ou moralistas, que terminariam por corromper o código e subordinar o direito a programas de outros sistemas.[483]

Nesse cenário, tem-se que a abertura cognitiva do sistema é muito menor nos tribunais, no centro do sistema, do que na periferia. Isso faz com que os tribunais trabalhem em um fechamento temporal e objetivo, o que dificulta cálculos quanto ao momento e sentido da decisão (dois pontos fundamentais no movimento de reforma do processo sob a égide da celeridade e da previsibilidade das decisões).

De uma perspectiva abstrata, a decisão interrompe a relação entre passado e futuro. A decisão, que só pode ser proferida no presente, seleciona o passado relevante para o caso e determina como esse passado se enlaçará com o futuro. O futuro não é deixado simplesmente às consequências lógicas da decisão. A própria decisão inventa, a partir dos

---

[480] LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002, p.385.
[481] LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002.
[482] LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002, p.385.
[483] Uma análise profunda sobre o problema da corrupção do código sistêmico nas relações entre política e direito. (CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002).

programas do direito vigente, delimitações obrigatórias no futuro, isto é, constrói seu próprio tempo.[484] A ideia da reversibilidade como requisito das medidas de urgência no processo ilustra bem essa construção: reversível, em última análise (quando há dúvida sobre a possibilidade de reverter materialmente os efeitos de uma decisão liminar), é tudo aquilo que, de acordo com o direito vigente, possa ser convertido em perdas e danos.

A decisão judicial, mesmo aquela chamada urgente, concedida liminarmente, não é determinada pelo tempo dos acontecimentos no ambiente, isto é, no exterior do sistema jurídico. A decisão ocorre sempre no presente e constrói, no presente, seu próprio tempo para mediar passado relevante e efeitos da decisão.[485] Os problemas referentes à tempestividade da decisão judicial decorrem das dificuldades de sincronizar o tempo construído no processo com o tempo construído nos outros sistemas. Igualmente os problemas da celeridade do processo, ou seja, da duração total do processo: o tempo de duração do processo parece demasiado longo diante do tempo necessário para as operações econômicas, para a tomada de decisões políticas, para o aprendizado, para adoecer e para recuperar a saúde etc., enfim, diante do tempo das operações em outros sistemas.

A clausura cognitiva com a qual os tribunais trabalham é problemática também para a previsibilidade do conteúdo das decisões postulada pelas semânticas da certeza do direito (e pelo movimento reformista). Apenas os tribunais têm a tarefa de supervisionar a consistência das decisões judiciais e o fazem por meio de observações de segundo grau: observam decisões que já observaram o direito. [486]

Embora leis e contratos também interpretem o direito para delimitar seu próprio espaço criativo, "os tribunais interpretam em um sentido diferente, a saber, de maneira argumentativa: para demonstrar a racionalidade da sua própria decisão". [487] Com isso, examinam até onde a consistência da observação do direito permite integrar novas informações ou modificações. As leis, os contratos, a dogmática, são todos observados como premissas decisionais, que devem ser consideradas na decisão, mas que não determinam a

---

[484] LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002, p.388.
[485] LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002.
[486] LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002, p.389.
[487] LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002.

decisão. A essas premissas, o tribunal integra outras, reduzindo a indeterminação dos programas, mas aumentando a incerteza quanto ao conteúdo da decisão.[488]

Do ponto de vista do direito processual (e constitucional), a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais é postulada como igualdade de conteúdo entre o direito estatuído e o direito aplicado: o juiz deve fundamentar sua decisão na lei.[489] A perspectiva sistêmica, de outro lado, permite perceber que há uma "transmissão de premissas decisionais mantidas idênticas, do nível da produção do direito ao nível da sua aplicação", [490] mas em que há agregação de novas premissas pelo juiz. Trata-se de uma estratégia de redução de complexidade por níveis, pois uma complexidade tão alta, como a produzida pela positividade do direito, não poderia ser reduzida em um único processo decisional.[491]

Contudo, o estabelecimento de premissas decisionais no nível dos programas não confere previsibilidade à decisão – e isso é um ponto fundamental para compreender as possibilidades de certeza no direito moderno. Diferenciado na forma centro-periferia, com os tribunais ao centro, toda e qualquer tentativa de planificar o operar do direito, ou seja, de controlar externamente – com previsibilidade e calculabilidade – a aplicação do código lícito/ilícito tende a fracassar. Perspectivas desse tipo pressupõem uma hierarquia entre lei e jurisdição, um modelo que não corresponde estruturalmente ao sistema jurídico. Também do ponto de vista interno ao sistema, a forma de diferenciação condiciona o processamento de

---

[488] LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002.

[489] Para a dogmática tradicional a decisão judicial ou reconhece direitos cuja validade, vigência e eficácia pré-existem ao processo (*tese dualista*), ou concretiza direitos que, antes da decisão judicial, são incompletos e não têm condições de eficácia (*tese unitária*). Assim, adotando a tese dualista, Cândido Rangel Dinamarco, para quem "juiz espera-se a fiel e correta revelação das normas substanciais concretas, partindo do texto da lei". (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5.ed. v.1, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 59-61). Mais adiante, diz o autor que "a realidade da vida mostra que direitos e obrigações nascem, desenvolvem-se, modificam-se e extinguem-se, na grande maioria, sem qualquer interferência judicial [...] a vida dos direitos é firmemente calcada na premissa da preexistência das situações jurídicas de direito material em torno das quais se desenvolvem os processos em juízo" (p.152; 150-156). Em sentido convergente com a perspectiva sistêmica, embora com outro instrumental, José Joaquim Calmon de Passos entende que "separar o direito, enquanto pensado, do processo comunicativo que o estrutura como linguagem, possibilitando sua concreção como ato decisório, será dissociar-se o que é indissociável. Em resumo, não há um direito independente do processo de sua enunciação, o que equivale a dizer-se que o direito pensado e o processo do seu enunciar fazem um". (Instrumentalidade do processo e devido processo legal. In: PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, 2001, nº 102, p. 64).

[490] LUHMANN, Niklas. **Differenziazione del diritto, contributi ala sociologia e ala teoria del diritto**. Tradução de Raffaelle de Giorgi. Bologna: Il Mulino, 1990, p.126.

[491] LUHMANN, Niklas. **Differenziazione del diritto, contributi ala sociologia e ala teoria del diritto**. Tradução de Raffaelle de Giorgi. Bologna: Il Mulino, 1990.

todo o sentido[492] e, portanto, determina as condições de plausibilidade da semântica que serve o sistema.

O movimento de reforma do processo civil brasileiro apóia-se em uma tradição semântica da certeza do direito que já não corresponde à sua realidade estrutural. A possibilidade de produzir os resultados esperados, em termos de certeza das decisões judiciais, é mínima. No entanto, os mecanismos utilizados têm o potencial de alterar profundamente a capacidade de operação do sistema.

3.2.4 Função dos processos judiciais: legitimação pelo procedimento

No cenário propiciado pelo direito autopoiético, operativamente fechado e cognitivamente aberto, qual o lugar dos processos judiciais? Os processos decisionais de aplicação do direito, como já visto, marcam uma passagem importante na história evolutiva do sistema jurídico. Quando a aplicação do direito passa a depender de uma decisão, tomada nas bases de um procedimento, tudo muda, pois, fica evidente que o direito (a distinção lícito/ilícito) depende de uma decisão. No entanto, em um primeiro momento, a contingência que resulta desse fato evolutivo é controlada por mecanismos e artefatos semânticos que buscam garantir que o direito decidido seja concebido como a revelação do direito *verdadeiro*. Mas, com a diferenciação funcional e o fim dos centros de certeza, a positividade do direito se estabiliza como regra e esses mecanismos perdem força. Como ficam, nesse cenário, os processos judiciais?

Não parece por acaso que a noção do *due processo of law* ganha corpo justamente no limiar da Modernidade. A antiga teoria das fontes do direito e os critérios espirituais de sua legitimação deixam de ser suficientes, e é quando esse anteparo começa a faltar que a função legitimadora do procedimento começa a ser necessária. Nada obstante, a regulação jurídica cresce em um ritmo inédito, começa a abranger cada vez mais âmbitos da vida e, aos poucos, questiona-se: os processos judiciais são necessários, ou a regulação jurídica, contanto que possa oferecer decisões previsíveis, já seria suficiente para providenciar

[492] LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002, p.326.

todas as "repostas corretas" aos casos, bastando a aplicação burocrática dessa decisão quando nascer o conflito?

A pergunta – e só agora há condições de começar a respondê-la – é central para o tema deste trabalho: qual a função do processo judicial no direito contemporâneo? Quanto dele é dispensável para o sistema jurídico, considerando o atual nível de desenvolvimento do material normativo? Serviria o processo apenas para decidir as questões fáticas, como sugeria Montesquieu, com aplicação automática da lei às questões de direito?

Em um de seus trabalhos prévios, mas essencialmente compatível com a virada autopoiética, Luhmann busca construir uma teoria sociológica que explique a função social dos processos decisionais regulados juridicamente, entre eles, o processo judicial. Em *Procedimenti Giuridici e Legitimzaione Sociale*,[493] Luhmann busca demonstrar que processos podem ser compreendidos como *sistemas sociais* episódicos que respondem pela importante função de legitimar as decisões, isto é, criar condições que generalizem a predisposição a aceitar decisões cujo conteúdo ainda se desconhece.

Essa predisposição imuniza as decisões judiciais de uma série de críticas possíveis porque catalisa processos psicológicos de ajustamento das próprias expectativas à decisão judicial, criando a impressão de que todos os demais tendem a ajustar suas expectativas à decisão. No plano geral do sentido social, o processo propicia as condições para a estabilização convergente de expectativas normativas.

Da proposta de Luhmann, depreende-se que, pra isso ocorrer, a regulação jurídica do processo deve garantir algumas características sistêmicas, como a autonomia do processo (autodeterminação do próprio sentido), a participação e a incerteza inicial com relação à decisão final. Vale a pena olhar um pouco mais de perto essa proposta para entender as condições sociais da função legitimadora e sua relação com o conteúdo da regulação jurídica dos processos judiciais, isto é, o direito processual.

Para Luhmann, processos são sistemas sociais episódicos porque, diferentemente do direito ou da sociedade, os processos começam, terminam e se diferenciam no ambiente social na medida em que constroem um sentido próprio para si. O processo começa, termina e caminha de acordo com os acontecimentos do próprio processo, cujas

[493] LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995.

possibilidades de sentido são autogovernadas. Não é possível começar ou fazer prosseguir um processo a não ser de dentro do próprio processo. Uma decisão política externa pode determinar ao juiz que instaure um processo, mas não pode, por si mesma, instaurar o processo. Se o fizer já estará dentro do processo e, portanto, não será externa. Além disso, o futuro de um processo é sempre resultado do seu passado. Alegações feitas, prazos perdidos, provas produzidas, tudo isso tem o potencial de fazer com que processos praticamente idênticos tenham desfechos diversos.

No processo judicial, cada ato implica uma drástica redução da complexidade existente na lide, pensada no sentido de Carnelutti.[494] O processo não traduz toda complexidade sociológica do conflito: cada petição, cada prova implica redução/estruturação de complexidade. A cada decisão, a preclusão vai dando por resolvida uma série de questões e prepara novas decisões, reduzindo progressivamente complexidade até o momento da decisão final. Por isso, o processo implica uma estrutura que ampara a conexão de comunicações com um sentido específico (relacionado ao processo), cognitivamente aberta, porque pode se referir ao exterior e, relativamente, autogovernada (operativamente fechada), pois o histórico das suas operações é que doa sentido aos atos/influxos externos. Essa estrutura pode ser concebida como um sistema social.[495]

Também aponta Luhmann que o processo é regulado por normas jurídicas, mas o direito processual não se confunde com o processo como um sistema social. O direito processual (programa) tem a importante função de reduzir possibilidades de comportamento e permitir que o processo funcione sem que seja preciso, a cada novo processo, definir limites de sentido para os atos dos participantes.[496] Contudo, enquanto sistema social episódico e autopoiético, o processo é um sistema de comunicações concretas que se diferencia nas dimensões do sentido (temporal, material e social), conquistando uma perspectiva específica sobre seu ambiente e sobre si mesmo, e que se manifesta em uma conjuntura de eventos

---

[494] Francesco Carnelutti, para quem o conceito de lide traduz todo um panorama sociológico que é captado apenas parcialmente no processo judicial. (CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di diritto processuale civile**. v.1.Padova: Cedam, 1936, p.40; CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, 1958, p.33).

[495] Essa aplicação da teoria dos sistemas, explica Luhmann, exclui a contraposição entre processo e sistema, ou entre processo e estrutura: "Processos são sistemas e têm uma estrutura: de outro modo não poderiam ser processo e de outro modo sistemas e estruturas não poderiam sequer existir". (LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995, p.34).

[496] LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995, p.35-36.

ritualísticos, símbolos e representações. Enquanto uma estrutura de comunicações que se diferencia porque tem um tempo e sentido próprios, o processo não pode ser pensado como destinado à descoberta da verdade ou realização de escopos, como a justiça.

A função do processo também não pode estar na tutela de direitos (para que não sejam violados ou, se violados, restituídos) nem na tutela de pessoas (para torná-las mais felizes ou menos infelizes, na expressão da Dinamarco).[497] Pensado o processo como sistema social, a noção de *função* deve explicar também os processos que não atingem objetivos como a verdade, a justiça ou a felicidade das pessoas. Mesmo quando nenhuma verdade é descoberta, mesmo quando os direitos que se busca tutelar acabam violados e mesmo quando todas as partes terminam o processo menos felizes do que quando começaram, houve um processo e, do ponto de vista do sistema, a sua função foi cumprida.[498]

Sucessivas teorias da jurisdição (na linha Chiovenda – Carnelutti – Liebmann – Dinamarco) buscam, de um modo ou de outro, lidar com esse problema. Para Carnelutti, a função do processo estaria na solução do conflito entre as partes (o que, nem sempre, permite a realização do direito objetivo).[499] Para Chiovenda, tratava-se de substituir a vontade das

---

[497] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6.ed. v.1, São Paulo: Malheiros, 2009, p.62. Ainda, segundo o autor, "A técnica e a ciência do processo precisam ser adequadamente aplicadas na função dos artífices da justiça, para que o processo possa efetivamente cumprir seu escopo fundamental, pacificando e fazendo prevalecer os autênticos valores da sociedade [...] Dizia-se que a missão do juiz seria a efetivação das leis substanciais, não lhe competindo o juízo do bem ou do mal, do justo ou do injusto. Sentenças injustas seriam o fruto de leis injustas e a responsabilidade do legislador, não do juiz. Mas o juiz moderno tem solene compromisso com a justiça. Não só deve participar adequadamente das atividades processuais, endereçando-as à descoberta de fatos relevantes e correta interpretação da lei, como ainda (e principalmente) buscando oferecer às partes a solução que realmente realize o escopo de fazer justiça". (p.62-63).

[498] Conforme Niklas Luhmann, o escopo declarado do processo jurisdicional é a tutela jurídica, que justifica todos os institutos do direito processual. Essa concepção encontra dificuldades, porém, no caso da sentença claramente errada, mas transitada em julgado. Nesse caso, de modo similar à doutrina teleológica da ação, se define a *essência* do processo mediante uma característica que não necessariamente faz parte dele, ou se recorre à dúplice fórmula contraditória da tutela jurídica/paz jurídica, que amparam tanto a decisão correta como a decisão errada. Mas, assim, se introduz na instituição – do processo – um fator de arbítrio que anula o sentido do procedimento: aquele que deve decidir não tem qualquer controle ou meio de saber se o processo produzirá uma decisão correta ou errada, se tutelará a verdade (segurança) ou paz social (efetividade). E são escassas as possibilidades de constatar sensatez e o valor dos esforços voltados a estabilizar a verdade. E são também escassas as possibilidades de verificar um fim satisfatório da demanda (paz social). A existência de uma ordem – definitiva – sobre os participantes não é uma teoria adequada para descrever o seu comportamento (mais feliz, menos infeliz). (LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995, p.910).

[499] Dessa concepção de Carnelutti parecem derivar as linhas doutrinárias que veem na *terceridade*, isto é, no fato de a atividade jurisdicional ser estranha às partes e ao conflito, a marca que caracterizaria a jurisdição não apenas civil mas também penal e administrativa. Nesse sentido: (RICCI, Gian Franco Ricci. **Principi di diritto processuale generale**, Torino: G. Giappichelli, 1995, p.78). Arruda Alvim, por sua vez, segue a linha de Chiovenda e entende que "a função jurisdicional é de índole substitutiva. Se ela se destina a solucionar um conflito de interesses tal como tenha sido trazido ao Estado-juiz, sob a forma e na medida da lide, deverá este afirmar, sentenciando, a existência de uma vontade conreta da lei, favoravelmente àquela parte que seja merecedora da proteção jurídica", que será outorgada com qualidade de coisa julgada. Também para este autor, além da autoridade de coisa juglada, a jurisdição é marcada pela *terziaetà* (tercialidade) do juiz, pela necessária observância do contraditório e pela inércia. (ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 13.ed.São Paulo: RT, 2011, p.175-176). Freddie Didier Jr. entende que a jurisdição é função atribuída a terceiro imparcial (terceiridade) para

partes pela vontade da lei, aplicando o direito objetivo ao caso (porque o conflito nem sempre pode ser resolvido). Liebman buscou unir ambos os conceitos: trata-se de resolver o conflito por meio da aplicação da lei[500] e Dinamarco foi mais longe: trata-se de resolver o conflito, aplicando a lei de modo a realizar escopos metajurídicos assumidos constitucionalmente. O processo, centrado na jurisdição, realizaria uma justiça maior que o conflito e maior que o próprio direito a ser aplicado: realizaria escopos em relação aos quais é meramente um instrumento do Estado-juiz, objetivos que são, ao mesmo tempo, metajurídicos, mas (juridicamente) constitucionais.[501]

Contudo, na perspectiva sociológica, o conceito de *função* não se confunde com teleologia, mas está mais próximo de uma noção formal-abstrata, designando, simplesmente, uma relação estável entre duas variáveis. Do ponto de vista do processo e/ou da sociedade, a ideia de função social do processo designa a relação entre o próprio processo, enquanto sistema social, e a sociedade. Processo e sociedade mudam, mas a função que os

---

decidir de modo não apenas imperativo, mas também criativo, tutelando situações, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão a tornar-se indiscutível. A ideia de simples aplicação de uma "vontade objetiva da lei" é excluída porque, para o autor, é incompatível com a atual configuração do direito e do Estado e da função do juiz, em especial no âmbito constitucional. Também é afastada a noção de escopos metajurídicos para a jurisdição. (DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 12.ed. v.1., São Paulo: Podivm, 2010, p. 83). Contudo, a inserção da noção de *criatividade judicial* na função jurisdicional não parece mudar substancialmente o problema de explicar as decisões judiciais que, empiricamente, invalidam o modelo teórico proposto.

[500] A conhecida lição de Enrico Tullio Liebman, conjugando os conceitos clássicos de Giuseppe Chiovenda e Francesco Carnelutti, define jurisdição como: "A atuação da vontade concreta da lei mediante substituição da atividade alheia pela de órgãos públicos, seja afirmando a existência da vontade da lei, seja tornando-a efetiva na prática (Chiovenda). Nessa definição está esculpida a relação entre a lei e a jurisdição; e, com a ideia da substituição, torna-se evidente o fato de que o juiz é chamado a manifestar-se quando houver faltado da parte de alguém a observância do que a lei dispõe [...] a justa composição das lides (Carnelutti), entendendo por lide qualquer conflito de interesses regulado por direito e por justa a composição feita nos termos deste. Essa definição considera a atuação do direito como meio para atingir o escopo final da composição do conflito de interesses, procurando assim captar a matéria a que a lei é aplicada e o resultado prático, do ponto de vista sociológico, a que a operação conduz [...] De nossa parte, resumindo, podemos considerar a jurisdição como a atividade dos órgãos do Estado destinada a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina determinada situação jurídica". (LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de direito processual civil**. 3.ed. v.1. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 22-23).

[501] Como bem sintetiza Cândido Rangel Dinamarco, para Carnelutti, o direito objetivo é insuficiente e a composição da lide só se aperfeiçoa com a sentença. O processo, por outro lado, não veicula todo o contexto sociológico do litígio, o que viabiliza essa composição. Para Chiovenda, trata-se de atuar a vontade concreta da lei substituindo a vontade das partes. A noção de jurisdição de Carnelutti parte da sua aplicação da teoria unitária do ordenamento, segundo a qual direitos e obrigações só se aperfeiçoariam com a sentença. Para Dinamarco, a função da Jurisdição é a solução dos conflitos por meio da realização dos escopos metajurídicos do processo: (a) social fundamental: pacificação, que para Dinamarco estaria na *eliminação do conflito* com justiça (b) social secundário: educação, que decorreria de uma função punitivo-pedagógica, inibindo terceiros de violar direitos; (c) políticos, entendidos como assegurar a estabilidade das instituições, exercício da cidadania e preservação das liberdades e, por fim (d) jurídico, que consistiria, propriamente, em revelar e realizar o direito material. Nesse sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6.ed. v.III. São Paulo: Malheiros, 2009, p.129-144 e, mais especificamente, sobre os escopos metajurídicos do processo: DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. Sobre a noção de Chiovenda: CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1969, p.55.

relaciona, não. Do ponto de vista do sistema jurídico, essa função se apresenta como uma prestação: legitimar as decisões.

À obrigação de decidir corretamente, explica Luhmann, se antepõe a própria obrigação de decidir. Trata-se, assim, antes de tudo o mais, de especificar juridicamente o conflito (e nisso a proposta de Luhmann se aproxima da de Carnelutti), ainda que ele não seja resolvido (já que apenas parte do conflito é encaminhada no processo), e de tomar uma decisão que possa ser aceita como vinculante pelas partes, mesmo a parte perdedora, e pelos demais, terceiros não-participantes.[502] A aceitação da decisão judicial deve poder ser generalizável e aí está a improvável função do processo. Mas como é possível fazer com que as partes aceitem a decisão como (legitimamente) vinculante? Mais importante: qual o papel do procedimento processual no desempenho dessa função?

Na proposta luhmaniana, seria improvável que apenas o poder físico da sanção/coação pudesse ser suficiente para motivar a aceitação das decisões. A coerção física é um recurso escasso e que se desgasta. O poder não poderia subsistir se a todo tempo precisasse da força física ou mesmo de sua ameaça para que as decisões fossem aceitas. Não bastaria também o conhecimento prévio e a aceitação das premissas da decisão, embora isso ajude, porque é possível concordar com as premissas de uma decisão (regra da maioria, por exemplo) e discordar da decisão (porque seus resultados são inaceitáveis). De acordo com Luhmann, é preciso motivos suplementares e que sejam independentes da coerção física e do consenso com relação às premissas.[503]

Aqui entra a legitimidade. Para Luhmann, nos referenciais semânticos da sociedade contemporânea, legitimidade se refere a uma convicção puramente fática da validade do direito e obrigatoriedade das decisões e normas jurídicas que justificam essas decisões.[504] A questão, então, é saber: como essa efetiva convicção fática de justiça/validade das decisões pode ocorrer e ser difundida e generalizada por meio dos processos?

---

[502] LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995, p.910.

[503] LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995. Sobre o poder e as limitadas possibilidades da força física: LUHMANN, Niklas. **Poder**. Tradução de Martine Creusot de Rezende Martins, Brasília: UNB, 1985.

[504] LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995, p.19. Segundo o autor, em um primeiro momento, a legitimidade aparece como mera descrição da detenção do poder. Apenas posteriormente é utilizada com o escopo de absorver os problemas criados por um princípio da legalidade puramente positivista (quais leis – decisões – são legítimas). Privada de uma noção jusnaturalista, a ideia de legitimidade se apresenta como meramente factual.

A maneira tal qual a legitimidade precisa ser generalizável não pode depender do consenso sobre as premissas da decisão nem de um consenso sobre a decisão. A hipótese de consenso de fato, vinculado a uma congruência dos interesses dos indivíduos, não seria só ingênua, mas também insuficiente. Para compreender os mecanismos de legitimação propiciados pelo processo, é preciso voltar a atenção para as possibilidades fáticas de dissenso, isto é, como exercer pressão sobre os dissidentes, caso seja necessário (que não pode depender apenas da força física).

Ambos, coação e consenso, explica Luhmann, devem estar presentes. Mas isso ainda não explica os processos fáticos que produzem e garantem "o surpreendente fenômeno da aceitação normal das decisões do Estado como vinculantes, já que tanto o consenso quanto a coação são recursos escassos do sistema político". [505] Justamente porque coação e consenso fático não são suficientes para explicar o fenômeno da institucionalização da legitimidade, é que a legitimação pelo procedimento ganha relevância na teoria social. A improvável função do processo se explica então pela sua capacidade de oferecer mecanismos que propiciem uma prévia "disposição generalizada a aceitar, dentro de determinados limites de tolerância, uma decisão ainda indeterminada quanto ao conteúdo".[506]

Em sociedades mais simples, esse tipo de predisposição podia ser obtido por meio da certeza garantida pelos centros de certeza: entendimentos interpessoais, *prestações totais de trocas*, reconhecimento da evidente qualidade do decisor, a certeza de adequação perante uma moral religiosa generalizante etc. Mas, com a complexidade da sociedade, esses antigos mecanismos precisam ser substituídos por outras formas de legitimação de decisões qualitativamente diversas de uma moral considerada natural. Passa a ser necessário garantir que as decisões vinculantes sejam aceitas como premissas de comportamento sem a necessidade de especificar *a priori* as decisões concretamente adotadas. A legitimação pelo procedimento processual, mediante a igualdade de possibilidade de obter decisões satisfatórias, toma o lugar de antigas motivações jusnaturalistas ou métodos de criação de consenso baseados em trocas. O reconhecimento generalizado da institucionalização do

[505] LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995, p.20.
[506] LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995.

processo independe do acerto de cada decisão e tem, como consequência (e condição), a aceitação das decisões por ele produzidas.[507]

No entanto, capacidade de gerar aceitação não é algo obtido facilmente e que, portanto, pode ser difícil de substituir. A legitimação das decisões não significa simplesmente aceitação das premissas da decisão ou do conteúdo da decisão, pois, a legitimação não pode depender desse tipo de consenso efetivo. Como coloca Luhmann, é possível aprovar as premissas (princípios, normas e súmulas vinculantes), mas rechaçar a decisão em si, porque, por exemplo, apoiada em suposições falsas sobre questões de fato ou circunstanciais. E, contrariamente, é possível aceitar decisões, sem se preocupar com os valores a que ela faz referência como premissa, ou com a sua adoção ou não como premissa para outras decisões.[508]

Aceitar uma decisão legitimamente vinculante significa adotar a decisão como premissa do próprio comportamento, seja para cumprir ou violar a decisão, e supor que os outros farão o mesmo. Legitimação não significa, portanto, necessariamente, cumprimento da decisão, mas aceitação da sua obrigatoriedade e percepção da própria conduta como vinculada a essa obrigatoriedade. [509] Pode-se escolher desrespeitar a decisão, mas essa é uma postura que não pode, em regra, ser apresentada (e representada) como legítima.[510] E como o processo possibilita essa aceitação generalizável?

---

[507] LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995, p.22-23.

[508] LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995.

[509] Como aponta Luhmann, o conceito tradicional de aceitação aponta para uma conexão entre os princípios que justificam uma decisão e/ou seu conteúdo e a convicção de que os valores que sustentam esses princípios são justos. No entanto, trata-se de uma explicação pouco plausível, já que nenhum sistema "pode fazer sua estabilidade depender de atingir objetivos tão exagerados (difusão da crença em decisões efetivamente verdadeiras e justas) e nenhum indivíduo está em posição de formar tantas e tão profundas convicções e sobre todos os temas que são sujeitos a decisões". A complexidade e contradições inerentes aos temas objeto das decisões e suas premissas demanda um mecanismo de generalização do reconhecimento da obrigatoriedade das decisões. Os indivíduos podem concordar com uma decisão em seu íntimo pelos mais diversos motivos. Do ponto de vista do sistema, o que interessa são as condições de generalização dessa aceitação, isto é, de modo independente das características de cada personalidade, uma generalização que permita abstrair os motivos individuais pelos quais se aceita ou rechaça uma decisão. O conceito de aceitação ao qual a função do processo se dirige deve ser um conceito formal. (LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995, p.24).

[510] Uma exceção notável (que confirma a regra) é o caso dos movimentos de protesto que, também por meio de uma construção específica de sentido diferenciado, trazem questionamentos e inserem questões de complexidade no sistema jurídico apontando, justamente, a injustiça do paradoxo constitutivo do direito (com que direito o direito diz o direito?). Sobre o tema dos movimentos de protesto e sua importante função com relação ao direito e à sociedade: CAMPILONGO, Celso Fernandes. **A interpretação do direito e movimentos sociais – hermenêutica do sistema jurídico e da sociedade**. Tese apresentada ao concurso de professor titular junto ao Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

Do ponto de vista formal-generalizável, aceitar uma decisão como vinculante significa dizer que o indivíduo sujeito a ela assume sempre, e por qualquer motivo, a decisão como premissa do próprio comportamento e reestrutura as suas próprias expectativas em sua conformidade. O indivíduo integra novas estruturas de expectativas na sua personalidade, que, de resto, permanece idêntica. Portanto, na base desse processo psicológico há um processo de aprendizado.[511]

Quando o aprendizado tem sucesso, a expectativa transformada pela decisão judicial é observada quase automaticamente e considerada como um dado de fato; de outro lado, se o aprendizado falha (e o sujeito segue protestando contra a decisão) são necessários estímulos adicionais. Como aprendizado efetivo é improvável, a função do processo tem a ver com propiciar estímulos adicionais para a aceitação da decisão e criar condições para sua generalização mesmo quando, individualmente, não há aceitação.

Nesses termos, observa Luhmann, a legitimidade:

> não se funda de todo no reconhecimento voluntário [da obrigatoriedade ou justiça da decisão], ou sobre um convencimento pelo qual se é pessoalmente responsável mas, ao contrário, em um clima social que institucionaliza como óbvio o reconhecimento das decisões vinculantes e o considera consequência não de uma decisão pessoal, mas da validade das decisões oficiais.[512]

O processo precisa criar um contexto social que torne esse aprendizado socialmente óbvio, de modo que o ônus de rejeitar a validade/obrigatoriedade de uma decisão recaia sobre aqueles que disputam sua normatividade.[513]

A coerência interna do ordenamento jurídico (que está na base das promessas de previsibilidade) e a fundamentação das decisões não é suficiente, pois a legitimação que eles podem propiciar é de alcance limitado e depende de treinamento/conhecimento especializado.

---

[511] Em um nível abstrato-formal, independente da personalidade concreta, motivações e experiências do indivíduo.

[512] LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995, p.26.

[513] A conformidade – de comportamento – que se obtém é superestimada pelos sociólogos e juristas, segundo os quais a divulgação de convicções justas resolve os problemas. A verdade é que o problema da modificação de comportamento é insolúvel até hoje na psicologia. E a internalização de novas orientações (de comportamento, pela integração de expectativas) só significa que eventual reincidência se torna – também – um problema de consciência. Vale dizer, não se atinge o problema de controlar a aceitação repetidamente necessária de decisões inesperadas confiando apenas nos mecanismos de aprendizado do sistema psíquico. Em resumo, dada a complexidade dos sistemas psíquicos e a separação destes dos sistemas sociais é improvável um aprendizado controlado socialmente. (LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995, p.27).

Pelo mesmo motivo, a previsibilidade das decisões, isto é, sua compatibilidade com decisões passadas também é um fator insuficiente para essa legitimação. Para que a aceitação generalizável ocorra a despeito do aprendizado efetivo, o processo oferece condições de participação/autovinculação e imunização da decisão contra críticas.[514]

A parte sujeita à decisão deve poder ver a decisão como, ao menos parcialmente, resultado da sua própria atuação no processo. Processos, enquanto sistemas episódicos possuem uma história própria, que impõe aos participantes o ônus decorrente da possibilidade de, relativamente, controlar essa história e influir no seu resultado. No processo, os participantes vão criando uma realidade própria. Todo ato, toda manifestação produz efeitos no processo. Atos processuais podem ser anulados e mesmo *desentranhados dos autos do processo*, mas não se pode seguir como se não tivessem ocorrido. Declarações vinculam, chances perdidas geram preclusões, e a marcha do processo vai vinculando aos poucos os participantes, preparando a decisão futura.

Essa vinculação também decorre da regulação do direito processual, que delimita os comportamentos possíveis para cada participante, propiciando assim a moldura dos roteiros para os *papéis*. A moldura comportamental decorrente do direito processual possibilita que a vinculação se dirija não à própria personalidade, isto é, a efetiva identidade psíquica da parte, mas a uma autorrepresentação, que alivia os ônus de estar sujeito à decisão judicial. Uma derrota judicial não precisa afetar todos os aspectos da vida da pessoa, o que facilita a aceitação da decisão judicial e o ajustamento das próprias expectativas. Os papéis propiciam uma relativa autonomia social para o processo (no plano dos comportamentos expectáveis), o que contribui para a generalização dos seus resultados e revela a importância do procedimento.[515]

---

[514] Por isso que a legitimação pelo procedimento não se confunde com a justificação de decisões (ou do procedimento). A legitimação é um evento real – de mudança e acomodação de expectativas – e não um simples evento normativo de circulação/confirmação da validade da norma. (LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995, p.29). Nesse sentido, a promessa de melhorar a vida das pessoas parece não só irrealista, mas insuficiente para explicar as condições de aceitação das decisões judiciais. Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco, para quem "Tutela jurisdicional é o amparo que, por obra dos juízes, o Estado ministra a quem tem razão num litígio deduzido em processo. Ela consiste na melhoria da situação de uma pessoa, pessoas ou grupo de pessoas, em relação ao bem pretendido ou à situação imaterial desejada ou indesejada. Receber tutela jurisdicional significa obter sensações felizes e favoráveis, propiciadas pelo Estado mediante o exercício da jurisdição". (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6.ed. v.1, São Paulo: Malheiros, 2009, p.107). Mas, mesmo aqui a promessa de tutela precisa conviver com limitações, como as condições da ação e outras de natureza propriamente processual, que especificam/canalizam o conflito, como o próprio Dinamarco explica. (p.108-114).

[515] LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995, p.30-42. No processo jurisdicional todos os interessados devem continuamente presumir reciprocamente os papéis,

Os papéis propiciam participação e alívio do ônus de estar sujeito a uma decisão, mas não resolvem todos os problemas da legitimação. Na prática, muitas pessoas não aceitam as decisões judiciais que lhes são desfavoráveis. A ideia de que a participação no processo conduz, necessariamente, à aceitação efetiva, concreta, parece falha, ainda que possa explicar parte dos casos. O procedimento processual, segundo Luhmann, dá meios para que a aceitação ocorra, mas não se pode presumir causalidade. Ao lado desses mecanismos, são necessários outros que lidem com os casos particulares de não aceitação. O mecanismo complementar de autovinculação à própria atuação no processo (os ônus processuais) ajuda também, assim como o estilo impessoal da participação. Mas, o mecanismo dos papéis precisa ser complementado por outros, relativos à especificação de conflitos (que reduz complexidade) e generalização da aceitação (que transmite e generaliza a complexidade reduzida).[516]

Um mecanismo importante, nesse sentido, para reforço da legitimação pelo procedimento, decorre do fato de que apenas determinados aspectos da conflituosidade podem ser veiculados em juízo. Nos processos judiciais, os conflitos devem se desenvolver por meio do contraditório. A substituição da autotutela pela decisão tomada pelos centros políticos faz com que os conflitos precisem ser reestruturados para que possam se apresentar como conflitos suscetíveis de uma decisão, interrompendo a tendência à generalização do conflito, que pode, então, ser especificado.[517]

---

devem confirmar seus papéis e apoiar reciprocamente as condutas respectivas, de modo que qualquer um assuma seu papel e o mantenha mesmo que isso implique ônus. Em particular, compete ao juiz fazer de modo que todos os participantes disponham de um quadro seguro de comportamento também para uma comunicação difícil, arriscada, penosa, dilacerante, que não sejam distraídos ou irritados e que possam, nos termos do processo, cumprirem tranquilamente suas funções. Quando isso não ocorre, aponta Luhmann, normalmente se está diante de figuras como cerceamento de defesa, violação do princípio do contraditório, etc. (cita um caso em que o juiz, ao perguntar se a parte estava bêbada, fez com que ele não conseguisse se expressar corretamente, o que veio a anular a sentença). Mesmo quando o depoimento da parte é desastroso para si ou outros, esse efeito não deve se manifestar naquele mesmo instante (pré-julgamento). Parte das forças disponíveis para a autopoiese deve ser sempre reservada para manutenção do contato e da capacidade funcional entre os papéis. A partir daí (mesmo quando está ruim, há algo que mantém a interação entre papéis, que é *a própria assunção dos papéis*) é que se coloca a pergunta: o que pode ser feito para garantir a aceitação de decisões desagradáveis? (p.79-80).

[516] LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995, p.83-93.

[517] Como explica o autor, essa reestruturação dos conflitos se torna necessária porque os conflitos – cuja existência depende de uma estrutura social – tendem a se *generalizar*. Isso significa que a conflituosidade se estende para todas as características, condições, relacionamentos e meios dos adversários. Na medida em que se toma consciência do dissenso e estorvos recíprocos, e compreendem um número sempre maior de argumentos, os adversários passam a inserir no conflito um número sempre maior de relacionamentos sociais que, de outro modo, seriam compatíveis. Tudo o que o adversário é, tem e faz aparece como reprovável, quem é amigo dele não pode ser amigo meu. Essa tendência à generalização cria conflitos inúteis e se torna ainda mai intolerável com a crescente diferenciação funcional da sociedade, uma vez que nessa sociedade aumentam contemporaneamente a densidade dos conflitos e a sensibilidade a interferências. (LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995, p.96).

A institucionalização do conflito, que substitui a autotutela, não pode depender só da força física (que, como dito, é limitada). É preciso delimitar regras que possam valer para ambas as partes, suspender o poder de coerção física e criar uma situação ambivalente na qual, até a decisão final, ambas as partes podem sagrar-se vencedoras. Para que a decisão final e futura possa ser aceita, é preciso, antes, motivar as partes a participar do procedimento em vez de recorrer às próprias forças. Para tanto, é importante que as premissas decisionais e o reconhecimento das instâncias decisórias já esteja institucionalizado. A competência para decidir e as regras processuais não podem, a todo processo, estar abertas a novas discussões. Devido processo legal e contraditório são as traduções normativas desse aspecto do processo: as partes só terão motivação para participar do processo e reconhecerem-se reciprocamente como *parte no papel de parte* se, até o final do processo, ambas puderem ser tratadas como possíveis vencedores.[518]

Quando, motivados a influenciar a decisão final, os participantes assumem o papel de parte, o conflito em si é assim suspenso e tratado como divergência relativa a argumentos jurídicos de fato e de direito. Para se comportar como parte, com chances de influenciar a decisão, é preciso reconhecer no adversário os mesmos direitos. Comportar-se como parte implica abrir mão do direito de contender sobre o próprio direito (e, portanto, a aceitação de ganhar ou perder), o que é uma primeira autovinculação quanto à aceitação futura do resultado.[519]

Contudo, mesmo conseguindo com que os destinatários das decisões se empenhem pelo desenrolar do processo, em vistas de um êxito incerto e na esperança de poder influenciar esse êxito, não é possível supor que a parte perdedora aceitará a decisão. Para tanto, é importante também que o decisor (juiz/tribunal) assuma um papel suficientemente profissional e impessoal: a decisão, para aquele sujeito à decisão, deve aparecer como a

[518] LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995.

[519] LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995, p.99-100. Ainda, segundo o autor, "as partes no processo podem representar suas razões não mais com a pura defesa, com a tenaz manutenção das suas expectativas; elas devem sim é moralizar suas expectativas, ou seja, vinculá-las a uma projeção das possibilidades de uma ulterior convivência social". Como explica Luhmann, o preço desse sucesso, no entanto, é um relacionamento que disassocia a verdade e o direito. Alguém que se apresente em juízo como portador da verdade e do direito não emite uma comunicação com sentido para o sistema-processo. As autorrepresentações admitidas no processo só funcionam nos limites dos papéis (de parte adversa e que pode não ter razão). Por isso o processo já não pode ser pensado como meio de revelação da verdade ou da justiça.

consequência de normas, fatos e de seu próprio comportamento no processo, e não de uma opção do juiz.[520]

O processo deve ir, a cada etapa, preparando a decisão (como consequência do próprio processo) e preparando as partes para aceitarem aquela decisão. Isso não se dá apenas garantindo a participação: o destinatário da decisão não pode ser o responsável pela sua legitimação, já que não se pode garantir que a sua participação vá resultar em concordância concreta com a decisão.[521] A função do processo, nesse aspecto, não está em evitar desilusões com a decisão (o que não é possível), mas em canalizar as desilusões para aspectos do processo (o advogado, a outra parte, a perda do prazo, etc.) em ressentimentos difusos, que não possam ser institucionalizados.[522]

O processo motiva os interessados a assumir os papéis de partes e a reconhecer, assim, as competências decisionais e as premissas jurídicas das decisões. Toda a formalização, ritualização e limitação jurídica da argumentação que especifica o conflito colabora para isso pois, quanto mais a parte se envolve e prossegue no processo, mais ela abre mão do direito de discutir o *direito de contender.*

Embora nenhum dos aspectos do procedimento seja sozinho responsável ou capaz de legitimar a decisão, todos eles são importantes. A participação efetiva das partes é especialmente importante, pois, como coloca Luhmannm, "um tribunal que exija apenas algumas poucas informações dos participantes e depois decida de surpresa com base em uma

---

[520] LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995, p.107.

[521] Como explica Luhmann, a "pesquisa psicológica não está em condições de dar sustento a esse tipo de esperança – de que a participação produza consenso real quanto a uma decisão desfavorável". (Gordon W. Allport. The Psychology of Participation. In: **The Psychological Review, 53**, 1945, p. 117-132). Alguém que perca um processo pode vir a identificar-se com a decisão e assumir que estava de fato errado. Isso só funcionaria – como escape psicológico – se fosse possível para ele uma recapitulação da contenda judicial (*onde eu errei*) e se todos aqueles à sua volta (família, amigos, etc.), amparem esse comportamento e não vejam essa decisão – pessoal – como um lapso de personalidade (vira-casaca). Mas, assim como alguém pode *escolher aceitar a decisão desfavorável como a correta*, funciona igualmente bem, do ponto de vista funcional-psicológico, a irresignação interna e a generalização daquele conflito a todos os interessados e a todas as situações semelhantes. Ou seja, o processo pode sim fazer alguém que está errado ser mais razoável – e perceber o erro – ou que alguém, mesmo creditando ter razão, ceder para um acordo. Mas nem o ceder nem o reconhecimento de erros constituem o núcleo duro da função latente do sistema-processo. O problema é legitimar a decisão desfavorável, uma vez que nada garante que ela será realmente aceita. (LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995, p.106-107).

[522] LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995, p.108-110).

convicção própria desvinculada dessas informações, não utiliza as oportunidades de legitimação que o processo oferece".[523]

O problema essencial do processo ainda é, uma vez diferenciado como sistema capaz de ganhar autonomia, motivar as partes a assumirem os papéis e agirem de modo colaborativo, reforçando assim as chances de aceitação da decisão final. O procedimento e a participação, nesse sentido, são oportunidades de legitimação oferecidas pelo processo.

Para tanto, o passo indispensável é a manutenção da incerteza do resultado, que motiva as partes a participarem do processo.

Como coloca Luhmann:

> A função do processo consiste então na especificação da desilusão e fragmentação e absorção de críticas. O motor do processo é a incerteza do resultado. E esta a força motriz do processo é o fator efetivamente legitimante. Durante o processo essa incerteza deve ser salvaguardada e mantida com todo o cuidado e com os meios do cerimonial – por exemplo, mediante uma acentuada representação da independência e imparcialidade do juiz, evitando prometer determinadas decisões e dissimulando aquelas que já estão tomadas, ou mesmo, como ocorre no processo inglês, mediante a regra segunda a qual o juiz se apresenta ao debate completamente despreparado, de modo que é necessário expor-lhe verbalmente cada particular. A tensão segue viva até a leitura da sentença [...]. Recorre-se de fato à incerteza como motivo para induzir o destinatário da decisão a um trabalho não-retribuído de participação no cerimonial [...], a privar-se da possibilidade de generalizar os próprios interesses e conseguir, assim, consenso e alianças sociais ou políticas mais amplas para atingir seus objetivos [...]. Depois que alguém já renunciou à autotutela e aceitou participar do processo, confirmando assim uma validade geral das normas e competências que não são postas em discussão, a possibilidade de rebelar-se contra a decisão já não faz muito sentido, nem tem muitas esperanças de funcionar [...].[524]

A incerteza do resultado e a construção de várias etapas de autovinculação, por meio da representação de papéis, torna a aceitação da decisão provável em termos generalizáveis. Ela pressupõe a aceitação das "regras do jogo" e essa aceitação, generalizável, serve de apoio para generalizar a própria decisão final como algo que não depende da disponibilidade interna daquele sujeito à decisão.

É o reconhecimento da jurisdição como canal para especificação do conflito e as prestações sucessivas no próprio processo que viabilizam a criação desse contexto social

---

[523] LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995, p.111.
[524] LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995, p.113.

em que a aceitação da decisão é algo tão óbvio que todos os ônus se colocam contra aquele que a rejeita. Assim, conforme coloca Luhmann, o problema do processo

> não consiste em produzir uma situação de aceitação, mas em proteger o sistema social das consequências da escolha de uma solução psíquica de inconformismo com a decisão: esse inconformismo não pode encontrar ressonância social alguma. Os ressentimentos contra a decisão não podem ser institucionalizados.[525]

Por isso, todo o ritual do processo é realizado e simbolizado como público. O princípio da publicidade garante que, ao menos em termos institucionais, uma plateia em relação à qual os participantes possam presumir que tende a amparar a legitimidade das normas aplicadas e dos decisores. São mecanismos de representação de terceiros não-interessados que servem como proteção contra o dissenso institucionalizado, por meio de uma

> não-manifestação do dissenso [...] os não-participantes também devem chegar à conclusão de que tudo seja regular, que a verdade e a justiça podem ser encontradas com um esforço sério, sincero e intenso, e que também eles, com auxílio desta instituição, poderiam eventualmente obter justiça.[526]

Na medida em que tal mentalidade seja difundida ou *considerada como difundida*, aquele que pretende se opor a uma decisão vinculante não poderá contar com o apoio dos demais. Sua indignação será imputada a ele próprio e não a um defeito da instituição.

Luhmann aponta ainda como elemento indispensável para que as decisões judiciais tenham condições de legitimação, a estrutura condicional das normas jurídicas, segundo a qual a decisão aparece como consequência de um enunciado do programa. Por meio da participação, as partes confirmam premissas e competências decisionais e canalizam frustrações em determinadas direções (que não a própria instituição do processo), mas ainda é preciso que esses mecanismos sejam harmonizados com mecanismos que protejam o decisor e a decisão. A *res judicata* é, nesse aspecto, um importante instrumento de imunização da decisão mas que também precisa de complementos sistêmicos já que tem seus limites de

---

[525] LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995, p.116.
[526] LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995, p.121.

tolerância. A coisa julgada, em si, não pode absorver todas as desilusões, mas deve ser preparada mediante mecanismos de antecipação, especificação e eliminação da crítica. Daí porque, aos mecanismos processuais, deve estar associado o uso ponderado de uma combinação de programas decisionais que assumam a forma de *programas de escopo* e de *programas de base condicional*, com preferência a esta último.[527]

Programas decisionais de base condicional reforçam a premissa decisional como causa da decisão, o que tende a proteger a decisão (e o decisor) de críticas voltadas às consequências da decisão ou à qualidade técnica da relação meio-fim eleita na decisão. Nos programas condicionais, a responsabilidade é endereçada àquele que estabeleceu o programa e a decisão pode ser praticamente imunizada de muitos tipos de críticas:

> (a) contra aquela ad personam; (b) contra aquela voltada às regras do processo; (c) contra aquele voltada às competências específicas não-jurídicas; (d) e, acima de tudo, contra aquelas voltadas às consequências da decisão (que não se confundem com os efeitos puramente jurídicos).[528]

Não é difícil perceber que, do ponto de vista normativo, do direito processual, Luhmann, escrevendo nos anos 70, tem em mente um modelo abstrato (para contemplar procedimentos diversos, como o adversarial e inquisitorial) e tradicional (sem inovações

---

[527] De modo geral os programas de decisões podem ser de dois tipos fundamentais: programação de escopo e programação condicional. *Os programas de escopo* se orientam a certos efeitos desejados, a partir dos quais buscam, considerando as condições colaterais, encontrar os meios idôneos e perseguir *racionalmente* aqueles efeitos, ou seja, por meio de um cálculo de economicidade. *Os programas condicionais* contêm premissas de decisão que assumem a forma de causa, de informação em condições de produzir, toda vez que se apresentam (essas premissas), determinadas decisões. São programas traduzíveis no esquema "se... então...". Esses programas são racionalizados por meio de um trabalho teórico da dogmática jurídica. Enquanto os programas de escopo se voltam para o futuro, os programas condicionais têm que ver com dados de fato legados ao passado. A utilização paralela dos dois tipos de programa consiste assim em uma coordenação entre passado e futuro. É dessa distinção que dependem, entre outras coisas, os pontos de partida e a chegada a possíveis critérios de decisão. Ambos os tipos de programação estão predispostos a submeter-se a uma crítica e a um controle lógico e empírico na medida em que são especificados e elaborados no plano operativo. Embora "em ambos os casos, a incerteza das premissas dificulta a crítica, enquanto que a certeza das premissas a facilita. Todavia a programação condicional oferece canais muito mais restritos para a crítica da decisão". Os programas de escopo podem ser colocados em discussão toda vez que as consequências desejadas não são verificadas ou são descobertos outros meios cuja distribuição de ônus seja melhor. O objeto fundamental da crítica aqui são as consequências. Especialmente em uma sociedade diferenciada e avançada no plano científico específico: a combinação de consequências (e os meios *ótimos*) estão sempre sujeitos às mais variadas críticas pelos mais diversos pontos de vista técnicos, que indivíduo algum está em posição de coordenar. Na prática, aquele que decide não pode evitar um juízo de valor (acerca do melhor ponto de vista técnico), razão pela qual tanto o decisor, quanto o processo, tendem a ficar sob suspeita. Por esse motivo – amplitude e relativismo das críticas que a noção de meios-fins racionais impõe aos programas de escopo – Luhmann observa que administrações (vale para os Tribunais) que operam com programas de escopo – como aquelas que seguem o estilo de economia planificada – devem ser submetidas a um intenso, penetrante e acurado controle político. (LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995, p.129-131).

[528] LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995, p.132.

típicas dos períodos de reforma) de processo judicial. Mas, do ponto de vista sociológico, suas conclusões permanecem bastante válidas. O procedimento processual tem uma função importante na legitimação das decisões. Essa função depende de um nível suficiente de autonomia do processo enquanto sistema social, mecanismos de representação de papéis e programas condicionais que protejam a decisão de críticas.

Além disso, é preciso motivar as partes a participar do processo assumindo a condição de parte. Isso só é possível enquanto há incerteza com relação ao resultado. Essa incerteza não decorre apenas dos aspectos inevitáveis inerentes à interpretação/argumentação jurídica do direito moderno (escrito e posto por decisões), mas também é fruto do processo. Ela é criada pelo processo como meio de motivar a participação e especificação judicial do conflito. [529]

Em resumo, do ponto de vista da teoria dos sistemas, processos são sistemas sociais (cujo último elemento é a comunicação) episódicos (que tem começo e fim) e autopoiéticos (não importam sentido do exterior: só o que está nos autos, de acordo com as regras do processo, pode produzir sentido).[530] Apenas as regras processuais podem determinar quando um processo começa e quando um processo termina. O processo elabora internamente acontecimentos do ambiente de acordo com suas próprias regras e sua própria história. O resultado do processo (a decisão) tende a ser resultado da história do processo que, assim, constrói seu próprio tempo. Os processos e as decisões produzidas por eles auto-organizam seus elementos, sua história e seu tempo.

A Constituição do processo a partir de ônus processuais, de modo que a parte tem o interesse, mas não a obrigação de participar, colabora para a manutenção da autopoiese do processo. Ao ônus de alegar corresponde um ônus de impugnar e as penalidades são de presunção de veracidade de certas alegações. Assim, o resultado final de cada processo é fruto da história individual daquele processo. Qualquer evento exterior, mesmo o conhecimento pelo juiz de fatos relevantes para o processo, é condicionado por essa história e pelas regras do

[529] Segundo explica o autor, a codificação do sistema (lícito/ilícito) produz "a incerteza da qual o processo vive. Em contrapartida, os processos usam essa incerteza como um medium para sua própria autopoiesis. Eles a utilizam para motivar as partes a contribuir, encorajar a participação, oferecer oportunidades (embora não resultados) e, assim, chamar os participantes a cooperar, ou seja, a reconhecer a própria aceitação até que finalmente se tornem prisioneiros da sua própria participação, tendo poucas perspectivas de contestar a legitimidade do processo ao final do seu curso". (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002, p.267).

[530] Na obra, Luhmann deixa claro que os processos são também sistemas autopoiéticos. (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002, p.267-268).

processo. É construído, assim, um sistema que se auto-organiza e que tem programas temporais próprios (tanto que os prazos legais estipulados para o juiz são consistentemente violados e ignorados).

Resultado dessa autonomia é que o tempo do processo (dimensão temporal), as possibilidades de consenso e legitimação da decisão (dimensão social) e institucionalização das expectativas decididas (dimensão material) não estão alinhadas com os programas eventualmente existentes no ambiente. Daqui resultam problemas envolvendo a duração do processo, efetividade e previsibilidade das decisões judiciais.

Contudo, por força dessa autonomia, os processos oferecem uma prestação importante para o sistema jurídico: eles enriquecem o código binário com um *terceiro valor*. Eles possibilitam a inserção de tempo no sistema, para que não seja necessário aplicar imediatamente o código a cada situação de conflito. A cada expectativa que se projeta sobre o direito, poderá ser atribuído o código lícito (conforme o direito), ilícito (não-conforme o direito) ou *sub judice*, isto é, aguardando aplicação do código. Isso permite que o sistema lide com uma complexidade maior, de modo que mais e mais assuntos podem ser tratados juridicamente, sem o risco de que o direito perca sua especificidade (porque se *tudo* puder ser direito, o direito não se distingue de *nada*).[531]

Mas essa função que, em última análise, é o que viabiliza o tratamento dos conflitos, depende fortemente da incerteza que permea o processo. É preciso que, do começo ao fim, ambas as partes tenham a chance de serem vencedoras. Essa incerteza também catalisa a legitimação das decisões. E é exatamente o ponto sobre o qual o atual movimento de reforma do processo atual, mais precisamente, na relação entre certeza e procedimento. Regras de fixação da interpretação judicial servem de indicativo da previsibilidade do êxito. Busca-se, com isso, substituir a incerteza ambivalente por uma anunciada previsibilidade, com o intuito de legitimar a supressão de etapas procedimentais e desestimular a judicialização dos conflitos. O problema – e a curiosidade que move este trabalho – diz respeito a saber se, dadas as condições operativas do direito da sociedade atual, complexa e moderna, é possível substituir incerteza/legitimação procedimental por previsibilidade e celeridade processual. A

[531] Em obra anterior, Luhmann afirmava sobre a importância dessa função do processo: "A autonomia sistêmica seria impossível se a cada causa proveniente do ambiente devesse seguir imediatamente uma intervenção do sistema sobre o ambiente". (LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995, p.62).

essa questão, contudo, se antepõe saber se essas condições, vistas até aqui de modo generalizado, se aplicam ao caso brasileiro.

4 DIREITO BRASILEIRO COMO AUTOPOIÉTICO

Antes de prosseguir à segunda parte do trabalho, na qual se buscará aplicar o instrumental aqui desenvolvido para analisar os mecanismos propostos pelo movimento de reforma do processo brasileiro, é importante ponderar se as distinções com as quais esse instrumental foi construído são aplicáveis ao caso do Brasil. Afinal, uma premissa central para o presente trabalho é a de que as condições em que o direito opera na sociedade contemporânea inviabilizam as pretensões de certeza e previsibilidade do movimento de reforma do processo e, mais do que isso, demandam níveis de incerteza para que possam operar de modo legítimo. Essas condições sociais se aplicam ao Brasil?

Como visto, à base da teoria da sociedade de Luhmann, esta é uma teoria da evolução social, segundo a qual as possibilidades sociais de certeza mudam radicalmente na passagem de uma sociedade estratificada à sociedade funcionalmente diferenciada. Para Luhmann, as delimitações últimas de possibilidades para todo o sentido social são dadas pela diferenciação funcional: não mais a estratificação social e as condições de nascença, mas a especialização de cada sistema. Essa especialização funcional é que faz com que, para o direito, operações de outros sistemas, como a política, sejam ininteligíveis. E para Gonçalves, como uma das características do direito da sociedade contemporânea é a dificuldade em lidar com as consequências do fim do antigo *centro de certeza* metafísico, que as construções da razão não puderam substituir.

A questão, então, é saber se, no caso brasileiro, pode-se falar em sociedade funcionalmente diferenciada, com sistemas sociais que operam de modo autopoiético, e cujo processo de diferenciação trouxe problemas de orientação em razão da perda de antigos centros de certeza. A resposta não é simples porque, quando se aproxima a lente histórica, não se encontra no Brasil, como na Europa, a passagem de uma sociedade fortemente estratificada e religiosa para uma sociedade funcionalmente diferenciada. O cenário histórico do Brasil colonial não é marcado pela estratificação, mas pelo patriarcalismo e uma religiosidade difusa, em vez de moral religiosa generalizante. Quando se aproxima a lente sociológica, para observar a modernidade brasileira, não é simples constatar a operação de sistemas sociais (política, direito, economia, educação etc.) de modo autopoiético, ou seja, orientados apenas pelas próprias operações e imunes a interferência de outros sistemas.

Para Marcelo Neves, por exemplo, o modelo autopoiético não encontra validação empírica quando aplicado ao caso brasileiro, isto é, quando confrontado com uma realidade em que há crônica insuficiência da concretização normativa e interferência de interesse particulares sobre os códigos de cada sistema.[532] O problema decorreria da falta de "distinção nítida entre sistema e meio ambiente", ausência de autonomia do código lícito/ilícito diante de outros como poder/não-poder ou ter/não-ter, que acabariam se sobrepondo ao código do direito.[533] Para o autor, essa "alopoiese do sistema jurídico é um problema fundamentalmente da modernidade periférica" que caracterizaria a modernidade brasileira. [534] Nos países periféricos, como o Brasil, a modernidade teria trazido hipercomplexidade sem encontrar, no entanto, uma estrutura apta a organizar essa complexidade, o que bloquearia a operação dos sistemas "de maneira generalizadamente includente", acentuando os problemas de exclusão.[535]

Assim, para o presente trabalho, uma análise como a de Neves obriga a considerar, na análise das causas dos problemas referentes à certeza do direito, problemas de suficiente diferenciação do direito ou mesmo, como propõe o autor, de *alopoiese* do direito. As técnicas de controle da atividade judicante poderiam, assim, ser vistas como resultado de algum grau de *alopoiese*, isto é, a vinculação dos precedentes dos Tribunais Superiores e a diminuição do procedimento seriam resultado da assimetria entre direito e ambiente, em que o sentido da normatividade é dado externamente. O precedente seria fruto dessa interferência e a vinculação, somada à diminuição do procedimento, bloquearia a autorreferência do direito.

---

[532] NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994, p.141-147. O problema é grave e leva a uma reformulação do próprio modelo, já que um pressuposto importante da teoria luhmaniana é a realidade empírica dos sistemas, sem a qual a reflexividade autopoiética (i.e., o sistema determinando seus próprios valores e operações) esbarra em óbices lógicos. Daí porque o autor fala em *alopoiese.* (p.124).

[533] NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994, p.141. Segundo explica, quando há uma assimetria no nível da orientação e outro sistema passa a determinar os valores de um sistema determinado, a autorreferência é negada e surge o problema da *alopoiese*. A alopoiese designa, então, a "(re) produção do sistema por critérios, programas e códigos do seu meio ambiente", perdendo em significado e, em última análise, na sua diferenciação no ambiente. Para Neves, a alopoiese não se confunde com a orientação cognitiva que o sistema extrai do seu ambiente, mas indica a situação em que "os agentes do sistema jurídico estatal põem de lado o código-diferença 'lícito/ilícito' e os respectivos programas e critérios, conduzindo-se ou orientando-se primária e frequentemente com base em injunções diretas da economia, do poder, das relações familiares etc. [...] O problema implica o comprometimento generalizado da autonomia operacional do Direito" (p.125-129).

[534] Para Marcelo Neves, "em determinadas regiões estatalmente delimitadas (países periféricos), não houve de maneira nenhuma a efetivação adequada da autonomia sistêmica de acordo com o princípio da diferenciação funcional, nem mesmo a criação de uma esfera intersubjetiva autônoma fundada numa generalização institucional da cidadania [...] O fato de haver graus diversos quanto à diferenciação funcional exigida pela complexidade social e quanto à construção da cidadania como exigência do desaparecimento da moral hierárquico-material pré-moderna, não invalida o potencial analítico dos conceitos". (NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994, p.147-149).

[535] NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

De outro lado, autores como Celso Fernandes Campilongo e Orlando Villas Bôas Filho não veem o direito brasileiro como não autopoiético, isto é, subordinado às demandas do ambiente e sem autonomia.[536] O direito brasileiro, como em outros países, encontra resistência para manutenção da sua autonomia e, frequentemente, vê seu código corrompido ou sendo sobreposto por outro. Mas continua a ser o direito de uma sociedade moderna e que, no seu todo, é ainda autônomo e autopoiético. Como coloca Villas Bôas Filho, o desafio é fazer as devidas mediações para aplicar o modelo autopoiético ao direito brasileiro, superando concepções "universalistas e homogeneizantes" de modernidade, como se apenas determinados modelos de modernidade (dos países centrais) pudessem ser considerados modernos.[537]

O Brasil não é um país pré-moderno ou dominado por estruturas pré-modernas. Mas sua modernidade também não é (nem será, nem pretende ser) a modernidade da Europa ou dos Estados Unidos. É preciso então compreender as bases estruturais que diferenciam o processo de modernização brasileiro para fazer as devidas mediações ao instrumental da teoria luhmaniana.

Para Villas Bôas Filho, pode-se buscar compreender as especificidades da modernização brasileira a partir da semântica em que se reflete sobre esse processo, isto é, compreender a modernidade a partir da sua autocompreensão, marcada profundamente pelas obras de Gilberto Freyre, Sérgio Buarque de Holanda e Raymundo Faoro.[538] Como explica o autor, apesar das profundas diferenças entre essas obras, elas teriam em comum a referência a uma *ethos* ibérica pré-moderna que teria legado ao Brasil certos condicionantes psicossociais e estruturais. Para essa literatura, essas condicionantes obstariam a passagem do Brasil à modernidade.[539] Para Villas Bôas Filho, acompanhando Jessé Souza, essas leituras da modernidade brasileira esgotaram seu potencial explicativo e estão equivocadas na medida em que projetam uma "visão achatada de modernidade".[540]

---

[536] CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.168; VILLAS-BÔAS, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.179-180.
[537] VILLAS-BÔAS, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.179-180.
[538] VILLAS-BÔAS, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.180.
[539] (VILLAS-BÔAS, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.180-181). O autor ressalva, no entanto, sua leitura de *Raízes do Brasil* que, segundo entende, não trataria o passado ibérico como uma condicionante naturalística necessária a obstar o caminho à modernidade, mas como um obstáculo que vai sendo superado pela vinda da família real, abolição da escravidão e instauração da república.
[540] VILLAS-BÔAS, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.179-183.

Nos próximos parágrafos, percorrerei alguns aspectos da proposta de Villas Bôas Filho que, a partir dessas leituras, sugere mediações para a utilização da teoria dos sistemas ao contexto brasileiro fundadas na noção de uma modernidade tipicamente brasileira.

Para Villas Bôas Filho, as interpretações do Brasil que surgem a partir das obras de Sérgio Buarque de Holanda e Gilberto Freyre, orientadas pela influência do *ethos* ibérico na formação no país, constituem "uma semântica influente que problematiza o acesso do Brasil à modernidade" e, assim, "essas perspectivas passam a constituir o maior repto à possibilidade de aplicação da teoria dos sistemas de Luhmann no Brasil".[541] Isso, porque, as condicionantes psicossociais dadas pelo passado ibérico determinariam especificidades institucionais de um Brasil não moderno (e, portanto, não diferenciado funcionalmente em sistemas autopoiéticos). De Freyre a Faoro, passando por Holanda, o autor entende ter havido um enrijecimento dessa tese de que a herança ibérica inviabiliza a diferenciação funcional e, portanto, a nítida separação entre o público e o privado e uma concepção moderna do Estado e de direito (e de Estado de Direito).[542]

Para essa literatura, as principais características do Brasil resultantes da influência do passado envolveriam um excessivo patrimonialismo no trato das coisas públicas (público como extensão do privado), a inaptidão a modelos econômicos de cooperação, incapacidade de organização, aversão ao trabalho manual e mental, ética do lucro a partir da aventura (e não ética do trabalho), falta de coesão social, culto ao personalismo nas relações sociais (a cordialidade), a naturalização das relações de dominação e tolerância da exclusão. O Estado, nesse contexto, seria ainda marcado por um patrimonialismo estamental tipicamente pré-moderno (gerido em nome de interesses particulares) e as leis feitas para serem violadas em benefício de indivíduos e oligarquias. Nesse cenário, o direito e as instituições aparecem como mero instrumento do interesse de grupos de pessoas.[543]

---

[541] VILLAS-BÔAS, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.209.
[542] VILLAS-BÔAS, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.219.
[543] VILLAS-BÔAS, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.212-236. Para o autor, a partir de Freyre (*Casa Grande e Senzala*) é possível extrair a noção de que o patriarcado brasileiro, representado pela casa grande, "expressa o centro de coesão social, constituindo, desse modo, o sistema econômico, social e político que está na base da organização da sociedade brasileira. Não é por outra razão que dela deriva o essencial de nosso caráter nacional: desde o modo pelo qual se expressa a dominação social – o sadismo do senhor da casagrande ao masoquismo do negro da senzala – ao contorno econômico (o latifúndio explorador) e às formas de articulação política (o compadrio), tudo passa pela casa grande e pelo patriarcalismo que lhe é próprio" (anota ainda o autor que a historiografia moderna aponta não ser possível generalizar o modelo para todo o país, já que, ainda no séc. XVIII, no sul do país, havia modelos diversos, com pequenas famílias e outra organização). Características psicossociais do português, como sua adaptabilidade, flexibilidade de caráter, ausência de orgulho de raça contribuiriam para formar o predomínio do patriarcalismo a impedir a formação de um Estado

Para o autor, a despeito da importância dessas obras para a compreensão da modernidade brasileira (ou para compreensão da autocompreensão dessa modernidade), é necessário superá-las (datam da década de 1930), já que não expressam mais a realidade da estrutura da sociedade brasileira após as mudanças ocorridas ao longo do século XX. Sem descartar o passado e a importância das obras mencionadas, o autor propõe a necessidade de contextualizá-las e fazer as mediações devidas. O Brasil não é uma sociedade pré-moderna, mas uma sociedade moderna com certas especificidades.[544] Mas, como fruto da própria modernidade (e não de amarras do passado), essas especificidades estão sujeitas a mudança e superação pela própria modernidade, não constituindo um óbice insuperável quase naturalista (como o "caráter do brasileiro").

O autor analisa essas especificidades da modernidade brasileira a partir de uma literatura sociológica mais recente (Jessé Souza, Marcelo Neves, Wanderley Guilherme dos Santos e Lúcio Kowarick), segundo a qual a exclusão social, marca da modernidade periférica, seria uma consequência (re)produzida pela própria modernidade e não um resquício insuperável do passado.[545] Assim, como aponta o autor, com base em Kowaric, apesar do sistema democrático ter sido reestabelecido nos anos 80 e 90, direitos civis e sociais não se firmaram, havendo uma vulnerabilidade da população em relação a direitos básicos, em razão

---

propriamente moderno. Para o autor, trata-se de, a partir da obra de Freyre, notar como o modelo patriarcal condiciona as instituições, inclusive o direito. (p.212-215). Já a obra de Holanda (*Raízes do Brasil*) poderia ser vista de modo diferenciado. As raízes ibéricas do Brasil, também imbuídas do patrimonialismo e da exclusão decorrente da escravidão, seriam um desafio a ser superado para que se atinja a modernidade. No entanto, também apresenta a mesma leitura, segundo a qual, condicionantes psicossociais do passado ibérico determinariam as especificidades institucionais do Brasil. Individualismo, aversão ao trabalho, manual e mental, ética da aventura (e não do trabalho) e a cordialidade, isto é, emotividade e intimidade das relações, determinariam o caráter nacional a partir do *ethos* lusitano. Decorreria daí a inaptidão a modelos de cooperação para a produção econômica, a incapacidade de organização e a falta de coesão social, que o culto à personalidade e o personalismo nas relações sociais inviabiliza. Nesse contexto, conclui o autor que, no Brasil, leis são feitas para serem violadas em benefício dos indivíduos e oligarquias: "a herança rural e os vínculos pessoais e emotivos que decorrem da família patriarcal fragilizariam nossas instituições, que apareceriam sempre claudicantes e titubeantes diante do mando de um poder enraizado na tradição patriarcal". O público é, então, mera extensão do privado. (p.220-224). Enfim, na obra de Faoro, (*Os donos do poder*) enfatiza-se como a predominância do patrimonialismo teria sobrevivido à implementação do Estado moderno e o dominado. Por força da tradição ibérica em que o rei abrange, no Estado, tanto a nobreza quanto a burguesia, não se forma um aparato burocrático moderno (no sentido de Weber) e sim de estamento, em que a apropriação de cargos aparece como marca de um patrimonialismo estamental, expressão de forma pré-moderna de dominação. A coisa pública é gerida em nome e no interesse de um senhor. Trata-se de um patrimonialismo estamental a dominar o aparato burocrático do Estado e que elimina o sentido da legalidade. A normatividade fica em descompasso com a sociedade, com os costumes e, em especial, com o estamento que, "por estar acima das classes sociais, não se subsume ao formalismo igualitário típico de onde impera o domínio das leis". Como observa Villas Bôas Filho, em Faoro, a herança ibérica do patrimonialismo (as raízes do Brasil) se transforma em obstáculo insuperável para atingir a modernidade. (p.230-236).

[544] VILLAS-BÔAS, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.240-243.

[545] VILLAS-BÔAS, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.260-325.

da precariedade de sistemas públicos de proteção.[546] Essa exclusão social e falta de cidadania, para Villas Bôas Filho é uma das razões que

> gera evidente sobrecarga à capacidade do direito brasileiro em responder a demandas que estruturalmente estão fora de seu alcance. Assim, ainda que haja (e não se discute que efetivamente isso aconteça) ingerências exógenas e bloqueadoras da autorreprodução do direito e da consecução de sua função social, nota-se que, independentemente disso, o direito não é capaz de lidar com a sobrecarga que lhe é imposta por uma sociedade altamente excludente.[547]

A característica principal do direito em uma sociedade periférica como a brasileira não estaria na falta de autonomia em relação à política e à economia (embora esse seja um problema também), mas na incapacidade de lidar com a sobrecarga de demandas que uma sociedade excludente, como a brasileira, impõe ao seu sistema jurídico.[548]

A par da exclusão como uma característica fundamental da modernidade brasileira – e que precisa ser conciliada com a noção de uma sociedade funcionalmente diferenciada – é também importante ressaltar que, para o autor, com base em Jessé Souza, o processo de modernização no Brasil "ocorre num contexto social que não era previamente pautado por uma esfera moral e simbólica, de fundo religioso, autônoma em relação às esferas profanas, que perpassasse todas as esferas da vida, legitimando-as e conferindo-lhes estabilidade".[549]

Trata-se de questão importante para o presente trabalho, já que, em princípio, vai de encontro à premissa de Gonçalves sobre o fim dos antigos centros de certeza e a tentativa de sua substituição pelos artefatos da razão. É importante um breve interlúdio para aproximar o olhar sobre a existência ou não de um centro de certeza na passagem do Brasil colonial à modernidade.

Segundo Villas Bôas Filho, da obra de Jessé Souza (*A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica* e *Modernização seletiva: uma reinterpretação do dilema brasileiro*) é possível extrair que é marcante no nosso processo de modernização o fato de que uma "visão de mundo articulada institucional e simbolicamente era inexistente. A religião jamais chegou a converter-se em uma esfera moral

[546] VILLAS-BÔAS, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.260.
[547] VILLAS-BÔAS, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.261.
[548] VILLAS-BÔAS, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 295-297.
[549] VILLAS-BÔAS, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.298.

autônoma no Brasil colonial".[550] Trata-se de circunstância significativa pois, nas palavras de Villas Bôas Filho:

> por serem desprovidas das grandes concepções religiosas de mundo que embasavam tanto a estrutura tradicional das sociedades nucleares do ocidente como das grandes civilizações orientais (componentes da 'velha periferia'), as sociedades da 'nova periferia' teriam recebido o processo de modernização em termos de um influxo exógeno, ou seja, tal processo teria se dado essencialmente de 'fora para dentro', de modo que a 'nova periferia' seria 'tomada de assalto' por transformações materiais e, sobretudo, simbólicas, cujo dinamismo lhes era essencialmente estranho [...] Na sociedade brasileira, o processo de modernização foi simultaneamente mais fácil e mais complexo" em razão da inexistência de uma "esfera moral autônoma generalizada e consensual.[551]

Mais adiante, Villas Bôas Filho observa que, no Brasil "não há que falar, por exemplo, em desagregação do moralismo fundamentador da diferenciação hierárquica que caracterizava a sociedade tradicional", já que, aqui, o moralismo era demasiadamente fluido. E, por isso, "a teoria da evolução social de Luhmann encontra limitações empíricas que não podem ser desconsideradas, sob pena de se esposar uma concepção homogeneizada tanto da modernidade quando do processo que a ela conduz".[552]

A opinião encontra amparo em Sérgio Buarque de Holanda, para quem os princípios de ordem, harmonia e hierarquia resultante de leis eternas e de natureza divina, que caracterizavam o mundo medieval nunca importaram no Brasil, onde o prestígio pessoal e o personalismo prevaleciam.[553] Além disso, a estratificação social em Portugal era menos rigorosa[554], o que também tende a afastar a predominância de uma cosmovisão hierárquica, de que depende a formação típica do centro de certeza religioso (cap. 2.1.).

Ainda, segundo Holanda, a Igreja no Brasil, tal como em Portugal, era subordinada ao poder civil "por vezes caprichoso e despótico, essa situação estava longe de

---

[550] Jessé Souza. A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica, p. 96 apud VILLAS-BÔAS, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 258.
[551] VILLAS-BÔAS, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 259.
[552] VILLAS-BÔAS, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.328.
[553] HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Edição comemorativa de 70 anos. Ricardo Benzaquen de Araújo (Org.). São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p.24. Segundo o autor, "Toda hierarquia funda-se necessariamente em privilégios. E a verdade é que bem antes de triunfarem no mundo as chamadas ideias revolucionárias, portugueses e espanhóis parecem ter sentido vivamente a irracionalidade específica, a injustiça social de certos privilégios hereditários. O prestígio pessoal, independente do nome herdado, manteve-se continuamente nas épocas mais gloriosas da história das nações ibéricas".
[554] Conforme explica "a relativa infixidez das classes sociais fazia com que essa ascensão não encontrasse, em Portugal, forte estorvo, ao oposto do que sucedia ordinariamente em terras onde a tradição feudal criara raízes fundas e onde, em consequência disso, era a estratificação mais rigorosa. Como nem sempre fosse vedado a netos de mecânicos alçarem-se à situação dos nobres de linhagem e misturarem-se a eles, todos aspiravam à condição de fidalgos". (HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Edição comemorativa de 70 anos. Ricardo Benzaquen de Araújo (Org.). São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p.117-118).

ser propícia à influência da Igreja e, até certo ponto, das virtudes cristãs na formação da sociedade brasileira".[555] Assim que, segundo Holanda, não havia qualquer ética de fundo a ditar o convívio social que não fosse de fundo emotivo e personalista, refletindo-se inclusive no trato íntimo com o catolicismo e os santos.[556] Haveria, no máximo, uma religiosidade superficial, incapaz de produzir qualquer moral social poderosa:

> Religiosidade que se perdia e se confundia num mundo sem forma e que, por isso mesmo, não tinha forças para lhe impor sua ordem. Assim, nenhuma elaboração política seria possível senão fora dela, fora de um culto que só apelava para os sentimentos e os sentidos e quase nunca para a razão e a vontade. Não admira pois, que nossa República tenha sido feita pelos positivistas, ou agnósticos, e nossa Independência fosse obra de maçons.[557]

No entanto, apesar da inexistência de uma esfera moral autônoma a constituir um centro de certeza metafísico de fundo religioso, isso não significa que a sociedade brasileira pré-moderna não contasse com seus próprios centros de certeza. A própria referência ao patriarca e à família patriarcal, ao engenho, à estratificação fundada na escravidão, indicam a existência de referências comuns em uma sociedade que mistura princípios de segmentação com princípios de diferenciação centro-periferia e estratificação. Tanto que, segundo Holanda:

> Nesse ambiente, o pátrio poder é virtualmente ilimitado e poucos freios existem para sua tirania [...] O quadro familiar torna-se, assim, tão poderoso e exigente, que sua sombra persegue os indivíduos mesmo fora do recinto doméstico. A entidade privada precede sempre, neles, a entidade pública [...]. Representando, como já se notou acima, o único setor onde o princípio de autoridade é indisputado, a família colonial fornecia a ideia mais normal do poder, da respeitabilidade, da obediência e da coesão entre os homens.[558]

---

[555] HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Edição comemorativa de 70 anos. Ricardo Benzaquen de Araújo (Org.). São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p.125-126.

[556] HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Edição comemorativa de 70 anos. Ricardo Benzaquen de Araújo (Org.). São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p.162-163

[557] HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Edição comemorativa de 70 anos. Ricardo Benzaquen de Araújo (Org.). São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p.164-165.

[558] HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Edição comemorativa de 70 anos. Ricardo Benzaquen de Araújo (Org.). São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p.80. Em outra passagem se lê que, "Nos domínios rurais, a autoridade do proprietário de terras não sofria réplica. Tudo se fazia consoante sua vontade, muitas vezes caprichosa e despótica. O engenho constituía um organismo completo e que, tanto quanto possível, se bastava a si mesmo. Tinha capela onde se rezavam as missas. Tinha escola de primeiras letras, onde o padre-mestre desasnava meninos [...] "Dos vários setores de nossa sociedade colonial, foi sem dúvida a esfera da vida doméstica aquela onde o princípio de autoridade menos acessível se mostrou às forças corrosivas que de todos os lados o atacavam. Sempre imerso em si mesmo, não tolerando nenhuma pressão de fora, o grupo familiar mantém-se imune de qualquer restrição ou abalo. Em seu recatado isolamento pode desprezar qualquer princípio superior que procure perturbá-lo ou oprimi-lo" (p.78-80).

A esse cenário, deve se somar o fato de que as tribos indígenas que antecederam os portugueses tinham também suas práticas religiosas xamânicas, assim como os escravos trazidos da África. Ainda que a religião fosse difusa, o metafísico faz parte do dia-a-dia da sociedade colonial, assim como a escravidão e a referência à família, enquanto tipo de estrutura base.

Trata-se, é certo, de uma pluralidade de referências que não têm a mesma natureza hierárquico-ordenadora que se verifica na sociedade medieval, mas que não deixa de funcionar como sustentáculos externos à lógica de cada sistema (ou daquilo que viria a ser um sistema): direito, economia, política e mesmo a religião acabam orientando as possibilidades de sentido ao poder patriarcal, ao engenho como centro, à escravidão como fato natural e à própria condição de colônia. A redundância semântica que essas estruturas propiciam não chega a formar uma moral generalizante tão universal como ocorre na sociedade medieval, mas gera suficiente redundância semântica para orientar o sentido.

Tanto que, com a vinda da Corte em 1808, a Independência e abolição da escravidão, eventos concomitantes à ascensão dos centros urbanos (em substituição ao predomínio dos engenhos), se dá a ruptura que leva às instabilidades típicas da modernidade.[559] Essa ruptura é também ruptura das referências de certeza da sociedade colonial.

Nesse sentido, é interessante a comparação que Jessé Souza faz entre a descrição de Gilberto Freyre da passagem da sociedade do Brasil colonial à imperial à que Nobert Elias faz da passagem da baixa à Alta Idade Média: "a forma anterior, no entanto, a sociedade guerreira medieval, como descrita por Elias, é em muitos aspectos semelhante à brasileira colonial como vista por Gilberto Freyre", dado o caráter autárquico do domínio senhorial, a ausência de instituições acima do senhor territorial imediato.[560] Assim que, mais adiante, Souza coloca:

---

[559] Segundo, mais uma vez, Holanda, "Com o declínio da velha lavoura e quase concomitante ascensão dos centros urbanos, precipitada grandemente pela vinda, em 1808, da Corte portuguesa e depois pela Independência, os senhorios rurais principiam a perder muito de sua posição privilegiada e singular" (p.81). E, mais adiante, observa o autor que "no Brasil, onde imperou, desde tempos remotos, o tipo primitivo da família patriarcal, o desenvolvimento da urbanização – que não resulta unicamente do crescimento das cidades, mas também do crescimento dos meios de comunicação, atraindo vastas áreas rurais para a esfera de influência das cidades – ia acarretar um desequilíbrio social, cujos efeitos permanecem vivos ainda hoje". (HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Edição comemorativa de 70 anos. Ricardo Benzaquen de Araújo (Org.). São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p.159).

[560] SOUZA, Jessé. **A modernização seletiva**: uma reinterpretação do dilema brasileiro. Brasília: UNB, 2000, p. 227.

> além dos motivos econômicos e políticos que favoreciam o familismo patriarcal rural brasileiro, tínhamos também uma interessante forma religiosa familial. O componente mágico da proximidade entre o sagrado e o profano, constitutivo de toda espécie de catolicismo, foi levado a seu extremo [...] mais importante ainda é que o culto aos santos se confundia também com o culto aos antepassados, conferindo ao familismo como sistema uma base simbólica própria. A família era o mundo e até, em grande medida, portanto, o além-mundo.[561]

Cumpre notar, ainda, que, em termos formais, o ordenamento jurídico brasileiro era português e este, como se verá adiante, não destoava das tendências medievais, depois absolutistas e, finalmente, iluministas. Vale dizer, as instâncias de reflexão do direito brasileiro no séc. XVIII e XIX ainda são, essencialmente, aquelas formadas na Europa (e que exerciam profunda influência no pensamento jurídico). No caso brasileiro, parece correto afirmar que a falta de uma esfera moral autônoma, de fundo religioso, quando do advento da modernidade só agravou o cenário de incerteza, acentuando os efeitos da hipercomplexidade sobre a organização do sentido social.

Em adição a tudo isso, tem-se o sucesso, no quadro institucional e intelectual brasileiro da doutrina do positivismo de Augusto Comte, o que parece confirmar, ao mesmo tempo, o efeito descrito por Gonçalves: diante da perda dos antigos centros de certeza, tenta-se substituí-los por artefatos da razão que, no entanto, reproduzem, com outro conteúdo semântico, as mesmas estruturas pré-modernas para compreensão do mundo e geração de certeza. O sucesso das propostas religiosas de Augusto Comte no Brasil, com sua Igreja da Humanidade operante até os dias de hoje,[562] parece confirmar que, por aqui, com as próprias especificidades, o movimento foi similar.

Feito esse interlúdio, cumpre retomar a análise mais ampla da aplicabilidade do modelo luhmaniano ao direito brasileiro.

Segundo observa Villas Bôas Filho, além da ausência de uma esfera moral autônoma, capaz de impor padrões de conduta, o contexto da modernidade brasileira "carrega consigo a marca de um passado escravista recente que esquematiza a modernidade gerando uma naturalização da exclusão crônica que aqui se observa".[563] Como explica o autor, com base em Holanda e Souza, a abolição foi uma verdadeira reforma estrutural no país rumo à

---

[561] SOUZA, Jessé. **A modernização seletiva**: uma reinterpretação do dilema brasileiro. Brasília: UNB, 2000, p.233-234.
[562] Nesse sentido: Catecismo Positivista. COMTE, Auguste. **Seleção de textos de José Arthur Giannotti**. Tradução de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1978. Sobre a Igreja da Humanidade, em operação até hoje: www.igrejapositivistabrasil.org.br.
[563] VILLAS-BÔAS, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 259.

modernidade, extinguindo formalmente a estratificação social. Contudo, como os escravos libertos não foram integrados à ordem econômica produtiva nem à ordem social, foi produzida "uma classe de párias urbanos e rurais que, por não serem equalizados aos demais, permaneceriam numa situação de subcidadania que, nesse sentido, não seria um resquício pré-moderno, mas uma decorrência da própria seletividade do processo de modernização".[564]

Essa seria uma diferença fundamental em relação à modernização europeia, que não teve gênese em sociedades escravocratas, facilitando o equilíbrio entre classes e a universalização da categoria de cidadão. No Brasil, contudo, a abolição não levou à universalização da cidadania: sobressaiu o domínio pessoal e articulações sociais, favorecendo pobreza e violência.

Os efeitos perniciosos dessa exclusão, segundo o autor, são agravados pelo que Souza chama de "ausência de código moral de conduta cristalizado que pudesse impor padrões de conduta minimamente institucionalizados",[565] de fundo ético-religioso. No lugar da moralidade, teria entrado a violência, que tomaria "o lugar de outras formas de mediação social, tais como o direito".[566]

Como consequência, o direito brasileiro, que não deixa de ser autopoiético, comporta também certas especificidades: o direito seria caracterizado pela indiferença dos programas jurídicos com relação a certas camadas da população (exclusão), dificuldades de imposição como mecanismo de mediação social e pela prevalência do que Tercio Sampaio Ferraz Jr. chama de código fraco da justiça, isto é, o código da justiça material com amplo espaço para uma equidade flexível.[567] A noção de justiça, para o direito brasileiro, seria pouco

---

[564] VILLAS-BÔAS, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 315.
[565] VILLAS-BÔAS, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 316.
[566] VILLAS-BÔAS, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 318.
[567] VILLAS-BÔAS, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.330. Sobre o código fraco da justiça, o autor se basea na distinção proposta por Tercio Sampaio Ferraz Jr. para a justiça como uma metalinguagem não adaptativa, capaz de "conferir um sentido persistente e dominante ao universo das ações humanas, operando como um racionalizador das regras de convivência, em termos de doação de sentido". Enquanto linguagem, para transmitir a mesma mensagem racionalizadora, a justiça comportaria um código formal, forte, permitindo "apenas um único sentido de orientação" e um código material fraco, que comporta ambiguidade e orientações múltiplas. No código forte, justiça se aproxima da igualdade, tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, em articulações relativamente unívocas. No código fraco, a justiça se aproxima de uma noção distributiva, consequencialista, de caridade com os que nada têm etc. A partir das distinções de Sérgio Buarque de Holanda entre sociedades historicamente fundadas na rivalidade/prestância (caso brasileiro, latino americano) e das fundadas na cooperação/competição (nórdicas, norte-americana), Tércio Sampaio Ferraz Jr. propõe que, nas primeiras, haveria prevalência do código forte formal da justiça e, nas segundas, do código fraco material. (VILLAS-BÔAS, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.361).

formal, estando mais relacionada aos resultados em termos distributivistas do que à consistência lógica.

Para Villas Bôas Filho, aí há também uma especificidade do direito moderno brasileiro:

> prevalência do código fraco da justiça material que, nessa medida, recodifica a igualdade proporcional característica do código forte da justiça formal, introduzindo-lhe imprecisões conotativas e denotativas, de modo a torná-la algo próximo a uma 'flexível equidade' que pode até mesmo conduzir ao favorecimento[568].

A situação explica por que o direito brasileiro possui um controle interno de consistência (que, na teoria de Luhmann é a função da justiça) adaptado, ou seja, mais tolerante ao tratamento desigual de casos similares quando se tratar de obter certas consequências.

O outro aspecto determinante do direito brasileiro decorre da exclusão social, com raízes na escravidão, que desqualifica certos indivíduos como destinatários das prestações dos sistemas sociais, com o direito. A exclusão faz não serem percebidos nos sistemas como pessoas, isto é, como construtos semânticos tematizados e destinatários da comunicação, mas apenas como corpos. A inexistência de esfera moral autônoma, capaz de impor padrões de conduta, teria permitido à violência se impor no lugar do direito, como forma de mediação social, em especial para esses excluídos. Essa situação bloqueia o funcionamento do direito.[569] Para essas pessoas a quem o sistema jurídico é indiferente o direito não pode se impor como meio para estabilizar expectativas normativas.[570]

A partir desse instrumental teórico, em que o direito da modernidade brasileira é marcado pelo código fraco da justiça material e pela elevada exclusão, que bloqueia seu funcionamento pleno, Villas Bôas Filho sugere focar a aplicação do instrumental sistêmico para uma análise mais aproximada do caso brasileiro, nos tribunais (estratégia de Celso

---

[568] VILLAS-BÔAS, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.327.
[569] VILLAS-BÔAS, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.335.
[570] VILLAS-BÔAS, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.354-355. Ainda segundo o autor "numa sociedade como a brasileira, em que grassa a exclusão, dificulta-se a imposição da lei abstrata como substrato da noção de cidadania, que não se generaliza de modo a abranger a todos, perdendo o direito sua plena capacidade de estabilizar expectativas normativas, controlar comportamentos e resolver conflitos. Diante do abandono histórico de um significativo contingente de subcidadãos, abandono esse que se mantém no decorrer da transição para a sociedade moderna e funcionalmente diferenciada, o que se verifica é a limitação do âmbito de abrangência funcional dos subsistemas sociais, dentre os quais o jurídico, cujos programas normativos passam a distanciar-se do horizonte de expectativa dos componentes desse contingente de excluídos, o que afeta sua competência funcional e, no limite, sua própria capacidade de imposição" (p.355).

Fernandes Campilongo na obra *Política Sistema Jurídico e decisão judicial*). Para Villas Bôas Filho, quando se parte desse quadro teórico e se observa os tribunais, percebe-se não uma falta de autonomia total, como propõe Marcelo Neves, mas dificuldades de filtragem das demandas que vêm da periferia do sistema, o que levaria a uma sobrecarga e dificuldades, especialmente estruturais, de processar essas demandas.[571]

O centro do sistema jurídico deveria ser capaz de absorver as demandas do ambiente (variedade) e produzir redundância (certeza), produzindo equilíbrio entre eles. Quando, em razão das deficiências estruturais os tribunais não conseguem fazer isso, comprometem o encadeamento das operações do sistema e, em vez de uma incerteza estruturada, desestruturam a incerteza, gerando uma complexidade interna pouco útil para o ambiente.

Campilongo explica o excesso de irritação, sobrecarga e dificuldades de filtragem a partir do crescimento dos programas decisionais consequencialistas e distributivistas que a política cria e que confirmam a tendência de sobrecarregar o direito com essas demandas.[572] Segundo Campilongo:

> enquanto no centro a hipercomplexidade cria as condições para o surgimento de sistemas sociais autônomos e para a distinção de códigos específicos, na periferia, ela gera formas auto e heterodestrutivas dos sistemas autônomos, com a consequente corrupção e sobreposição de códigos.[573]

No entanto, explica o autor, apesar dessas condições, os sistemas jurídicos tanto dos países centrais quanto dos periféricos são autopoiéticos e, em ambos, os tribunais exercem a mesma função, com a diferença da intensidade das irritações na periferia, com demandas que tendem a bloquear a atuação do sistema jurídico. Em razão dessas demandas, os tribunais dos países periféricos

---

[571] VILLAS-BÔAS, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.383.
[572] CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.160.
[573] CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**.São Paulo: Max Limonad, 2002, p.168. Contudo, diversamente de Neves, para Campilongo, "O problema não parece estar na impossibilidade de constituição de sistemas autorreferenciais na periferia. A complexidade periférica, se assim se pode chamar, apenas irrita mais intensamente a periferia – não do sistema mundial – do sistema jurídico [...] O que ocorre, sem dúvida, é uma distinção no que diz respeito à intensidade de irritações, à velocidade das mudanças, aos critérios de inclusão e correção de programas". (CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.168-169).

> estabilizam estruturas que evitam o direito através do direito. Esse não é um recurso exclusivo das periferias econômicas. Encontrar desculpas legais para descumprir a legalidade ou justificar formalmente a inobservância da forma são características de sistemas jurídicos hipertrofiados e que atribuem aos Tribunais a obrigação de decidir.[574]

A conclusão, para Campilongo, é a de que a diferença entre sistemas jurídicos centrais e periféricos

> está em que, nas periferias dos sistemas jurídicos das economias periféricas, legislação e contratos não são capazes de evitar o acesso em juízo de questões que não foram suficientemente alocadas em outras instâncias programatórias. A periferia dos sistemas jurídicos periféricos é incapaz de oferecer aos Tribunais autoisolamento cognitivo. O sistema político universaliza temas. A periferia do sistema jurídico não é capaz de processá-los em termos jurídicos. Esses temas têm acesso ao centro do sistema jurídico, ou seja, aos Tribunais, que são obrigados a fornecer decisões baseadas em programas inexistentes, omissos ou parciais, mas não podem fugir do código a que estão obrigados a observar. O fechamento autopoiético é preservado com custos muito maiores para o sistema jurídico das periferias econômicas.[575]

Uma consequência das ponderações deste capítulo para o presente trabalho é que, qualquer tentativa de aplicação da teoria dos sistemas ao caso brasileiro precisa lidar com a questão da exclusão social e seus efeitos para o funcionamento do sistema jurídico. A teoria dos sistemas luhmaniana não desconsidera a exclusão como uma realidade dos sistemas, mas quando elabora um modelo de direito autopoiético tem em vista a perspectiva inclusivista do sistema, ou seja, a total possibilidade de acesso às prestações do sistema jurídico.

Em outras palavras, não é que a teoria dos sistemas luhmaniana passe ao largo da exclusão, mas o direito autopoiético descrito pela teoria tende a ser indiferente em relação àqueles excluídos do sistema econômico.[576] Sendo a modernidade brasileira marcada por uma colossal exclusão, a análise do sistema jurídico não pode desconsiderá-la e nem o seu reverso,

---

[574] CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.170-171.

[575] CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.172-173.

[576] Na sociedade Moderna, a inclusão ou exclusão não é determinada de modo unitário, por exemplo, por critérios de nascença ou pertinência a uma tribo, e sim, pelas regras de cada sistema. Estar incluído no sistema educacional, por exemplo, não garante inclusão no sistema econômico. De outro lado, a exclusão tende a se expandir: a exclusão de um sistema dificulta a inclusão nos demais e se caracteriza por forte integração entre os sistemas. A exclusão do sistema econômico tende a produzir indiferença da comunicação dos demais sistemas, em especial o jurídico, afetando o funcionamento do sistema. Sobre o tema: LUHMANN, Niklas. Inclusión y exclusión. In: **Complejidad y modernidad**: de la unidad a la diferencia. Tradução de Josetxo Berian e José María García Blanco.Madrid: Trotta, 1998, p.167-195.

o que Marcelo Neves chama de sobreintegração: a possibilidade de instrumentalização particularista do direito por indivíduos sobreintegrados nos sistemas político e econômico.[577]

Isso não significa, no entanto, que o direito brasileiro não possa ser considerado autônomo em relação à política (não chegando a ser *alopoiético*), como demonstram Campilongo e Villas Bôas Filho. No entanto, o sistema jurídico brasileiro trabalha com um isolamento cognitivo menor e uma das consequências disso é, também, a fragilização da autonomia do seu código. A permeabilidade à corrupção e sobreposição dos códigos é uma marca do direito brasileiro. E tem consequências importantes para as possibilidades de certeza do direito, já que, além da hipercomplexidade da modernidade, a inviabilizar qualquer referencial superior ou externo de certeza, o direito brasileiro lidaria com a instabilidade da sua própria diferenciação.

Como se verá mais adiante, uma das propostas deste trabalho é a de que os mecanismos propostos pelo *movimento de reforma* podem agravar essa instabilidade e, portanto, a certeza do direito. A segunda parte deste trabalho buscará seguir a orientação de Campilongo, analisando o *movimento de reforma do processo* à luz dos problemas envolvendo "estímulos e resistências ao processo de diferenciação entre direito e política", que são, justamente, "características das periferias da modernidade".[578]

[577] NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994, p.175.
[578] CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.18-33.

Parte II

Certeza e incerteza na reforma do processo civil brasileiro: previsibilidade das decisões e supressão procedimental

5 ASPECTOS HISTÓRICOS DO CONTROLE DA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO

Na primeira parte do trabalho, buscou-se demonstrar como aspectos sistêmico-estruturais da sociedade condicionam as possibilidades de certeza e, portanto, de certeza do direito. Apontou-se, a partir da tese de Guilherme Leite Gonçalves, como as sociedades pré-modernas formaram *centros de certeza* que propiciavam redundância semântica em todos os âmbitos da comunicação, reconduzindo sentidos novos e divergentes às certezas já consolidadas na sociedade. Buscou-se demonstrar, ainda, que uma das principais consequências da Modernidade foi a demolição desses centros de certeza e a tentativa de substituí-los por formulações racionais (razão, experiência e probabilidade). Embora essas tentativas não tenham alcançado êxito, produziram resíduos semânticos e estruturas de pensamento ainda influentes, nas quais, mesmo sem o respectivo conteúdo semântico, é mantida a estrutura geral de um centro ou vértice a partir do qual toda a certeza na sociedade poderia encontrar amparo.

Essas estruturas de pensamento influenciaram as diferentes concepções teóricas da certeza do direito, que continuam a pressupor a possibilidade de orientação de toda a sociedade a partir de um centro ou propondo que o próprio direito deva (ou possa) servir como fonte de certeza para a sociedade. Correlativamente, essas concepções pressupõem que, assim como a sociedade poderia se orientar por um referencial externo de certeza (como se o direito estivesse fora da sociedade), também o direito poderia encontrar um referencial de certeza para suas próprias orientações, como a verdade, atingindo assim graus internos de certeza que lhe permitiriam produzir certeza para o seu exterior, a sociedade.

Contudo, como se viu ao final da primeira parte deste trabalho (cap. 3), as condições em que o direito da sociedade contemporânea opera (direito autopoiético/sociedade complexa) deixam claro o quão inviável é a pretensão de que o direito possa orientar suas operações de modo previsível, seja a partir de referenciais externos (como a moral ou o direito natural), porque esses referenciais não têm capacidade de dirigir as operações internas do sistema jurídico, seja a partir de referenciais internos (como a jurisprudência), porque o sistema é sensível às suas próprias operações mas, por isso mesmo, imprevisível a si próprio (cada operação lhe afeta de modo não-controlável).

Esta segunda parte do trabalho buscará, seguindo ao diretriz de Orlando Villas Bôas Filho,[579] aplicar a teoria dos sistemas aproximando o recorte de observação para o direito processual civil brasileiro, em especial para os mecanismos de uniformização de jurisprudência e aceleração de procedimentos implementados pelo *movimento de reforma do processo*.

Uma premissa central do *movimento de reforma* é a de que é possível controlar e delimitar a interpretação judicial do direito praticada pelos tribunais. É pressuposto, portanto, que a interpretação do direito pode ser controlada e, portanto, que existiriam referências fixas para o sentido do direito imunes ao próprio direito, isto é, insuscetíveis à interpretação jurídica. Trata-se de um pensamento, portanto, que pressupõe uma estrutura pré-moderna: um centro de certeza exterior ao direito providenciaria referências capazes de orientar as operações do sistema, conformando a interpretação. Observar a origem histórica desses mecanismos e desse pensamento parece essencial justamente para demonstrar como a sua lógica é dependente de arranjos estruturais na sociedade que não existem mais. Esse é o propósito do presente capítulo.

Nesse sentido, importante notar que, diante da Modernidade, da perda dos centros de certeza e da correspondente noção de que o direito poderia, por meio do processo, ser revelado como *verdade*, outros mecanismos processuais precisaram passar por transformações. Os centros de certeza garantiam o amparo necessário para que, por meio do processo, o sistema jurídico atrelasse sua comunicação específica ao meio da verdade, legitimando a decisão na qualidade de um valor moral. Com o apoio dos centros de certeza, a verdade dos fatos e do direito (que, essencialmente costumeiro, era visto como um *fato a ser provado*) poderia ser sacramentada com um juramento, um ordálio (que confirmava a vontade divina), ou mesmo poderia ter o valor probatório pré-determinado.[580]

---

[579] VILLAS-BÔAS, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. Ver especialmente capítulo V.

[580] Para uma visão evolutiva do tratamento das provas: MORAES, José Rubens. **Sociedade e verdade** – evolução histórica da prova. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008. Especificamente sobre o juramento como meio de prova e o suporte divino ele invoca para o direito Paolo Prodi (PRODI, Paolo. **Il sacramento del potere** – il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Ocidente, Bologna: Società Editrice il Mulino, 1992).

Correspondentemente, o centro de certeza faz com que a *coisa julgada* deixe de ser um simples óbice técnico à repropositura de ações já julgadas e passe a acobertar uma *verdade*, impedindo que qualquer outra discussão judicial atente contra essa verdade.[581]

Além disso, sem o apoio de um centro de certeza, o sistema probatório é obrigado a abandonar o mito da *verdade real*, estabilizando a noção da prova racional como meio de convencimento do julgador (e não de revelação de uma verdade).[582] Do mesmo modo, vai se difundindo a noção de que a coisa julgada alberga apenas uma verdade formal (e que, portanto, pode ser flexibilizada em prol de outros valores).[583]

No entanto, a ideia de poder controlar *racionalmente* os limites da interpretação do direito parece ter perdurado justamente por força das tentativas de substituir os antigos centros metafísicos de certeza por formulações da razão, de que Gonçalves menciona. A

---

[581] Razão pela qual a doutrina medieval dirá que a coisa julgada pode tornar o branco em preto, o redondo em quadrado e, em muitos casos, na afirmação de Sigismondo Saccia, a sentença "faciti ius quodnon potest retrafectè & irrevoeabiliter res iudicata; faciti de albo nigrum, originem creat, aequat quadrata rotundis, naturalia fanguinis vincula, & falfum in verum quoad iuris ef effectum, licet non effentialiter, mutat, & edeo non efet curandum qualiter fe veritas". (SACCIA, Sigismondo. **Tratactus de sententia et re iudicata**. Frankfurt, 1618. Disponível em: http://books.google.com.br. Acesso em 20 fev. 2014, p. 377). Embora o pensamento jurídico já esteja laicizado, ainda há quem afirme que a base da coisa julgada está na santidade e sabedoria decisória do Estado, corporificada no juiz, que personifica a própria justiça. Almendigen, citado por Chiovenda, diz que "o fundamento jurídico da coisa julgada não está na necessidade da segurança definitiva: está na santidade do Estado e na sapiência do seu escol; está na necessidade de venerar nos órgãos de suas leis (os juízes) a própria Justiça personificada, a própria *ratio loquens*, que os cidadãos devem reconhecer no Estado como órgão da vida jurídica [...]. (Almendigen. Metafísica do Processo Civil (1808), apud CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1969, p.448).

[582] CALAMANDREI, Piero. **Verdade e verossimilitude no processo civil** (Direito Processual Civil), v.III, Campinas: Bookseller, 1999. Como bem anota o autor, essa noção se aplica a "todo juízo histórico a respeito de fatos que se dizem acontecidos: quando se diz que um fato é verdadeiro, se quer dizer em substância que se tem conseguido, na consciência de quem como tal o julga, aquele grau máximo de verossimilitude que, em relação aos limitados meios de conhecimento de que o julgador dispõe, basta para lhe dar a certeza subjetiva de que aquele fato tem ocorrido" (p.269-270). Também a posição de Carnelutti é sintomática: "a verdade de uma coisa não aparece até que nós possamos conhecer todas as outras coisas, e assim não podemos mais do que um conhecimento parcial [...] Em suma, a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós [...] Assim a minha estrada, começada com atribuir ao processo a busca da verdade, conduziu à substituição da verdade pela certeza". (CARNELUTTI, Francesco. Verità, Dubio, Certezza. **Rivista di Diritto Processuale**, 2ª. Série, nº 20, Padova: Cedam, 1965, p.45).

[583] Para um processualista do início do séc. XX, como Chiovenda, "a coisa julgada não cobre a verdade dos fatos". (CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. Napoli: Casa Editrice E. Jovene, 1980, p.907). Ainda, sobre a evolução do conceito da coisa julgada que abre mão de acobertar uma verdade *real* para uma verdade meramente fictícia: SAVIGNY, Frederic Carl von. **Systema del derecho romano actual**. t.V, Madrid, F. Góngora y Compañía, 1879, p. 167-169; NEVES, Celso. **Da coisa julgada civil**. São Paulo: RT, 1971. Nesse sentido, Couture observa que a coisa julgada não confirma a verdade dos fatos e que o instituto se justifica politicamente e não juridicamente. Para o autor, a coisa julgada não se apoia em uma razão natural justamente porque está mais ligada à necessidade de certeza do que de verdade. (COUTURE, Eduardo Juan **Fundamentos do direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1946, p.330). Em relação à proximidade entre o pensamento medieval e do início da Modernidade, observa Alfredo Rocco que a doutrina de Savigny "foi a consequência lógica de todo um patrimônio de ideias, que se foi acumulando, com base nos textos romanos, através do Direito Italiano Medieval, até o momento em que Savigny escreveu seu famoso sistema. (ROCCO, Alfredo. **L'autoritá della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi**. Roma: Athenaeum, 1917, p.29-30). Também Chiovenda observa que referida doutrina representa "a última contribuição de todo um mundo de ideias formadas por séculos em torno de um texto romano" pois, "no campo preparado por essa singular disposição lógica, o texto por ora recordado de Ulpiano 'res iudicata pro veritate accipitur' caiu como semente fecunda da qual germinou a teoria da verdade formal ou fictícia." (CHIOVENDA, Giuseppe. Sulla Cosa Giudicata. In: **Saggi di diritto processuale civile**. 3.ed. v.2. Milão: Giuffrè, 1993, p.400-403).

evolução histórica dos mecanismos de controle da interpretação judicial do direito revela a tentativa de se substituir, com programas decisionais racionais (legislação, jurisprudência vinculante, decisão do soberanto etc.) a perda da certeza procedimental. Esses mecanismos revelam, em todo caso, tentativas políticas de se controlar a contingência inerente ao processo de decisão, tornando o operar do direito mais previsível do ponto de vista político (por exemplo, ao remeter casos duvidosos para serem decididos por um soberano).

O problema desse tipo de mecanismo está no fato de que, como visto, o direito opera de modo intransparente para a política (e vice-versa). A comunicação propriamente jurídica, para a política, é ininteligível. Essa intransparência fica evidente, e se torna problemática, na medida em que a decisão passa a ser o resultado de um processo que expõe sua contingência, gerando ruído para a política. Por essa razão, tão logo se diferenciam processos para a aplicação do direito, a política desenvolve mecanismos voltados ao controle da interpretação judicial do direito. Esses mecanismos consistem em programas decisionais reflexivos, que operam sobre outros programas para tentar determinar limites para a interpretação. A aplicação desses programas produz, ao longo da evolução, técnicas e artefatos que se incorporam às estruturas do direito e da política.

O propósito da presente análise é o de evidenciar, de um ponto de vista histórico e sistêmico, as conexões entre política e direito em que esses mecanismos se amparam a fim de jogar outras luzes na análise dos mecanismos similares, presentes no atual *movimento de reforma do processo brasileiro*.

Para essa finalidade, analisarei nos tópicos seguintes alguns aspectos da evolução do tratamento político-legislativo da interpretação judicial do direito nas seguintes experiências: *(a)* a Antiguidade Romana, desde o período da monarquia até o *Corpus Iuris Civilis*; *(b)* nas reformas centralizadoras promovidas pelo absolutismo europeu no início da Modernidade e; *(c)* nas propostas do iluminismo jurídico dos séculos XVII e XVIII. Os frutos dessas experiências encontram uma forte ressonância no atual pensamento sobre a previsibilidade das decisões judiciais.

5.1 Dos Éditos ao Digesto: interpretação judicial na experiência romana

A qualquer estudo jurídico que tenha pretensões de buscar distinções históricas e evolutivas para suas observações não escapará a importância e os riscos da referência ao direito romano. Riscos consideráveis, porque a ideia de *direito romano* não indica uma experiência jurídica unívoca e delimitada, mas distinções direcionadas a um longo período histórico, que compreende transformações políticas, sociais e jurídicas e cuja identidade é, por sua vez, objeto de constante reconstrução na teoria do direito. De outro lado, é justamente em razão dessa constante reconstrução semântica do direito romano ao longo dos séculos que essa referência permanece relevante para compreensão do direito atual, menos pela sua aptidão a retratar uma realidade histórica do passado e mais pela sua aptidão para revelar as distinções com as quais o direito constrói sua própria identidade. Assim, a observação aqui pretendida, do tratamento do controle normativo da interpretação judicial a partir do direito romano, não é uma simples busca curiosa por simetrias históricas, mas uma tentativa de revelar como a atual noção de previsibilidade das decisões judiciais é reflexo de um pensamento atrelado a estruturas sociais em que direito e política não se diferenciam.

Para essa finalidade, parece suficiente percorrer os aspectos mais gerais da evolução do direito romano a partir da excelente obra de Pietro Cerami, Antonio Metro, Alessandro Corbino e Gianfranco Purpura, *Ordinamento costituzionale e produzione del diritto in Roma antica: i fondamenti dell'esperienza giuridica occidentale* em que, ao analisar os aspectos evolutivos das formas de produção do direito em Roma, os autores acabam por abordar os mecanismos normativos de controle da interpretação judicial e a relação da evolução desses mecanismos com as transformações políticas de Roma.[584]

De todas as altas culturas pré-modernas, a romana foi a que desenvolveu o mais sofisticado e elaborado direito. Possivelmente, é em razão do grau de complexidade e autonomia do direito romano que a interpretação jurídica se torna um problema político. Roma transforma-se em um império cuja imensa burocracia estatal acaba assumindo a tarefa de aplicação do direito privado e cuja organização encontrava expressão jurídica em um incipiente direito público. A análise da origem e evolução dos mecanismos de controle da

[584] CERAMI, Pietro; METRO, Antonio; CORBINO, Alessandro; PURPURA, Gianfranco. **Ordinamento costituzionale e produzione del diritto in Roma antica**: i fondamenti dell'esperienza giuridica occidentale. 2.ed. Nápoli: Jovene, 2006.

interpretação judicial do direito em Roma elucida bem as bases históricas dos mecanismos que, mais tarde, serão resgatados pelo Absolutismo e influenciarão toda a Modernidade, integrando-se às estruturas do sistema jurídico e formando artefatos que, com frequência, reaparecem nas reformas.

Roma, antes da Monarquia, é uma sociedade que caminha para se tornar pré-moderna, mas cujo direito ainda tem predominância de formas arcaicas. A decisão dos conflitos não é um problema que envolva a aplicação de um programa decisional juridicamente estabelecido, mas sim de revelar a presença concreta do direito, o que era uma tarefa permeada por ritualismos e formas religiosas. Para esse fim, membros da elite patrícia, os *pontífices*, formavam um colégio religioso com a função de preservar a *pax deorum*, isto é, as relações da cidade com os deuses e, para tanto, controlavam os ritos e cultos que deveriam orientar todas as atividades sociais, inclusive a aplicação do direito.[585] O direito aplicado incluía o *ius*, constituído tanto pelas *leges* (enunciados emitidos pelo *rex* eleito ou pelas assembleias de civis – *comitias*) quanto pela *mores* (tradição costumeira, cuja interpretação e individuação é também tarefa dos sacerdotes) e não poderia, em nenhuma hipótese, contrastar com o *faz*, que é a vontade divina. [586]

Nota-se que a *pax deorum* dependia de os atos da vida civil, em especial os procedimentos pelos quais esses atos se manifestam, respeitarem a vontade dos deuses. O *fas*, portanto, não é um conjunto de leis divinas, mas indica um critério procedimental/ritualístico

[585] CERAMI, Pietro; METRO, Antonio; CORBINO, Alessandro; PURPURA, Gianfranco. **Ordinamento costituzionale e produzione del diritto in Roma antica**: i fondamenti dell'esperienza giuridica occidentale. 2.ed. Nápoli: Jovene, 2006, p.13-15; 159.

[586] Na Roma Arcaica (séc. VIII a.c. até a monarquia etrusca) encontram-se, como figuras ligadas à operação social do direito e da política, o *rex*, as *comitias*, o *senatus* e os *pontífices*. Do ponto de vista social já havia uma distinção de origem étnica entre patrícios e plebeus, bem como, do ponto de vista estrutural, entre homens livres e escravos, que ampara e legitima a organização de cargos para a aplicação do direito. Ao *rex*, eleito dentre os patrícios, cabe interpretar a vontade divina e escolher outros sacerdotes que também o façam, mas a atividade sacerdotal não encontra limites nem mesmo no *rex*. Controvérsias eram submetidas à decisão de um terceiro eleito pelas partes ou ao próprio *rex*, a quem cabia ouvir os fatos. A verdade dos fatos se apoiava no *sacramentum* que as partes juravam – regulamentado, portanto, pelo *fas* – e a solução a ser dada para o caso se baseava em uma fórmula dada pela atividade dos sacerdotes. Nesse sistema, que dará origem à *legis actiones*, para cada expectativa que a parte pretende ver reconhecida há um ritual rigidamente definido. Para cada situação de controvérsia há uma *actio* definida que deve ser seguida. Aplicar o direito não envolve interpretar o direito, mas realizar o ritual solene que o revela. O conhecimento desses rituais solenes é, até a estabilização das instituições republicanas de Roma, mantido em segredo e manipulado pela classe sacerdotal. (CERAMI, Pietro; METRO, Antonio; CORBINO, Alessandro; PURPURA, Gianfranco. **Ordinamento costituzionale e produzione del diritto in Roma antica**: i fondamenti dell'esperienza giuridica occidentale. 2.ed. Nápoli: Jovene, 2006, p.1315 e 159).

para validação do direito secular. Para manter a *pax deorum*, é preciso, ao aplicar o *ius*, ler os sinais do *faz*, como, por exemplo, o vôo dos pássaros.[587]

Essa é a noção por base do sistema da *legis actiones*: para obter uma decisão judicial do conflito, é preciso que exista uma *actio* correspondente à pretensão do interessado. A *actio* indica o rito solene (sequência de palavras, gestos e solenidades), cuja rigidez garante a conformidade ao *fas* e possibilita uma decisão judicial acerca do conflito que é, propriamente, a realização da consequência já prevista na *actio.* Essa atividade dificilmente pode ser pensada como interpretação, sendo mais uma forma de revelação da presença concreta do centro de certeza (*physis*) que controla o direito (*nómos*).[588]

Contudo, embora não se trate ainda de controle da interpretação judicial do direito, o sistema da *legis actiones*, que tem por pressuposto a fusão direito-política-religião, elucida as origens e o sentido desse tipo de controle: conformidade total, via política, com o centro metafísico de certeza ao qual Gonçalves se refere (cap. 2.1.).[589]

Um importante gatilho para a evolução desse sistema provém do fato de que, diversamente do que ocorre nas teocracias orientais, em Roma, o chefe político não se apresenta como uma divindade e, muito cedo, deixa de exercer função de chefe religioso. O *fas* é atribuição de uma elite, a dos pontífices. Quando os pontífices emitiam um *responsum* a uma consulta sobre a aplicação do direito, este vinha na forma binária, de sim ou não, com relação à possibilidade de um negócio ou ação. Aquele que interpretasse uma regra de *leges* ou *mores* em desacordo com o *responsum* sofria o risco de não obter os efeitos jurídicos pretendidos, mas a motivação do *responsum* permanecia de conhecimento apenas do próprio colégio de pontífices.[590]

---

[587] CERAMI, Pietro; METRO, Antonio; CORBINO, Alessandro; PURPURA, Gianfranco. **Ordinamento costituzionale e produzione del diritto in Roma antica**: i fondamenti dell'esperienza giuridica occidentale. 2.ed. Nápoli: Jovene, 2006.

[588] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p. 150.

[589] Como a leitura do *fas* era exclusividade da elite patrícia, pode dizer-se que a cosmologia religiosa que ampara o centro de certeza metafísico (material/ideal) se articula com uma distinção originária da sociedade segmentada, que é a disitnção patrício/plebeu (as origens da distinção patrícios/plebeus seriam étnicas antes de se tornarem sociais). Parece correto afirmar que essa distinção acaba depois sendo substituída pela distinção romano/não romano e, mais tarde, romano/bárbaro.

[590] Nesse contexto, a Lei das XII Tábuas responde a uma demanda popular no sentido de fixar um alcance para a interpretação do direito, que parecia vir sempre contrária à plebe. Não se tratou de criar novo direito, mas de consolidar um espaço para variação do direito já existente, que não pudesse ser atingido pela interpretação praticada. Não se trata também de propriamente controlar a atividade interpretativa, pré-definindo sentidos e métodos, mas de manter uma porção do sentido jurídico a salvo dessa atividade. Como observa Kunkel, tratava-se do "mesmo desenho do direito então vigente". Tratava-se de proteger o homem comum da arbitrariedade dos patrícios na administração da justiça. As três primeiras tábuas tratam justamente de algumas das actiones, necessárias para se recorrer à justiça e que, até então, eram provavelmente apenas de

Quando os etruscos assumem o poder, adotam medidas para diluir o controle dos patrícios sobre o *fas*, medidas essas que vão levando à exposição do segredo da motivação dos *responsum* e seu caráter interpretativo. O número de sacerdotes no colégio dos pontífices é aumentado e o acesso às motivações dos *responsum* ampliado. Forma-se, aos poucos, uma classe nobre de juristas especializados e vai se formando um repositório de precedentes que "constituem os critérios de orientação que permitem aos especialistas, de momento em momento, a individuação [do direito]". [591]

O legado desse repositório orienta a aplicação do direito mesmo após o fim da Monarquia, quando todos os magistrados (e não só pontífices) podem exercer o *ius educendi*. Mesmo para os magistrados civis, dizer o direito significa aplicar o direito já interpretado pelos sacerdotes, desde que corretamente demandado por meio da *actio*.[592]

Na República, os magistrados, também chamados pretores, têm origem militar e são eleitos para mandatos, em regra, de um ano.[593] Sem formação jurídica, eles vão se cercando dos jurisconsultos (a classe nobre de especialistas em direito) que os assistem no exercício da *iurisdictio* e que vão, necessariamente, interpretar o direito a ser aplicado. As diferentes competências dos pretores e das situações para aplicar o direito, além da

---

conhecimento secreto dos pontífices. (KUNKEL, Wolfgang. **Linee di storia giuridica romana**. Tradução de Tullio e Bianca Spagnuolo Vigorita. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, p.35).

[591] CERAMI, Pietro; METRO, Antonio; CORBINO, Alessandro; PURPURA, Gianfranco. **Ordinamento costituzionale e produzione del diritto in Roma antica**: i fondamenti dell'esperienza giuridica occidentale. 2.ed. Nápoli: Jovene, 2006, p.21-22; 67.

[592] CERAMI, Pietro; METRO, Antonio; CORBINO, Alessandro; PURPURA, Gianfranco. **Ordinamento costituzionale e produzione del diritto in Roma antica**: i fondamenti dell'esperienza giuridica occidentale. 2.ed. Nápoli: Jovene, 2006.

[593] De modo geral, a magistratura na República romana contempla os (a) cônsules – cargo mais elevado, responsável pela organização da vida política da cidade, pela solicitação de consulta ao senado, a quem compete também o comando do exército e defesa da ordem pública; (b) *quaestores*, que auxiliam os cônsules nas funções militares e na manutenção da ordem dentro da cidade, competindo a eles, nesse aspecto, a investigação e administração de justiça; (c) *censores*, eleitos a cada 5 anos para fazer o censo; (d) os *praetores*, ou pretores, com poderes militares e jurisdicionais, a quem cabia administrar a justiça; (e) *edilità curule*, duplas que faziam o policiamento na cidade (*urbs*), supervisionando mercados e festas públicas. A atuação dos magistrados é honorária, sem remuneração. (CERAMI, Pietro; METRO, Antonio; CORBINO, Alessandro; PURPURA, Gianfranco. **Ordinamento costituzionale e produzione del diritto in Roma antica**: i fondamenti dell'esperienza giuridica occidentale. 2.ed. Nápoli: Jovene, 2006, p.52-53). Cumpre notar que a atividade judicante dos *quaestores* está ligada ao desenvolvimento do processo que, hoje, pode-se chamar de penal. Em Roma, desde antes da Monarquia há, como na maioria das sociedades antigas, um procedimento diferenciado para os crimes de parricídio (cuja gravidade e interesse público são evidentes, dada a importância remanescente do *pater famílias*), lesa-majestade e crimes contra a República (desobediência ou corrupção). Trata-se do julgamento popular *(provocatio)* que, na República, se assemelha bastante ao Júri e que se chamava de *quaestiones*. O *quaestor* examinava as acusações, buscava descobrir o que se tinha passado e escolhia cidadãos para decidir se o acusado era culpado ou inocente. Esses crimes eram considerados alheios à normalidade, de modo que o procedimento se instaurava apenas extraordinariamente. Apenas no séc. II são instalados em caráter permanente, com a *Lex Calpurnia*, ampliando o âmbito de sua competência para outros crimes como o homicídio. Nesse sentido: BARROS, Marco Antônio de. Procedimento penal acusatório das "Quaestiones Perpetuae": fonte da soberania dos veredictos do tribunal do júri. **Justitia**, São Paulo, v.59, nº178, 1997, p.27-35.

diversidade de interpretação fornecida pelos jurisconsultos, vai flexibilizando o sistema rígido da *legis actiones.*[594]

A aplicação do direito passa a depender crescentemente da interpretação de cada pretor e, aos poucos, os pretores vão adotando o costume de comunicar aos cidadãos, verbalmente e, mais tarde, por escrito, o direito que pretendem aplicar durante o seu mandato. Essa comunicação constitui os chamados *edicta* ou éditos. Os éditos não são propriamente um precedente (embora tenham origem na aplicação do direito em casos passados), mas sim o direito previsto para uma tipologia abstrata de casos, considerado válido apenas durante o mandato do pretor. Forma-se o costume de que os éditos (considerados bons) sejam passados de pretor para pretor.[595]

Os éditos, no entanto, não chegam a constituir um mecanismo de controle da interpretação judicial do direito. Existe atividade interpretativa, mas essa atividade não descreve a si mesma como *interpretação do direito*. O édito é mais um mecanismo mnemônico, típico de uma cultura oral, que serve para relembrar o direito a ser aplicado, do que uma norma voltada à interpretação judicial. Contudo, a ideia de dar a conhecer o direito previamente é importante para compreender futuras técnicas de controle da interpretação judicial do direito, pois pressupõe que a legitimidade do programa decisional está atrelada ao prévio conhecimento do direito.

Também ajuda nessa compreensão a incipiente noção de *iurisdictio*: a aplicação do direito, isto é, *dizer o direito*, é atividade inerente ao poder político do pretor. Ser pretor *é* dizer o direito e resolver os conflitos. Mas o pretor tem um mandato de um ano. Um novo pretor anunciará novos éditos e confirmará se aplicará os éditos do pretor antigo, porque de

---

[594] Essa flexibilização tem importância especialmente diante do crescimento de Roma, que, para fomentar o comércio, precisar estabelecer relações – e resolver controvérsias – sem conceder a estrangeiros os mesmo direitos que aos romanos (e a *actio* é um direito). Para esse fim, um pretor específico, *o pretor peregrinus*, deve decidir com base em regras gerais de equidade, boa-fé, bom-senso, que demandam interpretação, formando um *ius gentium.* (BARROS, Marco Antônio de. Procedimento penal acusatório das "Quaestiones Perpetuae": fonte da soberania dos veredictos do tribunal do júri. **Justitia**, São Paulo, v.59, nº178, 1997, p.175). Também é relevante para essa flexibilização a lei de 254 a.C que permite a plebeus participarem do colégio de pontífices, o que acaba levando à prática de se publicar os calendários e formulários das *actiones*, bem como ao costume de dar publicidade aos *responsum* e sua motivação. Os sacerdotes perdem o monopólio da *interpretatio iuris* e ficam limitados à interpretação do *fas*, isto é, dos mecanismos divinos necessários para a manutenção da *pax deorum*. Assim, do séc. IV ao séc. II a.C., ao lado das *leges* e *mores*, interpretadas pelos pontífices (conjunto que forma o *ius civile*), vai se formando um *ius honorarium* resultante da interpretação e aplicação do direito pelos magistrados. (CERAMI, Pietro; METRO, Antonio; CORBINO, Alessandro; PURPURA, Gianfranco. **Ordinamento costituzionale e produzione del diritto in Roma antica**: i fondamenti dell'esperienza giuridica occidentale. 2.ed. Nápoli: Jovene, 2006, p.172).

[595] CERAMI, Pietro; METRO, Antonio; CORBINO, Alessandro; PURPURA, Gianfranco. **Ordinamento costituzionale e produzione del diritto in Roma antica**: i fondamenti dell'esperienza giuridica occidentale. 2.ed. Nápoli: Jovene, 2006.

acordo com os *mores* e o *ius*, ou se os substituirá por outros: sempre com o apoio de um jurisconsulto que interpretava o legado de precedentes.

Do ponto de vista da decisão judicial, o processo se desvincula da rigidez da *actio* e da necessária confirmação religiosa da sua admissibilidade. Inevitavelmente, aumenta a liberdade de interpretação e aplicação do direito, o que possibilita o desenvolvimento de um processo decisional alternativo à *actio*, que é o processo *formular*.

Quando não se podia identificar a *actio* cabível para determinado caso, com a ajuda de um jurisconsulto, o pretor poderia elaborar uma fórmula para a aplicação do direito. A fórmula, reduzida a termo escrito, seria aplicada, caso o interessado provasse os fatos alegados. O interessado então levava essa fórmula a um *iudex*, escolhido pelas partes, a quem cabia apreciar a atividade probatória e decidir o caso. A utilização desse procedimento vai se ampliando e tem por consequência o fortalecimento da classe dos juristas, com expansão do ensino do direito, da oratória e dos textos jurídicos, além das profissões jurídicas, inicialmente elitistas. Aumenta a circulação e o acesso à interpretação jurídica, que se desenvolve também como atividade literária e didática, inserindo gradientes de contingência no sistema.[596]

Na medida em que a República romana entra em crise, a partir do século I a.C., e ideais totalitários vão ganhando força, a contingência do direito passa a ser vista como um problema. O sistema dos éditos leva à acumulação de um imenso material jurídico, cuja incerteza não convém a um poder central, que precisa também exercer uma *iurisdictio* centralizada. Uma das mudanças que antecede esses movimentos vem pela *Lex Cornélia de edictis*, de 67 a.C., que institui o *edicta perpetua*, segundo o qual os pretores tinham obrigação de publicar previamente por escrito os éditos que pretendam aplicar durante seu mandato e de não os modificarem.[597]

Vão surgindo também projetos voltados à unificação do material jurídico já existente e sua integração com atos normativos expedidos diretamente pelo poder central. O Imperador passa a se apresentar como referência para o direito, sendo-lhe atribuída, como

---

[596] Reformas ocorridas a partir do séc. II – conquistas da plebe – abrem espaço para juristas que não provenham da nobreza, ou de ascendência patrícia, mas de qualquer ascendência. (CERAMI, Pietro; METRO, Antonio; CORBINO, Alessandro; PURPURA, Gianfranco. **Ordinamento costituzionale e produzione del diritto in Roma antica**: i fondamenti dell'esperienza giuridica occidentale. 2.ed. Nápoli: Jovene, 2006, p.186-187).

[597] CERAMI, Pietro; METRO, Antonio; CORBINO, Alessandro; PURPURA, Gianfranco. **Ordinamento costituzionale e produzione del diritto in Roma antica**: i fondamenti dell'esperienza giuridica occidentale. 2.ed. Nápoli: Jovene, 2006, p.185).

primeiro entre os pares, a *auctoritas* até então exclusiva do Senado. A detenção de *auctoritas* pelo Imperador legitima a sua atividade de revelação do direito *correto* e mesmo correção do direito existente, como se nota da afirmação de *Augusto*: "com as novas leis propostas por mim retornarão a vigorar comportamentos exemplares dos antepassados que estavam já caindo em desuso e eu mesmo consignarei à posterioridade exemplos de muitas coisas a serem imitadas". [598]

As reformas para a organização do material jurídico então existente não têm por escopo substituir o direito existente por direito novo, mas o resgate do direito verdadeiro – costumes exemplares dos antepassados (*mores*) – e centralização política das referências (competências/programas) para o direito válido. Diante do predomínio da forma centro-periferia da diferenciação, o centro de certeza metafísico é, por assim dizer, atrelado ao centro político. A certeza do direito é validada pela referência aos *mores,* isto é, aos costumes maiores que revelam o direito correto (e que só se considera existentes no centro). Mas é o *Princeps* quem detém a *auctoritas* e, por isso, possui a última palavra sobre esse direito *verdadeiro,* que conforma o direito a ser aplicado. As reformas centralizam na pessoa do Imperador (e nos cargos do império) a administração da aplicação do direito e se voltam para (a) integração do ordenamento, constituído de do senado ou votados em assembleia, com atos do *Princeps*; (b) organização do material jurídico existente; (c) controle da interpretação do direito pelos juristas; e (d) controle da atividade judicante. [599]

A partir de *Augusto* (27 a.C. a 14 d.C), o Imperador (*Princeps*) passa a deter formalmente poder político-militar (que inclui a *iurisdictio*), com ascendência sobre todos os demais magistrados, as tribunas da plebe e o Senado. Na mesma época, vai se introduzindo o sistema da *cognitio extra ordinem*, um novo processo fundado na revisão de decisões judiciais pelo Imperador e seu aparato burocrático. Agora, as decisões judiciais precisam ser motivadas por escrito e estão sujeitas a revisão por meio de recurso. A antiga magistratura republicana

[598] CERAMI, Pietro; METRO, Antonio; CORBINO, Alessandro; PURPURA, Gianfranco. **Ordinamento costituzionale e produzione del diritto in Roma antica**: i fondamenti dell'esperienza giuridica occidentale. 2.ed. Nápoli: Jovene, 2006, p.199.
[599] CERAMI, Pietro; METRO, Antonio; CORBINO, Alessandro; PURPURA, Gianfranco. **Ordinamento costituzionale e produzione del diritto in Roma antica**: i fondamenti dell'esperienza giuridica occidentale. 2.ed. Nápoli: Jovene, 2006, p.109-125.

(pretores eleitos pelo povo) vai sendo substituída por funcionários do Império que, por meio da *cognitio extra ordinem*, poderiam conhecer das causas.[600]

Percebe-se então que, com o fortalecimento da burocracia imperial, a decisão judicial já não depende nem da *actio* nem das fórmulas desenvolvidas pelos juristas, no entanto, as novas fontes normativas fazem com que a interpretação do direito ganhe mais relevo. Para que possam ser sujeitas ao controle do Imperador, as decisões precisam ser motivadas e, com isso, são expostas a ainda mais interpretação, o que leva a novas investidas de controle. Aos poucos, os juristas são incorporados à burocracia imperial e dão seus pareceres por delegação de uma tarefa do próprio Imperador. *Augusto* estabelece que os juristas podem dar respostas com a mesma *auctoritas principis*, mas apenas em forma escrita e lacrada. *Tiberio* (14. d.C a 37 d.C), seu sucessor, cria o *ius publice respondendi*, por meio do qual apenas alguns juristas recebem do príncipe o *beneficium* que atribui oficialidade (*auctoritas*) às suas respostas, criando assim uma distinção entre juristas oficiais e privados. O parecer do jurista privado não tem validade judicial contra o parecer do jurista oficial.[601]

Trata-se de controlar a contingência que a interpretação do direito representa, por meio de uma chancela oficial a certas interpretações ou intérpretes, estruturando, assim, a complexidade do direito em termos politicamente inteligíveis. Assim, a política consegue estruturar a complexidade jurídica: uma estratégia de repressão de incerteza que pressupõe praticamente não haver diferenciação funcional entre os sistemas político e jurídico.

Essas reformas administrativas são aprofundadas com *Adriano* (117 d.C. – 138 d.C). O serviço público é profissionalizado, instituindo-se uma burocracia imperial especializada, à qual corresponde uma rígida estrutura hierárquica interna, em que as instâncias recursais do processo judicial se apóiam. Para assessorar os cargos relacionados à administração da justiça, os jurisconsultos passam a ser também funcionários do Império. Agora, produção e interpretação do direito são funções da burocracia imperial.[602]

---

[600] TUCCI, José Rogério Cruz e. **Jurisdição e poder**: contribuição para a história dos recursos cíveis. São Paulo: Saraiva, 1987.

[601] E não deixa de ser interessante notar que, diante do aumento da complexidade jurídica de então, Pomponio afirma: *constare non potest ius nisi sit laiquis iuris peritus per quem possit cottidie in melius produci* (o direito não pode adquirir "certeza" – *constare non potest* – sem um jurista que o faça progredir dia a dia – *cottidie in melius produci*). (CERAMI, Pietro; METRO, Antonio; CORBINO, Alessandro; PURPURA, Gianfranco. **Ordinamento costituzionale e produzione del diritto in Roma antica**: i fondamenti dell'esperienza giuridica occidentale. 2.ed. Nápoli: Jovene, 2006, p.203-204).

[602] CERAMI, Pietro; METRO, Antonio; CORBINO, Alessandro; PURPURA, Gianfranco. **Ordinamento costituzionale e produzione del diritto in Roma antica**: i fondamenti dell'esperienza giuridica occidentale. 2.ed. Nápoli: Jovene, 2006, p.202-203.

Em 130 d.C., *Adriano* confere ao jurista *Salvio Giuliano* a tarefa de reordenar e estabilizar definitivamente os antigos éditos dos pretores em um *edictum perpetum*. Essa compilação é aprovada pelo Senado e nela se lê que, "caso surja qualquer lacuna no edito, apenas o Príncipe poderia prover, com a sua auctoritas, com base em critérios, princípios e exemplos deduzidos do próprio texto".[603] O *edictum perpetum* se torna assim não mais um simples regulamento da jurisdição, produzido pelos *ius edicendi* do magistrado, mas um corpo normativo pré-constituído ao *ius dicere*. Agora se pode falar em controle da interpretação judicial do direito por meio de um programa decisional politicamente estabelecido.

Adriano também formula alguns mecanismos que podem ser associados à previsibilidade das decisões judiciais: (a) qualquer um (e não apenas juristas chancelados) pode dar seu parecer, caso se sinta preparado; (b) os pareceres têm força de lei, ainda que meramente científicos ou didáticos, desde que concordantes entre si; no entanto, (c) os juristas mais eminentes são transformados em funcionários imperiais, que integram o *consilium principis*. Além disso, as decisões judiciais do *Princeps*, nos casos a ele submetidos, eram consideradas precedentes vinculantes, assim como as respostas do *Princeps* a questões controversas de direito suscitadas no curso de um processo. Uma das partes poderia solicitá-lo mediante libelo, no qual a resposta, da chancelaria imperial, era anotada. [604]

Em 285 d.C., com a divisão do Império Romano em ocidental e oriental por Diocleciano, tem início a fase do Dominato, marcada por uma concentração ainda maior de poderes nas mãos do Imperador. Essa fase é contrastada com tensões internas e externas, com consequências para a certeza do direito. A inserção da atividade dos juristas e da interpretação do direito na burocracia imperial leva a uma involução do papel científico dos juristas. O ordenamento jurídico vai sendo simplificado e, no dia-a-dia da administração das justiças, com o enfraquecimento do poder central do Império, vão ganhando importância os costumes locais e as normas do cristianismo. Esse processo leva ao surgimento do *direito romano vulgar*, que passa a inspirar a prática dos negócios e dos tribunais. A atividade dos juristas se

---

[603] CERAMI, Pietro; METRO, Antonio; CORBINO, Alessandro; PURPURA, Gianfranco. **Ordinamento costituzionale e produzione del diritto in Roma antica**: i fondamenti dell'esperienza giuridica occidentale. 2.ed. Nápoli: Jovene, 2006, p.202-203.

[604] Também um funcionário ou o magistrado poderiam solicitá-lo. A resposta imperial era formulada tecnicamente pelos juristas do *consilium principis.* (CERAMI, Pietro; METRO, Antonio; CORBINO, Alessandro; PURPURA, Gianfranco. **Ordinamento costituzionale e produzione del diritto in Roma antica**: i fondamenti dell'esperienza giuridica occidentale. 2.ed. Nápoli: Jovene, 2006, p.203-204).

limita a organizar o direito imperial em coletâneas. Cria-se uma distinção entre direito imperial, que pode ser chamado de *lege*, e os escritos jurisprudenciais antigos, chamados de *iura*. Surgem, então, as várias compilações de direito romano, contendo tanto *lege* quanto *iura* que virão a originar o *Codex* de Justiniano.[605]

As primeiras coletâneas de leis aparecem no final do séc. III e decorrem da exigência de facilitar o referimento e a consulta da legislação imperial, especialmente dos *rescritti* e da opinião dos juristas clássicos para a prática judiciária. Por isso, primeiramente, são produzidas por particulares, sem pretensão normativa. Caberá a Teodísio promulgar a primeira coletânea oficial, buscando reunir toda a legislação imperial existente desde Constantino.[606]

A partir de então, como as compilações e coletâneas passam a ter força de lei, sua elaboração é proibida aos particulares. Lei de 426 d.C., de *Valentiano III*, imperador do ocidente, limita o uso judicial de citações a cinco juristas (*Gaio, Papiniano*, *Paulo, Ulpiano* e *Modestino*). A lei estabelecia ainda que o juiz deveria, em caso de opiniões divergentes dos juristas, seguir a maioria. Em caso de empate, prevaleceria *Papiniano* e, só em caso deste não haver se manifestado sobre a questão, o juiz poderia escolher entre as demais opiniões. [607]

Trata-se de mecanismos para estruturar a complexidade e a repressão de contingência em um direito que ainda não é completamente independente da política. A

---

[605] CERAMI, Pietro; METRO, Antonio; CORBINO, Alessandro; PURPURA, Gianfranco. **Ordinamento costituzionale e produzione del diritto in Roma antica**: i fondamenti dell'esperienza giuridica occidentale. 2.ed. Nápoli: Jovene, 2006, p.225-228).

[606] Curioso notar que essas primeiras coletâneas de *constitutiones principum* foram chamadas de *códices*, por conta da sua veste exterior, que não era mais de papiro, mas de folhas de pergaminho chamadas *códices*, vieram a dar nome de *Codex* às coletâneas de leis, como o *Codex Gregorianus* e o *Codex Hermogenianus*. São também produzidas compilações dos escritos dos jurisconsultos Gaio, Ulpiano e Paulo, que mais tarde aparecem nas legislações bárbaras (*lex romana wisigothorum*) e no Digesto e um novo gênero literário, que agrupa *leges* e *iura* por argumento, chamado *catena*. Teodísio, no final do séc. IV dá valor oficial às coletâneas de Gregoriano e Hermogeniano e faz editar a sua própria compilação. Essas compilações darão origem também aos famosos corpos de legislação romano-bárbara. Assim, a *Lex Romana Wisigothorum*, emanada pelo rei visigótico Allarico II para os povos romanos da França ocidental e da Espanha, é uma coletânea de *leges* e *iura*. Tem várias partes do Código de Teonísio, das *novellae*, extratos de Gaio e Paolo dos Códigos Gregoriano e Hermogeniano e um fragmento de *responsa* de Papiniano. São acompanhadas de uma *institutio* para tornar mais ágil a compreensão: um resumo em latim vulgar mesmo quando tem pretensões dogmáticas. A *Lex Romano Burgundionum*, para romanos na região da Borgonha. Teodorico, quando rei da Itália, formalmente submetido ao oriente, emitiu o *Edictum Theoderici Regis*, que é uma coletânea de fontes romanas destinada a valer para todos os súditos do reino dos Ostrogodos, sejam romanos ou bárbaros. O material romano é reelaborado, simplificado e vulgarizado. Esse tipo de compilação vai, ao longo dos séculos IV a VIII sofrendo influência também do cristianismo e dando origem a corpos legislativos que integram também direito canônico e mosaico. As compilações Ibéricas – e, posteriormente, as lusitanas – vêm desse tipo de experiência. (CERAMI, Pietro; METRO, Antonio; CORBINO, Alessandro; PURPURA, Gianfranco. **Ordinamento costituzionale e produzione del diritto in Roma antica**: i fondamenti dell'esperienza giuridica occidentale. 2.ed. Nápoli: Jovene, 2006, p.228-235).

[607] CERAMI, Pietro; METRO, Antonio; CORBINO, Alessandro; PURPURA, Gianfranco. **Ordinamento costituzionale e produzione del diritto in Roma antica**: i fondamenti dell'esperienza giuridica occidentale. 2.ed. Nápoli: Jovene, 2006, p.232.

própria atividade judicante vai sendo conformada com o propósito explícito de assegurar a proeminência da *iurisdictio* do Imperador. Às técnicas estruturais de concentrar a interpretação oficial do direito como tarefa da burocracia imperial, soma-se a produção de coletâneas, cada vez mais simplificadas por meio das quais os operadores possam se orientar.

O auge desse percurso é o *Corpus Iuris Civile* de Justiniano. Ao passo em que, no ocidente, o direito romano segue o caminho da vulgarização bárbara, no oriente, Justiniano faz um último esforço pela sua restauração. Partindo do Código de Teodisio, Justiniano buscará reunir, em um corpo oficial, a legislação imperial e a interpretação oficial dos juristas, contemplando ainda os valores do cristianismo. Uma vez pronto, o novo *Codex* proíbe o uso de todos os anteriores, se apresentando como um corpo completo da legislação imperial. Correlativamente à proibição do uso de outras coletâneas de lei, Justiniano teria também proibido a interpretação do *Códex.* Em 529 d.C. é publicada a *Summa rei publicae,* segundo a qual qualquer controvérsia sobre o Código deveria ser resolvida pelo próprio Código, seguido pelas *iura* dos juristas ali colacionados, de acordo com a regra das citações. No mesmo ato é proibida a *recitatio* de leis fora do *Codex*, bem como a citação indireta de normas citadas por juristas do modo diverso do ali constante (vinculando a interpretação dos juristas).[608]

Esse parece ter sido o ponto máximo, na experiência romana, da técnica de, para reprimir a contingência da decisão/interpretação judicial, concentrar toda a produção e operação do direito nos órgãos político-administrativos. É difícil dizer se o resultado foi satisfatório. A recorrência de novas leis reforçando a proibição de citações de determinados juristas e a própria insistência na proibição de interpretar o Digesto indicam tratar-se de um problema constante na prática judiciária, provavelmente não superado.

De qualquer modo, esse breve histórico permite notar que os mecanismos de controle da interpretação judicial na experiência romana, quando o direito passa a ser objeto de decisão procedimental, passam pelo amparo de uma classe especializada de juristas e, depois, pela estrutura do centro político. A indiferenciação do direito permite que o seu

[608] Cronologicamente, em 529 d.C. é publicado o *Codex Justinianus*, coletânea de leis imperiais (*constituzioni imperiali*) destinada a substituir os anteriores Código Gregoriano, Hermogeniano e Teodisiano. Em 533 d.C. são publicados os *Digesta*, compilação de *iura*, isto é, a interpretação dos juristas. No mesmo ano, são publicadas as *Instituitiones*, manual didático simplificando *leges* e *iura* para ensino do direito. De 534 a 565 d.C. são publicadas algumas *Novellae*, isto é, *Constitutio* supervenientes. Esse conjunto será, futuramente, chamado de *Corpus Iuris civile*. (CERAMI, Pietro; METRO, Antonio; CORBINO, Alessandro; PURPURA, Gianfranco. **Ordinamento costituzionale e produzione del diritto in Roma antica**: i fondamenti dell'esperienza giuridica occidentale. 2.ed. Nápoli: Jovene, 2006, p.243).

elevado grau de complexidade seja estruturado pela política e que a sua incipiente contingência seja reprimida pelo mesmo centro metafísico de certeza, que amplifica redundância para toda aquela sociedade.

Por meio de um enlace metafísico, cujas origens remetem à *pax deorum*, o poder do Imperador (no que se inclui o poder de dizer o direito) se apresenta, do ponto de vista social e institucional, inquestionável e, em determinado momento, com expressa referência a uma natureza divina. Existe, portanto, o apoio em um centro metafísico de certeza, no sentido cunhado por Gonçalves (cap. 2.1.), e nas estruturas sociais existentes. Os mecanismos de controle do sentido, isto é, de repressão de contingência, são eficientes, plausíveis, porque contam com esse amparo estrutural.

Condições estruturais parecidas, que embasaram uma experiência semelhante, surgem no final da Idade Média europeia e no início da Modernidade. Para o poder romano, o problema era controlar a interpretação do direito pela poderosa classe dos juristas. Para os soberanos do início da Modernidade, o problema era controlar a interpretação do direito pelos próprios magistrados, cuja investidura não decorre de uma concessão do poder real, mas da própria autoridade da sua nobreza (a *iurisdictio* medieval). O resgate dessa experiência no início da Modernidade influencia de tal maneira o pensamento jurídico que as reformas centralizadoras do Absolutismo em vários sentidos a repetem.

5.2 Absolutismo: lex *vs*. Interpretatio

O direito contemporâneo, como se vem afirmando, é o direito moderno, fruto de uma racionalidade e de um processo evolutivo cujos marcos estão bem distintos na Modernidade (cap. 2.1.4. e 3.1.). A Antiguidade romana é uma referência fundamental para o pensamento jurídico da modernidade que descreve a si mesmo como erguido sobre as ruínas do direito romano. Essa construção, no entanto, se apresenta de modo ambíguo: se, de um lado, o direito moderno constrói sua identidade como uma renovação/continuação da herança romana, de outro lado, a modernidade do direito moderno (que lhe confere identidade) também é construída como rompimento com a herança romana, em especial pelo modo como praticada ao final da Idade Média. Em alguma medida se fala em retomada do *verdadeiro* direito romano mas, muitas vezes, em *superação* desse material.

Nesse contexto, para análise da evolução do controle normativo da interpretação judicial do direito, a par da experiência romana, outra experiência a ser considerada é a que se desenvolve na formação dos grandes estados territoriais absolutistas. Pretendo percorrer essa experiência a partir da clássica obra de Giovanni Tarello acerca da formação do pensamento jurídico Moderno (*Storia della cultura giuridica moderna*), na qual o autor analisa a importância da contraposição entre a atividade legislativa dos monarcas à prática judiciária dos poderes locais para os posteriores movimentos de codificação e de simplificação do direito. A análise realizada neste tópico, assim como nos dois seguintes, que endereçam a reação do iluminismo jurídico à interpretação judiciária do direito, segue pautada pelas ideias de Tarello, buscando revelar, mais uma vez, conexões entre um estado de indiferenciação política/direito e a semântica da previsibilidade das decisões judiciais que permea o movimento de reforma do processo.

Com todas as suas diferenças internas, a Europa do séc. XI é, de modo geral, uma sociedade estratificada em que a diferença centro-periferia perdeu relevância. Essa sociedade herda instituições político-jurídicas medievais que servem de referência comum: as Corporações, a Igreja, as Universidades, o sistema feudal e a aspiração a um Sacro-Império romano-germânico. Também de modo relativamente generalizado florescem as cidades livres, com autogoverno e direito próprio, e os mercados.[609]

Segundo Tarello, é uma característica comum a toda essa sociedade a existência de particularismos jurídicos. Plexos de leis e jurisdições pessoais e regionais – conjuntos de direitos particulares – intercalavam-se em uma mesma esfera espaço-temporal. Há o direito de cada reino, os estatutos das cidades livres (ou os forais concedidos a certos territórios), o direito aplicável aos membros das Corporações, o direito aplicável a determinadas regiões, o direito senhorial etc. [610] Além disso, intervenções dos soberanos dos reinos nascentes e privilégios vindos de tempos antigos da nobreza e clero diferenciavam, em algumas províncias, o regime jurídico de exploração da terra, determinando diversas classes

[609] Para uma análise aprofundada: GROSSI, Paolo. **L´Ordine Giuridico Medievale**. 3.ed. Roma-Bari: Gius Laterza & Figli Spa, 2007.
[610] TARELLO, Giovani . **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p.30.

de bens imóveis e classes de sujeitos que poderiam ou não concorrer à sua exploração, criando-se, ainda, diferentes jurisdições para resolver as respectivas controvérsias.[611]

De um modo geral, ainda existe e é utilizado o material jurídico deixado pelos romanos, especialmente as coletâneas de *legge* e *iura* elaboradas a partir do séc. V. O trabalho científico das Universidades sobre esse material e a sua organização no âmbito do clero leva à gradual construção de um aparato jurídico que serve de referência para toda a Europa: o *direito comum*. Trata-se de um material extremamente complexo e de quase mil anos de idade, que demanda um corpo de intérpretes para traduzir o sentido normativo a cada caso. No contexto dos particularismos jurídicos, o direito comum funciona como um direito residual, quando não pudesse ser aplicado ao caso os usos e costumes locais; normas pessoais (nobres, comerciantes, clero, servos hebreus, católicos, protestantes) ou relativas a tipos de bens.[612] Apesar dos evidentes inconvenientes, narra Tarello, elites de juristas se opunham a toda tentativa de simplificação, assim como "aqueles que detinham o poder através das jurisdições particulares (especialmente os titulares de jurisdição feudal e eclesiástica) seja a qual título (hereditário, aquisição venal, ou outro); e aqueles que desfrutavam de regimes privilegiados (particularmente o clero)".[613]

É nesse cenário que as nascentes monarquias territoriais, à medida que encetam reformas centralizadoras para consolidar o poder incipiente, encontram uma progressiva resistência dos múltiplos fatores de conservação das organizações jurídicas particarísticas. Como explica Tarello, aparece em toda a Europa uma "tendência a novas organizações administrativas e judiciárias (em sentido lato político), caracterizada por uma relativa centralização: tratava-se do processo de concentração da soberania e da formação de uma autoridade de governo". O fenômeno mais visível nesse processo é a centralização burocrática,

---

[611] TARELLO, Giovani . **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976.

[612] Como explica Tarello, o direito comum, no entanto, seja canônico ou civil, não se configura como um corpo uniforme e organizado de determinadas leis. Trata-se de um conceito relativo, que se contrapõe ao conceito de direito particular, ou seja, designa o direito que deve ser aplicado quando nenhum outro, mais especial, prevalece. Segundo o autor, havia situações como a da França, no séc. XVII, em que "ao norte vigia, a título de direito comum, um direito consuetudinário de origem germânica, enquanto no sul vigia a título de direito comum o assim chamado direito romano, constituído por um uso particular do corpus iures civiles e do Código teodisiano". (TARELLO, Giovani. **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976).

[613] TARELLO, Giovani . **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p.33.

> que atenuava e condicionava os privilégios, as jurisdições, as imunidades de origem feudal (destinadas a continuar em França até a Revolução, e mesmo depois): centralização tornada necessária pelas exigências de ordem interna e de força militar e diplomática no exterior. [614]

Assim, como bem explica Tarello, ao passo em que o senhor feudal estava obrigado a, nas terras dos seus vassalos, respeitar a *iurisdictio* deles, o monarca absoluto, novo tipo de soberano, se considera "titular de um poder direto, imediato e tendencialmente ilimitado, e que procurava centralizar todas as funções que hoje são chamadas (então os confines terminológicos eram bastante imprecisos) de legislação, de administração e de jurisdição".[615]

O processo de centralização das monarquias e consolidação do poder se articula com um novo conceito de *iurisdictio*. Um importantíssimo mecanismo nesse sentido é a utilização da legislação central (*leis gerais*). A partir do séc. XIII, a legislação vai sendo progressivamente concebida como expressão da vontade do monarca (e não dos usos e costumes locais), que ratificava, por assim dizer, as coletâneas e reformulações do direito consuetudinário. As coletâneas reais vão adotando mecanismos de integração de fontes legislativas, nas quais a vontade do rei e a legislação real aparecem como critério para solucionar conflitos de normas. Conforme Tarello, quando o monarca exercitava forte influência sobre os poderes locais e castas de juristas, sua intervenção legislativa dava "causa não apenas a doutrinas jurídicas generalíssimas relativas à dependência de cada norma jurídica do soberano, mas também a algumas doutrinas jurídicas tendencialmente voltadas a uma concreta racionalização do sistema". [616] Nesse sentido surge a doutrina segundo a qual o direito consuetudinário é vigente apenas quando aprovado pelo soberano e a doutrina, segundo o conflito entre leis, se resolve pela proeminência da fonte da lei, que fixa a superioridade da legislação real sobre o costume.[617]

---

[614] TARELLO, Giovani . **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p.49.
[615] TARELLO, Giovani . **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p.49-50.
[616] TARELLO, Giovani . **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p.51-52.
[617] Segundo explica Tarello, essa doutrina – prevalência da legislação do monarca como fonte normativa e para solução de conflitos de integração – precisava ser imposta também na literatura jurídica utilizada nas Universidades, nos tratados de direito natural e, especialmente, na práxis judicial (que se servia desses outros textos). Doutores das Universidades e os magistrados locais expressavam sua resistência a essa doutrina por meio da fórmula *lex specialis derogat legi generali*, que

Para que essa atividade legiferante não fosse inócua, ia se delineando a ideia de que a decisão judicial não poderia esvaziar o sentido prático e político da legislação central. Assim, a atividade judicante vai sendo concebida como atribuição do próprio Monarca que, desse modo, poderia controlá-la. Afinal, a noção de *iurisdictio* ainda indica a própria titularidade e extensão territorial de um poder político-jurídico, concedido politicamente e que se exerce administrando a justiça. O Monarca absoluto deve administrar a justiça de modo absoluto.[618]

As antigas jurisdições autônomas, das nobrezas locais, vão sendo incluídas no contexto de uma jurisdição geral que lhes é (a) hierarquicamente superior, revisando em nível de apelação suas decisões (excluída as das jurisdições eclesiásticas); e (b) mais digna, cabendo-lhe a competência exclusiva para determinadas matérias e sujeitos considerados de maior *status*. Ao lado da doutrina segundo a qual toda lei emana do soberano, forma-se a doutrina segundo a qual "a justiça é sempre ministrada pelo soberano, ou em seu nome, ainda que por ofícios cuja Constituição originária era autônoma". [619] A eficácia prática dessa unificação depende, como se nota, de controlar a magistratura, para que aplicasse preferencialmente as leis do soberano, o que não era fácil, pois "as forças centrífugas do particularismo jurídico eram, no início do séc. XVII operantes, e encontravam muitas vezes expressão em magistraturas rebeldes".[620]

Nesse cenário, como mecanismo de resistência ao movimento de centralização da produção e aplicação do direito, passa a ser utilizada, pelas magistraturas locais, a *interpretação,* que afasta a incidência da norma do Monarca e induz à aplicação do direito comum, o legado do direito romano, interpretado pelos juristas. Trata-se daquilo que Tarello descreve como a contraposição entre *Lex* e *interpretatio*. Segundo o autor, a despeito dos

---

permitia, de um modo ou de outro, por meio da interpretação das normas, afastar a pretensão centralizadora do monarca. Não bastava ao poder central emitir leis, compilações de leis e determinar que a lei do monarca prevalecesse sobre as demais fontes. Era necessário adquirir controle também sobre as corporações de juízes e sobre as Universidades de Direito. (TARELLO, Giovani. **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976).

[618] Segundo Giovani Tarello, essa noção de jurisdictio aparece já em Bartolo di Sassoferrato, que "quando comenta Ulpiano escreve que a jurisdictio é uma *potestas de iure pubblico introducta cum necessitate iuris dicendi et aequitatis statuendae tamquam a persona publica* [In primam Digesti Veteris, II, 1, 1, nº3]". (TARELLO, Giovani. **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p.54).

[619] TARELLO, Giovani. **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p.55-59.

[620] TARELLO, Giovani. **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976.

esforços do poder legislativo central, a *interpretatio* praticada pelos magistrados locais os permitia decidir qual fonte normativa aplicar em cada caso. *Lex* e *interpretatio* eram, cada um, "dois complexos de materiais jurídicos com autoridade, independentes um do outro, aos quais se devia recorrer para resolver e decidir casos jurídicos".[621] Lex indica a "intervenção legislativa do soberano", o que incluía, além das leis, os textos de direito romano convalidados, os costumes fixados e compilados e ordenamentos estatuários reconhecidos (como os *forais*). *Interpretatio* designa "qualquer expressão normativa enunciada pelos tribunais ou jurisperitos, na ausência de Lex aplicável a um dado caso", normalmente com base nas opiniões dos doutores das Universidades.[622]

Considerada material subsidiário, a *interpretatio* não deveria ser utilizada nos casos em que a *Lex* trazia uma decisão claramente aplicável: daí o princípio segundo o qual *in claris non fit interpretatio*. Contudo, a técnica jurídica dos séculos XIV e XV limitava ao máximo os casos considerados claramente decididos pela *Lex*, de modo que

> os Tribunais (ou, melhor, os órgãos que funcionavam como tribunais) que adotavam políticas de oposição à centralização, frequentemente, enquanto restringiam o alcance da Lex e em particular da nova legislação do soberano, aumentavam o campo da interpretatio, ou seja da própria autonomia normativa.[623]

Assim, apesar das investidas monárquicas, a *interpretatio* vai se mantendo na prática judiciária durante muito tempo. Apenas a própria evolução acaba levando ao seu desaparecimento, quando as divergências são tantas que a opinião dos doutores, com as quais a *interpretatio* se articulava, já não pode corresponder a critérios de verdade e, assim, deixa de ser plausível. Mas o caminho é longo e decorre tanto dos inconvenientes práticos do sistema, quanto da decadência da estratificação, que permitia aos doutores fazerem uso do seu *status* social para amparar suas opiniões.

Nesse sentido, é importante notar que o material objeto da *interpretatio* demanda – como, na verdade, já demandava em Roma – um corpo intermediário de juristas,

---

[621] TARELLO, Giovani. **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p.67.
[622] TARELLO, Giovani. **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976.
[623] TARELLO, Giovani. **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p.68.

aptos a interpretá-lo e extrair dele um sentido normativo. O predomínio da diferenciação estratificada da sociedade nos séculos IX a XII contribui para o ressurgimento dos juristas como uma classe cuja autoridade decorre da posição social de seus membros, que ampara a força normativa da opinião desses doutores acerca do direito.[624] A noção de *status* dos juristas facilitava o respaldo das opiniões no esquema geral das estruturas sociais e, portanto, não pode sobreviver quando, à época do Iluminismo, deixa de valer como critério de referência para autoridade das opiniões.

Além disso, a evolução metodológica no estudo do Direito, ocorrida no âmbito das Universidades acaba por também abrir novos caminhos. Conforme, por influência da escolástica, o método dialético vai ganhando força, vai se formando a noção de que um *direito verdadeiro* poderia ser revelado pelo método (e não pela iluminação ou graça de um sábio doutor), que pressupõe a possibilidade de demonstração de *verdade* do argumento, a partir de premissas verdadeiras.[625]

Essa evolução metodológica tem por fundamento o pensamento de Aristóteles, para quem uma premissa é verdadeira quando produz por si mesma a convicção necessária. No campo da opinião, as premissas verdadeiras são

> opiniões partilhadas por todos os homens, ou por quase todos, ou por aqueles que representam a opinião esclarecida, e no que diz respeito a estes últimos, por todos ou por quase todos, ou pelos mais conhecidos e os melhor admitidos como autoridades".[626]

---

[624] Nuno J. Espinosa Gomes da Silva afirma que a recepção do direito comum eleva os doutores a uma importância tal que, nas Cortes de 1385, já são referidos como um *quarto estado*. (SILVA, Nuno José. Espinosa Gomes da. **História do direito português**. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p.192, com extensa bibliografia). A *interpretatio* era, assim, essencialmente, decorrente da aplicação judiciária das opiniões dos doutores medievais, voltada ao estabelecimento de conexões de sentido e referências entre as várias partes do *Corpus Iuris Civile*, para extrair desse material algumas máximas. O método inicialmente concebido para tanto é o da glosa, isto é, da elaboração de anotações às entrelinhas e margens do texto. Por volta de 1220, Acúrsio publica a sua Magna Glosa, cuja recepção e influência são tão grandes, que sua definitividade leva ao abandono do método por se considerá-lo já esgotado. Vai então se desenvolvendo junto às universidades um novo método de trabalho, o dos chamados comentadores, que importam da teologia o método dialético ou escolástico. Tratava-se de analisar o texto, dividindo-o de acordo com argumentos logicamente separados e depois formular a posição sobre o sentido normativo aplicável. Nesse método, era necessário proceder à exposição das anotações mais importantes sobre o texto, as oposições que parecessem contrariar a solução proposta e as *quaestiones*, onde eram suscitados problemas controversos e dúvidas que a interpretação sugerida podia suscitar. Os grandes juristas dessa escola são Cino de Pistoia (1270-1336), Bártolo (1313-1354) e Baldo (1327-1400). (p.186).

[625] SILVA, Nuno José. Espinosa Gomes da. **História do direito português**. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p.190.

[626] Aristóteles.Topica I, 1, 100, b, nº18-23 apud SILVA, Nuno José. Espinosa Gomes da. **História do direito português**. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p.190.

A *verdade*, aqui, articula-se com a noção de autoridade de quem emite a opinião, de modo que, apesar de obscura, a *interpretatio* poderia revelar o direito verdadeiro.

Na medida em que, com o Renascimento, as bases estruturais desse pensamento vão desaparecendo, a opinião abandona o campo da verdade e vai sendo progressivamente formulada na qualidade de *probabilidade*. Trata-se, como explica Gomes da Silva, do silogismo dialético, em que as premissas não são verdadeiras ou falsas, mas opinativas, "o verdadeiro está para a ciência, assim como o provável está para a opinião",[627] razão pela qual a dialética é assumida como uma lógica do provável. Vai ficando cada vez mais evidente que a opinião da Glosa e dos comentadores é uma opinião cuja veracidade submete-se a uma lógica de probabilidades. Essa lógica de probabilidade da veracidade das opiniões, seguindo a instrução de Aristóteles, vai atrelada a critérios quantitativos ("opiniões partilhadas por todos os homens") ou referentes à dignidade de quem as enuncia ("mais conhecidos e os melhor admitidos como autoridades").[628]

Conforme nas interpretações dos doutores vão se apresentando divergências, torna-se necessário recorrer à validação de uma autoridade, que estabeleça as premissas que podem ser consideradas verdadeiras. Primeiramente, a Glosa de Acúrsio é a autoridade que baliza as demais. Aos poucos, sua autoridade concorrerá com a opinião de Bártolo. Progressivamente, surge, na prática da *interpretatio*, uma autoridade coletiva, a *communis opinio doctorum*. Tão evidente é a sua verdade e certeza que as Ordenações Manuelinas reconhecem a *communis opinio doctorum* como fonte subsidiária do direito.[629]

A *communis opinio*, até então considerada aquela sustentada por um maior número de doutores (*communis interpretatio debet constare per plures et plures sententias*), vai sofrendo influxos da Modernidade. No século XV, torna-se corrente a ideia de que a *communis opinio doctorum* pode ser falsa ou afastada por outras mais prováveis (como as mais recentes). Afirma-se que, dentre várias opiniões, deve ser seguida aquela mais de acordo

---

[627] Aristóteles. Topica I, 1, 100, b, nº1823 apud SILVA, Nuno José. Espinosa Gomes da. **História do direito português**. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p.189.
[628] Aristóteles. Topica I, 1, 100, b, nº1823 apud SILVA, Nuno José. Espinosa Gomes da. **História do direito português**. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.
[629] SILVA, Nuno José. Espinosa Gomes da. **História do direito português**. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p.189-192. Interessante notar que, originalmente, a *communis opinio doctorum* é um critério meramente quantitativo, afinado com as noções de *ordo* e de totalidade que orientam o pensamento medieval. A opinião do todo se sobrepõe à opinião individual porque é mais provável que seja verdadeira. Mas, com o advento cada vez mais próximo da Modernidade, observa-se não só uma evolução no tratamento da *communis opinio doctorum* como fonte normativa, mas também na própria conceituação, entre os doutores, do que seja ou como se pode averiguar a *communis opinio doctorum*.

com a razão e que "não se deve olhar à qualidade da pessoa que defende uma opinião, mas sim a sua razão [...] enuncia-se uma clara contraposição entre autoridade e razão, com supremacia desta última". [630] Aos poucos, começa-se a exigir que a autoridade da opinião do jurista dependa de ele ter se dedicado diretamente ao tema e que tenha considerado opiniões contrárias.[631]

Na medida em que o critério de probabilidade da opinião já não pode ser orientado pela quantidade ou pela posição social das autoridades que a enunciam, se faz necessário aferir a adequação da opinião ao caso concreto e a *interpretatio* vai sendo percebida como arbítrio. Aos poucos, a ideia de um direito razoável e, depois, de um direito universalmente racional vão se identificar com o direito produzido pelo poder absolutista central: há de se impor um critério racional para interpretar o direito, e o instrumento para tanto é a lei do Monarca. A partir do séc. XVII, a razão vem em auxílio das reformas centralizadoras dos soberanos na luta contra a *interpretatio*.[632]

Essa razoabilidade legitima a interpretação oficial do direito em face da interpretação dos doutores. O direito oficial, amparado na razão, vai sendo imposto por meio da legislação central, pelos precedentes judiciais dos Tribunais reais e difundido por reformas praticadas nas próprias Universidades. Também tem um papel importante nessa tarefa os mecanismos que remetem ao Monarca a prerrogativa de interpretar a legislação e de decidir os casos duvidosos.[633]

---

[630] SILVA, Nuno José. Espinosa Gomes da. **História do direito português**. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p.317-318.

[631] O autor elucida ainda, a partir de textos originais dos doutores medievais, essa evolução, que pode ser grosseiramente resumida do seguinte modo. Já em Bártolo encontra-se a afirmação do caráter simplesmente provável da interpretação dos Doutores. Com referência a essa opinião, Bártolo elabora algumas distinções para o juiz que julga mal por imperícia. Se o juiz julga expressamente contra *casum legis*, mas se trata de *lege difficili et obscura*, deve ser punido mais levemente. Se o juiz julga contra *casum legis*, mas se trata de *facilit et aperta*, deve ser punido com mais rigor. De outro lado, no caso de lacuna, o juiz poderá errar por eleger mal a opinião em que se apoia (*elegit malan opinione*). E aqui, há nova distinção: o juiz pode ter errado por selecionar uma opinião ruim, quando havia uma opinião comumente aprovada e normalmente observada e, nesse caso, deve haver punição. Mas há a possibilidade de opiniões fortes igualmente autorizadas e, nesse caso, o juiz deve ser desculpado *quia erravit errore probabili, imo propter opiniones lex dicitur incerta*. Para Bártolo, portanto, a *communis opinio* não é apenas aquela aprovada como tal, mas também aquela comumente observada na prática. Baldo, discípulo de Bártolo, acrescenta que o julgador deve ser prudente ao exercer a *interpretatio* e eleger uma opinião, sendo que mesmo a *communis opinio doctorum* pode ser uma opinião errada caso "seja irrationabilis seu falsa". (SILVA, Nuno José. Espinosa Gomes da. **História do direito português**. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p.313-314).

[632] Trata-se de uma razão pensada como razoabilidade e não, ainda, aquela razão universal, de categorias abstratas, que surge apenas no final do séc. XVIII.

[633] No caso português, desde o seu início a monarquia havia estabelecido a *interpretação autêntica das leis* como prerrogativa exclusiva do monarca, que a exercia mediante a publicação de leis interpretativas ou "em relação", isto é, nos julgamentos presididos na Casa da Suplicação ou do Cível. Aos poucos, os reis foram declinando os privilégios de interpretar a lei e delegando-o aos tribunais reais, mantendo apenas a competência de interpretar dúvidas a respeito das quais a Casa da Suplicação se mantivesse hesitante. O alvará de 10 de dezembro de 1518 (mais tarde recolhido nas Ordenações Manuelinas –

A interpretação do direito pelas instituições monárquicas concorria com o direito comum interpretado pelos doutores e oferecia atrativa simplicidade e previsibilidade. Nas Cortes Portuguesas de 1619, um dos Procuradores do Porto roga ao Rei que, a despeito da determinação de que os casos duvidosos possam ser julgados com base na *communis opinio doctorum*, essas opiniões são tão variadas que dão azo à vontade e ao arbítrio dos julgadores. Pede, assim, ao monarca, determinar que "as questões que costumam ordinariamente ser de mais importância se decidam e determinem por lei, para que seus vassalos não se metam em demandas que pendem do mero arbítrio dos julgadores".[634]

Como bem observa Gomes da Silva, a partir da segunda metade do séc. XVI, os precedentes dos tribunais reais assumem importante papel, "frente a uma comum opinião, por vezes dificilmente diagnosticável, nem sempre suficientemente estável e, não raro, tendo dificuldade em abarcar aspectos novos". Essa jurisprudência, diz o autor,

> funciona como elemento de estabilidade perante a incerteza da doutrina. Disso teve, aliás, plena consciência a doutrina do século XVIII, quando afirmava que à Idade da Glosa e, depois, da Opinião Comum, se seguira a Idade das Decisões e Casos Julgados. [635]

Desse período de tensão entre movimentos centrífugos e centrípetos, emerge a noção de que cabe à legislação e aos precedentes do Monarca estabelecer os parâmetros de clareza e previsibilidade do direito, em oposição ao obscurantismo, subjetivismo e arbítrio,

---

5.58.1.) veio a disciplinar essa possibilidade. Segundo estabelecido: (a) em caso de dúvida quanto à aplicação da lei, a questão deveria ser submetida ao regedor da Corte, que deveria submetê-la aos demais desembargadores na mesa grande; (b) subsistindo a dúvida, o regedor deveria submeter o problema à interpretação e resolução do rei; (c) em ambos os casos – solução da mesa ou do rei – a decisão era inserida em um 'livrinho' para evitar futuras dúvidas e; (d) se algum juiz desobedecesse à determinação, decidindo em estado de dúvida sem recorrer ao regedor, seria suspenso. Os julgamentos marcados no livrinho logo ganharam o nome de *assentos* e tinham o valor normativo idêntico ao das leis interpretadas, vinculando os casos futuros semelhantes. Tanto as Ordenações Afonsinas (2.9) quanto as Manuelinas (2.5) arrolavam ainda, como fonte do direito, os *estilos da Corte*. O *estilo* "era a prática introduzida pelos juízes nos tribunais. E, por essa razão, por *estilo* se entendia a jurisprudência constante e uniforme dos tribunais superiores. A praxe pretoriana acabou estabelecendo requisitos para que uma orientação pretoriana pudesse ser alçada à categoria de *estilo*: (a) posicionamento não contrário à lei; (b) pelo menos 10 anos de constância; (c) confirmado em pelo menos duas ou três decisões. O estilo deveria ser observado e, surgindo dúvida a seu respeito, recorria-se à interpretação do Tribunal real para fixar-lhe o sentido em assento "para daí por diante se guardar assim, e não se tornar a dar na mesma dúvida". (AZEVEDO, Luiz Carlos de; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de história do processo civil lusitano**. São Paulo: RT, 2009, p.164-169). A determinação é repetida nas Ordenações Filipinas e a prática permanece no direito português até 1993, quando foi considerada inconstitucional a norma do art. 2º. Do Código Civil, na parte em que delega aos tribunais competência para fixar doutrina com força obrigatória geral. Considerou-se violadora da separação dos poderes.

[634] SILVA, Nuno José. Espinosa Gomes da. **História do direito português**. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p.321.

[635] SILVA, Nuno José. Espinosa Gomes da. **História do direito português**. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p.328.

associados à interpretação judiciária. Diversamente do que ocorre na experiência romana, não se trata, aqui, de criar, politicamente, uma estrutura normativa para a complexidade do direito, mas de executar, ao mesmo tempo, uma repressão política e jurídica à contingência que a *iurisdictio* dos poderes locais representava ao poder central. A noção de *iurisdictio* aqui reflete a indiferenciação entre política e direito e ajuda a compreender o papel da interpretação judicial (e seu controle) na estabilização dos estados absolutistas. Caberá ao Iluminismo jurídico criar instâncias de reflexão para esse direito centralizado no incipiente estado.

5.3 Iluminismo jurídico: crítica racional

Ao longo dos séculos XVI e XVII o processo de centralização das monarquias europeias atinge o seu ápice. Na semântica do direito, encontra-se, correspondentemente, o desenvolvimento das teorias de um direito natural-moderno, em larga medida justificador do poder absoluto. Na prática judiciária, continua a se buscar impor o predomínio da legislação e dos precedentes do monarca sobre a interpretação dos poderes locais, com base nos doutores medievais. No entanto, como observa António Manuel Hespanha, na passagem do séc. XVII a XVIII "a atividade forense desenvolvida nos países da Europa continental conhecia grande desorganização e insegurança, devidas ao excesso de correntes doutrinárias e à morosidade da tramitação do processo, causada pelo rito solene ditado pelas *ordines iudiciarii* medievais".[636] Além disso, permanece a pluralidade de jurisdições e regras complexas na organização interna dos órgãos judiciários.

Não é demais lembrar que, no séc. XVII, muitas monarquias europeias vão enfrentar turbulências políticas. É o século das guerras religiosas, da Paz de Vestfália e da redefinição do mapa da Europa. Para Portugal, será o século da busca da restauração da sua independência. Na Inglaterra, a revolução gloriosa definirá as bases do parlamentarismo e do constitucionalismo para os próximos séculos. A imprensa escrita e a leitura de livros vão se tornando cada vez mais populares. A revolução científica e o racionalismo estão no seu auge. Até o fim do século, os europeus conhecerão logaritmos, leis da probabilidade e estatística, electricidade, telescópio e microscópio, cálculo, a gravidade, as Leis de Newton e

[636] HESPANHA, Antonio Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. Mem Martins: Europa-América, 1998, p.165.

calculadoras. As referências semânticas da certeza e da razão começam a passar por uma revolução (v. cap. 2.1.). As consequências para a semântica jurídica da certeza do direito são robustas. Na prática judiciária e institucional, essas ideias levam a profundas mudanças a partir do final do séc. XVIII. Direito e poder submetem-se à razão (e, por meio da razão, há submissões recíprocas): a ideia de que o poder pode ser demandado a responder juridicamente pelos seus atos levará a revoluções, na França e nos Estados Unidos, e ao esclarecimento de alguns déspotas na Europa.

Na tradição da semântica do direito, o jusnaturalismo moderno orientará uma nova noção de razão jurídica. As universidades e o ensino do direito também passam por reformas profundas e, cada vez mais, assim como nas demais ciências, a *verdade* já não é uma questão de soma de opiniões de autoridades. A razão jurídica vai progredir do sentido jusnatural à objetivação transcendental (Kant) e, na prática judicial e legislativa, a ideia de um controle racional do sentido de um direito formulado de modo geral e abstrato parecerá cada vez mais óbvia. Também o direito será formulado racionalmente, a partir de categorias e *a prioris* e essa formulação de aspectos formais, mais do que seu conteúdo específico, passa a ser o veículo dos mecanismos de controle e repressão de incerteza. O direito já não será mais a prudência do caso concreto, compilado em um material milenar, mas a organização sistematizada em termos lógicos (e até estéticos), com categorias abstratas que permitem progredir do particular ao geral e voltar do geral ao particular. As premissas *verdadeiras* não são dadas pela autoridade, mas fruto de construções lógicas da razão, cujo controle está ao alcance, não do arbítrio irracional do julgador, mas das capacidades do *legislador racional*.[637]

Há, no entanto, um percurso evolutivo específico que vai transformar os antigos mecanismos absolutistas de centralização e controle das fontes normativas e da *interpretatio* em mecanismos legislativos de controle lógico da interpretação do direito pelos juízes. No seu princípio, está não só a necessidade absolutista de controle das magistraturas locais, mas também uma crescente crítica ao arbítrio dos julgadores na interpretação do direito. Como coloca Tarello, ainda ao início do séc. XVIII se pode observar a tensão entre as

[637] Nesse sentido, observa Antonio Manuel Hespanha que n séc. XVIII, ao lado de importantes revoluções políticas, toma corpo uma luta dos juristas contra o "despotismo dos tribunais, creditando exclusivamente aos legisladores a tarefa de interpretar a lei obscura". (HESPANHA, Antonio Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. Mem Martins: Europa-América, 1998).

"forças centrífugas do particularismo operante vitoriosamente sobre as fórmulas abstratamente unificadoras inspiradas pela doutrina do absolutismo monárquico".[638]

Essas tendências doutrinárias do absolutismo têm em comum uma matriz racionalista (v. cap. 2.2.1.) e tendem à unificação conceitual do direito vigente, bem como à simplificação das fontes. No séc. XVI já haviam aparecido e proliferado as coletâneas e compilações de leis com tentativas de organização das fontes normativas. A partir do séc. XVII aparecem coletâneas orgânicas, inspiradas por uma exigência de certeza do direito, com controle apurado dos meios de integração das lacunas. A partir do final do séc. XVIII os códigos propriamente modernos, com pretensão de controle racional-abstrato do sentido do direito, começam a aparecer.[639]

Nas coletâneas tipicamente absolutistas do séc. XVII, tem-se como central a retomada do controle do exercício da *iurisdictio* das magistraturas locais. A partir da segunda década do séc. XVIII, no contexto de uma aparelhada burocracia estatal, o fenômeno das compilações e da centralização começa a se manifestar de modo diverso. Segundo narra Tarello, no Piemonte, no reino de Savóia, o soberano Vitorio Amadeu II, entre outras reformas que modificavam radicalmente o sistema feudal, determinou uma recompilação com objetivo declarado de simplificação (e não só organização) do direito vigente. Foi imposta, para tanto, a fórmula apodítica dos dispositivos, isto é, a imposição de mandamentos, sem necessidade de fazer constar no próprio texto legal a justificação da lei, técnica que confere mais generalidade e abstração. Buscava-se, assim, coerência normativa, uma ordem clara, a limitação do arbítrio do juiz, a proporcionalidade da pena e a eliminação das questões mais litigiosas. Mecanismos que ensaiam o método de controle da incerteza que será trazido pelo iluminismo jurídico.[640]

---

[638] TARELLO, Giovani . **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p.191.

[639] TARELLO, Giovani. **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p.192-193. O autor distingue ainda três tipos de movimentos legislativos: compilações de leis (séc. XVI e início do XVII), coletâneas absolutistas voltadas à certeza do direito (segunda metade do séc. XVII e séc. XVIII) e os códigos modernos, marcados pela unificação do sujeito de direito e categorias jurídicas abstratas. A divisão proposta é incontestável. No entanto, para os propósitos deste trabalho, a análise da evolução dos mecanismos de controle da certeza do direito, não há espaço para se falar em substituição, mas em acréscimo. Os códigos modernos, marcados pelo controle lógico-racional do sentido, também buscam delimitar fontes normativas e heterointegração. Nesse aspecto, os mecanismos atualmente propostos, focados no controle da previsibilidade das decisões judiciais – e, especialmente, sua semântica –, vão apresentar elementos com raízes no pensamento e métodos do séc. XVII e XVIII.

[640] TARELLO, Giovani. **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p.200. Do Édito que determinou a recompilação, constou:

Em 1723 é publicada a *Constituzioni di S.M. il Re di Sardegna*, uma compilação da legislação do reino que antecipava vislumbres do futuro do controle da incerteza no direito moderno. A *Constituzioni* da Sardenha continuava a concorrer com particularismos jurídicos, pois não revogava nem se impunha sobre todo o direito vigente, no entanto, como observa Tarello, era oferecido um tipo novo de direito, mais simples, mais prático e previsível, que erodia o direito comum. Além disso, a *Constituzioni* proibia os advogados de citar a autoridade dos doutores medievais e os juízes de motivarem suas decisões nessa doutrina, tornando, ao menos em princípio, mais previsível a aplicação do direito.[641] A legislação da Sardenha vai exercer grande influência, em especial, sobre os trabalhos de Ludovico Antonio Muratori, cuja obra de 1742, *Dei diffeti della Giurisprudenza*, será amplamente difundida.[642]

Segundo Muratori, para muitos parece que a justiça não funciona justamente porque há muitas controvérsias cuja solução é dúbia e a dúvida existe justamente pelo excesso de opiniões que pode ser eliminada pela intervenção do príncipe legislador.[643] Para o autor, embora haja defeitos intrínsecos no direito, contra os quais não há remédio (como o fato de que as leis não podem disciplinar todos os casos possíveis e nem sempre é possível descobrir a intenção do legislador), há, também, defeitos extrínsecos, que são tratáveis. É o caso do número e obscuridade de leis, dos doutores e da qualidade dos juízes, que deveriam ser imparciais, bons conhecedores das leis e dotados de juízo científico, sendo inaceitável a

---

"que as disposições, as quais se cumprirão, devem ser precisas, absolutas, em modo preceptivo e que não envolvam aquelas reservas que arruínam a substância da lei"; "que se talhe tudo aquilo que se considere supérfluo, ou que não mereça ser posto em uma lei, ou que se possa suprir com instruções particulares, e se deixe apenas aquelas disposições as quais, segundo humana previdências, pareçam não poder ser objeto de ulterior variação"; "que se talhem todas as repetições e contradições, e que se tenha toda atenção para que não se caia em alguma dessas"; "que se coloquem nos seus títulos aquelas disposições, as quais se encontram dispersas em títulos diversos, aos quais não pertencem propriamente, e se observe uma ordem clara e regulada"; "que em toda parte se talhe tanto quanto possível o arbítrio dos juízes, tanto em matéria civil quanto criminal"; "que se fixem as penas para que não fiquem ao arbítrio do juiz, salvo nos casos nos quais não se possa fazer diferentemente, e na fixação desses que se observe uma justa e adequada proporção à quantidade dos delitos"; "que se talhe da Constituição tudo aquilo que possa dar aos advogados e procuradores qualquer artifício para fazerem os clientes litigarem mais".

[641] TARELLO, Giovani . **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p.201.

[642] MURATORI, Ludovico Antonio. **Dei diffeti della giurisprudenza**. Roma: A.F.Formiggini, 1933. Já em 1726, Muratori havia enviado uma carta ao Imperador Carlo VI com sugestões para simplificação do direito. Ali, Muratori afirma que as leis podem ser danosas à coisa pública quando são obscuras ou muito numerosas (muitas leis encorajam as lides e sua raridade as torna inúteis). Já naquela ocasião Muratori criticava a grande quantidade de obras doutrinárias e de comentários às leis, sugerindo um pequeno volume único com poucas leis. (Ludovico Antonio Muratori. De Codice Carolin. In: L.A. Muratori. Scritii giuridici, p.626 apud TARELLO, Giovani. **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p.216).

[643] Ludovico Antonio Muratori. Dei Deffetti. TARELLO, Giovani. **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, cap. I.

solução de casos por meio de subjetivismos e uma verdade meramente *provável*. Daí a razão de afirmar que "o primeiro e verdadeiro mal da jurisprudência é constituído pelo emprego de técnicas de interpretação da lei".[644]

A sugestão de Muratori vai além da proibição da utilização judicial da doutrina, como feito em Sardenha. Para o autor, é a intervenção do soberano que deve resolver de uma vez por todas os pontos mais controversos do direito vigente que pode extirpar esse defeito. O soberano deve intervir quando houver opiniões conflitantes entre doutores e suas intervenções devem ser compiladas em um código de leis, de modo sucinto, claro e não motivado para não dar azo a discussões sobre a sua intenção. Esse código deveria então ter a autoridade de lei e a aptidão para afastar as opiniões (especificamente as opiniões dos doutores/juristas) contrárias.[645] O pensamento de Muratori tem forte influência nas reformas promovidas pelos déspostas esclarecidos, especialmente a partir do séc. XVIII, como é o caso das reformas realizadas em Portugal, com ampla influência para o direito brasileiro.[646]

Muratori influenciou o pensamento de Luiz Antonio Verney que, por sua vez, influenciou Marquês de Pombal na realização de reformas nas instituições portuguesas, em especial no direito e no ensino universitário.[647] No campo do direito, com o intuito de afastar a incidência do direito comum subsidiário e a *interpretatio* dos juízes, em 18 de agosto de 1769

---

644 TARELLO, Giovani . **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, caps. III e IV.

645 TARELLO, Giovani . **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, caps. X, XI e XII.

646 As reformas ocorridas em Portugal na segunda metade do séc. XVIII, associadas à pessoa do Marques de Pombal, e chamadas de iluministas, ocorrem nesse contexto. Ao menos do ponto de vista do direito são reformas de centralização absolutista. Essas reformas foram largamente influenciadas por Luiz Antônio Verney, intelectual ligado ao governo português, admirador e leitor de Muratori, com quem se correspondia com frequência. Verney proclamava a necessidade de uma ampla reforma da legislação e do ensino jurídico. Cerca de 20 cartas de Verney a Muratori foram publicadas por Luís Cabral de Moncada. (Estudos de História do Direito. Século XVIII – Iluminismo Católico. Verney: Muratori.). As cartas, assim como a obra de Verney, tratam muito do que seria o *verdadeiro método de ensino*.

647 No pensamento jurídico português já havia, desde o séc. XVI, marcante influência do humanismo, que desejava despojar o direito romano das distorções das glosas e comentários e recuperar o espírito axiomático daquele direito, por meio de princípios como o *neminem laedere* e o *pacta sunt servanda*. Passa-se inclusive a questionar a autoridade do *Corpus Iuris* do ponto de vista da sua atualidade prática. Essa corrente de pensamento, que encontra expressão na denúncia de Muratori da incerteza jurídica nos tribunais, servia bem aos desígnios absolutistas. A obra de Verney vai se voltar ao próprio ensino jurídico para explicitar que a lei deve ser objeto de estudo – e não as glosas e comentários. Como explicam Tucci e Azevedo, "Verney, como claramente se observa, basea-se nos conceitos de direito natural e das gentes: na concepção filosófica e racionalista do direito em si mesmo considerado; na hostilidade ao direito romano histórico, que deveria ser delimitado pelos princípios e pelo *usus modernus pandectarum*". Verney ainda insistirá na "valorização do texto da lei e de sua exegese e a inerente crítica do casuísmo e da opinião dos doutores prepara já a reforma dos estudos de 1772. Um sentimento antiprudencial e antibartolista pairava no ar". (AZEVEDO, Luiz Carlos de; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de história do processo civil lusitano**. São Paulo: RT, 2009, p.142-143).

foi promulgada a lei conhecida como Lei da Boa Razão. Uma lei centralizadora e uniformizadora, segundo a qual a boa razão e a vontade do soberano são fonte do direito. A

> jurisprudência deveria ser unificada e só seria reconhecida como tal se tornada assento da Casa da Suplicação; o direito consuetudinário só seria admitido se fosse condizente com a boa razão, tivesse mais de cem anos e não se chocasse com a lei; o direito comum só seria admitido quando não conflitasse com a boa razão.[648]

As disposições da lei da boa razão impuseram novos critérios de interpretação, alterando, especialmente, os procedimentos de integração dos casos omissos. Determinava-se agora que a legislação voltada à correção do direito romano e das demais fontes deveria ser interpretada extensivamente. Cria-se a noção de uma forma obrigatória de interpretação: de acordo com a boa razão, ou seja, com a proibição da remissão ao direito comum e à opinião dos doutores.

As leis romanas que não estejam fundadas na Boa Razão são revogadas, devendo ainda se prevenir

> com sábias providências, as interpretações abusivas, que ofendem a majestade das Leis, desautorizam a reputação dos Magistrados e têm perplexa a justiça dos litigantes, de sorte que no direito, e domínio dos bens dos vassalos não possa haver aquela provável certeza de só poder conservar entre eles o público sossego.[649]

Os assentos da Corte, por sua vez, ganham ainda mais importância como meio de evitar demandas que

> muitas vezes são animadas por frívolos pretextos tirados das extravagantes sutilezas, com que aqueles, que as aconselham, e promovem, querem temerariamente entender as Leis mais claras, e menos suscetíveis de inteligências, que ordinariamente são opostas ao espírito delas, e que nelas se acha literalmente significado por palavras exclusivas de tão sediciosas, e prejudiciais cavilações.[650]

---

[648] Arno Wehling e Maria José Wehling. Direito e justiça no Brasil Colonial: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2004, p.476 apud AZEVEDO, Luiz Carlos de; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de história do processo civil lusitano**. São Paulo: RT, 2009, p.143-144.

[649] Lei de 18 de Agosto de 1769. Lei da Boa Razão, na versão atualizada para o português contemporâneo. Em: AZEVEDO, Luiz Carlos de; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de história do processo civil lusitano**. São Paulo: RT, 2009, p. 144.

[650] AZEVEDO, Luiz Carlos de; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de história do processo civil lusitano**. São Paulo: RT, 2009. Segundo os autores, mesmo após a publicação da Lei da Boa Razão, o direito romano canônico continuou sendo aplicado nos tribunais e ensinado nas universidades, até porque continuou sendo admitido como direito subsidiário. Uma reforma nos Estatutos da Universidade, em 1772, buscou alterar essa situação dispondo certas regras e premissas pelas quais os alunos, no exame do direito romano, deveriam extrair os preceitos que são e que não são conformes à boa razão, para aplicação nos tribunais. (p.144-145; 155).

Como observa Tarello, a obra de Muratori está no âmbito da justificação do poder absolutista, na medida em que vê o juiz como funcionário do soberano. A desconfiança com relação à interpretação do direito pelos juízes é uma bandeira que será também retomada pelos iluministas e, parece correto afirmar, permanece até os dias de hoje em boa parte do pensamento jurídico.[651] E, mesmo para Tarello, apesar das diferentes ideologias, dos projetos de codificação e demandas por certeza do direito na primeira metade do séc. XVIII, o iluminismo herda sua luta por clareza da lei e a desconfiança da *interpretatio* dos juízes, dos doutores e das escolas.[652]

5.4 Reformas iluministas e as codificações

A partir da segunda metade do séc. XVIII, paralelamente aos projetos de codificação ligados à ideologia absolutista, que continuam a ser postos em prática, vai aparecendo um novo modo de reformular e controlar o direito. Trata-se, segundo Tarello de um

> processo no qual a codificação e a reformulação do direito é acompanhada ou até mesmo subordinada à reforma política. Neste segundo caso, a codificação não é mais expressão de mera exigência técnico-jurídica, mas é expressão de particulares políticas do direito ou, até mesmo, de particulares políticas conduzidas (também, mas não só) através da reforma do direito.[653]

---

[651] No contexto do iluminismo, tem-se na obra de Cesare Beccaria, Dos delitos e das penas, de 1764, a afirmação de que "não há coisa mais perigosa do que aquele axioma comum de que é necessário consultar o espírito da lei". Este seria, em última análise, fruto das paixões subjetivas do juiz, da sua lógica, das suas relações com o ofendido. É por isso que se vê "a sorte de um cidadão mudar tantas vezes conforme passa por vários tribunais, e a vida de miseráveis serem a vítima de falsos raciocínios ou do atual fermento dos humores de um juiz, que entende por legítima interpretação o vago resultado de toda aquela confusa série de noções que lhe move a mente". É por isso, continua Beccaria, que vemos "os mesmos delitos punidos de modo diverso pelo mesmo tribunal em momentos diversos, por terem consultado não a constante e fixa voz da lei, mas a errante instabilidade das interpretações". A solução, para evitar que a própria lei seja fonte de confusão, é corrigir a lei. "Quando um código fixo de leis, que devem ser observadas literalmente, não deixa ao juiz outra incumbência que examinar as ações dos cidadãos, e julgá-las conforme ou não conforme à lei escrita, quando a norma do justo ou do injusto, que deve dirigir as ações tanto do cidadão ignorante como do cidadão filósofo, não é objeto de controvérsia, mas de fato, então os súditos não estão sujeitos às pequenas tiranias de muitos, tanto mais cruéis quanto é menor a distância entre quem sofre e quem faz sofrer". A segurança e clareza das leis, isto é, do sentido da lei permite aos cidadãos "adquirirem aquela segurança de si mesmos que é justa porque é o escopo pelo qual os homens estão em sociedade, que é útil porque os põe em condições *de calcular com exatidão os inconvenientes de um crime*". (BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de Vicente Sabino Júnior. São Paulo: CD, 2002, p.24-25, §4º). A presença do pensamento de Muratori é clara assim como é clara a sua influência, quase dois séculos mais tarde, no pensamento de Oñate Lopes, que dirá praticamente a mesma coisa (a certeza do direito permite a cada um saber o que pode querer, v. cap. 1.1.2.).

[652] TARELLO, Giovani . **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p.221-222.

[653] TARELLO, Giovani . **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p.223.

Daí se vê a amplitude das reformas relacionadas às propostas do iluminismo jurídico.

Quando se fala em iluminismo jurídico, costuma-se indicar uma lista de ideias segundo as quais há direitos natos e naturais indisponíveis e imprescritíveis, reconhecíveis mediante o uso da razão. Para reconhecer esses direitos, a lei deveria ser expressão da razão e, para tanto, as leis deveriam ser simples, compreensíveis e certas. Para serem certas, as leis devem ser a expressão de uma vontade geral ou executada por pessoa diversa daquela que formula a lei. Para Tarello, no entanto, o que marca essencialmente o iluminismo jurídico, ao menos no que se refere à certeza do direito, é a proposta de que a certeza/clareza da lei não se refere apenas ao seu conteúdo, mas a uma forma, uma condição *a priori* da racionalidade das formas jurídicas (Kant), que devem ser gerais e abstratas.[654]

Uma atuação desse tipo ocorre nas reformas prussianas de Frederico II, em 1746, que contemplam uma reforma judiciária. Na respectiva *ordinanza* consta:

> as razões pelas quais nas terras de Sua Majestade Real verificam-se muitas e muito longas lides é que não há um direito certo (ein gewisses Recht). De fato os tribunais devem julgar de acordo o velho direito romano latino que consiste em pedaços justapostos sem ordem e dos quais a metade é inaplicável a esta terra e que foi tornado ainda mais confuso pelo direito Saxão e pelo direito Canônico [...] .[655]

Posteriormente, em outro escrito (*Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois*), Frederico II dita a fórmula para que as leis sejam razoáveis e durem no tempo, propiciando a felicidade dos súditos. As leis deveriam (a) ser claras e precisas na sua formulação, de modo a poderem ser interpretadas ao pé da letra (*selon le sens de la lettre*), não encorajando assim a litigiosidade; (b) ser poucas, porque muitas leis tornam difícil o juízo e leis demais o tornam arbitrário; (c) ser reunidas em um corpo unitário, para que não se

---

[654] Nesse sentido: TARELLO, Giovani . **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976. E, como aponta o autor, há divergências nas linhas de pensamento que compõem essa racionalização. A ideia de que a lei deve ser expressão da razão, de um lado quer dizer que a lei deve ser razoável (como na França se difunde com Voltaire), de outro lado corresponde à noção de que a lei é sempre, por definição, racional (como se encontra no pensamento de Wolf, Rousseau e Kant). A ideia de que a lei deve ser simples, compreensível e certa é herança do absolutismo e não do iluminismo (embora este tenha se apropriado desta ideia) (p.224). Em todo caso, a cultura jurídica iluminista é uma cultura a serviço do poder e de seus funcionários, posta a serviço de uma reorganização política para detenção e conservação do poder. Na área germânica (assim como em Portugal), iluminação e razão se identificam com a razão absolutista (diversamente do que ocorre em França, em que a cultura iluminista é posta a serviço da burguesia). Muito do iluminismo jurídico se realiza por meio dos soberanos iluminados. (p.225-226).

[655] TARELLO, Giovani . **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p. 236-237.

contradigam reciprocamente; (d) prever cada caso futuro, ou seja, toda ação deve ser juridicamente qualificada (como obrigatória, permitida ou proibida); (e) ser boas e preverem penas proporcionais.[656] Aqui, ainda não se encontram as categorias de direito e a figura do sujeito de direito, que revoga os privilégios e particularismos jurídicos, no entanto, já há uma formulação pré-iluminista, porque propõe o controle da legislação e do sentido do direito por meio de uma fórmula racional abstrata.

Na França, em que o iluminismo se apresenta como oposição ao soberano e seus funcionários, entre eles os juízes, as reformas jurídicas tomam outro rumo.[657] Ao se formar como ideologia de oposição (e não como programa de governo), o iluminismo jurídico francês ganha uma coloração mais inclinada a teorizações abstratas e revogação de privilégios. As suas influências centrais, como observa Tarello, são Montesquieu, Voltaire e Rousseau, cujas obras influenciam as reformas jurídicas ocorridas não só na França, mas também em outros lugares. Um resíduo importante desse pensamento é a formulação da relação hierárquica entre legislação e jurisdição, extremamente influente no pensamento do *movimento de reforma do processo* e propostas para decisões judiciais previsíveis. Para os fins do presente tópico, seguirei a leitura que Tarello faz desses pensadores, sem prejuízo do eventual recurso direto ao texto original desses autores.

Quando Montesquieu identifica um *espírito das leis* e propõe que as leis (positivas) sejam adequadas a determinadas condições (naturais) está propondo a ideia de uma forma-tipo do que o direito deve ser, submetendo o direito como um todo a uma razão maior objetiva, com implicações para a forma de aplicar o direito.[658] Nesse cenário, sobre as leis que convêm a uma república, Montesquieu afirmará que "quanto mais um governo se aproxima da

---

[656] TARELLO, Giovani . **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p.238-239.

[657] TARELLO, Giovani . **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p. 259.

[658] Para Montesquieu, cada povo tem o seu direito natural, um espírito dado por condições históricas que indica o espaço para a lei positiva ideal. Por isso que, sem abandonar a teoria da hierarquia das fontes do direito, afirmará o autor que também as leis positivas variam com essas condições. Adequação das leis positivas deriva da natureza das coisas, que varia com as condições histórico-geográficas de cada povo (e nisso, Montesquieu inova contra o pensamento jusnatural). As leis positivas não são fruto do arbítrio, mas decorrência de relações necessárias fundadas no direito natural, o qual varia conforme a condição histórico-geográfica ou a forma de governo (leis que convém a uma república [...] leis que convém a uma monarquia etc. [...]. A inovação fundamental está em que os mecanismos de controle da certeza do direito devem galgar degraus de abstração para que possam estabilizar – e não suprimir – uma variabilidade necessária no direito. (TARELLO, Giovani . **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p.267-269).

forma republicana, mais o modo de julgar deve se tornar fixo" (ou seja, não decorrer do arbítrio dos juízes). Há uma razão abstrata – o espírito da lei – que deve poder controlar a atividade de produção, interpretação e aplicação judicial do direito. Por isso, segundo o autor, convém ainda que os juízes não sejam jurisconsultos, de modo que o julgamento verse apenas sobre os fatos, aplicando-se o direito sobre os fatos de forma automática. Ainda, "para o julgamento de direito, é próprio da Constituição republicana que os juízes sigam a letra da lei [...] não há cidadão algum contra o qual se possa interpretar uma lei quando se trata dos seus bens, sua honra e da sua vida".[659]

É no contexto dessa noção de aplicação mecânica das leis pelos juízes que se deve considerar a proposta de separação dos poderes. Para Montesquieu, a separação de poderes relaciona-se com a garantia de liberdade política. Essa liberdade não envolve eleger os governantes ou fazer o que se quer. A liberdade deve consistir na obediência da lei, pois "[...] quando há leis a liberdade não pode consistir senão em fazer aquilo que se deve querer, e a não ser constrito a fazer aquilo que não se deve querer [...] A liberdade é direito de fazer tudo aquilo que as leis permitam".[660] A questão da liberdade se relaciona, assim, com a proteção contra o abuso na legislação, na limitação do poder por outro poder. Daí a individuar, em todo Estado, três poderes: legislativo, o poder executivo das coisas relativas ao direito das gentes (internacional) e poder executivo das coisas que dependem do direito civil.[661]

Nota-se que o Poder Judiciário, para Montesquieu, é uma atividade do Poder Executivo, relativa às controvérsias entre cidadãos. Trata-se de um desmembramento da *iurisdictio,* mas que pressupõe, de todo modo, os outros dois poderes como antecedentes. É uma atividade de mera aplicação e não realmente produtora de direito novo, razão pela qual Montesquieu afirma que "o poder de judicar é, de qualquer modo, um poder nulo".[662] Só nessa

---

[659] Charles de Montesquieu. Espirit des loix. 1749, L. VI, caps. 3 e 4 apud TARELLO, Giovani. **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p.280

[660] Charles de Montesquieu. Espirit des loix. 1749, L. VI, caps. 3 e 4 apud TARELLO, Giovani. **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p. L. XI, cap. 3., p.286.

[661] Charles de Montesquieu. Espirit des loix. 1749, L. VI, caps. 3 e 4 apud TARELLO, Giovani. **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976.

[662] Charles de Montesquieu. Espirit des loix. L, XI, cap. 6 apud TARELLO, Giovani. **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p. 295.

configuração da distribuição de poderes, com um Poder Judiciário nulo, a liberdade individual se poderia realizar.[663]

Por isso, para Tarello, Montesquieu "formula de modo novo aquela exigência de clareza e de certeza que vimos surgir na cultura da primeira metade do século XVIII e inspirar as primeiras tentativas de codificação ou compilação de leis".[664] Montesquieu reforça, ainda, a crítica quanto ao arbítrio dos juízes, interpretação do direito e segurança dos indivíduos: "se os tribunais não devem ser fixos, os julgados o devem ser a tal ponto que não sejam nada mais do que o texto preciso da lei. Se fossem a opinião pessoal de um juiz, viveríamos na sociedade sem saber com precisão quais obrigações são contraídas".[665] Uma ideologia que ainda permea o pensamento da doutrina jurídica atual e reformista.

Ainda seguindo a leitura de Tarello, outro autor fundamental para o iluminismo jurídico e seus instrumentos abstratos de controle da certeza do direito é Voltaire. Sua importância na evolução da semântica jurídica relaciona-se à difusão das suas ideias, especialmente quanto à consagração da liberação do direito de outras esferas, como a religiosa e da extinção dos privilégios e distinções jurídicas fundadas na classe social. Como bem observa Tarello, Voltaire não deixa de ser absolutista, mas suas propostas antifeudais, jusracionalistas e de tolerância religiosa o tornam revolucionário.[666]

Também em Voltaire se encontra a exigência de um direito claro e simples. Da sua crítica religiosa vem a exigência de separação entre direito, religião e os privilégios feudais e clérigos. A Voltaire deve ser atribuída a exigência da abolição da institucionalização de classes juridicamente privilegiadas: unificação fiscal, unificação das jurisdições (sem distinção de classes), unificação do conceito e exploração de propriedade resultando em

---

[663] TARELLO, Giovani. **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p. 286-289.
[664] TARELLO, Giovani. **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p. 294.
[665] Charles de Montesquieu, Espirit des loix, L. XI, cap.6. Segunda analisa Tarello, nessa passagem, pode-se ver que "a doutrina da divisão dos poderes se apresenta como doutrina, ou ideologia, voltada a sugerir que a liberdade política, entendida como segurança psicológica do indivíduo, se realiza através da certeza do direito: certeza do direito que se verifica quando as leis mudam pouco, são claramente formuladas, são pré-constituídas ao julgamento feito pelos juízes que não são outra coisa que 'a boca que pronuncia a palavra da lei, seres inanimados que da lei não podem moderar nem a força nem o rigor". (TARELLO, Giovani. **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p.295).
[666] TARELLO, Giovani. **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p. 303.

igualdade abstrata do direito de acesso à propriedade.[667] Os mecanismos jurídicos desenvolvidos para esse tipo de construção abstrata, especialmente a ideia de igualdade do direito de acesso (que facilmente se transforma em igualdade de acesso ao direito), são característicos de todo o direito moderno. Da contribuição de Voltaire se extrai ainda a concepção de que o direito vigente, complexo, obscuro e servidor de antigos privilégios, deve ser revogado e substituído por um novo direito. Uma vez elaborada, a nova legislação deve ser subtraída da manipulação pelos intérpretes, pois, "interpretar uma lei é, quase sempre, corrompê-la".[668]

Daqui saem bases ideológicas da codificação moderna: completamente inovadora, revogando o direito vigente, preparada por um monarca contra a vontade das classes jurídicas, trazendo uma subjetividade única e categorias jurídicas abstratas para a propriedade e o comércio, acessíveis a todos. Para Tarello, embora constituam correntes opostas em vários sentidos, Voltaire e Montesquieu oferecem as bases para as reformas jurídicas propriamente iluministas da Modernidade, cujo desenvolvimento é conduzido por Rousseau.[669]

Com as categorias da vontade geral e corpo político, Rousseau vai dar as bases de um direito cujo sentido é controlado por uma razão abstrata objetivável, fundamento dos últimos mecanismos de controle da incerteza. Na proposta de Rousseau o direito objetivo não é condicionado aos direitos subjetivos naturais, como para o jusnaturalismo até então, mas esses dependem de um direito objetivo racional que lhes suporte. É uma categoria jurídica abstrata, fruto da razão, como o contrato social, que fundamenta os direitos subjetivos. O direito – e os direitos subjetivos – passa a se basear em um fundamento abstrato racional (o contrato social) que, em vez de traduzir a vontade arbitrária dos contratantes, expressa regras de uma razão maior que condicionam essa vontade, regras segundo as quais essa vontade se pode traduzir de um único modo determinado. Esse ente racional, o contrato social, deriva de uma razão objetiva que é fruto necessário do fato de que os homens vivem em sociedade.

---

[667] TARELLO, Giovani. **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p. 310-311.
[668] Voltaire. Dictionnaire philosophique. Verbete Lois civiles et ecclésiastiques apud TARELLO, Giovani. **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p.313-317.
[669] TARELLO, Giovani . **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p. 324.

Trata-se de uma categoria *a priori:* o contrato não é uma hipótese nem é contingente e a sociedade é a prova disso.[670]

A consequência dessa concepção do direito é que o conteúdo do contrato não é determinado mediante indagação da vontade dos sujeitos ou indivíduos contratantes e o contrato não pode ser anulado nem mesmo pela sua violação. O sentido do direito não é atribuído ao arbítrio ou subjetivismo, mas a uma razão universal e necessária. O homem, porque vive em sociedade, é, universalmente racional e o contrato social é a expressão dessa racionalidade. O indivíduo que se move contra a sociedade e contra o contrato social age de maneira irracional. Não são os indivíduos o critério do contrato, mas o contrato que é critério dos indivíduos, isto é, da ação considerada racional.[671]

A lei, nesse contexto, é um instrumento de conservação do corpo político: as leis formulam as relações no Estado civil, no qual todos os direitos são nelas estabelecidos. O seu caráter de fórmula deriva justamente da generalidade. A lei é fruto da vontade geral, estabelecida pelo povo e para o povo e deve, portanto, ser geral e abstrata, não se referindo a casos concretos.[672] A lei é considerada justa porque corresponde a uma razão universal, independentemente dos seus objetivos. A razão universal é objetiva porque precede o arbítrio e os subjetivismos. Essa razão delimita os critérios do razoável para cada um em cada caso concreto. A razão se universaliza e é imposta ao próprio direito, delimitando, na forma, como o direito racional deve se expressar. Aqui está a base da noção de que as incertezas referentes aos conflitos são absorvidas pelas categorias jurídicas abstratas.[673]

A doutrina do séc. XIX utilizará o conceito de interesse jurídico (e relação jurídica e situação jurídica) para se referir a esse tipo de situação. Enquanto referência do contrato, o indivíduo – e as condições concretas do seu conflito – é anulado e passa-se a referenciar a entidade coorporativa: a vontade geral, um corpo indivisível. Obedecer à vontade geral é obedecer a si mesmo. Direito é liberdade e não há alternativa. Nem há razão pela qual

---

[670] TARELLO, Giovani . **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p.324.
[671] TARELLO, Giovani . **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976.
[672] TARELLO, Giovani . **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p.329. Aliás, sendo geral, e abstrata a lei pode até mesmo estabelecer privilégios, distribuir cidadãos por classes ou instituir uma monarquia, como Rousseau mesmo reconhece.
[673] TARELLO, Giovani . **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p. 326.

o indivíduo possa ou precise se colocar contra o Estado, contra as leis. As leis, as sanções, são meios de se "obrigar o indivíduo a ser livre".[674]

Como observa Tarello, o iluminismo jurídico francês é concluído com a simplificação e divulgação pelo movimento enciclopédico, de modo que fossem politicamente incorporados na França revolucionária. Assim que, nos verbetes jurídicos, as definições de lei, lei natural e juiz retomam o pensamento de Montesquieu e Rousseau.[675]

A lei é concebida como uma entidade da razão humana superior que submete tanto os soberanos quanto súditos. Leis devem ser claras, simples e poucas, o que evita o recurso à doutrina jurídica e sua interpretação. Ainda, como diz Tarello, são retomadas as lições de Montesquieu para "patrocinar uma aplicação mecânica e segundo a letra da lei por parte do juiz". Daí que, no verbete juiz se lê que, em uma república democrática, os juízes "devem dizer, não fazer, o direito" são "os defensores da lei, não devem integrar a lei".[676]

Essa é a vulgata teórica que compõe a opinião comum da França na época da revolução e que será difundido em muitos outros lugares. A partir do último terço do séc. XVIII, todo esse aparato semântico e institucional dará origem às últimas reformas modernas no direito, que, por sua vez, vão produzir as grandes codificações (não por acaso, promulgadas por um estado centralizador, como o de Napoleão). Na leitura crítica de Tarello, simplificam e tecnificam o direito ao ponto da des-responsabilização política dos juristas. Para Tarello, os grandes códigos irão então realizar esse projeto.[677]

---

[674] Como bem analisa Tarello, "a racionalidade do contrato social, portanto, consiste em eliminar na esfera do direito os conflitos que subsistem na esfera de fato, para propor o direito como norma de fato. A abolição dos conflitos na esfera do direito se resolve em uma operação – pela primeira vez realizada na cultura jurídica e política de modo tão decisivo e consciente – consistente em identificar como ente único coisas que são normalmente chamadas com nomes diversos [...] Rousseau diz que, segundo a razão, para o direito político, soberano e súditos são a mesma coisa e portanto o conflito é irracional e – para o direito – não existe". (TARELLO, Giovani . **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p. 326-328.

[675] TARELLO, Giovani. **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976.

[676] TARELLO, Giovani. **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p.330-335.

[677] Como explica o autor, essas reformas têm por meta a simplificação da lei e revogação de todo o direito precedente e só foram possíveis na medida em que os legisladores acolheram a ideia iluminista de que "as leis devem ser expressão de uma razão que os direitos históricos não exprimiam" – e portanto poderiam ser revogados – "e aquela da subordinação do juiz à lei e da separação entre legislativo e judiciário" – de modo que os juízes não possam julgar casos, por exemplo, com o direito romano. Para que os conteúdos normativos fossem, em si, simples é necessário uma reforma também política pois "uma codificação, para ser simples nos conteúdos, deveria passar por duas estradas vinculadas ao mesmo perfil ideológico: a unificação do sujeito de direito e a exclusão do corpo do direito simplificado de todo o material que fosse possível". O sistema mais simples, nesse sentido, tem um único sujeito e poucos predicados, de modo que o sistema seja constituído exclusivamente da definição dos predicados, das regras que relacionam alguns predicados ao sujeito único e das posições de princípios gerais relativos à compatibilidade dos vários predicados. No campo do direito penal, a codificação deveria reduzir os tipos penais ao mínimo, eliminando grandes categorias de crimes (como os de imprensa, atividade política, de difícil prova

No entanto, no contexto das reformas iluministas e, depois, das grandes codificações, a despeito da exigência de certeza do direito – formulada como consequência de reclamos contra o arbítrio judicial – fica cada vez mais evidente que, orientado por uma racionalidade abstrata meramente formal, o direito, em seu conteúdo material, é sempre fruto de interpretação (que se sujeita a mais interpretação). Por esse motivo, os mecanismos de interpretação autêntica da lei – seja pelo parlamento ou pelo monarca – vão se tornando cada vez mais importantes. Não se trata mais de controlar as fontes normativas, integração de lacunas e de tornar os precedentes reais vinculantes. Agora, é o próprio sentido do direito, aberto por meio das categorias abstratas, que precisa ser submetido a uma confirmação pelo poder, técnica herdada do absolutismo.

O extraordinário aumento da complexidade social a partir do séc. XIX coloca em xeque a completude lógica dos códigos (e força sempre ao limite a necessidade de mais interpretação). Ademais, o sentido fixado na interpretação oficial também é superado pelo sentido produzido em uma sociedade cada vez mais complexa e, assim, submetido a mais interpretação. Fala-se então em descodificação, especialização das leis, criação de micro-sistemas e todo o tipo de teoria hermenêutica. Além disso, a pressão da complexidade faz com que o direito, do ponto de vista legislativo, seja cada vez mais permeado por princípios, conceitos abertos e indeterminados, demandando interpretação judicial.

As exigências de certeza do direito, antes endereçadas ao legislador, se deslocam para a atividade judicante com uma nova roupagem. Não se trata apenas de subordinar o juiz a uma fonte normativa específica (*lex* e não *interpretatio*) ou de vincular sua motivação à conformidade com uma racionalidade abstrata nos casos concretos. Busca-se fazer com que o sentido do direito fixado nos casos concretos, pelas decisões judiciais, seja repercutido como sentido geral e abstrato e vinculante para os casos futuros e imune a futuras interpretações. Não é difícil ver nessas propostas do atual movimento de reforma do processo um resgate ou insistência nos modelos construídos a partir do iluminismo jurídico. A ilusão de

---

– como os de estado de consciência, etc.), bem como distinções fundadas no status do réu ou da vítima (lesa). No direito comercial, é eliminada a distinção do sujeito comerciante (e das corporações) e passa a se falar em atos de comércio. O direito comercial e o comércio são assim privatizados (ou democratizados). Para Tarello, pode-se dizer que "a tecnicização das operações jurídicas, e a desresponsabilização da classe dos juristas, foi, também essa, solidária não tanto com a codificação em geral [exceções no caso prussiano e, parcialmente, austríaco] mas com a particular codificação que expressa a organização liberal: com esta última, mais do que com a codificação em geral, a irresponsabilidade política dos juristas". (TARELLO, Giovani . **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p. 37-40).

que é possível a certeza do direito parece relacionada à mesma ilusão que indicava ser possível substituir o antigo e demolido centro metafísico de certeza pela razão universal, movimento descrito por Gonçalves.[678]

[678] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada.

6 CERTEZA DO DIREITO NOS MOVIMENTO DE REFORMA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

O que significa reformar o processo? O que se reforma e o que se pode esperar reformar, quando se reforma o direito processual? À medida que reformas processuais vão se sucedendo há uma corrida semântica na doutrina, uma constante necessidade de encontrar um sentido para a reforma e uma unidade para o processo. Fala-se em *Reforma do processo*, *Reforma da Reforma do processo, Nova Etapa da Reforma do Processo, Etapa Constitucional da Reforma do Processo,* enfim, o *Novo Processo,* cada um com seus objetivos e escopos. Mas há um sentido para cada uma dessas reformas?

Reformar é uma dessas palavras com tradição semântica longa, cujo uso comum pode ocultar conexões e significados. Não é o caso de revisitar essa tradição, profundamente afetada pela história das *reformas religiosas* e das *revoluções políticas*, nem de buscar as conexões ocultas. Mas ajuda ter em mente que, em razão dessa tradição, *reformar* se refere tanto a uma restauração (mudar para recuperar a substância real/verdadeira) quanto a uma conservação (mudar, mas manter, dar uma nova forma à substância que já existe). Ambos os sentidos têm em comum a ideia de que reformar é mudar para melhor (ou voltar para o que era melhor), mantendo a essência do que já existe.

Pode-se dizer, nesse contexto, que reformar pressupõe identificar possibilidades de melhora e, portanto, constatar algo que não satisfaz. Para tanto, é preciso observar o que será reformado a partir de expectativas. Assim, entender uma reforma implica entender as expectativas e os critérios de comparação com os quais o reformador observa a reforma e as observações daí decorrentes.

De um ponto de vista histórico, o processo brasileiro conheceu diversas reformas. Do regulamento nº 737/1850 aos Códigos de Processo Estaduais, ao Código de Processo Civil Federal de 1939, ao Código de Processo Civil de 1973 e às reformas dos anos 1980 (Juizados de Pequenas Causas, Ação Civil Pública, Código de Defesa do Consumidor), para não mencionar as dezenas de leis que, pontualmente, alteraram a legislação processual e aspectos da organização Judiciária.

É possível observar os *objetivos declarados* dessas reformas a fim de distingui-las entre si, ou seja, observar as distinções (critérios e expectativas) que os reformadores

utilizavam. É possível, também, observar as observações sobre a própria reforma. Em outras palavras, analisar as estruturas (mecanismos legais, alterações legislativas e institucionais), que servem de referência para que novos mecanismos (que nada mais são do que programas) possam engatar operações com mecanismos já existentes, bem como a semântica (teoria, dogmática e discurso político-institucional) que contextualiza a relação da reforma com o direito e a sociedade.

É a pretensão deste capítulo uma análise desse tipo (estrutura/semântica), tentando revelar, também com uma perspectiva histórica, as relações entre reforma do processo, certeza do direito e relacionamento entre política e direito no Brasil. Assim, por meio de uma aproximação do recorte para o processo civil brasileiro e suas reformas, pretendo observar e confirmar as premissas teóricas vistas no capítulo 5, segundo as quais o direito brasileiro, posto que autopoiético, tem dificuldades relativas à filtragem das demandas de sua periferia e, consequentemente, de proteger a autonomia do seu código contra investidas do sistema político.

Pode-se ainda analisar a própria ideia de reforma em um sistema social, como o direito, a partir de um paralelo com algumas propostas desenvolvidas por Giancarlo Corsì, sob a orientação de Niklas Luhmann, acerca de reformas no sistema educacional.[679]

Corsi inicialmente denuncia a perplexidade com a qual um observador externo é tolhido diante da absoluta *normalidade das reformas* na educação. A educação (e, segundo o autor, também a política e o direito), apresentaria um constante impulso para a modificação das suas próprias estruturas, em uma verdadeira *síndrome reformista,* em que incessantemente constata-se a insuficiência das reformas passadas, cujo único mérito o estimula das novas reformas.[680]

Segundo Corsi, sistemas reflexivos, como a educação e o direito, criam seus critérios reformistas por meio de uma semântica autodescritiva (na educação, a pedagogia e, no direito, a teoria jurídica) que permite ao sistema atribuir expectativas a si mesmo e ao seu exterior. [681]

---

[679] CORSI, Giancarlo. **Sistemi che Apprendono** – studio sull'idea di riforma nel sistema dell'educazione. Lecce: Pensa Multimedia, 1998.
[680] CORSI, Giancarlo. **Sistemi che Apprendono** – studio sull'idea di riforma nel sistema dell'educazione. Lecce: Pensa Multimedia, 1998, p.11-13.

No caso da educação, a pedagogia propõe uma relação direta entre educação e sociedade, segundo a qual é possível mudar a sociedade por meio da educação. As reformas se orientam então por essa perspectiva: muda-se a educação para que ela seja capaz de mudar a sociedade. O sistema trabalha a reforma assumindo expectativas que não condizem com as descrições que o sistema têm de si mesmo (pois, caso as descrições estivessem à altura das expectativas, não haveria necessidade de reformar). Logo, toda reforma opera na base de uma assimetria interna entre as expectativas que o sistema atribui ao seu exterior e as descrições que o sistema faz de si mesmo. Essa assimetria dificilmente se resolve ao final de uma reforma, pois o sistema não é capaz de, por meio das suas operações, direcionar operações dos demais sistemas. O ambiente é sempre mais complexo que o sistema, de modo que, se o âmbito reflexivo do sistema mantém a orientação sistema-sociedade (sistema deve/poderia mudar sociedade), a assimetria se mantém e impulsiona constantes reformas.[682]

O paralelo com as reformas no direito é evidente. Do ponto de vista histórico, o Brasil convive com constantes reformas do processo, cujos resultados ensejam novas reformas. Assim como a pedagogia, para a educação, a dogmática jurídica, no direito, constrói os parâmetros reformistas atribuindo expectativas à sociedade: *o consumidor de serviços judiciários*. As ideias de efetividade, tempestividade e previsibilidade da tutela são construídas pela dogmática a partir de informação atribuída ao exterior do sistema jurídico.[683]

A obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *Acesso à Justiça*, dos anos 1970, de certo modo inaugurou esse tipo de abordagem das reformas processuais. Com profunda influência na doutrina nacional, inicia com a seguinte afirmação: "nenhum aspecto de nossos

---

[681] CORSI, Giancarlo. **Sistemi che Apprendono** – studio sull'idea di riforma nel sistema dell'educazione. Lecce: Pensa Multimedia, 1998.

[682] CORSI, Giancarlo. **Sistemi che Apprendono** – studio sull'idea di riforma nel sistema dell'educazione. Lecce: Pensa Multimedia, 1998.

[683] Essas construções da doutrina jurídica, por sua vez, não podem ser consideradas neutras e isoladas da semântica social em geral. Não podem ser consideradas trabalhos impermeáveis à semântica social nem aos programas políticos pontuais. Aliás, de outro modo, não poderiam construir, com plausibilidade, expectativas atribuídas à sociedade. Não é por acaso que, em Roma, os juristas nascem de uma nobreza que detinha e exercitava um aspecto importante do poder político e foram, posteriormente, transformados em funcionários do Império. Não é por acaso que as grandes reformas absolutistas se voltavam ao próprio ensino do direito (v. cap. 5.2). Não seria preciso mais do que um autor como Sérgio Buarque de Holanda para apontar o grau de participação dos bacharéis em direito na formação da República Brasileira e da decorrente forma "*de cima para baixo*" que os movimentos reformadores idealizados por essa elite intelectual operam. (HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Edição comemorativa de 70 anos. Ricardo Benzaquen de Araújo (Org.). São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p.167-185). Apontando essa relação no caso das reformas processuais italianas do começo do séc. XX: TARELLO, Giovani. Il problema della reforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e edeologica del vigente codice di procedura civile. In: **Dotrrine del processo civile** – studi storici sulla formazione del diritto processuale civile. Bologna: Mulino, 1989, p. 91.

sistemas jurídicos modernos é imune à crítica".[684] Segundo os autores, a abordagem desenvolvida por eles vai além das anteriores porque "recusa-se a aceitar como imutáveis quaisquer dos procedimentos ou instituições que caracterizam nossa engrenagem de justiça", sem perder de vista que o processo deve ser capaz de "produzir resultados que sejam individual e socialmente justos".[685]

A estratégia da tese consiste em demarcar um ponto externo de observação do sistema jurídico: um *consumidor dos serviços judiciários* (a sociedade), cujas expectativas, cada vez maiores, se voltam ao processo. Essas expectativas permitem identificar os espaços para *melhora*[686] e são consolidadas como um dever do Estado na figura do *direito fundamental de acesso à justiça*, impulsionando politicamente a alteração do direito vigente. O *consumidor dos serviços judiciários* é uma criação semântica que permite ao direito observar a si mesmo com os olhos da sociedade, isto é, observar a si mesmo da maneira como ele, o direito, acredita (ou propõe) que a sociedade lhe observa. É um mecanismo relevantíssimo para a reforma (as várias reformas) do processo, pois mantém uma sensação perene de que o direito pode ser reformado a qualquer tempo.

Contudo, uma vez que o direito faz parte da sociedade, ele só pode observar a sociedade observando a si mesmo. Ao fazê-lo, observa a si mesmo como observador da sociedade que o observa. Como consequência, não existe um parâmetro *objetivo* de

---

[684] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p.3. Em estudos anteriores, de grande influência, o autor denunciava aquilo que entende como ideologia liberal na metodologia tradicional da ciência do direito processual, focada no desenvolvimento de conceitos e institutos, e não ao resultado, ou às consequências do processo. (CAPPELLETTI, Mauro. **Processo e ideologie**. Bologna: Il Mulino, 1969). Em trabalhos mais maduros, Cappelletti identifica com precisão a *postura instrumentalista* como um método de pensamento do estudioso do direito processual "capaz de transformar completamente temas e modos da análise científica do jurista moderno". (CAPPELLETTI, Mauro. Acesso alla giustizia come programma di riforma e come método di pensiero. In: **Studi in onore di Tito Carnacini** II, Milano: Giuffrè, 1984, p.76). Essa perspectiva se tornou predominante no pensamento jurídico brasileiro, em especial no que se refere à reforma.

[685] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

[686] Para Luhmann, os direitos fundamentais podem ser observados como instituições, ou seja, como um complexo real de expectativas de comportamento que legitima a suposição de consenso mediante a sua generalização. Instituições são expectativas generalizadas nas dimensões social, temporal e material e, por isso, formam as estruturas dos sistemas sociais. Nesse sentido, podem ser positivadas juridicamente ao mesmo tempo em que, enquanto estruturas disponíveis para a seletividade do sistema, permitem controlar o processo de positivação. (LUHMANN, Niklas. **I diritti fondamentali come instituzione**. Tradução de Stefano. Magnolo, Bari: Dedalo, 2002, p.44-45). Assim, a ideia de instituição indica a estratégia sistêmica de generalizar expectativas em um nível mais abstrato do que o nível dos programas do sistema, tornando mais tolerável expectativas antagônicas, o que permite atribuir essas expectativas ao exterior do sistema. A referência a um direito fundamental de *acesso à justiça* tem, portanto, a função de projetar a expectativa para fora do sistema em posição de pretender controlar as operações ou reformar as estruturas do sistema. No contexto da reforma do processo, trata-se do mecanismo estrutural/operacional que corresponde à figura semântica do *consumidor da justiça*.

normalidade para o direito: toda observação modifica a própria expectativa, pois modifica o que é observado e modifica quem observa.

Vale dizer, a semântica reformista, amparada na perspectiva do *consumidor da justiça,* tende a reforçar a desarmonia temporal, objetiva e social entre os pontos de vista interno e externo do sistema. Olhar o direito com os olhos do *consumidor da justiça* é focar nessas assimetrias. Por esse motivo, de um lado, toda reforma orientada por essa perspectiva tende a propor mecanismos de previsibilidade, de supressão de incerteza.[687] De outro lado, toda reforma leva à constatação da necessidade de mais reformas, pois suas premissas, partindo sempre de critérios comparativos, não contemplam (nem podem contemplar) o padrão de normalidade do sistema.[688]

Enfim, também no direito, os critérios para reformar são construídos internamente (pela teoria/dogmática jurídica), mas orientados por expectativas atribuídas, pelo sistema, ao seu exterior, a sociedade.[689] Como sempre, há assimetria entre a autodescrição que o sistema faz de si mesmo (como o sistema vê suas operações) e a hetero-descrição (como o

[687] Como se verá ao longo do trabalho, a alta abstração e valoração moral das premissas reformistas facilitam a elevada permeabilidade da sua semântica à semântica e programas próprios da política. O lado escuro do *consumidor da justiça* é que ele também é o *eleitor*, *contribuinte*, *cidadão*, enfim, *a opinião pública* que pauta e justifica investidas contra a diferenciação do sistema e autonomia das suas organizações.

[688] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p.28. Os autores observam que toda reforma se relaciona com outras reformas, existentes ou potenciais. Uma mudança na legislação do inquilinato pode vir a incrementar a complexidade existente no sistema, com mais demandas sobre o assunto, o que pode levar à criação de tribunais especializados e alterar a forma da prestação de serviços jurídicos por advogados.

[689] É verdade que, no direito, algumas das reformas são orientadas por expectativas atribuídas ao próprio sistema, isto é, reformas para *aprimoramento científico-conceitual*. No entanto, mesmo nessas reformas, é por ser uma perspectiva externa ao sistema que indica que o sistema deve ter coerência lógica ou adequação técnica. É justamente porque adota essa perspectiva externa que a reforma pode escolher, entre várias opções técnicas dadas pela dogmática, aquela considerada melhor. Caso interessante é o da lei nº 11.232/05 que, no âmbito do movimento reformista contemporâneo, alterou o conceito de sentença no art. 162, §1º do CPC. Na redação anterior, sentença era considerada *o ato que põe fim ao processo* contra o qual, conforme previsão do art. 513, cabe recurso de apelação ("da sentença caberá apelação"). A reforma alterou a dicção do art. 162 §1º que passou a designar a sentença como "ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei". A razão é de ordem prática: coordenar o conceito de sentença com os novos procedimentos de execução: se a sentença não põe fim ao processo, não é preciso citar novamente o réu para executar a sentença (porque, nos temos dos arts. 213 e 219 do CPC, é com a citação que se forma a relação processual), bastando dar início à chamada fase de cumprimento de sentença. A *razão de ordem prática* indica exatamente a ideia de atribuição de expectativas ao exterior do sistema, diminuindo assim a exigência de consistência. Para o *consumidor da justiça* (acredita-se) é mais prático executar sem precisar citar novamente. Do ponto de vista conceitual, no entanto, tanto o conceito de sentença (que, se não põe fim ao processo, pode se confundir com as decisões interlocutórias) quanto o de recurso de apelação (que devolve à instância superior toda a matéria justamente porque a sentença pôs fim ao processo) ficam desencontrados. É que, ao passo em que as operações rotineiras do sistema (decisões/contratos) se orientam pelas expectativas internas (porque têm pretensão de validade) as reformas estruturais se orientam pelas expectativas atribuídas ao exterior, o que lhes coloca em posição de passar ao largo das prescrições dogmáticas.

sistema imagina que a sociedade o vê). O sistema não consegue mensurar os resultados das reformas sem concluir pela necessidade de mais reformas.[690]

Para o momento, desse paralelo com a obra de Corsì, duas consequências importantes para o trabalho podem ser extraídas. Primeiro, um caminho metodológico para identificar e distinguir reformas: não limitar a análise a esta ou aquela lei, mas considerar a semântica que permite identificar as expectativas que o direito atribui à sociedade. Segundo, considerar a relação importante entre reforma e *certeza do direito*.

Em algum nível, toda reforma no direito lida com um problema de *incerteza do direito*. A incerteza do direito, como visto, resulta das dificuldades para um observador estabelecer relações entre as operações/observações dos sistemas nas três dimensões do sentido, com operações que são, semanticamente, atribuídas ao exterior: pode-se falar da dificuldade de coordenar autorreferência e heterorreferência. Uma dificuldade inerente à sociedade funcionalmente diferenciada, em que não há um centro ou um vértice que possa apoiar *centros de certeza* para esse tipo de correlação.

A reforma orienta-se selecionando o que deve mudar e o que deve permanecer a partir de expectativas atribuídas ao exterior do sistema (*o consumidor dos serviços judiciários*), isto é, em um nível de abstração que permite generalização nas três dimensões do sentido (como o do *direito fundamental de acesso à justiça*). Por meio da sua semântica interna, o sistema elabora essas expectativas atribuídas ao exterior e constrói estruturas seletivas a partir das quais altera a si mesmo. Reformar, portanto, implica construir critérios para observar o ambiente que possam ser descritos, internamente, como *certeza*. O *recente movimento de reforma*, conforme abordarei adiante, reconstrói essa demanda por certeza de maneira reflexiva: reformas para *mais certeza*.

Antes de analisar as estruturas resultantes desse movimento cabe mais uma reflexão: por que se fala em *movimento* de reforma? O *movimento de reforma* não chega a ser

[690] Esclarecedora dessa desorientação é a colocação de Dinamarco: "já foi quase um modismo discorrer sobre as determinantes lançadas pelas realidades externas sobre a ordem processual, com a necessidade de criar um processo novo, aderente a elas, e capaz de responder adequadamente às novas exigências. Mas quais realidades são essas e em que se distinguem das realidades precedentes? [...] É muito pouco dizer que os desajustes do processo civil de hoje em relação às realidades externas vêm de sua capacidade de acompanhar no mesmo ritmo os movimentos transformadores da sociedade […] Tudo isso é muito pouco, repito, enquanto não formos capazes de encontrar respostas para os reclamos de todos por uma Justiça idônea e sobretudo capaz de oferecer solução para os conflitos postos diante de seus juízes". (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. 3.ed.Malheiros: São Paulo, 2009, p.12).

um *movimento social*,[691] mas o uso da expressão se justifica para designar, mais do que uma corrente teórica descritiva, ou uma proposta dogmática prescritiva, a pretensão política de denúncia do que é considerado problemático nas estruturas existentes e de modificação da legislação. Marca notória do movimento é o fato de que ele não se limita à descrição teórica ou à prescrição dogmática: são elaborados, encaminhados e defendidos, politicamente, anteprojetos de lei. E é a própria dogmática jurídica que serve de apoio semântico para o discurso político que visa à sua aprovação.[692]

Ainda, o movimento define seus objetivos, mas não tem um fim. Ele não termina com a aprovação de determinada lei ou determinada reforma. O movimento vive da sua autorreferência. Ele constitui seus objetivos a partir da atribuição de expectativas ao ambiente e, como essas expectativas são referidas a princípios/instituições/direitos fundamentais com um alto grau de abstração, o movimento nunca termina.

Note-se que a efetividade do processo não é um resultado que se possa ter por atingido. Nem a razoável duração do processo. São valores cuja abstração impulsiona constantemente o *movimento.* E, por isso, em paralelo aos movimentos sociais, o movimento reformista, em termos funcionais, é também um fator evolutivo do sistema jurídico. Daí a ideia de um *movimento*, mais do que uma corrente teórica.[693]

E a história do processo, ao menos no Brasil, se confunde com uma história das reformas do processo. Para compreender o que diferencia a reforma (ou o movimento de reforma) que é objeto do presente trabalho – a qual pretendo relacionar à certeza do direito e

---

[691] Para uma abordagem crítica e reconstrução teórica dos movimentos sociais, à luz da teoria dos sistemas, ver tese vencedora apresentada por Celso Fernandes Campilongo, no concurso de Professor Titular do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo em 2011. (CAMPILONGO, Celso Fernandes. **A interpretação do direito e movimentos sociais** – hermenêutica do sistema jurídico e da sociedade. Tese apresentada ao concurso de professor titular junto ao Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011). Segundo o autor, para a teoria dos sistemas movimentos sociais são também sistemas de comunicação, embora não sejam sistemas funcionais da sociedade. Definem-se pela autorreferência e "são resultado de uma paradoxal tentativa de descrição da sociedade, na sociedade e contra a sociedade", introduzindo complexidade e variação nos sistemas funcionais e na própria sociedade. (p.22).

[692] Comentando a chamada Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil – conjunto de leis que, a partir de 2001, veio aprimorar e corrigir resultados de reformas ocorridas em 1994-1995 – Pedro da Silva Dinamarco observou que "os processualistas passaram a intensificar a utilização de uma arma bem poderosa na luta contra os óbices ao acesso à ordem jurídica justa: a redação dos anteprojetos de leis processuais, bem como o acompanhamento da sua tramitação pelo Congresso". (DINAMARCO, Pedro da Silva. A segunda etapa da reforma do Código de Processo Civil e suas premissas hermenêuticas. In: (Coord.) COSTA, Helio Rubens Batista Ribeiro Costa et al. **A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil**: leis 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 2.

[693] Também Cândido Rangel Dinamarco usa a expressão *movimento reformador* ou *movimento de reforma do processo*. Assim em: DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2001; DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2003.

às relações entre política e direito – é preciso compreender, ainda que de modo panorâmico, esse histórico. Na sequência desse panorama, analisarei os mecanismos que julgo centrais para a compreensão do sentido do movimento reformista (súmula vinculante, julgamento de recursos por amostragem, julgamentos monocráticos/súmulas impeditivas de recursos e o controle externo da magistratura) e, ao final do capítulo, os pontos que considero constituírem o núcleo duro da semântica em que o movimento se apóia e alguns dos seus paradoxos.

6.1 As reformas de 1850 a 1973: processo como questão de Estado

As reformas no processo civil brasileiro remontam às influências do iluminismo jurídico no direito lusitano-brasileiro e, portanto, à consolidação da Modernidade. No Brasil, a Boa Razão da legislação pombalina misturou-se com a razão iluminista dos movimentos abolicionistas, de independência e imperialistas de base constitucional. Na monarquia constitucional brasileira, as formas jurídicas, posto que ainda influenciadas pela legislação pombalina, expressam ideais de certeza do iluminismo jurídico: codificação, simplificação, humanismo e recurso às categorias jurídicas abstratas (como visto no cap.5.3.).[694]

No entanto, esses ideais modernos expressam, ainda, ideais absolutistas de certeza jurídica: centralidade da legislação e da jurisprudência da corte (registrada em *assentos*), luta contra a *interpretatio*, submissão da magistratura à burocracia estatal (com instauração de *juízes de fora* que, nomeados pelo Rei, se sobrepunham aos juízes locais), submissão dos casos lacunosos e duvidosos à interpretação do Monarca, repúdio ao direito romano e a força de lei dos precedentes reais (como visto no cap. 5.2.).[695] Em outras palavras, apesar de incorporar ideais protomodernas, a estrutura da administração da justiça adotava

[694] Como observa Tarello, a fórmula típica das constituições do séc. XVIII e XIX é a das codificações modernas: leis simples, poucas, claras, com categorias abstratas que impõem mecanismos de controle racional-abstrato de certeza. Nesse sentido, a Constituição Imperial aparece como primeira experiência brasileira com as fórmulas modernas de controle da incerteza. Assim as Constituições da Córsega (1755), Estados Unidos (1787), da Comunidade Polaco Lituana (1791), as Constituições francesas do período revolucionário (nove constituições entre 1791 e 1830), da Suécia (1809), Espanha (1812), dos Países Baixos (1815), Grécia (1822), Noruega (1814), República Federal Centro-Americana (1824), Argentina (1813), Chile (1812), Venezuela (1811, 1819), Gran Colombia (1821), Paraguai (1813), Peru (1822) México (1814, 1821, 1824) etc. (TARELLO, Giovani . **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p.22-28).

[695] É o que se extrai da lição de: AZEVEDO, Luiz Carlos de; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de história do processo civil lusitano**. São Paulo: RT, 2009, p.175.

mecanismos de controle fundados nos *centros de certeza* (Gonçalves) típicos da sociedade pré-moderna e que permaneceram nos regimes absolutistas.[696]

A Constituição Imperial de 1824 dá suporte aos vindouros mecanismos, igualmente modernos, de controle da incerteza: os Códigos. [697] Na sua esteira são elaborados o Código Penal (1830), o Código de Processo Penal (1832) e o Código Comercial (1850).[698]

Do ponto de vista da administração da justiça, a Constituição do Império promove uma série de mudanças voltadas à simplificação do processo, com supressão de réplicas, tréplicas e manifestações das partes antes da sentença final e a diminuição do número de recursos.[699] Essas reformas voltavam-se, essencialmente, à *simplificação do processo*, para que pudesse ser mais facilmente manuseável pelos juízes do Monarca, e ao *controle da magistratura*. Ocorriam, portanto, no contexto da consolidação do Poder Imperial absolutista em face de uma magistratura que ainda se apresenta mais como um poder político concorrente e ameaçador do que como a expressão de uma função estatal.[700] As reformas de então

---

[696] Para uma análise completa das várias reformas do Poder Judiciário brasileiro, desde o período colonial: MATHIAS, Carlos Fernando. **Notas para uma história do judiciário no Brasil**. Brasília: Fund. Alexandre de Gusmão, 2009.

[697] Na linha das cartas iluministas, a Constituição Imperial reconhece direitos subjetivos invioláveis, que têm por base a liberdade, a segurança e propriedade, abolindo a tortura e penas cruéis (art. 179). Já se previa também, no art. 179, XVIII, a elaboração de um Código Civil, demonstrando adesão a ideias jurídicas em voga no início do séc. XIX. Ainda, a Constituição Imperial inspira-se, quanto à organização do Estado, no esquema de Montesquieu: divisão de poderes (com acréscimo do poder moderador exercido pelo Imperador) em que, deve ser notado, o poder de julgar se apresenta como uma atividade de pouco relevo político: mera aplicação da lei. Além disso, embora nem todos os privilégios de classe sejam abolidos, é reconhecida uma categoria abstrata de sujeito de direitos políticos, o cidadão brasileiro, e o rol de direitos fundamentais adota a forma racional-abstrata iluminista, como ao dizer que "nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei" (inc. I). A exigência de generalidade da lei é expressa: "nenhuma lei será estabelecida sem utilidade pública" (inc. II). A igualdade abstrata é, inclusive, prevista expressamente, enunciando o inc. XIII que "a lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um". As classes e privilégios, ressalvados os nobiliários, são, ao menos parcialmente, abolidos, como consta do inc. XVI e do inc. XXV, segundo o qual "ficam abolidas as Corporações de Oficio, seus juízes, escrivães e mestres".

[698] O Código Civil, apesar de várias tentativas e projetos, como a importante consolidação do direito privado existente realizada por Augusto Teixeira de Freitas, só viria à luz sob a égide da república, em 1917.

[699] Cumpre anotar também que, logo após a independência, as estruturas judiciárias ainda são aquelas montadas pelo absolutismo. Ao revogar muitos dos privilégios de classe (embora não completamente), extinguindo jurisdições concorrentes com a jurisdição central, a Constituição do império vai também simplificar a administração da justiça (menos cargos e distinções entre julgadores) e suprimir etapas processuais.

[700] Como anota Andrei Korner, no Império dificilmente se pode distinguir entre Poder Executivo (imperial) e um Poder Judicial, ao qual, por exemplo, era vedado julgar questões envolvendo o poder político. Como aponta o autor, "a magistratura imperial não consituía uma burocracia, em primeiro lugar porque o ingresso, a promoção e as remoções não eram executadas segundo normas estabelecidas em estatuto", não sendo senão uma "forma privilegiada de ingresso na carreira política imperial", marcada pela passagem por diversos cargos políticos na Administração, em que se testava a fidelidade política. Além disso, os juízes atuavam simultaneamente nesses cargos e em funções judiciais, ao passo em que funções judiciais podiam ser exercidas por leigos e pela polícia. Ainda segundo o autor, juízes com posicionamento liberal e republicano frequentemente entravam em conflito com o poder imperial, sendo-lhes exigida uma condução partidária. (KORNER, Andrei. **Judiciário e cidadania na Constituição da República brasileira**. São Paulo: Hucitec/Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo, 1998, p.34).

respondiam a um problema de incerteza relativo à própria identificação da autoridade do poder político.

Em 1850, motivado pela dinâmica própria das atividades comerciais (impulsionada desde a abertura dos portos), é promulgado o regulamento nº 737, que disciplina o processo das causas de natureza comercial.[701]

Entre outras coisas, o regulamento 737 prestigia conceitos abertos como *usos comerciais* (art. 2º), prevê tentativa de conciliação prévia obrigatória (art. 23), ação ordinária como categoria abrangente para todas as ações não especificadas na lei (art. 65) – antecipando um sistema de direitos e não de ações –, concentração dos atos em uma única audiência (art. 67 a 73), prazos exíguos e mecanismos mais ágeis. Em outras palavras, o regulamento insere uma considerável complexidade no sistema jurídico, especialmente a ideia de uma ação ordinária abrangente, de complexidade (e, portanto, incerteza).[702] Esse sistema, complexo e incerto, é considerado mais adequado para uma atividade comercial igualmente complexa e incerta.

Em 1871 é realizada uma Reforma do Poder Judiciário, com vistas a centralizar e organizar profissionalmente a magistratura, consolidando a sua subordinação ao gabinete do Imperador. No entanto, com o tempo, essa burocratização leva à progressiva autonomia da profissão e à auto-organização dos Tribunais.

A Constituição de 1824 já havia projetado essa profissionalização com instrumentos como a vitaliciedade dos juízes de direito (em oposição aos juízes de paz, que não eram vitalícios).[703] Com a reforma de 1871, a magistratura é inserida na burocracia imperial, como uma carreira com possibilidade de ascensão, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos: a progressiva autonomia das organizações centrais do sistema

---

A magistratura, portanto, não conta com organizações formais diferenciadas no sistema jurídico (tribunais), sendo mais uma parte da administração estatal.

[701] O regulamento ainda fala em uma *jurisdição comercial*. No entanto, essa jurisdição é exercida por funcionários do império e, nesse sentido, não concorre propriamente com a jurisdição estatal, sendo apenas um caso de especialização pela matéria e procedimento.

[702] Como anota Carlos Fernando Mathias, ao lado de exaltações ao regulamento 737, é preciso considerar críticas como a de José Gomes B. Câmara: "[...] seus 743 artigos causaram tão sensíveis males à mentalidade jurídica brasileira, em particular o de a ter impregnado da visão de enxergar nulidades para tudo e para todas as causas". (Subsídios para a História do Direito Pátrio, Rio de Janeiro: Brasiliana, 1964 apud MATHIAS, Carlos Fernando. **Notas para uma história do judiciário no Brasil**. Brasília: Fund. Alexandre de Gusmão, 2009, p.202).

[703] Segundo Joaquim Nabuco, a delimitação de uma fronteira de independência para a magistratura começa a aparecer em 1850, com o ministro da justiça Nabuco de Araújo, sob a perspectiva da imparcialidade e neutralidade, aposentadoria de juízes e transferência de competências dos juízes leigos para os togados. (NABUCO, Joaquim. **Um estadista do Império**: Nabuco de Araújo. São Paulo: Topbooks, 1997, p.127).

jurídico (os tribunais) é que vai consolidar a diferenciação entre direito e política em que se basea o Estado de Direito Moderno. A reforma de 1871 ainda proíbe que magistrados com postos políticos exerçam cargos e recebam vencimentos também do Poder Judiciário.[704] Assim, embora permaneça a nomeação política dos juízes pelo Imperador (como hoje ocorre no Supremo Tribunal Federal),[705] ao conferir autogestão/auto-organização à carreira, são estabelecidas as condições que levariam à autonomia dos Tribunais e, ao final, à diferenciação do sistema jurídico da política.

A partir da instauração da monarquia constitucional, as sucessivas reformas do processo e da magistratura buscam adaptar os antigos instrumentos absolutistas aos novos contextos políticos. Se o regulamento 737 inseria complexidade para lidar com uma realidade complexa, os códigos modernos atendem às propostas de certeza do direito: um processo simples, com submissão dos juízes ao poder político. Incipientes organizações formais da magistratura vão sendo moldadas para que o poder dos juízes não represente uma ameaça para a governabilidade. A lei codificada é vista como um mecanismo de controle da incerteza na criação do direito e a jurisprudência da Corte, em especial os assentos, como um mecanismo de controle da aplicação do direito.

As reformas processuais do período denotam problemas relacionados à estabilização da Modernidade e da diferenciação funcional entre política e direito. A esses problemas correspondem mecanismos ambíguos, como a subordinação política da magistratura e a jurisdição atribuída ao Monarca (de onde nascem os *assentos* e os julgados com força de lei), que pressupõem um direito indiferenciado da política, ao lado da burocratização da magistratura, que pressupõe o contrário.

---

[704] Na verdade, a reforma de 1871 estabelece as bases para outras minirreformas sucessivas. Em 1873, o decreto nº 2.114 dispõe sobre critérios de antiguidade dos magistrados e o decreto nº 2.342 cria novos sete Tribunais de Relações, suprime a jurisdição dos tribunais de comércio e veda a eleição dos desembargadores aos cargos de senador, deputado e membro da assembleia provincial. Em 1875, o decreto nº 2.684 dá força de lei aos assentos da antiga Casa da Suplicação do Brasil e do recém-criado Supremo Tribunal de Justiça.

[705] Por isso que, como escreve José Renato Nalini, "a elevação da magistratura não significava torná-la independente. Vozes autorizadas do Poder Judicial consideravam perigosa a outorga de independência plena ao juiz. Dentre elas a do Deputado Tristão de Alencar Araripe, que depois veio a ser o primeiro Presidente do Tribunal da Relação de São Paulo. Entendia ele que a independência dos magistrados, tal como proposta pelos liberais era inconstitucional" (**A rebelião da toga**. São Paulo: Milennium, 2006, p.234). O deputado defendia que a Constituição de 1824 mencionava independência do Poder Judicial e não da magistratura, tese que vingou na Reforma de 1871, em que se adotou uma equação entre atividade judicial e policial. A atividade policial do executivo foi, assim, desvinculada do controle judicial, criando, segundo Koerner, limitações às garantias civis, especialmente das pessoas mais pobres, sujeitas a procedimentos de controle judicial ao arbítrio dessas autoridades. (KORNER, Andrei. **Judiciário e cidadania na Constituição da República brasileira**. São Paulo: Hucitec/Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo, 1998, p.115).

As tensões políticas levarão à instauração da República, em 1891, quando se busca construir o modelo norte-americano de federação sobre as bases remanescentes do absolutismo constitucional. Como consequência, é criada a Justiça Federal e aos Estados-membros é outorgada competência para legislar sobre processo.

Com base em Tucci e Azevedo, pode-se dizer que, do ponto de vista do direito processual, a experiência foi pouco significativa, pois os Estado demoraram muito para fazer seus códigos e, no geral, adotaram o modelo do regulamento nº 737 que, por decreto de 1890, tinha sido estendido para as causas cíveis em geral.[706] No entanto, a criação da jurisdição federada faz com que a velha tensão entre juízes togados e juízes leigos – herdada, em última análise, da tensão entre magistratura real (juízes de fora) e local – fosse substituída por uma tensão entre justiças estaduais e justiça federal.

Ainda assim, a criação da República intensifica a crescente diferenciação entre política e direito,[707] mas as tensões entre União e Estados ainda se refletem nos mecanismos de autocontrole do direito. Os problemas de uniformização da jurisprudência refletem problemas de independência dos tribunais estaduais frente à justiça federal (e vice-versa): "nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a justiça federal consultará a jurisprudência dos tribunais locais, e vice-versa, as justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais Federais, quando houverem de interpretar leis da União" (Constituição Federal, 1891, art. 59, § 2º).

As tensões políticas, que eclodem em 1932, fazem com que a distinção entre Justiça Estadual e Justiça Federal funcione como constante fonte de incertezas no sistema.[708] O resultado é uma complexidade intolerável, seja pela impossibilidade de o direito estabilizar

[706] AZEVEDO, Luiz Carlos de; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de história do processo civil lusitano**. São Paulo: RT, 2009, p.187-188. Segundo Nalini, "a existência de uma justiça estadual vinculada e sujeita aos poderes locais não contribuiu para edificar uma certeza de que seus juízes eram independentes. Ao contrário, logo após a Primeira Constituição Republicana, avolumavam-se as críticas a essa opção. Os juízes estaduais não representavam garantia eficaz contra a violação dos direitos individuais e havia coação moral sobre suas decisões". (NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**. São Paulo: Milennium, 2006, p.236-237).

[707] No entanto, aponta Nalini, a ainda frágil autonomia da burocracia da magistratura fazia com que juízes estaduais fossem removidos ou destituídos quando decidiam de modo inconveniente. Além disso, a criação de uma Corte Suprema, nomeada pela Presidência da República, servia para "garantir ao Presidente da República a maioria favorável a seus interesses". (NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**. São Paulo: Milennium, 2006, p.236-237).

[708] A Justiça Federal funcionou até o advento da Constituição de 1937, que a extinguiu, sendo que, mais tarde, por efeito do Ato Institucional nº 2/65 e da Constituição de 1967, foi restabelecida.

a incerteza resultante da tensão política entre Federação e Estados, seja pela convivência dos diversos ordenamentos estaduais.[709]

A reforma constitucional de 1926 buscou mecanismos para estabilizar, política e juridicamente essa incerteza. Assim, redefiniu a repartição de competências entre União e Estados e enumerou matérias em que a União não poderia intervir nos Estados. Nesse contexto, foi ampliada a competência do Supremo Tribunal Federal, a quem caberia recurso "quando dois ou mais tribunais locais interpretarem de modo diferente a mesma lei federal, podendo o recurso ser também interposto por qualquer dos tribunais referidos ou pelo procurador geral da República" (art. 60, III, "d"). Com isso, aumentou a competência do Supremo Tribunal Federal para revisar decisões dos tribunais estaduais. Não obstante, as tensões políticas entre Federação-Estados conduzirão à Revolução de 1930 e ao fim da República Velha, com centralização política totalitária e sensível diminuição da autonomia dos Estados.

A Constituição de 1934 extinguiu a Justiça Federal, mas ampliou as hipóteses de recurso para o Supremo Tribunal Federal. O processo civil, por sua vez, ainda seguia as normas regimentais e a legislação específica dos Estados (sendo que muitos ainda adotavam o regulamento 737), ao passo em que a Constituição de 1934 exigia a unificação e a federalização do Processo Civil. Assim, surge o Código de Processo Civil de 1939, em um clima de restauração política da certeza jurídica – no contexto centralizador da Era Vargas – e implementa o processo civil federalizado, alinhando a um Estado centralizador uma justiça centralizadora na União.

O Código de 1939 aumentou o poder dos juízes na condução do processo, substituindo o antigo modelo duelístico (que concentra a responsabilidade pela condução do

[709] Como observa Mathias, citando Victor Nunes Leal, dada a amplitude da competência deixada ao cargo dos Estados, as Justiças estaduais assumiram as mais diversas formas: "Havia: a) tribunais de apelação nas capitais, denominados diferentemente – Superior Tribunal de Justiça, Tribunal da Relação, Tribunal de Justiça, Superior Tribunal e Tribunal Superior de Justiça; b) juízes de direito, que no Rio Grande do Sul eram chamados juízes de comarca; c) juízes municipais, em alguns Estados denominados juízes distritais ou juízes de distrito; d) tribunais do júri, e e) ou juízes de paz, em regra eletivos". (MATHIAS, Carlos Fernando. **Notas para uma história do judiciário no Brasil**. Brasília: Fund. Alexandre de Gusmão, 2009, p.221). Importante registrar que diversos Estados e o Distrito Federal criaram *Juntas* ou *tribunais correcionais* que, por exemplo, em Alagoas, Bahia e Goiás, foram denominados de *juris correcionais* ou *pequenos juris*, que julgavam de fato e de direito. Em Pernambuco, por sua vez, lei de 1891, criou uma *junta municipal*, para julgar recursos necessários das sentenças dos juízes de distrito.

processo nas partes) por um modelo publicista, concentrando poderes no juiz para a condução do processo e privilegiando a oralidade.[710]

Além disso, foram criados mecanismos tendentes a garantir uma maior previsibilidade da interpretação judicial do direito. Nesse sentido, foi instituído um recurso fundado na divergência entre os órgãos fracionários de um mesmo tribunal quanto a interpretação de questão de direito e a possibilidade de suscitar manifestação prévia do colegiado sobre uma divergência (recurso de revista, CPC 1939, arts. 853-861).[711]

Assim, dispunha o art. 861, que qualquer dos juízes poderia requerer, um "pronunciamento prévio das Câmaras Reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre Câmaras ou Turmas". Com efeito, o requerimento de pronunciamento prévio sobre questão de direito não era um recurso (o pronunciamento prévio não está no rol de recursos do art. 808) nem exigia existência de efetiva divergência, bastando a possibilidade de ocorrer, mesmo *em tese*, divergência sobre a interpretação de norma jurídica. Um verdadeiro meio de controle preventivo da divergência.

Com a mesma lógica, a Consolidação das Leis do Trabalho trouxe mecanismos de controle da interpretação jurisdicional do direito,[712] facultando ao Tribunal Superior do Trabalho estabelecer de ofício, isto é, sem provocação e não necessariamente no julgamento

---

[710] A autonomia das partes permanecia no que dizia respeito à configuração do objeto litigioso e dos pedidos, que limitavam o juiz (vedação da decisão *extra petita*) que, de outro lado, exercia direção do processo "mediante intervenção constante, decisiva e autorizada". (NAVES, Candido. **Impulso processual e poderes do juiz**. Belo Horizonte: Santa Maria, 1949, p.91). Caberia ainda ao juiz dirigir o processo com o ideal de buscar a verdade e, para tanto, tinha amplos poderes instrutórios: podia determinar, de ofício, novas investigações, diligências e esclarecimentos, perícia, caso entendesse necessário para decidir. Além disso, a disposição dos prazos pelas partes – marca do processo liberal napoleônico e do direito brasileiro anterior – é eliminada. As partes já não podem acordar sobre os prazos, o que confere ao juiz o controle sobre o tempo do processo. Trata-se de uma mudança que, como será visto adiante, tem consequências importantes para o conceito de celeridade processual. Além disso, seguindo as linhas da proposta de Chiovenda, adotava-se o princípio da oralidade. Oralidade vinha então associada à publicidade e se opunha à antiga concepção que associava o processo escrito ao sigilo: audiências públicas, debates públicos e o juiz em contato direto com a prova (naturalmente, o legislador tem em mente a prova testemunhal).

[711] É possível vislumbrar, a par do uso político do direito para legitimação do Estado, a reforma do direito pelo Estado para adequá-lo às suas necessidades. Um uso e uma intervenção desse tipo, no entanto, pressupõem a autonomia do direito em relação à política. Nesse contexto, de modo muito interessante, a exposição de motivos se resguarda afirmando que "nem se diga que essa autoridade conferida ao juiz no processo está intimamente ligada ao caráter mais ou menos autoritário dos regimes políticos".

[712] É conveniente lembrar que, posto que outorgada por um governo populista, a Constituição de 1937 trata com autoritarismo e desconfiança os movimentos de trabalhadores. O trabalho é visto como um "dever social" (art. 136). As associações profissionais e sindicais são livres, desde que reconhecidas regularmente pelo Estado (art. 138) e os conflitos trabalhistas subtraídos da Justiça Comum e submetidos a uma justiça de âmbito federal, a Justiça do Trabalho (art. 139). O mesmo artigo que cria a Justiça do Trabalho subordina a considerar a greve e o *lockout* como "recursos antissociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional" (art. 139, parágrafo único).

de casos, *prejulgados* que fixassem a interpretação de uma norma jurídica, cuja observância era obrigatória pelos tribunais e juízos inferiores (art. 902). Uma vez estabelecido o pré-julgado, as Juntas de Conciliação e Juízes de direito ficavam "obrigados a respeitá-lo" (§1º).[713]

No período que vai da instauração da República ao Estado Novo, as reformas processuais também se ajustam pelas crescentes expectativas atribuídas à política. O direito, com tribunais autônomos, já não se confunde com a política e, por esse motivo, precisa lidar com a proteção da autonomia do seu código em face de investidas da política. No contexto da tensão federação/estados, essas investidas ainda ressoam antigas estruturas absolutistas e se refletem nas simetrias entre a semântica política e jurídica. O mesmo discurso populista em que a política de Vargas se apoiava será utilizado pela dogmática jurídica que clama por um novo processo civil. À centralização política, corresponde a instauração de um sistema recursal verticalizado, cujo vértice opera por meio do recurso extraordinário e, no caso da Justiça do Trabalho, se protege por meio dos pré-julgados. As reformas processuais, por sua vez, são orientadas pela construção de expectativas atribuídas à sociedade com a semântica política (que permea a dogmática) de então: o populismo. O processo, afirmam, precisa ser compreensível, já que é responsável pela *segurança nas relações sociais*.[714]

Nesse contexto, fica evidente que o Código de Processo Civil de 1939 atendia a uma necessidade política do regime instaurado em 1937.[715] Para Dinamarco, "como ponto

---

[713] Apenas em 1977 o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Representação nº 946/DF, veio a entender que prejulgado não tem força de ato normativo, porque o art. 902 da CLT foi revogado pela Constituição Federal de 1946. Nesse sentido: CANO, Nei Frederico. A súmula vinculante no âmbito trabalhista. In: **Repertório IOB de Jurisprudência**: trabalhista e previdenciário, nº 22, 1996, p.383. É de se notar ainda que, por ocasião da elaboração do Projeto de Constituição em 1946, o Instituto dos Advogados Brasileiros apresentou a seguinte sugestão para a hipótese de recurso extraordinário fundado em divergência jurisprudencial: "quando ocorrer diversidade de interpretação definitiva de lei federal entre dois tribunais, ou entre um deles e o Supremo Tribunal Federal, neste caso o recurso poderá também ser interposto pelo Ministério Público e, uma vez fixada pelo Supremo Tribunal Federal a interpretação da lei, pela forma e nos termos determinados no regimento interno, dele será tomado assento que os tribunais e juízes deverão observar" apud STRECK, Lênio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro**: eficácia, poder e função. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.110.

[714] O reformador de 1939, contudo, não constrói seus critérios a partir de expectativas atribuídas exclusivamente à política, mas também usa expectativas atribuídas à sociedade. Esse pensamento fica claro na exposição de motivos, em que o Min. Francisco Falcão afirma que o Código novo era necessário porque "a ordem judiciária tornara-se inacessível à compreensão popular, e com isto se obliterava uma das finalidades mais altas do Direito, que é introduzir e manter a segurança nas relações sociais". Enaltecendo as conquistas do novo governo, ressaltou que "a transformação social elevou, porém, a Justiça à categoria de um bem geral, e isso não apenas no sentido de que ela se acha à disposição de todos. Mas no de que a comunidade inteira está interessada na sua boa distribuição [...] Responsável pelos bens públicos, o Estado não poderá deixar de responder pelo maior deles, que é precisamente a Justiça".

[715] Fica nítido no discurso oficial que a atribuição de expectativas à sociedade nada mais é do que a utilização de autodescrições da política, que se moldam a partir da construção semântica de uma opinião pública. Veja-se as palavras do Min. Francisco Campos, para quem o Código era necessário para "aproximar, o mais possível, Governo e Povo" e, dessa forma, "exprimiria, no campo em geral tão impermeável do sistema legal, essa tendência vital do regime, entregando ao povo

positivo de uma evolução, posto que tímida e insuficiente, teve-se no estatuto de 1939 o acatamento das tendências publicizadoras do processo, com o proclamado reforço dos poderes inquisitoriais do juiz [...]".[716]

O modelo publicista/inquisitorial correspondia às necessidades de um Estado totalitário, para quem a jurisdição deveria ser controlável (inteiramente submetida à competência do Supremo Tribunal Federal) e apta a realizar escopos definidos pela política (ou seja, um processo instrumental).[717] Em outras palavras, um Poder Judiciário em que os juízes têm amplos poderes para inquirir e dirigir o processo e poucos poderes para interpretar o direito (já que essa interpretação é definida nas instâncias superiores).

No período entre 1939 e 1973, apesar da nova Constituição de 1946 e das mudanças políticas e econômicas profundas dos anos 1950, observa-se apenas alterações pontuais no processo e no Poder Judiciário. Não parece possível identificar um *movimento de reforma* nesse período, em que houve razoável estabilidade democrática. Apenas em 1963, dois anos após a renúncia do presidente Jânio Quadros (e dos eventos que levariam ao golpe militar de 1964), é encomendado a Alfredo Buzaid um anteprojeto e a exposição de motivos para um novo Código de Processo Civil, que viria a ser publicado apenas em 1973.

O contexto político reflete o progressivo totalitarismo estatal, quando os militares assumem o poder. O Ato Institucional nº 2 garantiu, com amparo da lei, a eliminação da oposição política e a maioria do governo no Supremo Tribunal Federal (que passou a contar com 16 ministros). O Ato Institucional nº 5 implicou o fechamento do Congresso, a suspensão de garantias constitucionais, inclusive a vitaliciedade e a inamovibilidade dos

---

um instrumento fácil e direto para fazer valer os direitos" que a lei civil lhe atribuía. (CAMPOS, Francisco. A reforma do processo civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, abril 1939, p.189).

[716] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2003, p.22. Embora Dinamarco fale de uma passagem do processo liberal (maior disposição pelas partes) para um processo publicista (processo como questão de interesse público) pode-se apontar, com Liebman, que o Código de 1939 foi influenciado tanto pelo código austríaco de 1895, quanto pelo projeto Chiovenda de 1919 o qual, conforme a lição de Tarello, estava mais para um processo autoritário, em que o processo é questão de Estado (e não propriamente de interesse público). (LIEBMAN, Enrico Tulio. Il nuovo "código de processo civil" brasiliano. In: **Problemi del processo civile**. Milano: Morano, 1962, p. 484; TARELLO, Giovani. Il problema della reforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e edeologica del vigente codice di procedura civile. In: **Dotrrine del processo civile** – studi storici sulla formazione del diritto processuale civile. Bologna: Mulino, 1989).

[717] Razão pela qual, pensando nos sistemas processuais soviéticos e nos ocidentais, Hasbscheid afirma que "os sistemas políticos se refletem nas normas constitucionais e têm um efeito direito sobre as bases do direito processual". (HABSCHEID, Walter J. As bases do direito processual civil. Tradução de Arruda Alvim. In: **Revista de processo**. v.11/12., p. 119). Trata-se de uma noção de instrumentalidade do processo (direito como instrumento da política) com a qual, por contraposição, Cândido Rangel Dinamarco constrói a sua teoria da instrumentalidade (relacionada a escopos metajurídicos). (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2002).

juízes, que poderiam ser demitidos, removidos ou aposentados compulsoriamente. Em setembro de 1969, o Ato Institucional nº 13 previu a pena de banimento do território nacional do cidadão "inconveniente, nocivo ou perigoso à segurança nacional". Isso para mencionar uma parte mínima do aparato jurídico formal utilizado pelo regime ditatorial.

Esse é o contexto no qual vem à tona o Código de Processo Civil de 1973, chamado de Código de Buzaid, ainda vigente: um instrumento, segundo a exposição de motivos, "eminentemente técnico, preordenado a assegurar a observância da lei". [718] Sua inspiração é, declaradamente, o projeto de Chiovenda que, como demonstra a análise de Tarello, unia elementos autoritários do processo socialista austríaco, sem os elementos sociais, e acabou influenciando largamente toda uma escola de processualistas italianos (que, no Brasil terá larga inserção por meio de Liebman e da *Escola Processual de São Paulo*) e o *Códice de Procedura Civile*, adotado em 1940 pelo regime fascista.[719]

Também o Código de 1939 havia contado com o apoio da escola de Chiovenda e, em razão do contexto político da sua promulgação, implementava um processo autoritário, dotando o juiz de amplos poderes instrumentais e poucos poderes para interpretar a lei. O foco é a instrumentalização da autoridade do Estado para que, por meio do processo, faça atuar a *vontade da lei sobre a vontade das partes* (Chiovenda), de modo rápido e pouco custoso (ao gosto das soluções totalitárias). Seu instrumento é a neutralidade fria da precisão técnica e da sistematização científica, cujo contraponto é a impermeabilidade às questões sociais.[720] A par

[718] De um modo geral, como se lê da Exposição de Motivos escrita por Buzaid, a reforma processual de 1973 teve por objetivo declarado "pôr o sistema processual civil brasileiro em consonância com o progresso científico dos tempos atuais". Naquela ocasião, tratou-se de aprimorar, simplificar e racionalizar "o sistema do processo civil, por exemplo, evitando a prática de atos processuais inúteis com o julgamento conforme o estado do processo". Se lê na exposição de motivos que "o processo civil deve ser dotado exclusivamente de meios racionais, tendentes a obter a atuação do direito. As duas exigências que concorrem para aperfeiçoá-lo são a rapidez e a justiça. Força é, portanto, aperfeiçoá-lo de tal modo que ele se torne efetivamente apto a administrar, sem delongas, a justiça".

[719] Como aponta Tarello, Chiovenda uniu pensadores alemães e austríacos (Tarello fala em *manipulação*) para construir um processo ainda mais autoritário no qual o modelo de *atuação objetiva da lei* destacava mais a lei que a atuação, acentuando a autoridade do Estado por meio da *substituição da vontade das partes pela vontade da lei* (i.e., vontade do Estado). (TARELLO, Giovani. Il problema della reforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e edeologica del vigente codice di procedura civile. In: **Dotrrine del processo civile** – studi storici sulla formazione del diritto processuale civile. Bologna: Mulino, 1989, p.42-43).

[720] No sistema do Código de Processo Civil de 1973, "o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei" (art. 127). Além disso, a atividade judicante é limitada pelo ordenamento positivado, sendo que "o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei", cabendo-lhe aplicar "as normas legais" e, apenas na falta destas, recorrer "à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito" (art. 126). No mais, "o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte" (art. 128). O *movimento reformista* atual (a terceira etapa da reforma) acrescentará a essas hipóteses, embora não sempre de modo direito, limitações dadas pelas súmulas vinculantes e pela jurisprudência dos Tribunais Superiores.

desse aperfeiçoamento científico e sistemático,[721] observa-se a continuidade entre os códigos de 1939 e 1973,[722] embora os poderes do juiz tenham, assim como sua autonomia no período, diminuído.

Ainda no contexto do totalitarismo, em 1977 uma segunda reforma foi realizada. Sob o pretexto de dar tratamento ao excesso de processos e à morosidade do Poder Judiciário, o Presidente militar Ernesto Geisel promoveu uma Reforma do Poder Judiciário. Para tanto, fechou o Congresso (o chamado Pacote de Abril) e criou um órgão para controle da magistratura, o Conselho Nacional da Magistratura, determinando a elaboração de uma Lei Complementar para dispor sobre organização, funcionamento, disciplina, direitos e deveres dos magistrados, que veio a ficar conhecida como Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN).

O conselho era composto por ministros do Supremo Tribunal Federal a quem competia "conhecer de reclamações contra membros de Tribunais, sem prejuízo da competência disciplinar destes, podendo avocar processos disciplinares contra juízes de primeira instância e, em qualquer caso, determinar a disponibilidade ou aposentadoria de uns e outros" (art. 120). Foi criado também, no âmbito dos Tribunais, um órgão de cúpula (o chamado órgão especial), constituído por até vinte e cinco desembargadores, para o exercício das atribuições de competência do Pleno e para uniformizar a jurisprudência no caso de divergência entre grupos ou seções (art. 144, V).

Apenas o órgão especial poderia declarar, por maioria absoluta, a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos do Poder Público (art. 116). O art. 113 da LOMAN veio prever que a garantia de inamovibilidade dos magistrados poderia ser excetuada

[721] E alguns institutos novos, como o julgamento antecipado do mérito (quando não há matéria fática controvertida ou toda a prova já foi produzida), o chamamento ao processo, o recurso adesivo e a previsão de multa por litigância de má-fé, desobediência à ordem judicial etc.

[722] Segundo Cândido Rangel Dinamarco, "a reforma de 1973 não se caracterizou como repúdio a uma velha estrutura ou aos seus pressupostos, com opção por uma nova, inspirada em novas e substanciais conquistas [...] o Código Buzaid foi ainda o retrato do pensamento jurídico processual tradicional e, nesse plano, não havia tanto a modificar. Urgia, sim, corrigir os defeitos evidenciados pela experiência trintenária e urgia também aperfeiçoar os institutos à luz dos maiores conhecimentos do direito processual, já incorporados à cultura brasileira na década dos anos setenta – graças, particularmente, ao fecundo lavor do Mestre Enrico Tulio Liebman e da brilhante plêiade por ele modelada na Escola processual de São Paulo". (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 22-23). Mais adiante, aponta enfaticamente que o Código de 1973 "não inovou revolucionariamente em relação ao de 1939. As categorias fundamentais que compõem a ordem processual – jurisdição, ação, processo e defesa – permaneceram configuradas e entrelaçadas pelos mesmos modos e critérios [...] o vigente Código de Processo Civil não representou uma revolução metodológica, ideológica ou estrutural em relação ao precedente. Consagrou um modelo processual equivalente ao que tínhamos antes, embora revestindo de melhor aspecto estético alguns institutos". (p.23-24).

por “motivo de interesse público”, assim determinado pelo órgão especial, por votação secreta de dois terços dos seus membros. Adota-se o duplo critério da antiguidade e do merecimento para a promoção dos juízes (art. 144, II, a), de modo que pela mera antiguidade já não pode mais um juiz galgar a carreira até os Tribunais (ou seja, um critério subjetivo é inserido na apreciação).

A reforma de Geisel instituiu também a competência avocatória, garantindo ao Supremo Tribunal Federal a competência para, a pedido do Procurador Geral da República, avocar qualquer feito, processado perante qualquer juízo ou tribunal, “quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido” (art. 119, I, “o”).

Ou seja, em complemento ao modelo processual instaurado em 1973 (que, em termos ideológicos, consolidou o modelo de 1939), promoveu-se uma reforma na organização dos Tribunais, com a criação de órgãos de cúpula e um órgão de controle externo. Para ter a impressão de que compreende e controla o direito, a política cria organizações dentro das organizações já existentes. Os mecanismos de supressão de incerteza acabam por submeter a própria atividade jurisdicional à correção por parte de instâncias hierárquicas mais elevadas e que, para a política, parecem governáveis, pois adotam uma auto-organização interna familiar para a política (mecanismos de representatividade – eleição ou nomeação – vínculos hierárquicos, decisões vinculantes de toda a organização etc.).

No entanto, a autopoiese dos sistemas sociais tende a reforçar a autonomia do sistema e o operar dessas organizações, assim como o operar do próprio sistema jurídico permanece opaco, intransparente para a política. Em termos sistêmicos, o sistema jurídico descreve a si mesmo por meio da dogmática jurídica e utiliza essas descrições para corrigir a si mesmo, estimulando a alteração das suas estruturas. Quando a dogmática orienta suas descrições a partir da atribuição de expectativas ao ambiente do sistema e, ao fazê-lo, incorpora a semântica dominante na política, o sistema cria a impressão de conformar suas estruturas à política. Mas essa é só uma nova autodescrição do sistema que, no mais, permanece incerto e imprevisível, operativamente fechado e cognitivamente aberto.

No entanto, aumenta-se o risco de que a decisão judicial se oriente mais por uma premissa hierárquica (determinação do Tribunal superior) do que pelos programas do

sistema, o que pode levar à sobreposição do código da política ao código do direito. De outro lado, apesar da expectativa política de que, por força da carreira, os Tribunais Superiores e órgãos de cúpula se comportem de modo *politicamente* previsível, o aumento de poderes desses tribunais pode levar a um incremento da autonomia, aumentando assim a percepção de que, para a política, as operações do sistema jurídico são ininteligíveis. Vale apontar que o ex-presidente Lula se referia a esse mesmo sistema – cheio de mecanismos de controle político – quando disse ser necessário uma Reforma para "abrir a caixa-preta do Judiciário".[723]

Sem desmontar esse sistema processual e a estrutura judiciária, uma série de reformas e inovações nos anos 1980 e início dos anos 1990 será responsável pela inserção de elevada complexidade, tanto nas estruturas quanto na semântica da dogmática jurídica. O atual *movimento de reforma do processo* tem por ponto de partida essas reformas, que estão relacionadas ao tema do acesso à justiça e serão analisadas a seguir.

6.2 As reformas dos anos 1980: acesso à justiça

A reestabilização democrática no Brasil a partir dos anos 1980 foi acompanhada de profundas mudanças institucionais, que culminariam na Constituição de 1988. Na esteira dos estudos do acesso à justiça, realizados nos anos 1970, medidas legislativas voltadas a diminuir obstáculos financeiros, a desigualdade entre partes litigantes e o fato de dar representatividade a interesses de toda a coletividade (os interesses difusos) vão tomando corpo e transformando a atividade jurisdicional, sem, no entanto, desmontar o sistema anterior.

De um lado, trata-se de remover os óbices que impedem o acesso de determinados litígios aos tribunais. De outro lado, trata-se de garantir o acesso a uma ordem jurídica justa, ou seja, capaz de decidir, com justiça, de um modo que produza resultados úteis a quem tem razão. Por isso, Cappelletti e Garth apontam tanto a necessidade de modificações

[723] Discurso proferido em abril de 2003, na sede do governo em Vitória, ES. Houve repercussão em toda a mídia, especialmente porque o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Gilmar Mendes, cobrou explicações sobre a declaração. Disponível em: http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI106701EI306,00Lula+tera+que+explicar+caixapreta+do+Judiciario.html. Acesso em: jun.2013.

técnico-estruturais[724] quanto uma mudança de *mentalidade*, abandono de formalismos e rigidez.

A conjugação da obra *Acesso à Justiça* com a obra *Juízes legisladores?* mostra ainda a importância, para Cappelletti, de que os juízes possam decidir com certo grau de liberdade no que se refere à interpretação do direito, para que se possa falar em *ordem jurídica justa*. A dogmática jurídica, em especial a doutrina processual, incorpora profundamente as questões e a perspectiva suscitada pela noção de acesso à justiça. No entanto, já não se trata de atribuir expectativas ao exterior do sistema relativas aos programas do Estado, mas sim, com referência à opinião pública. A figura do *consumidor dos serviços judiciários* corresponde a essa perspectiva: um direito que se amolda às expectativas e demandas na própria sociedade.

Mas, pode o direito reformar a si mesmo pautado em expectativas atribuídas à sociedade como um todo? O direito está na sociedade, é parte da sociedade, seu operar realiza a sociedade, portanto, não é possível separar sociedade e direito. Quando o direito *observa* a sociedade ele, na verdade, está observando as descrições com as quais descreve e observa suas próprias operações. Assim, o direito eleva o grau de abstração para produzir representações da sua unidade: a *norma jurídica fundamental* de Kelsen e o *direito tridimensional* de Miguel Reale são exemplos desse tipo de exercício.

O interessante no caso do *consumidor da justiça* é que, a par da cadeia de abstrações, que permite ao direito representar a si mesmo dentro do sistema, observa-se a formação de uma hierarquia. Em um Estado Democrático de Direito, o *consumidor da justiça* também representa a *opinião pública*, o *eleitor*, o *cidadão de quem emana todo o poder*. O direito atribui ao *consumidor da justiça* (uma construção interna do sistema jurídico) a prerrogativa de corrigir o direito e isso permite que as estruturas do sistema se exponham à alteração. Em estreita relação com essa semântica, uma série de leis nos anos 1980 são promulgadas com o intuito de adaptar os programas do sistema a descrições que apresentam um outro perfil para a autorrepresentação do direito.

---

[724] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998. Para os autores, os principais óbices ao acesso à justiça demandavam reformas nos serviços de assistência judiciária e custas processuais, superando as barreiras financeiras/socioculturais de acesso aos tribunais. Muitos litígios não chegam ao Poder Judiciário em razão do valor da causa. Outros conflitos não chegam ao Poder Judiciário em razão da dispersão dos interessados e da necessidade de organização, à qual deve corresponder um processo adequado. Os interesses difusos, para chegarem ao Poder Judiciário, precisam de reformas relativas à organização da sua representação e reformas processuais nas regras de legitimação para agir e procedimento.

Em 1981, a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81) traz ao ordenamento um novo modelo legislativo, de políticas públicas, baseado em princípios, objetivos, instrumentos e uma estrutura administrativa responsável pela implementação de políticas públicas ambientais, inclusive com a ação de responsabilização civil do causador de dano ambiental.[725] Nesse mesmo ano, tem início a reforma institucional do Ministério Público, por meio da Lei Complementar nº 40/81, que vai reconstruir o *Parquet* como uma instituição legitimada à demandar a tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos. Em 1984 são criados os Juizados de Pequenas Causas (Lei nº 7.244/84), que abrem espaço para a judicialização de conflitos que, antes, pelo pouco valor envolvido e pela dificuldade de lidar com os trâmites judiciais, não eram levados ao Poder Judiciário (dando vazão à chamada litigiosidade contida).[726] Na sequência, é criada a ação civil pública (Lei nº 7.347/85), que busca viabilizar, do ponto de vista processual, a tutela jurisdicional dos interesses difusos. Em 1988 a Constituição Federal enfatiza a noção de uma jurisdição universal – capaz de tutelar todo tipo de interesse – como direito público subjetivo. Em 1990 entram em vigor o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor, com novas figuras processuais para a tutela de situações massificadas e consolidando um tratamento jurídico para situações antes intangíveis.[727]

Essas reformas se orientaram pelo ideal do acesso à justiça: reformulação de serviços de assistência judiciária, Juizado de Pequenas Causas, construção dos interesses difusos e coletivos como direitos subjetivos, legislação que estabelece caminhos processuais para a tutela desses interesses etc. Tudo isso por meio da construção de estruturas paralelas àquelas já existentes, tanto do ponto de vista do ordenamento (são criados vários microssistemas) quanto do ponto de vista dos tribunais (justiças, juizados e varas especializadas). A essas circunstâncias corresponde uma dogmática processual que incorpora,

---

[725] Não obstante, é curioso notar que só com a Constituição de 1988 pode-se falar em um *direito ao meio ambiente* (art. 225). A Política Nacional de Meio Ambiente traz uma série de deveres, ao Estado e ao particular, para implementar uma política pública, mas não aborda no meio ambiente como um *direito.*

[726] A expressão é de Kazuo Watanabe, para se referir à consequência dos litígios que, pelo seu baixo valor, não são levados ao Poder Judiciário (cujo custo inviabiliza), mas que nem por isso deixam de existir. (WATANABE, Kazuo. Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas. In: (Coord.) WATANABE, Kazuo. **Juizado Especial de Pequenas Causas.** São Paulo: RT, 1985, p.2).

[727] Ao menos no seu aspecto civil, tanto o exercício do poder familiar quanto a relação de consumo só tinham tratamento jurídico com referência específica aos problemas patrimoniais. Assim, dependendo do valor envolvido, a questão poderia ser submetida ao Poder Judiciário que a decidiria com instrumentos de direito civil. Essa nova legislação cria verdadeiras políticas públicas e padrões jurídicos de proteção, confiança e tutela mesmo (e enfaticamente) nos aspectos não patrimoniais da relação. Ou seja, dão forma jurídica a interesses (e conflitos) que não encontrariam guarida de outro modo.

cada vez mais, a noção de *instrumentalidade*, segundo a qual o processo é um instrumento não só para a atuação do direito (material), mas também para a realização de escopos estatais metajurídicos, isto é, políticos, jurídicos e sociais que nada mais são do que escopos da política em um contexto democrático.[728]

Nos anos 1980, essas reformas foram possíveis sem o desmonte das estruturas anteriores, isto é, por meio de estruturas paralelas. A interferência da semântica e dos programas políticos parece menor, pois nessas estruturas seguem garantidos amplos poderes de interpretação do direito e a decisão por equidade. A partir dos anos 1990, no entanto, a semântica do *acesso à justiça* se difunde e as reformas incidem sobre as estruturas centrais do processo e do Poder Judiciário. Seu resultado, no entanto, parece se afastar bastante das concepções originais do acesso à justiça. Antes, se falava em flexibilização dos institutos processuais, decisão por equidade, molecularização das demandas e liberação da litigiosidade contida. Agora, o *movimento de reforma* aponta para a necessidade de uniformização, enrijecimento da interpretação do direito, massificação das demandas individuais e desjudicialização dos conflitos. No próximo item analisarei as reformas sucessivas ocorridas no início dos anos 1990 e que conduziram ao atual *movimento reformista*.

6.3 As primeiras etapas da reforma: reformas de efetividade

A partir do início dos anos 1990, a doutrina identifica, de modo geral, três fases, ou etapas, da reforma do processo civil, intermediadas pela reforma constitucional do Poder Judiciário (Emenda Constitucional nº 45/04).

---

[728] Trata-se duma perspectiva completamente imersa nas premissas reformistas mencionadas. Daí Cândido Rangel Dinamarco (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2002) onde afirma "este estudo pretendeu ser uma síntese das novas tendências metodológicas representadas pela bandeira da efetividade do processo, pelo destaque ao seu caráter instrumental e pela exaltação de sua missão relevantíssima perante a sociedade – e não mais apenas perante o direito material, como se acreditava antes" (p.13). Mais adiante, o autor, explicando os escopos metajurídicos, aponta que "pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um instrumento, enquanto não acompanhada da indicação dos objetivos a serem alcançados mediante o seu emprego [...] o raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos propósitos norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam [...] sua legitimidade há de estar apoiada não só na capacidade de realizar objetivos, mas igualmente no modo como estes são recebidos e sentidos pela sociedade". A grande premissa metodológica do processo consiste no "enfoque instrumentalista e teleológico do processo mesmo, considerada agora como um sistema aberto e dependente, legitimado pela aptidão que tenha e positive de prestar serviços à comunidade [...] a instrumentalidade do sistema processual é alimentada pela visão dos resultados que dele espera a nação". (p.181-183). No entanto, apesar dessa perspectiva, o autor admite que, sendo a jurisdição "uma expressão do poder estatal, tem implicações com a estrutura política do Estado. Ela reflete, na conjuntura em que se insere, a fórmula das relações entre o Estado e sua população, além de servir de instrumento para a imposição das diretrizes estatais". (p.185).

A distinção é cronológica. A primeira etapa pode ser identificada com as reformas ocorridas entre 1990-1995. A segunda, com as reformas ocorridas em 2001-2002. Em 2004, ocorre a reforma constitucional do Poder Judiciário e, de 2005 em diante, a terceira etapa. Os mecanismos mais diretamente ligados ao objeto deste trabalho estão previstos na reforma constitucional e na terceira etapa da reforma do processo civil.

Ainda em 1992, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), o Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e a Escola Nacional da Magistratura formaram um verdadeiro *movimento* de reforma do processo, que levou o Ministério da Justiça a formar uma comissão, presidida pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, do Superior Tribunal de Justiça.[729] Sem a pretensão de reformar o modelo anterior, a ideia da comissão foi a de promover minirreformas nos pontos considerados sensíveis, do ponto de vista da fluidez do processo, acentuando a preocupação pragmática em detrimento da meramente conceitual.

O início das modificações ocorridas na primeira etapa pode ser marcado pela alteração no procedimento de citação (passa-se a admitir a citação pelo correio em vez de pessoal, por oficial de justiça pela Lei nº 8.710/1992) e a extinção do procedimento de liquidação de sentença por cálculos do contador, permitindo que a própria parte que deseja executar uma sentença apresente os cálculos necessários (Lei nº 8.898/1994).

Dentre as alterações mais relevantes dessa primeira etapa da reforma está a Lei nº 8.952/94 que, entre outras coisas, aumentou os poderes do juiz para *antecipar a tutela jurisdicional*. Assim, mais do que medidas acessórias para assegurar o resultado útil do processo (como a proibição da venda de bens em disputa), o juiz é autorizado a antecipar o próprio resultado do processo quando as alegações forem verossímeis e houver receio de ineficácia do provimento final (por exemplo, obrigando uma seguradora a, desde logo, custear realização de uma cirurgia cuja cobertura contratual é discutida).

O abuso do direito de defesa também é previsto como fundamento para antecipar a tutela. Além disso, também são aumentados os poderes do juiz no que se refere à execução das *obrigações de fazer* ou *não-fazer*, afastando a tradicional solução de conversão

[729] Nesse sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 33-34. Ainda, como aponta o autor, integravam a comissão juristas notáveis, como Athos Gusmão Carneiro, Ada Pellegrini Grinover, José Carlos Barbosa Moreira, Kazuo Watanabe, Humberto Theodoro Júnior, Celso Agrícola Barbi, Sérgio Sahione Fadel e José Eduardo Carreira Alvim.

da obrigação em perdas e danos.[730] São mecanismos que já estavam previstos nas estruturas paralelas desenvolvidas nas reformas dos anos 1980, especialmente no Código de Defesa do Consumidor e Lei da Ação Civil Pública (que já previam a tutela antecipada e execução de obrigações específicas) e que passam a ser incorporadas nas estruturas centrais do processo civil ordinário.

Essas alterações têm por bandeira (isto é, se descrevem) a *efetividade do processo* que, conforme a lição atribuída à escola de Chiovenda, deve ser capaz de propiciar a quem tem um direito "tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter".[731] Trata-se de conferir "maior agilidade e funcionalidade ao sistema, para cumprimento da promessa constitucional de uma tutela jurisdicional efetiva e tempestiva".[732]

Para tanto, é preciso aumentar os poderes do juiz na condução do processo, no controle do tempo do processo e das sanções aplicáveis às partes. Trata-se do modelo do juiz com amplos poderes instrumentais e poucos poderes jurisdicionais (para interpretar o direito ou decidir de acordo com a equidade). A Lei nº 8.038, de 1990, ao regulamentar o trâmite dos recursos nos Tribunais Superiores (o recém-criado Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, cuja competência fora alterada) já havia estabelecido a possibilidade de o relator de um recurso julgá-lo monocraticamente (sem submeter o recurso ao órgão colegiado), especialmente nos casos em que já existia súmula sobre a matéria (art. 38).[733]

Também coube à Lei nº 8.038/1990 instituir a *reclamação*, mediante a qual a parte pode pedir ao Tribunal que casse decisão, de qualquer outra instância, para garantir a competência ou a autoridade de decisão do Tribunal (art. 13).[734] Ou seja, em contraponto aos

---

[730] Art. 461, "§1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. §4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. §5º Para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial".

[731] CHIOVENDA, Giuseppe. Dell'azione nascente dal contratto preliminare. **Rivista di Diritto Commerciale**, nº03, 1911, p.110.

[732] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2003, p.19.

[733] Art. 38 O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou, improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal.

[734] O movimento atual de reforma do processo tem grande afinidade ideológica e mecanismos análogos aos estabelecidos pela lei nº 8.038/90 nos Tribunais Superiores. Trata-se, em larga medida, de duplicar essa sistemática nas instâncias inferiores e tornar ainda mais restrito o acesso às instâncias superiores.

poderes na condução do processo estão mecanismos que, ao menos no vértice da hierarquia dos tribunais, delimitam a variação do sentido do direito.[735]

A *segunda etapa* da reforma (ou a Reforma da Reforma, como chamou Dinamarco) refere-se às alterações legislativas no processo civil ocorrida nos anos 2001-2002, também projetadas, organizadas e impulsionadas pelo *movimento* que promovera a primeira etapa.[736] As novas reformas foram fruto, principalmente, de três leis: Lei nº 10.352/01, Lei nº 10.358/01 e Lei nº 10.444/02. Dentre as alterações mais relevantes estão o endurecimento das penas por deslealdade processual e *contempt of court* (art. 14, V); a fungibilidade entre a tutela antecipada e a medida cautelar (art. 273, § 7º); a ampliação do efeito devolutivo da apelação contra uma sentença terminativa, o que permite ao tribunal apreciar questões de mérito que o juízo de primeiro grau, tendo extinguido o processo, não o fez (art. 515 § 3º); a diminuição dos casos de cabimento de agravo de instrumento (art. 523, § 4º), entre outros.[737]

As alterações dessa *segunda etapa*, no mesmo espírito da primeira reforma, orientam-se pela bandeira da efetividade, descrevem-se pela sua própria semântica reflexiva como programas capazes de propiciar efetividade, atribuindo expectativas ao *consumidor dos serviços judiciários*, paradigma fornecido pelos movimentos dos anos 1980.[738]

Esse movimento de reforma – primeira e segunda etapas – pautado essencialmente pela semântica da *efetividade*, encontra prosseguimento na Reforma Constitucional do Judiciário e na terceira etapa da reforma. É um movimento que não terminou. Propostas continuam a ser elaboradas e impulsionadas sob a bandeira da efetividade. Os programas trazidos por essas reformas atuam, essencialmente, sobre os

---

[735] Merece referência o fato de que, em 1995 e 1998, esses mecanismos seriam estendidos para os Tribunais de Segunda Instância. A Lei nº 9.139/95 permite ao relator de recursos nos tribunais negar seguimento ao recurso, isto é, negar o direito a um julgamento pelo órgão colegiado, podendo inclusive dispensar manifestação da parte contrária, quando a tese defendida no recurso estiver em desacordo com súmula ou jurisprudência dominante do próprio tribunal ou do tribunal superior. Três anos depois, a Lei nº 9.756/98 ampliou esse poder e permitiu ao relator de recursos nos tribunais, sem submeter o recurso a um julgamento do órgão colegiado, em decisão monocrática, dar provimento ao recurso quando a decisão recorrida estiver em desacordo com súmula ou jurisprudência dominante do tribunal ou de tribunal superior (CPC, arts. 544, §3º e 557 §1ºA).

[736] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2003, p.40-41.

[737] Não menos importante, em 1999 a lei nº 9.800 já havia previsto a possibilidade de peticionar em juízo por meios eletrônicos (no caso, via fax), uma tecnologia que viria a efetivamente, nos anos vindouros, revolucionar a prática judiciária (embora não suas estruturas). Desde fevereiro de 2013 passou a ser obrigatório o peticionamento por email nos processos em trâmite nas varas cíveis do Foro Central da Comarca de São Paulo, se expandindo para todo o Estado conforme cronograma do Tribunal (http://processoeletronico.aasp.org.br/cronogramaimplantacaopumatjsp). O mesmo pode ser dito sobre a penhora *on line* de valores em conta corrente bancária e aplicações financeiras, instituída pela Lei nº 11.832/2006, na terceira etapa da reforma. A estrutura judiciária e a essência da atividade judicante não se alterou, mas sim a prática forense que, ao ganhar em complexidade, aumentou as possibilidades de coordenação temporal de programas do processo com outros programas das partes.

[738] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2003, p.36.

poderes instrutórios e executivos do juiz, garantindo-lhe acesso cada vez mais direto aos mecanismos do poder de polícia estatal, possibilidade de aplicar multas e sanções de naturezas diversas, acesso a informações patrimoniais detalhadas das partes, poder para congelar e alienar de bens da parte, desconsiderar a personalidade jurídica, seja para atingir empresas de um mesmo grupo, seja para atingir bens pessoais dos sócios etc..

A par dessas medidas de aumento dos poderes do juiz, a *segunda etapa da reforma* também trouxe programas retomados enfaticamente pelo *atual movimento reformista*, em especial, a diminuição das etapas procedimentais necessárias (citações e intimações pessoais da parte, número mínimo de diligências prévias, possibilidade de adoção de meios eletrônicos etc.), dos recursos cabíveis e do efeito suspensivo que tenham eventualmente (para suspender os efeitos dessas medidas).[739]

Parece correto afirmar que efetividade relaciona-se com certeza, pois é a possibilidade de o *consumidor da justiça* calcular os efeitos da decisão judicial sobre outros aspectos da sua vida (certeza na dimensão objetiva). Em termos sistêmicos, os mecanismos de efetividade reforçam e se utilizam dos acoplamentos estruturais entre direito, economia e política, de modo que as operações do sistema jurídico tenham ressonância nos demais sistemas, embora com impacto limitado em razão da natureza episódica do sistema do processo judicial.

Acoplamentos estruturais, como já visto (cap. 2.1.4), são estruturas que demarcam, em dado sistema, a ocorrência de operações em outros sistemas, ou seja, produzem sentido a partir da simultaneidade de operações, o que parece ser o caso dos mecanismos de execução das decisões judiciais (como a penhora de bens ou a reintegração de posse).[740] Justamente porque atuam nos acoplamentos, esses mecanismos permitem à dogmática jurídica descrevê-los como redutores de incerteza (ou produtores de certeza quanto aos efeitos da

[739] Muitas das alterações promovidas na terceira etapa da reforma continuam esse movimento, como por exemplo, o fim da antiga distinção entre processo de conhecimento e processo de execução (Lei nº 11.232/2005), dispensando a parte autora, vencedora em um processo de conhecimento, da promoção de todo um novo processo (com nova citação, custas etc.) para executar a condenação prevista na sentença.

[740] O direito acopla-se à economia por meio dos contratos e à política por meio da Constituição. Mas isso não esgota os acoplamentos existentes ou possíveis. Os mecanismos de execução das decisões judiciais parecem situar-se bem no conceito de acoplamento estrutural. Sobre o conceito: LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Rafaelle.**Teoria della società**.11.ed. Milano: FrancoAngeli, 2003, p.33. Sobre os acoplamentos estruturais do sistema jurídico: LUHMANN, Niklas. Operational closure and structural coupling: the differentiation of the legal system. In: **Cardozo Law Review**, nº 5, v.13, p.1.419.1441. Como explica o autor, "o acoplamento estrutural entre sistema e ambiente não contribui com operações (ou outros componentes) para a reprodução do sistema. Trata-se simplesmente da forma específica por meio da qual o sistema pressupõe estados ou mudanças no seu ambiente e confia neles" (p.1.432).

decisão), na medida em que criam a impressão de harmonia operacional entre sistemas, diminuem a desorientação do observador que tenta, dentro de uma mesma distinção, relacionar sistemas diversos.

O caso típico da penhora de valores em conta corrente pessoal do sócio de uma empresa devedora pode ser descrito, a um só tempo, como uma operação do sistema jurídico (ordem de penhora), econômico (transfere uma dívida da empresa para o sócio e bens do sócio para o credor da empresa) e político (o acesso do juiz à conta bancária é viabilizado por um convênio do Poder Judiciário com o Banco Central).

Nesse sentido, a efetividade parece reduzir incerteza (previsibilidade dos efeitos), o que não deixa de ser curioso, pois o fato de que o juiz (direito) pode fazer uso direto de força policial (isto é, sem precisar percorrer os caminhos políticos do comando militar) para, por exemplo, concretizar uma dada obrigação de fazer específica (art. 461) e, com isso, alterar a distribuição de riquezas, é uma fonte de extrema complexidade para todos os sistemas envolvidos.

As incertezas sobre a concretização dessa certeza são muito maiores: haverá apoio da força policial? Essa força será suficiente? O devedor terá patrimônio? O patrimônio terá valor? Terá liquidez? Os acoplamentos estruturais produzem a impressão de harmonia/simetria entre o interior e o exterior do sistema (trata-se, na verdade, de mera simultaneidade operacional). A semântica do sistema jurídico descreve essa situação como *previsibilidade*. Isso parece reforçar a premissa da tese aqui aventada e desenvolvida de que a incerteza é uma forma de descrever o sistema e não um estado de coisas. Seja como for, a efetividade do processo propicia uma elevada capacidade de condicionar as expectativas das partes em relação aos três sistemas (política, direito e economia), mas pouca capacidade de generalização dessas expectativas para outros casos, pois limitada ao sistema episódico do processo.

Essa orientação à efetividade permanece nas reformas ulteriores. Mas o paradigma do *consumidor da justiça* produziu também uma semântica reformista nova, impulsionando reformas com uma abordagem diversa, lideradas por outro *movimento*. Trata-se da semântica da celeridade, cujo subproduto, como se verá, é o ressurgimento da previsibilidade que, de critério valorativo dos programas passa a ser um programa em si, que se orienta pela uniformização da jurisprudência, com o que se espera reprimir a interpretação

judicial do direito, e a supressão de etapas procedimentais, com o que se diminui não só o possível tempo de duração do processo, mas a expectativa de influenciar uma decisão que precisa estar pré-determinada pela jurisprudência uniformizada.

6.4 Do projeto do Banco Mundial à reforma constitucional do Judiciário: efetividade *vs* celeridade/previsibilidade

O atual movimento de reforma do processo (*terceira etapa*) se caracteriza pelo fato de que seus mecanismos se voltam mais à restrição dos poderes jurisdicionais do juiz (aqui entendidos do ponto de vista dos poderes para interpretar o direito) do que ao aumento, por exemplo, dos seus poderes instrutórios. Trata-se de uma tendência rumo ao que Tarello descreve como um modelo autoritário de processo. O presente trabalho pretende observar, de maneira mais específica, os mecanismos referentes a esse último caso: diminuição dos poderes para interpretar o direito como forma de legitimar a supressão procedimental. Trata-se de observar as distinções utilizadas pela semântica reflexiva do *movimento* e, depois, os aspectos operacionais dos seus mecanismos. Para compreender a formação desse pensamento e desse movimento, é importante voltar alguns momentos na linha cronológica.

Logo após a Constituição de 1988, surge a proposta de uma reforma constitucional do Poder Judiciário cujos escopos centrais diziam respeito à necessidade de reestruturar a carreira da magistratura. A Constituição de 1988 havia criado o Superior Tribunal de Justiça, extinto o Tribunal Federal de Recursos e alterado a competência do Supremo Tribunal Federal. A par disso, havia toda uma legislação do período ditatorial (especialmente a LOMAN) que precisava ser conciliada com a nova agenda institucional de um Estado Democrático de Direito.

O reflexo mais imediato dessa necessidade foi a Lei nº 8.038/1990. Em termos cronológicos, é obrigatório situá-la com a primeira etapa das reformas processuais. No entanto, a sua lógica e seus mecanismos se aproximam bastante da atual *terceira etapa* da reforma. Nota-se que a Lei nº 8.038/1990 não é fruto dos trabalhos da comissão capitaneada pelo Min. Sálvio Figueiredo (formada apenas em 1992) e apresenta muito da lógica que orienta o atual movimento de reforma do processo: valorização das súmulas como regra de julgamento/óbice recursal, desprestígio do julgamento colegiado e a possibilidade de, por

meio de um instrumento administrativo (a *Reclamação*), pedir ao Tribunal a cassação de uma decisão judicial (e não a sua revisão por meio de recurso). Trata-se da mesma lógica do atual *movimento reformista*: reformas para um Poder Judiciário que interprete o direito de modo mais previsível e a supressão de etapas procedimentais para obter decisões mais céleres.

Inicialmente, as propostas de reforma do Poder Judiciário apontavam a necessidade de se recrutar juízes mais aptos para responder aos novos tipos de conflitos que, por força das reformas dos anos 1980, chegavam ao Poder Judiciário. Em 1992, o deputado Hélio Bicudo (PT) apresentou a Proposta de Emenda Constitucional nº 96/92, por meio da qual se buscava descentralizar o Poder Judiciário, "para diminuir a distância entre o juiz e o cidadão".[741] Como se extrai da justificativa daquele projeto "a Justiça, em seus vários setores precisa modernizar-se, com a consciência de que os juízes fazem parte da comunidade e que somente enquanto participem da comunidade podem distribuir Justiça". Tratava-se, então, de "uma nova organização da carreira de juiz, fixando-o mais demoradamente à comunidade". Uma abordagem, portanto, muito próxima das propostas do *sociologismo* para a certeza do direito (v. cap. 1.1.2).

A preocupação com a formação e a capacitação do juiz justificava também a proposta de "uma intervenção mais intensa do Congresso Nacional na investidura dos magistrados dos tribunais superiores".[742] Contudo, o autor do projeto se opunha à criação de um órgão externo de controle do Poder Judiciário. Segundo afirmou, seria

> um órgão burocrático [...] e se há problemas de desmandos no Poder Judiciário, nada impede que nesse órgão aconteça o mesmo. Seremos obrigados, então, a criar outro órgão para fiscalizar o recém-criado? [...] é por isso que acredito que a descentralização resolverá o problema do Judiciário, já que a população estará por perto e saberá o que está acontecendo.[743]

A reforma do Poder Judiciário e do processo civil parecia, na proposta do deputado Hélio Bicudo, seguir o caminho do aumento dos poderes do juiz sobre o próprio direito. Buscava-se um juiz mais próximo da comunidade e capaz de realizar uma justiça do caso concreto (e, nesses termos, previsível, porque já nasce adequada às expectativas das

---

[741] Entrevista publicada na Revista de Estudos Avançados, v. 18, nº 51, São Paulo, 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010340142004000200009&script=sci_arttext. Acesso em: jul.2010.
[742] Diário do Congresso Nacional, Seção I, nº 58, ano XLVII, 1º de maio de 1992, p.7852. Justificativa da Proposta de Emenda Constitucional nº 96/92.
[743] Entrevista publicada na **Revista de Estudos Avançados**, v. 18, nº 51, São Paulo, 2004.

partes). No entanto, a Reforma do Poder Judiciário e as etapas da reforma do processo levaram a um caminho oposto.

Para compreender o atual movimento reformista, é importante entender a influência exercida por um estudo de 1996, elaborado pelo Banco Mundial chamado *O Poder Judiciário nos países da América Latina e do Caribe: elementos para reforma*.[744] Em linhas gerais, o estudo aponta que, com as mudanças institucionais e econômicas pelas quais a América Latina e o Caribe passaram no início dos anos 1990, houve um aumento da confiança no mercado e no setor privado. No entanto, o Poder Judiciário desses países, assim como o setor público em geral, não teria acompanhado essas mudanças. Daí porque, segundo indicava o estudo:

> [...] em muitos países da região, existe uma necessidade de reformas para aprimorar a qualidade e a eficiência da Justiça, fomentando um ambiente propício ao comércio, financiamentos e investimentos.
> O Poder Judiciário, em várias partes da América Latina e Caribe, tem experimentado em demasia longos processos judiciais, excessivo acúmulo de processos, acesso limitado à população, falta de transparência e previsibilidade de decisões e frágil confiabilidade pública no sistema. Essa ineficiência na administração da justiça é um produto de muitos obstáculos, incluindo a falta de independência do Judiciário, inadequada capacidade administrativa das Cortes de Justiça, deficiência no gerenciamento de processos, reduzido número de juízes, carência de treinamentos, prestação de serviços de forma não competitiva por parte dos funcionários, falta de transparência no controle de gastos de verbas públicas, ensino jurídico e estágios inadequados, ineficaz sistema de sanções para condutas antiéticas, necessidade de mecanismos alternativos de resolução de conflitos e leis e procedimentos enfadonhos. Este trabalho pretende discutir alguns dos elementos da reforma do judiciário, apresentando alguns exemplos da região. Esperamos que o presente trabalho auxilie governos, pesquisadores, meio jurídico e o *staff* do Banco Mundial no desenvolvimento de futuros programas de reforma do judiciário (grifei).[745]

E, de fato, o estudo do Banco Mundial parece não só ter influenciado diretamente a reforma constitucional do Poder Judiciário ocorrida no Brasil, [746] mas também a formação de um movimento reformista em paralelo àquele formado em 1992, embasado em

---

[744] DAKOLIAS, Maria. **O poder judiciário nos países da América Latina e do Caribe**: elementos para reforma. Tradução de Sandro Eduardo Sardá. Washington: Banco Mundial, 1996. Disponível em www.sinjusc.org.br/admin/uploads/baixar/DOCUMENTO%20TECNICO%20NUMERO%20319.doc. Acesso em: jul. 2013.

[745] DAKOLIAS, Maria. **O poder judiciário nos países da América Latina e do Caribe**: elementos para reforma. Tradução de Sandro Eduardo Sardá. Washington: Banco Mundial, 1996. Disponível em www.sinjusc.org.br/admin/uploads/baixar/DOCUMENTO%20TECNICO%20NUMERO%20319.doc. Acesso em: jul. 2013, p.2.

[746] Como sugere o trabalho de Ana Paula Lucena Silva Candeas: CANDEAS, Ana Paula Lucena Silva. Valores e judiciários. Os valores recomendados pelo Banco Mundial para os judiciários nacionais. In*:* **Revista Cidadania e Justiça da AMB**, ano 7, nº 13, 1º sem. 2004. Disponível em: http://200.155.4.38/imprensa/veiculos_amb/docs/revista_cj_n7.pdf. Acesso em: 22 jun. 2013.

uma semântica sensivelmente diversa.[747] Não se trata apenas da fluidez do procedimento e da possibilidade de a decisão produzir os efeitos esperados fora do âmbito do processo, mas sim, de cômputo total do tempo de duração do processo e da previsibilidade da aplicação do direito, que têm como pressuposto uma utilização racional dos recursos do Poder Judiciário. Os seguintes trechos do estudo são esclarecedores:

> [...] Atualmente, o Judiciário é incapaz de assegurar a resolução de conflitos de forma previsível e eficaz, garantindo assim os direitos individuais e de propriedade. A instituição em análise tem se demonstrado incapaz em satisfazer as demandas do setor privado e da população em geral, especialmente as de baixa renda. Em face do atual estado de crise do sistema jurídico da América Latina e do Caribe, o intuito das reformas é o de promover o desenvolvimento econômico. A reforma do Judiciário faz parte de um processo de redefinição do estado e suas relações com a sociedade, sendo que o desenvolvimento econômico não pode continuar sem um efetivo reforço, definição e interpretação dos direitos e garantias sobre a propriedade. Mais especificamente, a reforma do judiciário tem como alvo o aumento da eficiência e equidade em solver disputas, aprimorando o acesso a justiça que atualmente não tem promovido o desenvolvimento do setor privado.
>
> Com o acréscimo da atividade econômica, as Cortes de Justiça tem enfrentado um aumento de demandas suplementares, contudo não tem tido capacidade de solucionar estas demandas, ocasionando, portanto, novos acúmulos de processos. Além disso, as Cortes de Justiça tem sido administradas de forma deficiente. As Cortes historicamente tem sido gerenciadas pelos próprios juízes que utilizam até 70% de seu tempo com questões administrativas. Pior ainda: os juízes tem tido pouco treinamento antes de assumir suas responsabilidades administrativas ou judicantes. Não obstante, pretende-se evitar a morosidade e imprevisibilidade do sistema.[748]
>
> [...]
>
> Neste contexto, um judiciário ideal aplica e interpreta as leis de forma igualitária e eficiente, o que significa que deve existir: a) previsibilidade nos resultados dos processos; b) acessibilidade às Cortes pela população em geral, independente de nível salarial; c) tempo razoável de julgamento; d) recursos processuais adequados.[749]

Apesar da ambiguidade, que reúne um discurso de acesso da população mais pobre aos Tribunais e o fortalecimento da democracia com um discurso de proteção da

[747] E não deixa de ser curioso o fato de que a doutrina de direito processual, de um modo geral, ao tratar das reformas do processo e mesmo do Poder Judiciário, em sua grande maioria, passe ao largo desse estudo que mostra um embasamento semântico para a Reforma Constitucional do Poder Judiciário e as etapas a partir de 2005 bastante diverso daquele de inspiração chiovendana que orientou as etapas anteriores.

[748] DAKOLIAS, Maria. **O poder judiciário nos países da América Latina e do Caribe**: elementos para reforma. Tradução de Sandro Eduardo Sardá. Washington: Banco Mundial, 1996. Disponível em www.sinjusc.org.br/admin/uploads/baixar/DOCUMENTO%20TECNICO%20NUMERO%20319.doc. Acesso em: jul. 2013, p.34.

[749] DAKOLIAS, Maria. **O poder judiciário nos países da América Latina e do Caribe**: elementos para reforma. Tradução de Sandro Eduardo Sardá. Washington: Banco Mundial, 1996. Disponível em www.sinjusc.org.br/admin/uploads/baixar/DOCUMENTO%20TECNICO%20NUMERO%20319.doc. Acesso em: jul. 2013, p.8.

propriedade,[750] existe uma linha ideológica comum: aplicar à atividade judiciária uma racionalidade econômica (de máxima eficiência) com o objetivo de ver essa mesma racionalidade refletida na economia. Como se a racionalidade própria da economia (eficiência, custo-benefício, especialização, massificação etc.) pudesse adequar o Poder Judiciário às necessidades e exigências do capital: calculabilidade, previsibilidade e eficiência.

Apesar das muitas críticas ao posicionamento do Banco Mundial (que parece pretender subordinar a agenda institucional dos Estados a uma agenda do mercado), o fato é que seu diagnóstico era enfático quanto à necessidade do fortalecimento da autonomia do Poder Judiciário, não só do ponto de vista orçamentário, mas também com relação à liberdade individual do juiz para decidir. Nesse contexto, propunha a criação de um conselho, formado majoritariamente por juízes de carreira, que poderia servir não só para controle disciplinar dos juízes, mas também para garantir a independência nos processos de seleção/nomeação de juízes.

O atual *movimento reformista* no Brasil encampou por completo o diagnóstico do Banco Mundial: é necessário um Poder Judiciário mais célere e mais previsível, mais calculável. No entanto, o prognóstico das recomendações foi seguido apenas em parte[751] e o fato é que, em vez de um processo permeável à racionalidade econômica, criou-se um processo fortemente permeável à racionalidade e às necessidades políticas (e do ambiente do sistema em geral). Voltarei a esse tema nos capítulos 7 e 9. Por enquanto, cumpre anotar a forte influência desse estudo para a formação de um *movimento reformista* próprio e a par daquele de 1992, cumpre seguir na compreensão do seu desenvolvimento no Brasil.

No trâmite legislativo, a essência da proposta de Hélio Bicudo acabou deixada de lado para ser substituída pelo Projeto de Emenda Constitucional nº 115/1995, de autoria do deputado José Genoíno (PT). O núcleo dessa nova proposta consistia na criação de um órgão para fiscalizar o Poder Judiciário. Na justificativa do projeto consta que "a concepção clássica

[750] Boaventura de Souza Santos tem uma visão crítica sobre esse tipo de intervenção e dúvida dos objetivos democráticos no discurso. Para o autor, a reforma do Poder Judiciário, nos termos exigidos pelo Banco Mundial, consolida objetivos do capital econômico "a criação de um sistema jurídico e judicial adequado à nova economia de raiz neoliberal, um quadro legal e judicial que favoreça o comércio, o investimento e o sistema financeiro. Não se trata, pois, de fortalecer a democracia, mas sim de fortalecer o mercado". (SANTOS, Boaventura de Souza. Os tribunais e a globalização. **O Estado de S.Paulo**, p. A 2., 9 nov.1996, p.2).

[751] Por exemplo, o estudo do Banco Mundial é enfático quanto à necessidade de aprimoramento do ensino jurídico para viabilizar a reforma proposta. Há um item específico sobre a necessidade de adoção de métodos mais rigorosos na seleção dos alunos para os cursos de direito e na avaliação desses cursos. O projeto brasileiro claramente seguiu o caminho oposto. Também quanto à autonomia financeira dos Tribunais, cuja necessidade é enfatizada pelo estudo, pouco ou nada se fez.

da independência dos poderes do Estado tem sido utilizada frequentemente como um subterfúgio para neutralizar qualquer possibilidade de controle social sobre os poderes do Estado, notadamente sobre o Poder Judiciário". Por esse motivo, é proposto um "sistema de controle do Poder Judiciário com a finalidade de exercer a fiscalização externa de suas atividades", sendo certo que tal fiscalização se prestaria a "garantir a sua própria eficácia e, notadamente, preservar a autonomia e a independência do Poder" não podendo "se imiscuir nas atividades jurisdicionais".[752]

O autor desse projeto, no entanto, se opunha às súmulas de jurisprudência vinculante.[753] Ainda assim, à sua proposta foi incorporada a PEC nº 54/95, de autoria do senador Ronaldo Cunha Lima (PMDB), que tratava justamente dos efeitos vinculantes das súmulas de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Segundo a observação que acompanhou esse projeto, seu objetivo era "dar sentido uniforme à prestação jurisdicional no país". O projeto pressupunha ainda que "o efeito vinculante, em sendo adotado, evitará decisões diferentes sobre demandas idênticas já decididas no Supremo [...] evitando, com a adoção do efeito vinculante, transtornos como o caso dos 147% dos aposentados, que recebeu decisões diferentes mesmo após o STF ter se pronunciado sobre o caso". [754]

O senador autor do projeto entendia que a criação da súmula vinculante estava fundada em três razões:

> (a) desafogar o Supremo Tribunal Federal, que tem, distribuídos entre os seus 11 membros, cerca de 30 mil processos *sub judice*, dos quais aproximadamente 70% exigem decisões repetitivas, porque são julgados já prolatados, já proferidos por aquela egrégia Corte [...]; (b) [...] harmonizar o quanto possível as decisões judiciais deste País, para evitar posições conflitantes de juízes, de tribunais, de instâncias superiores na análise jurídica de determinadas matérias já apreciadas e muitas definitivamente julgadas pela Suprema Corte brasileira; e (c) permitir igualdade entre recursos processuais e recursos materiais. [755]

---

[752] Disponível em: www.genoino.org/1982_2002_ver.php?idOutro=76. Acesso em: jul. 2010.

[753] Segundo afirmou, "na interpretação das leis, deve-se respeitar o princípio fundamental do pluralismo político (Constituição Federal, art. 1º, V) que é violado no instante em que se "elege" uma determinada interpretação, em detrimento de outras constitucionalmente válidas, para lhe dar o efeito vinculante e compulsório". Para o deputado, defensor do controle externo do Poder Judiciário, a "centralização na atividade de interpretar os textos jurídicos é antidemocrática", pois "uma Constituição aberta, com seus valores múltiplos, só é compatível com a pluralidade de ideias, de ideologias e de pensamentos". (José Genoínio. Declaração de voto em separado sobre o efeito vinculante para decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. (PEC nº 54/95 do Senado Federal). Disponível em: www.genoino.org/1982_2002_ver.php?idOutro=467. Acesso em jul.2013.

[754] Diário do Senado Federal de 23 de julho de 1997, p. 14827- 14828.

[755] Diário do Senado Federal de 23 de julho de 1997, p. 14827- 14828.

Nas palavras do senador Antônio Carlos Valadares (PSB), essa igualdade seria importante para os Estados mais pobres, em que, "não havendo súmula vinculante, o juiz, naturalmente, vai decidir a seu bel-prazer, de acordo com sua vontade, na interpretação muitas vezes fria da lei, sem levar em conta a realidade do País".[756]

A síntese dos debates foi a Emenda Constitucional nº 45/04, que implementou a Reforma Constitucional do Judiciário, e as sucessivas alterações legislativas conhecidas como terceira etapa da reforma do processo. Entre outras providências, a EC nº 45/04 implementou: (a) o direito à razoável duração do processo como um direito fundamental (Constituição Federal, art. 5º, LXXVIII); (b) a possibilidade da edição de súmula de jurisprudência pelo Supremo Tribunal Federal, com efeitos vinculantes para o Poder Judiciário e para a Administração (Constituição Federal, art. 103-A e Lei nº 11.417/2006); (c) o Conselho Nacional de Justiça, como órgão de controle administrativo do Poder Judiciário (Constituição Federal, art. 93, I-A e 103-B); e (d) julgamento por amostragem, nos Tribunais Superiores, de recursos em grande número e que tratem de teses jurídicas análogas (Constituição Federal, art. 102, § 3º e Leis nº 11.418/2006 e nº 11.672/2008, CPC, arts. 543-A, 543,-B e 543-C).

A Reforma Constitucional do Judiciário foi regulamentada em 2006 pelas Leis nº 11.417 (súmula vinculante pelo STF) e nº 11.418 (repercussão geral e julgamento em massa no STF) e, em 2008, expandida com a Lei nº 11.672 (julgamentos em massa no Superior Tribunal de Justiça, os chamados *recursos repetitivos*). A par dessas leis, no plano infraconstitucional, a terceira etapa da reforma continua a alterar o Código de Processo Civil, por vezes para expandir as reformas de efetividade do movimento anterior e, por vezes, em complementaridade com o novo movimento reformista[757]. Trata-se de, a par do movimento pela *efetividade*, reforçar as alterações iniciadas com as Leis nº 8.038/90 e nº 9.756/98, no sentido de aumentar as possibilidades de julgamento monocrático dos recursos, tornando mais

[756] Diário do Senado Federal de 23 de julho de 1997, p. 14827- 14828.

[757] De modo específico, a Lei nº 11.187/05 torna mais restritas as hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento (a regra para impugnação das decisões interlocutórias passa a ser o agravo retido nos autos, para ser analisado se e quando do julgamento de apelação. Tambem foi prevista a irrecorribilidade da decisão que determina a retenção do agravo e que antecipa – ou denega – a tutela recursal). No mesmo ano, a lei nº 11.232/05 reformula o conceito de sentença, com o intuito de unificar processo de conhecimento e processo de execução (dispensando o vencedor de iniciar um novo processo após a obtenção de sentença condenatória favorável), alterando substancialmente o procedimento para liquidação e execução da sentença, passando a falar em mera fase de *cumprimento de sentença*. A lei nº 11.280/06, dentre as alterações mais relevantes, permite ao juiz conhecer de ofício (sem provocação da parte) nulidade de cláusula de eleição de foro e permite aos tribunais disciplinarem a prática de comunicação oficial de atos processuais por meios eletrônicos (uma inovação que vai levar à informatização dos processos). A lei nº 11.382/06 altera o procedimento da execução de título extrajudicial, tornando-o mais célere, aumentando poderes do juiz, diminuindo a eficácia dos meios de defesa do executado etc.

restrita a sua admissibilidade quando contrários a entendimento já sumulado ou pacificado no Tribunal.

A Lei nº 11.276/06 tem especial interesse já que possibilita ao juiz de primeiro grau não conhecer do recurso de apelação quando a sentença estiver amparada em Súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. Do mesmo modo a Lei nº 11.277/06, que busca implementar, em primeiro grau de jurisdição, um mecanismo para julgamento em massa de casos semelhantes. A lei insere o art. 285-A no Código de Processo Civil, que permite ao juiz julgar o caso sem nem mesmo citar o réu, repetindo o integral teor da sentença proferida no passado quando a discussão for unicamente de direito e o juízo houver proferido sentenças anteriores de total improcedência em casos "idênticos" (art. 285-A).

Em termos cronológicos, toda essa legislação diz respeito à terceira etapa da reforma do processo. Em uma abordagem sistêmica mais abstrata, todas essas reformas lidam com um problema de autoadaptação orientada por heterorreferência (a referência ao *consumidor da justiça*).

As anteriores *reformas de efetividade* tendiam a aumentar os poderes dos juízes na condução do processo e na execução das decisões. Os mecanismos trazidos por essas reformas operam nos acoplamentos estruturais entre o direito e os outros sistemas e criam uma impressão de simultaneidade entre as operações no direito, na economia e na política, ou seja, tendem, nesses termos, a ampliar as possibilidades de interferência do sistema jurídico em outros sistemas.[758]

As *reformas de celeridade/previsibilidade*, por sua vez, tendem a suprimir etapas processuais e diminuir os poderes dos juízes para interpretar o direito. Essa supressão busca se legitimar pela previsibilidade da decisão que, por sua vez, busca se legitimar pela própria previsibilidade (e não pelo procedimento).

Além disso, são criados mecanismos que submetem o julgador a métodos de trabalho/avaliações pautados por critérios quantitativos que desestimulam a interpretação, a

[758] Interferência, em termos da teoria dos sistemas, não pode ser pensada como ingerência/determinação. Política e economia continuam sempre a operar com seus próprios códigos: a decisão judicial não pode produzir dinheiro (se o devedor não tem dinheiro em conta-corrente), nem pode garantir, por si, consenso ou suficiência da força policial para cumprimento da reintegração de posse (como se vê nos conflitos armados que ocorrem nas desocupações em grandes territórios). Interferência significa produzir irritação, ruído, significa a possibilidade (mas não garantia) de motivar o outro sistema a executar uma operação que, no entanto, ocorrerá com a lógica do próprio sistema.

divergência de opiniões e, particularmente, a motivação específica das decisões judiciais (voltada aos argumentos trazidos em cada processo). O conteúdo da decisão, a interpretação do direito, sua adequação à realidade social do conflito e o próprio contraditório são suprimidos em favor de uma decisão rápida e que esteja de acordo com o que já foi decidido nas instâncias superiores. Há um aumento de poderes para decidir em conformidade com súmulas ou com a jurisprudência do Tribunal ou de uma instância superior. Trata-se de submeter os Tribunais e o Poder Judiciário, em sua integralidade, a um método de trabalho eficiente e previsível e que é implementado por meio da vinculação hierárquica existente entre os Tribunais e na própria carreira da magistratura.

Percebe-se nesses mecanismos uma familiaridade inquietante com mecanismos típicos de sociedades nos quais ainda não há uma diferenciação plena entre direito e política ou de situações de exceção em que essa diferenciação é enfraquecida. São mecanismos que buscam tornar o direito *governável* do ponto de vista da política. Esse ponto de vista fica evidente diante dos Pactos Republicanos I[759] e II[760] que enunciam, no discurso oficial, o que a política espera do Poder Judiciário.

E não será por acaso que grande parte das súmulas vinculantes e dos recursos julgados em massa dizem respeito a questões politicamente (e economicamente) sensíveis, como tributação, previdência e remuneração de servidores (na verdade, como se verá, as hipóteses legais que autorizam a utilização desses mecanismos tendem a situações politicamente sensíveis). Abre-se, com eles, um espaço de politização no Poder Judiciário e de submissão do sistema jurídico a programas da política. Daí os riscos à autonomia dos Tribunais e à legitimação procedimental das suas decisões, que serão analisados no capítulo 7 e na conclusão.

---

[759] Trata-se de um documento assinado pelos três Poderes da República, em 15 de dezembro de 2004, em que são assumidos onze compromissos: 1) implementação da reforma constitucional do Poder Judiciário; 2) reforma do sistema recursal e dos procedimentos; 3) defensoria pública e acesso à Justiça; 4) juizados especiais e justiça itinerante; 5) execução fiscal; 6) precatórios; 7) graves violações contra direitos humanos; 8) informatização; 9) produção de dados e indicadores estatísticos; 10) coerência entre a atuação administrativa e as orientações jurisprudenciais já pacificadas; e 11) incentivo à aplicação de penas alternativas.

[760] Documento assinado pelos Três Poderes em 13 de abril de 2009, estabelecendo 17 compromissos com o objetivo final de incrementar o acesso universal à Justiça, especialmente dos mais necessitados; o aprimorar da prestação jurisdicional, sobretudo mediante a efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo; a prevenção de conflitos e o aperfeiçoamento e fortalecimento das instituições de Estado para uma maior efetividade do sistema penal no combate à violência e criminalidade, por meio de políticas de segurança pública combinadas com ações sociais e proteção à dignidade da pessoa humana.

Em paralelo, forma-se uma semântica legitimadora que cada vez menos tem condições de descrever a complexidade real do sistema. A supressão dos mecanismos legitimadores do procedimento – que podem pacificar o conflito independentemente do conteúdo da decisão – é justificada por uma suposta aproximação com o sistema da *Common Law* – considerado mais rápido, previsível e igualmente apaziguador dos conflitos. A eventual injustiça da decisão é justificada com a ideia de que a previsibilidade gera decisões iguais para todos e, portanto, gera igualdade (que pode operar como substituto da justiça). Essa semântica acaba por construir a previsibilidade como um valor em si, capaz de representar a unidade do direito (direito justo é direito previsível e direito é direito justo). A antiga proposta formalista de *certeza do direito* é assim reformulada.

Para o momento, importa observar, ainda que brevemente, alguns detalhes dos mecanismos trazidos pelas reformas de previsibilidade/celeridade e sua semântica legitimadora.

7 UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA E SUPRESSÃO DE PROCEDIMENTO: ANÁLISE CRÍTICA

Toda reforma do direito lida com um problema de incerteza. Reformar o processo é uma tentativa de, de um modo ou de outro, tornar as operações jurídicas compreensíveis do ponto de vista das operações de outros sistemas, especialmente, a política e a economia. Quem é, afinal, o *consumidor da Justiça*, senão a política e a economia, que servem de referência para que o direito se descreva como carente de *governabilidade*, *calculabilidade, eficiência* e, enfim, de *previsibilidade* (descrições que motivam e orientam as reformas processuais)?[761]

A certeza é uma possibilidade para o observador, que decorre da possibilidade de se observar e descrever operações simultâneas em mais de um sistema, ou seja, construir distinções que permitam a um observador estabelecer correspondências entre sistemas, orientando-se na complexidade. Essas correspondências são traçadas com formas baseadas na *previsibilidade*: uma observação do futuro a partir do enlaçamento entre dimensão temporal e social (consenso), razão pela qual criam a percepção de certeza. Na realidade autopoiética da sociedade, sistemas complexos (como o direito) são imprevisíveis a si mesmos, pois cada operação altera o estado interno do sistema e, com isso, os critérios para compreender novas operações.[762] Por isso, apenas descrições que tenham um referencial externo permitem falar em previsibilidade, seja dos efeitos, seja do conteúdo ou do tempo necessário para prolatar uma decisão.

As anteriores *reformas de efetividade* propiciavam certeza ao criar condições para observação/descrição de simultaneidades entre operações do direito e operações de outros sistemas. As reformas de *celeridade/previsibilidade* têm uma abordagem diferente. As ideias de *duração razoável do processo* e de *previsibilidade jurisprudencial* não correspondem, em

[761] Pode-se pensar também no sistema da família e da educação como referências para reformas de outro tipo, que propiciem decisões eficazes no que se refere à convivência familiar (decisões sobre guarda de menores/proteção contra violência doméstica) ou à ressocialização de criminosos.

[762] Nesse sentido, Heinz von Foerster, para quem, ao passo que em sistemas não complexos (máquinas banais) se caracterizam, em seu funcionamento, por relações pontuais entre *input/output*, em que a cada dado estímulo corresponde um dado efeito (e, nesse sentido são sistemas determinísticos e previsíveis), sistemas complexos (máquinas não banais) trabalham com uma relação *input/output* variável: a cada estímulo (*input*) correspondem efeitos variados, fornecidos pelo próprio sistema e que variam conforme a própria história das operações anteriores. Embora esses sistemas também sejam determinísticos (não aceitam determinação externa do sentido de suas operações), eles são totalmente imprevisíveis. E essa imprevisibilidade se aplica ao próprio sistema complexo pois, a cada operação, toda a sua configuração interna se altera, de modo que qualquer regra de *previsão* está sujeita a mudanças. (FOERSTER, Heinz von. **Sistemi che osservano**. Roma: Astrolabio, 1987, p.128-129).

si, a referências externas do sistema. Posto que façam uso da figura do *consumidor da justiça*, não são capazes de estabelecer correlações com o exterior do sistema.

Compare-se, por exemplo, a garantia constitucional à *razoável duração do processo* (mecanismo de previsibilidade) com as *tutelas processuais de urgência* (mecanismo de efetividade). Nas medidas de urgência, o risco de ineficácia do provimento final, que orienta e determina sua concessão, diz respeito a programas temporais de outros sistemas, à luz dos quais a tutela será considerada tempestiva ou tardia.[763] A duração *razoável* do processo, no entanto, não conta com qualquer referencial desse tipo. Trata-se de uma medida que, como o tempo do relógio, não contém informação nenhuma: sugere uma unidade de medida com a qual se pode relacionar observações, mas que, em si, não contém informação, pois lhe faltam referenciais externos.[764] A noção de *razoável duração* é construída com comparações internas, muitas vezes com o tempo médio de duração em Tribunais de países diferentes.[765]

---

[763] A dogmática estabelece distinções conceituais entre a tutela antecipada e a tutela cautelar, de modo que a primeira, por antecipar o resultado útil do processo, estaria sujeita a requisitos mais rígidos do que a segunda, que propiciaria apenas uma medida de apoio apta a assegurar que, ao final do processo, o resultado ainda seja útil (podendo, por exemplo, ser substituída por uma caução em dinheiro). Porém, em muitos casos é difícil aplicar essa distinção e, além disso, os requisitos legais não apresentam uma diferença substancial entre si. Como realmente distinguir entre a *verossimilhança inequívoca da alegação*, o *fumus boni iuris* e o relevante *fundamento da demanda* senão de modo comparativo (e, portanto, subjetivo, pois cada juiz estabelece seus critérios)? Como distinguir entre o receio de *lesão grave e de difícil reparação* e o *fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação*? O fato é que, tirando a hipótese, de raríssima aplicação, de abuso do direito de defesa, é determinante para a medida o risco de ineficácia, seja porque haverá dano à parte, seja porque haverá dano ao processo. Não basta que a elevada certeza de que a parte autora tem razão. Aliás, uma das alterações promovidas na segunda etapa da reforma foi justamente o acréscimo do §7º ao art. 273, prevendo relativa fungibilidade entre os institutos ("se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado"). Sobre a distinção entre os dois regimes: DINAMARCO, Cândido Rangel. O regime jurídico das medidas de urgência. In: **Seleções Jurídicas ADV**, Rio de Janeiro: COAD, jan/2002, p.3. Sobre o problema da apreciação pelo juiz dos critérios para antecipação, a chamada cognição sumária: WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2.ed.Campinas: Bookseller: 2000, p. 115.

[764] Heinz fon Foerster ilustra essa observação sobre o tempo newtoniano com uma comparação. Pense-se na frase de Jesus a Pedro: "Asseguro-lhe que ainda esta noite, antes que o galo cante, três vezes você me negará". Dita desse modo, a frase não só tem mais impacto, mas também contém mais informação do que se, por exemplo, Jesus dissesse: "antes das 06:30, três vezes você me negará". (CORSI, Giancarlo. **Sistemi che Apprendono** – studio sull'idea di riforma nel sistema dell'educazione. Lecce: Pensa Multimedia, 1998). Para que o tempo do relógio produza informação, é necessário estabelecer comparações.

[765] Comparações que podem ser enganadoras. É muito difícil estimar e comparar a média de duração de processos *em geral*. É preciso ter claramente o tipo de processo (civil, criminal, pequenas causas, conhecimento execução etc.), o tipo de ordenamento (civil Law/common Law), a quantidade de processos, quando se considera um processo terminado etc. Em muitos países, um processo pode demorar muitos anos até o trânsito em julgado final se tiver que percorrer todas as fases processuais e instâncias recursais. De outro lado, processos podem terminar rapidamente se as partes chegam a um acordo. Essa é uma distinção que costuma causar distorções, por exemplo, quando se compara o tempo de duração de um processo civil na Justiça Federal dos Estados Unidos (onde a maioria dos casos não chega a julgamento) e no Brasil. Uma consulta a um dos vários *sites* de escritórios de advocacia norte-americanos mostra que, em média, um processo complexo é normalmente levado a julgamento em até 3 anos, sendo que 1 ano é o tempo mínimo. Disponível em: http://lavelleLaw.com/litigation/howlongdoesaLawsuitreallytake. Acesso em: jul.2013. O julgamento de uma apelação, por sua vez, pode levar mais um ano a um ano e meio em média. Disponível em: http://www.appealLaw.com/guide/faq.html. Acesso em: 20 ago.2013. Esses dados apontam para um tempo de 3 a 5 anos para a obtenção de uma decisão em segunda

Essas comparações estabelecem algum parâmetro de referência, mas não são, ao menos não diretamente, correlações com outros sistemas, e sim, referências produzidas pelo próprio sistema-jurídico. O mesmo pode ser dito com relação às reformas de uniformização de jurisprudência: decisões previsíveis à luz de outras decisões, ou seja, a ideia de que a certeza pode ser produzida com critérios internos a um sistema que, em sua integralidade, continua imprevisível.

Para compreender a relação entre essas reformas e a certeza do direito no processo, é importante relembrar o aspecto funcional do processo no direito (cap. 3.2.4.). Do ponto de vista da teoria dos sistemas, os processos de decisão judicial são sistemas episódicos, [766] ou seja, diversamente dos sistemas funcionais (como o direito) e das organizações (tribunais), processos têm começo e têm fim. Em *El Derecho de la Sociedad,* obra mais madura de Luhmann sobre o sistema jurídico, o autor esclarece que, apesar de serem sistemas episódicos, processos são sistemas autopoiéticos e se comportam como tais.[767]

Apenas as regras processuais podem determinar quando um processo começa e quando um processo termina. O processo elabora internamente acontecimentos do ambiente de acordo com suas próprias regras e sua própria história. O resultado do processo (a decisão) tende a ser resultado da história do processo que, assim, constrói seu próprio tempo. Processos e as decisões que eles produzem auto-organizam seus elementos, sua história e seu tempo.

A constituição do processo a partir de ônus processuais, de modo que a parte tem o interesse, mas não obrigação, de participar, colabora para a manutenção da autopoiese

---

instância mas, como advertiria qualquer advogado, também esses são enfáticos: cada caso é um caso e alguns casos podem demorar muito, dependendo do Tribunal e das ocorrências no processo. Muitos casos no Brasil demoram mais do que 5 anos para obter um julgamento de segunda instância. Mas muitos demoram menos, dependendo do Tribunal, da Câmara e do desenrolar do processo. Existem casos no Brasil que duraram décadas. Também nos Estados Unidos há processos famosos pelo tempo que duraram (Gaines v. Hennen, 65 U.S. 553 (U.S. 1861) durou mais de 60 anos). Não deixa de ser interessante, de qualquer modo, que os estudiosos do tema concluam que a morosidade é um problema atemporal e universal no processo.

[766] O processo não se confunde, portanto, com o direito processual, que são os programas de regulação juridical dos processos. O processo, aqui, é pensado concretamente como cada processo.

[767] Segundo explica o autor, "normalmente, é pouco relevante para os litígios quem propôs a demanda: importa apenas quem está no seu direito. Precisamente por isso o processo tem que produzir sua própria autonomia temporal. A questão [de quem propôs a demanda] não deve ser introduzida no processo, nem como culpa nem como indicador da situação jurídica [...] Apenas se isso é observado rigidamente pode-se verificar como a codificação do sistema e o processo estão relacionados entre si. Apenas o código, que permite a atribuição dos valores lítico/ilícito, embora deixe em aberto qual atribuição será feita – pode produzir a incerteza da qual o processo vive. Em contrapartida, os processos usam essa incerteza como um medium para sua própria autopoiesis. Eles a utilizam para motivar as partes a contribuir, encorajar a participação, oferecer oportunidades (embora não resultados) e, assim, chamar os participantes a cooperar, ou seja, a reconhecer a própria aceitação até que finalmente se tornem prisioneiros da sua própria participação, tendo poucas perspectivas de contestar a legitimidade do processo ao final do seu curso". (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002, p.267).

do processo. Ao ônus de alegar corresponde um ônus de impugnar e as penalidades são de presunção de veracidade de certas alegações. Assim, o resultado final de cada processo é fruto da sua história individual. Qualquer evento exterior, mesmo o conhecimento pelo juiz de fatos relevantes para o processo, é condicionado por essa história e pelas regras do processo. É construído, assim, um sistema que se auto-organiza e que tem programas temporais próprios (tanto que os prazos legais estipulados para o juiz são consistentemente violados e ignorados).[768]

Por força dessa autonomia temporal, os processos oferecem uma prestação importante para o sistema jurídico: eles enriquecem o código binário com um *terceiro valor*. A cada expectativa que se projeta sobre o direito, poderá ser atribuído o código lícito (conforme o direito), ilícito (não-conforme o direito) ou *sub judice*, isto é, aguardando aplicação do código. Isso permite que o sistema lide com uma complexidade maior, de modo que mais e mais assuntos podem ser tratados juridicamente, sem o risco de que o direito perca sua especificidade (porque se *tudo* puder ser direito, o direito não se distingue de *nada*).[769]

O *sub judice* não chega a ser outro código, pois faz referência à própria aplicação do código, isto é, indica que, no futuro, um dos dois valores do código será aplicado. Com o *sub judice*, o sistema faz uso do processo para estabelecer vínculos com o futuro, produzindo incerteza no presente. Graças a essa incerteza, o processo pode motivar as partes a colaborarem com o contraditório (quem sabe de antemão o resultado do processo não tem razões para participar/colaborar) de um modo tal que o seu envolvimento possa imunizar a decisão final contra rejeições, produzindo assim legitimação (e, portanto, certeza na dimensão social a partir da incerteza na dimensão temporal).

Reformas de celeridade (ou de razoável duração do processo) realizadas até o momento no Brasil não atuam na dimensão propriamente temporal, pois não estabelecem vínculos com tempos existentes fora do processo. Os mecanismos da reforma não se voltam à

---

[768] Trata-se da perspectiva construída por Niklas Luhmann. (LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995).

[769] Em obra anterior, Luhmann afirmava sobre a importância dessa função do processo que "A autonomia sistêmica seria impossível se a cada causa proveniente do ambiente devesse seguir imediatamente uma intervenção do sistema sobre o ambiente". (LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995, p.62).

estabilização de expectativas normativas contra o tempo ou que permitam manter a expectativa de que, após certo período, o processo deve ter terminado.[770]

Assim como um relógio não pode estar adiantado ou atrasado em relação a si mesmo, um processo não pode ter a duração mais ou menos razoável sem um parâmetro temporal externo. As reformas de celeridade, no Brasil, são reformas de *supressão de etapas processuais*, autorizadas diante da previsibilidade da decisão. Essas reformas não interferem na autonomia temporal do processo (como propõe o processo *di breve durata* na Itália, com uma severa prescrição intercorrente no processo penal).[771]

A garantia da *duração razoável do processo* não diz, por si, quanto tempo o processo deverá durar e se esse tempo será adequado aos eventuais programas pessoais das

[770] Na Itália, diversamente, os movimentos pela celeridade do processo trouxeram mecanismos que adotam uma abordagem mais direta. É conhecido o caso da Lei nº 89 de 24 de Março de 2001, a lei Michelle Pinto, fundada na Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais. Segundo o art. 6º da Convenção, todos têm direito a um processo justo, o que inclui o julgamento em tempo razoável, sob pena de ressarcimento por parte do Estado. A Corte Europeia de Direitos Humanos fixou o entendimento de que a duração razoável do processo é calculada, no processo civil, a partir da ciência da citação ou do protocolo do recurso e, no processo penal, a partir do conhecimento oficial das acusações. O termo final é o trânsito em julgado da sentença após três instâncias recursais ou trânsito em julgado da decisão. Para a Corte, a duração do processo deixa de ser razoável quando ultrapassa três anos em qualquer das instâncias, considerando, no entanto, a complexidade do processo, o comportamento das partes (não imputável ao Estado) e a conduta das autoridades. Diante de algumas condenações perante a Corte Europeia, a Itália fez algumas alterações no processo visando à celeridade, essa a origem da lei Michelle Pinto. A lei permite o uso de um recurso extraordinário aos Tribunais de Apelação da Itália fundado na violação à duração razoável do processo. Da decisão desses tribunais, cabe recurso à Corte Europeia. Em junho de 2012, foram introduzidas modificações na Lei Michelle Pinto de modo que (a) a decisão nesses recursos passa a ser monocrática e com um procedimento simplificado; (b) é estabelecido um parâmetro objetivo para violação da razoável duração do processo: três anos em primeira instância, dois em segunda instância e um em recurso de análise de constitucionalidade ("*giudizio di legitimità*"); (c) é estabelecido um parâmetro objetivo de indenização: € 1,500 por cada ano ou fração de ano superior a seis meses além da duração razoável". Não se tratam, no entanto, de mecanismos que garantam duração menor do processo, mas apenas de mecanismos que garantem (e limitam) o pagamento de indenização pelo Estado, cujos elevados valores suscitam a justa pergunta se não seriam mais bem investidos no aprimoramento do Poder Judiciário. Sobre a jurisprudência do Tribunal Europeu, José Rogerio Cruz e Tucci (TUCCI, José Rogerio Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: TUCCI, Jose Rogerio Cruz e. **Garantias constitucionais do processo civil**: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. São Paulo: RT, 1998, p.237-239). A análise crítica das consequências da Lei Michelle Pinto pode ser vista em: BARBUTO, Mario. L'emergenza pinto e l'esperienza del tribunale di Torino. In: **Judicium**. Disponível em: www.judicium.it. Acesso em: 22.jul. 2013; NICOLA, Francesco de Santis di. Fra Roma e Strasburgo, ala ricerca dell'*equa riparazione* per il danno non patrimoniale da irragionevole durata del processo. In: **Judicium**. Disponível em: www.judicium.it. Acesso em: jul.2013.

[771] Trata-se de polêmico projeto de lei que, para *dar efetividade ao direito à razoável duração do processo* estabelece, no processo penal italiano, a prescrição do direito de ação penal quando o processo ultrapassa um limite temporal. Por exemplo, segundo o projeto, já aprovado no Senado e na Câmara (e que no momento – julho de 2013 – aguarda nova análise no Senado), para os crimes com pena máxima igual ou superior a 10 anos, o processo não pode durar mais do que 4 anos em primeira instância, 2 anos na segunda instância e 6 meses na terceira, sob pena de prescrição. A lei se aplicaria, ainda, aos processos em curso relativos a crimes ocorridos até maio de 2006 e com pena inferior a 10 anos e nos quais ainda não haja sentença de primeira instância após um período de dois anos e três meses. O projeto encontra forte resistência na Itália, onde há a acusação de que atende a interesses particulares, sendo que a aprovação da lei implicaria a prescrição imediata de milhares de crimes cujos processos estão em andamento. Disponível em: http://parlamento16.openpolis.it/singolo_atto/45169. Acesso em: 15 jan. 2014.

partes.[772] No Direito europeu, em que esse prazo foi estabelecido de maneira objetiva, o máximo que se chegou foi a um direito à indenização pela violação da duração razoável, mediante um segundo processo (no qual se discute o direito à indenização pela violação da duração razoável do processo), o que, ao menos no caso italiano, tem gerado mais incertezas e não menos demora.

Nas reformas brasileiras, a previsibilidade da manutenção/reforma de uma decisão autoriza a supressão de etapas processuais, ou seja, pressupõe que a jurisprudência uniformizada torna o resultado do processo indiferente à atuação das partes. Aqui, trata-se de suprimir etapas para acelerar sempre que, por força dos mecanismos de uniformização/previsibilidade, a incerteza com relação ao seu resultado seja menor e, consequentemente, houver necessidade de um contraditório. Quanto mais certeza com relação ao resultado, menor a motivação para participar do processo e para que a decisão, conhecida de antemão, seja justificada.

Previsibilidade, contudo, nos termos da reforma, não significa dizer que o direito determinará o cumprimento dos contratos independentemente da legalidade das cláusulas contratuais ou que garantirá a propriedade não obstante o descumprimento da sua função social. No direito da sociedade moderna, a previsibilidade possível é a segurança de que o direito decidirá as questões trazidas a ele juridicamente, ou seja, aplicando o código do sistema jurídico e seus programas.[773]

A previsibilidade que se pode falar então é uma previsibilidade em relação à repetição de estados do próprio sistema, isso é, consistência na aplicação dos programas, consistência que é definida pelos próprios programas do sistema jurídico. O sistema utiliza sua capacidade de autocorreção e distingue: casos iguais são julgados de maneira igual (justiça formal) e casos desiguais são julgados de maneira desigual (equidade), com o sistema controlando a diferença.[774] Mas os mecanismos da reforma têm uma abordagem própria: não

---

[772] Para Mirna Cianci, "prazo razoável e celeridade não são sinônimos, uma vez que a razoabilidade pode assumir diferentes feições de acordo com a necessidade instrutória de cada processo e suas circunstâncias particulares […] respeitados os princípios que norteiam o devido processo legal, atendido estará o preceito, porque o conceito fluido que resulta do termo 'razoável' melhor se coaduna com a sua adaptação ao cumprimento exato dos ritos processuais, sem dilações desnecessárias ou impreteríveis, revelando-se mais que o acesso à justiça, o acesso ao processo justo". (CIANCI, Mirna. **O acesso à justiça e as reformas do CPC**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.61).

[773] Ou seja, decidindo os conflitos por meio da atribuição do código lícito/ilícito e não mediante a compra de decisões (código da economia) e com base nos programas do direito (dogmática/teoria jurídica) e não nos programas de governo.

[774] Nesse sentido: LUHMANN, Niklas.**El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002, p.275-301.

se trata só de decidir de acordo com a jurisprudência consolidada, mas de utilizar a jurisprudência para decidir rapidamente o maior número possível de processos, da maneira mais rápida possível. Súmulas vinculantes, súmulas impeditivas de recursos e julgamentos massificados não pretendem apenas decisões previsíveis, mas decisões rápidas.[775]

Nesse contexto, a noção reformista de previsibilidade se confunde, ao menos *parcialmente*, com a noção formal de justiça segundo a qual *casos iguais serão decididos igualmente*. Contudo, *casos desiguais já não devem ser julgados de modo desigual, mas, sempre que possível, também de modo rápido, ou seja, igual*.

Também é possível dizer que os mecanismos de previsibilidade do movimento reformista estabelecem limites mais rígidos para a programação do sistema: para diminuir drasticamente as decisões possíveis, bloqueiam o acesso aos Tribunais. Súmulas, vinculantes ou não, não são *precedentes*, no sentido da *Common Law*, dos quais, mediante interpretação, se possa extrair uma *ratio decidendi* para decidir casos futuros. No contexto da reforma, súmulas são autorizações para deixar de julgar. Enunciados que justificam o bloqueio do acesso a uma decisão ou a um processo e buscam substituir a legitimação pelo procedimento, pela própria previsibilidade da decisão.

Também aqui, paradoxalmente, há espaço para que esses mecanismos, rapidamente, sejam um fator de incerteza: incerteza quanto à classificação do caso concreto como igual ou desigual, incerteza quanto à interpretação/aplicação da súmula, incerteza quanto à justiça/equidade da decisão, incerteza quanto à legitimação da decisão sem contraditório.[776]

A hipertrofia legislativa (e pode-se falar também em hipertrofia jurisprudencial nos países da *common Law*) tende a inserir no sistema elevados gradientes de complexidade, dificultando o controle de consistência em todos os sentidos.

[775] Uma análise nesse sentido: MONNERAT, Fabio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. In: (Coord.) WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p.341-490.

[776] Essa contingência é notada por uma das maiores defensoras da necessidade das reformas de previsibilidade, Teresa Arruda Alvim Wambier. A autora aponta que, para o uso adequado desses mecanismos, é necessário distinguir entre ambientes de decisão rígidos e frouxos, conforme o ramo do direito (os princípios) que informe o caso concreto. Assim, em matéria de direito tributário, direito administrativo, fortemente orientados pelo princípio da legalidade, haveria um ambiente propício, legitimador da máxima utilização dos mecanismos de previsibilidade, permitindo a decisão de casos a partir de uma noção de identidade total (mesma decisão para vários casos). Já em matéria de responsabilidade civil, direito de família e outras, plenas das cláusulas gerais e conceitos abertos, seriam recomendáveis mecanismos de previsibilidade mais flexíveis, que buscassem, no caso a caso, mediante interpretação dos precedentes, extrair regras de decisão. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p.1295).

É diante das perspectivas propiciadas por esse cenário que se passa a analisar os principais mecanismos da recente reforma do processo.

7.1 Uniformização de jurisprudência e súmula vinculante

Como visto nos caps. 5.2 e 5.3., a ideia da vinculação dos juízes às decisões dos Tribunais Superiores está, historicamente, muito mais próxima da tradição absolutista da *civil Law* do que dos precedentes da *common Law.* Com efeito, como se verá mais detalhadamente no cap. 8.1., nos países desta tradição apenas de modo relativamente recente se desenvolveu a doutrina do *stare decisis*, segundo a qual os precedentes judiciais devem ser seguidos em decisões futuras.

Historicamente, a vinculatividade dos precedentes surge no contexto de um direito fundado na legislação escrita, centralizada e totalizadora, cuja aplicação pelo juiz é um exercício de mera subsunção, afeito aos Estados absolutistas europeus e à fase mais autoritária do direito romano.[777] Nas suas origens, os mecanismos de vinculação dos precedentes são pautados pela noção antiga de *iurisdictio*, em que poder político e poder de dizer o direito são

---

Em sentido análogo, Ricardo Luis Lorenzetti aponta como a decisão judicial deve se orientar, em termos de coerência e unidade do ordenamento, à luz de microssistemas específicos. (LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicia**l – fundamentos de direito. Tradução de Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2008). Fica, naturalmente, a pergunta de quem e como se determina qual o microssistema ou princípio aplicável a cada caso concreto (questão, muitas vezes, problemática, por exemplo, no direito do consumidor). À moda da Escola Histórica, essas propostas pressupõem que uma construção teórico-dogmática do ordenamento possa conferir um fundamento estável a um direito instável, o que parece pouco plausível para a teoria jurídica do direito da Sociedade Complexa.

[777] Teresa Arruda Alvim Wambier aponta que a Constituição da *civil law* (e dos mecanismos produtores de certeza) não pode ser desvinculada dos trabalhos de recepção do direito romano pela escolar de Bologna, no séc. XI, para quem seria necessário transformar os textos de direito romano e o Digesto de Justiniano "num todo o quanto possível coerente [...] num esboço do que depois viria a ser o pensamento sistemático, conceberam-se técnicas para gerar coerência e harmonia entre textos que, originalmente, não eram, rigorosamente nem coerentes, nem harmônicos [...] Parece claro que a intenção destes estudiosos, que iam a Bologna, vindos de muitas partes da Europa, era a de 'por ordem', 'criar segurança' gerando certa situação 'confortável' de coerência, a ponto de se chegar a chamar o conjunto de textos encontrados de Corpus Juris Civilis"". (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p.23-24). No mesmo sentido, sobre a atividade de organização e harmonização dos glosadores e comentadores: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2.ed.São Paulo: Atlas, 2006, p. 21-22. No entanto, é preciso ter claro em mente que, ao menos em um primeiro momento, os estudos desenvolvidos nas Universidades não se voltava à aplicação prática, mas sim científica e espiritual (porque se tratava do direito do Sacro Império, no qual a concórdia e a harmonização – necessárias na visão de mundo medieval – era tão importante quanto nos textos religiosos). Os glosadores viam os textos romanos como os escolásticos viam os textos religiosos (e tratava-se, de fato, do direito do *sacro império*). Mas suas preocupações com a harmonização não eram práticas e sim científicas. Os glosadores (e, depois, comentadores e humanistas) não tinham a pretensão de organizar um material jurídico efetivamente aplicado. Como ocorria com a religião, o direito estudado pelos glosadores não era, ao menos não inicialmente, o direito a partir do qual as pessoas e julgadores pautavam a atividade quotidiana, era um direito erudito. Sobre a escola dos glosadores e comentadores: NEVES, Antônio Castanheira. Método jurídico. In: **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v. 2. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 283-336.

pressupostos recíprocos: só deterá o poder político aquele que também detiver a jurisdição (e vice-versa).[778]

No contexto do absolutismo, o controle da aplicação do direito é instrumento fundamental para a expansão e estabilização do poder político central, subordinando a *iurisdictio* exercitada pelos poderes locais à *iurisdictio* do Monarca. Decisões rebeldes, que a *interpretatio* tornava possível, eram uma ameaça à consolidação desse poder, razão pela qual, ao lado de uma legislação oficial (*lex*) que dava cada vez menos espaço para a interpretação, o Monarca dispunha de um *Tribunal Real* (do qual o Monarca muitas vezes participa diretamente) com competência para revisar as decisões locais, avocar causas e integrar a legislação com decisões que tinham força de lei (cap. 5.2. e 5.3.). Diversamente na Inglaterra, berço da *common Law*, as nobrezas locais conseguem se impor contra o poder central e manter uma independência relativa na aplicação do direito. O desenvolvimento e o fortalecimento de uma doutrina de precedentes vinculantes na *common Law* ocorre apenas no séc. XIX, momento que coincide com a expansão do Império Britânico. [779]

No caso da *civil Law*, a doutrina aponta como antecedente mais remoto dos precedentes vinculantes as *fazañas*, instituto de direito ibérico (i.e. o direito romano vulgarizado na península), segundo o qual juízos e feitos notáveis de autoridades serviriam como fundamento para a decisão de casos posteriores.[780] Ao longo de todo o direito das

[778] Seja na *common Law*, seja na *civil Law*, ou no direito das altas culturas pré-modernas em geral (que inclui o direito romano e os ordenamentos europeus do início da Modernidade), a ideia de que o juiz pudesse criar o direito não existe. O direito está nos costumes mais antigos ou espiritualmente mais elevados. Legislar, assim como julgar, não implica *criar* direito, mas revelar um direito já existente. Por isso que, no seu nascimento, a *common Law* não precisa de um princípio formal segundo o qual os precedentes vinculam. O direito a ser *descoberto* é sempre o mesmo. Os juízes declaram o direito já existente e vai se formando uma tradição de confiança em que o precedente revelou o direito correto.

[779] A autoridade dos precedentes vai sendo estabelecida pela tradição (inclusive, as coletâneas de julgados, em que outros julgados se baseavam – *Law reports* – eram particulares) mas, apenas no séc. XIX é constituída uma doutrina formal do *stare decisis*, segundo a qual a *House of Lords* fica vinculada pelos seus próprios precedentes. (EVANS, Jim. Change in the doctrine of precedent during the 19th century. In: (Coord.). Laurence Goldstein. **Precedent in law**. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 36-57; HALE, Matthew. **The history of the common law of england**. Chicago: Chicago University, 1971, p.45-55.

[780] Em especial: NEVES, Antonio Castanheira. **O instituto dos assentos e a função dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra, 1983, p. 6; MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 3.ed.São Paulo: RT, 2007, p. 207. No entanto, a bibliografia sobre o tema não permite concluir (e talvez as próprias fontes não o permitam) se as *fazañas* tinham por base um sistema recursal em que o Monarca revisava decisões de poderes locais, ou se trata-se apenas de uma referência mais geral às qualidades do Monarca (e nobres) cujos atos (todos eles) servem como exemplos a serem seguidos (e, portanto, um novo nobre/Monarca precisa justificar a sua modificação). Afinal, tanto o *Fuero* quanto o *Siete Partidas*, como visto, são mais do que textos apenas jurídicos. São compilações religiosas, filosóficas, de direito romano e que, aos poucos, passa a ser utilizado e citado como fonte do direito, isto é, como material que fundamenta decisões judiciais no Direito Comum medieval. Assim, parece na verdade impossível dizer se as *fazañas* correspondiam de fato a um mecanismo jurisdicional análogo, em termos práticos, ao precedente judicial. Muito mais difícil ainda aceitar a afirmação de Mancuso de que o instituto revelaria "o germe da ideia que nos séculos vindouros se mostraria recorrente, a saber, a busca incessante de uma fórmula que assegurasse a prática do direito de modo a preservar o binômio certeza-justiça, certo que para

Ordenações se observa mecanismos desse tipo e a implementação progressiva de uma jurisprudência vinculante dos Tribunais Reais (as *Cortes*). Nesse sentido são criados e utilizados com crescente frequência os *estilos da corte* (esquemas mentais de organização/apresentação das decisões) e, posteriormente, os *assentos*. Nos casos em que houvesse dúvida entre os desembargadores acerca da solução jurídica aplicável ao caso ou a interpretação de determinada lei, a questão era submetida ao Monarca (ou a um colegiado do qual ele participava) e a decisão tomada era registrada no *Livro dos Assentos* (ou "livrinho"), tendo força de lei.[781]

A prática dos *assentos* se mantém em todo o direito português da época com a mesma essência: havendo dúvida ou divergência sobre a interpretação da lei (promulgada pelo Monarca), a decisão que resolve a dúvida (emitida pelo Monarca ou pelo Tribunal que o representa) passa a integrar a legislação e, por isso, tem força de lei. A força vinculante do precedente decorre, portanto, de um mecanismo de heterointegração da legislação lastreado na *iurisdictio* do Monarca: a decisão preenche uma lacuna na lei e, por isso, tem força de lei. Importante considerar que, aqui, a distinção entre julgar e aplicar a lei praticamente inexiste. Ambas as atividades são inerentes à *iursdictio* sobre a qual se apoia o poder do Monarca, ou seja, não se trata apenas da ausência de tripartição de poderes como um dogma formal, mas das próprias estruturas em que direito e política ainda não se diferenciaram funcionalmente.

Conforme o direito e a política se diferenciam, os Tribunais se autonomizam como organização que não se confunde com a organização burocrática do Estado: embora expressem poder estatal, possuem uma burocracia própria e autonomia organizacional. Tanto nos países da *common Law*, quanto na *civil Law*, os Tribunais se organizam de modo hierárquico e centralizado. No Brasil, em que a implantação de um Poder Judiciário central é dificultada pela extensão territorial, mecanismos centralizadores são largamente desenvolvidos: tipicamente, uniformização da jurisprudência e vinculação hierárquica a um tribunal superior. A Súmula Vinculante representa o ápice desses mecanismos e corresponde não só à ideia de uma aspiração por certeza, mas também a necessidades políticas voltadas ao uso do direito.

---

tanto se impunha encontrar a técnica capaz de outorgar a desejável uniformidade interpretativa, em face dos casos assemelhados". (p.208).

[781] SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante**: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005, p.190.

O primeiro tribunal superior efetivamente brasileiro foi criado com a Constituição de 1824, o Supremo Tribunal de Justiça. Este tribunal detinha competência de revista recursal, isto é, de revisão das decisões dos outros tribunais em grau de recurso, nos casos de *nulidade manifesta* ou de *injustiça notória*,[782] bem como para, a partir de 1875, editar assentos.[783]

Com a instauração da República, em 1891, o Supremo Tribunal de Justiça deixa de existir e, com ele, a edição de assentos. No novo modelo federado, que se tenta instaurar nos moldes norte-americanos, não teria lugar falar em *uniformização de jurisprudência* dos tribunais estaduais, pois isso iria de encontro à noção de autonomia dos Estados. Estes deveriam apenas respeitar a Constituição Federal, mas poderiam muito bem fazê-lo a seu modo e, inclusive, divergir, já que, por premissa, poderiam ter suas constituições estaduais, códigos de processo etc.

A Emenda Constitucional nº 3 de 1926, no entanto, altera sutilmente a competência do Supremo Tribunal Federal, acrescentando o cabimento do recurso extraordinário para o caso de "dois ou mais tribunais locais interpretarem de modo diferente a mesma lei federal" (art. 60, § 1º, *c*). Em 1932, legislação de exceção (Decreto revolucionário nº 21.228/32) restabelece o recurso de revista para o Supremo Tribunal Federal, contra decisões dos tribunais estaduais e, em 1936, o recurso de revista passa a ser cabível também diante de qualquer divergência jurisprudencial.

Assim, com o governo centralizador de Vargas, passa a existir (ou volta a existir) um Tribunal de Superposição com poder uniformizador, não só pela revista dos recursos, mas também por recurso fundado em divergência. O Código de Processo Civil de

---

[782] Conforme aponta José Carlos de Matos Peixoto, ambos conceitos se referiam sempre a questões formais de legislação central e não de equidade, como poderia parecer. (PEIXOTO, José Carlos de Matos. **Recurso extraordinário**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1935, p.75).

[783] Antes disso, até 1808, a Casa da Suplicação de Lisboa tinha competência hierárquica (em revista) sobre os tribunais da Bahia e do Rio de Janeiro (como o tinha também sobre os tribunais nas colônias portuguesas em geral). Em 1769, a Lei da Boa Razão havia suprimido a competência dos tribunais brasileiros (e de todas as colônias) para a edição de assentos, restrita à Casa da Suplicação de Lisboa. Com a vinda da família real para o Brasil, foi criada a Casa da Suplicação no Brasil que, separada da Casa da Suplicação de Lisboa, passa exercer a competência sobre os tribunais brasileiros e a editar assentos. Também o tribunal do Rio de Janeiro volta a ter competência para editar assentos. Em 1824, a Casa da Suplicação brasileira dá lugar ao Supremo Tribunal de Justiça brasileiro, que assume então as competências para o recurso de revista e edição de assentos e, com isso, um papel centralizador. O decreto nº 2.684/1875 reconhecia força de lei aos antigos assentos da Casa da Suplicação de Lisboa editados após a criação da Casa da Suplicação do Brasil, exceto quando derrogados por legislação posterior. Além disso, reconhecia a competência do Supremo Tribunal de Justiça para tomar assentos quando houvesse dúvidas decorrentes de julgamentos divergentes ocorridos nos Tribunais inferiores (chamados de Relações) e juízos de primeira instância. Para tanto, deveriam consultar previamente os tribunais inferiores e, uma vez tomado o assento, registrado em livro próprio, deveriam ser remetidos às Câmaras Legislativas para serem numerados e incorporados à legislação.

1939 consolida essa sistemática prevendo, de um lado, o recurso extraordinário para os casos de violação/interpretação divergente da legislação federal/Constituição e, de outro lado, o recurso de revista, previsto no art. 853, com a finalidade de propiciar a uniformização da jurisprudência em um contexto mais amplo e cabível também no caso de divergência entre órgãos de um mesmo tribunal (entre Câmaras do Tribunal ou entre decisões anteriores do tribunal).[784] Essa sistemática é mantida pela Constituição de 1946.

Foi em 1963 que, por meio de emenda ao Regimento Interno, o Supremo Tribunal Federal passou a editar *Súmulas da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal*, não com força vinculante, mas com enfática capacidade persuasiva. A Súmula deveria conter a inscrição de enunciado *sucinto* da jurisprudência, mencionando as normas a que o enunciado se refere. Estava previsto também um procedimento para cancelamento/revisão da súmula quando, por eventualidade, o Tribunal viesse a decidir em sentido diverso daquele sumulado.[785] No anexo da Emenda ao Regimento interno, a Comissão de jurisprudência, responsável pela edição da súmula de enunciados, esclarecia:

> A finalidade da Súmula não é somente proporcionar maior estabilidade à jurisprudência, mas também facilitar o trabalho dos advogados e do Tribunal, simplificando o julgamento das questões mais frequentes. Por isso, a emenda ao Regimento, inicialmente referida, atribui à Súmula outros relevantes efeitos processuais.[786]

---

[784] Nos termos do dispositivo, "Conceder-se-á recurso de revista para as Câmaras Civis reunidas, nos casos em que divergirem, em suas decisões finais, duas ou mais Câmaras, ou turmas, entre si, quanto ao modo de interpretar o direito em tese. Nos mesmos casos, será o recurso extensivo à decisão final de qualquer das Câmaras, ou turmas, que contrariar outro julgado, também final, das Câmaras reunidas". A possibilidade de recurso fundado em divergência vai levar a uma prática semelhante à adotada nos países de *common Law*: de publicações oficiais (os repositórios oficiais de jurisprudência), com os julgados que poderiam servir de base para fundamentar o recurso fundado em divergência. Também é interessante notar que não só a parte, mas o próprio Tribunal ou o Procurador Geral da República poderiam interpor o recurso, hipótese que veio a ser suprimida com a Constituição de 1937. (PEIXOTO, José Carlos de Matos. **Recurso extraordinário**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1935, p.222).

[785] A emenda trazia todo um capítulo sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (cap. XX) e previa a publicação das *Súmulas da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal*, na qual deveriam ser inscritos os enunciados correspondentes às "decisões do Tribunal, por maioria qualificada, que tenham concluído pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público", bem como "a jurisprudência que o Tribunal tenha por predominante e firme, embora com votos vencidos" (art. 5º, I e II). Caberia a uma Comissão de Jurisprudência, por iniciativa própria ou proposta de um dos Ministros, a inscrição de enunciado em súmula, que deverá ser "sucinto e mencionará as normas [...] a que se refira" (art. 6º). As súmulas deveriam ser organizadas, indexadas e publicadas, havendo previsão para cancelamento/revisão, em especial quando houvesse decisão em sentido contrário no próprio Tribunal. A Súmula poderia ser citada pelo índice e permitia, ao Tribunal, com base na súmula, negar provimento ou não conhecer de recursos, bem como, nos casos em que houvesse súmula aplicável, dispensar a audiência do Procurador Geral da República.

[786] WESTIN, Maurício. A evolução da súmula por meio das descontinuidades históricas: elemento forjador de consenso. In: GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa et al. (Orgs.). **História do direito**: novos caminhos e novas versões. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 181-182.

Tratava-se, como apontava o seu idealizador, Min. Victor Nunes Leal, de um método de trabalho. Método que nasce voltado à simplificação e aceleração dos procedimentos, principalmente para os profissionais do direito: os próprios Ministros e os advogados.[787] Mas, como aponta Maurício Westin, a agilidade do procedimento e a fácil referibilidade das posições da maioria, garantidas pela súmula, implicavam a ocultação de divergências e da motivação das decisões.[788]

Não obstante, embora as súmulas não vinculem tribunais inferiores, juízes ou a Administração, têm importantes efeitos processuais. A Súmula permite ao Tribunal (primeiro só ao próprio Supremo Tribunal Federal e, hoje, todos os tribunais) negar provimento ou deixar de conhecer recursos com base na súmula. Essa progressiva construção/utilização da *súmula impeditiva de recurso* tem o efeito importante de dispensar o julgador da obrigação de motivação/fundamentação da decisão. A legislação processual posterior vai prever a possibilidade de negar seguimento a recurso em confronto com súmula ou jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores, ou do próprio Tribunal prolator da decisão recorrida, bem como dar provimento a recurso quando a decisão recorrida contrariar súmula de Tribunal

[787] Analisando as anotações da própria Comissão de Jurisprudência do Tribunal, responsável pela edição das súmulas, e entrevistas com seu idealizador, o Min. Victor Nunes Leal, Maurício Westin aponta que a súmula foi concebida como um método de trabalho, diante da necessidade não só de uniformizar a jurisprudência, mas também de simplificar e agilizar os julgamentos. Os próprios Ministros muitas vezes não conheciam a jurisprudência mais atualizada do Tribunal em determinada matéria, gerando incoerência. Muitas vezes, julgados que representavam a opinião da minoria eram utilizados como base para casos análogos quando já existia decisão, em sentido oposto, da maioria. Segundo Westin, na história das súmulas, percebe-se como esta "constitui um mecanismo forjador de consenso (artificial, portanto), no âmbito da Corte de cúpula do país, por meio do qual mesmo os ministros não concordes com o entendimento nela consubstanciado a ele aderiam, em reverência à uniformização da jurisprudência. Para isso contou com a ignorância dos advogados e dos próprios juízes que não tinham acesso às decisões do Tribunal para tornar-se o veículo não só de consolidação, mas, antes, de informação (depurada, extrato apenas dos julgados) revelando neste passo a relação de identidade entre saber e poder traçada por Foucault". (p.184-185).

[788] Como aponta Westin, a prática decisional baseada nas súmulas acabava por institucionalizar uma sensível diminuição da fundamentação das decisões. Conforme a pesquisa de Westin, logo após a instituição das súmulas, a fundamentação nos votos vai diminuindo e tende a ser substituída pela indicação do número da súmula. Mesmo com a progressiva alteração da composição do Supremo Tribunal Federal, os enunciados raramente são discutidos pelos novos ministros. Conforme a análise do autor, pelo novo método de trabalho, a fundamentação farta passa a ser um incômodo, obstrui a pauta, atravanca o serviço e é até criticada pelos demais. Sob a bandeira da celeridade, cria-se uma artificial pacificação do assunto o que, na prática, implicou significativa perda da capacidade de persuasão racional dos julgamentos. Segundo o autor, "a referida dispensa de fundamentação, somada à forma como os enunciados foram redigidos – geral e abstrata, tais como fossem um artigo de lei – conferiu-lhes como que vida própria, transcendendo aos seus criadores e às decisões que lhe deram origem. A atitude crítica, a exemplo do pensamento filosófico, é salutar ao sistema jurídico, para que esteja sempre colocando em debate as decisões do passado, confrontando-as com o presente, para que possa haver modificações no sentido de maior adequabilidade, quer ao caso que se examina, quer em relação aos futuros. A Súmula torna-se, por assim dizer, um mito, lastreado na autoridade dos tribunais que a editam, que assim vêem potencializado o seu poder de centralização das decisões, traduzindo efeito político inegável". (WESTIN, Maurício. A evolução da súmula por meio das descontinuidades históricas: elemento forjador de consenso. In: GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa et al. (Orgs.). **História do direito**: novos caminhos e novas versões. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p.188).

Superior (CPC, art. 518, §1º e 557, §1º).[789] As peculiaridades desses mecanismos serão analisadas adiante.

Por ora, interessa lembrar que, nas Constituições do período militar, o mecanismo das súmulas é mantido, assim como a competência dos Tribunais Superiores para a uniformização de jurisprudência. Alteração relevante é a atribuição, na Constituição de 1969, ao Supremo Tribunal Federal para, por meio do seu Regimento, regular (restringir) as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário (art. 119, § 1º), instituindo uma prática, que será crescente até os dias atuais, de limitar, com relativa discricionariedade, o acesso recursal.[790] Com o Pacote de Abril de 1977, veio a ação avocatória, que permitia ao Supremo Tribunal Federal, por provocação do Procurador-Geral da República, fixar, com efeitos vinculantes, a interpretação em tese de leis ou atos normativos federais ou estaduais.

A avocatória perdurou até a Constituição de 1988, que não a recepcionou. A Constituição de 1988 criou, ainda, o Superior Tribunal de Justiça, a quem atribuiu competências do Supremo Tribunal Federal para recursos fundados em divergência jurisprudencial ou violação de lei federal.

Com a Constituição de 1988, a par do cabimento de recurso ao Superior Tribunal de Justiça, fundado em divergência jurisprudencial (Constituição Federal, art. 105, III, "*c*"), o Código de Processo Civil de 1973, com suas alterações posteriores, também prevê mecanismos de uniformização.

---

[789] A possibilidade de negar seguimento a um recurso com base na aplicação de um precedente ou de uma súmula já existia no ordenamento desde 1990 (art. 38 da Lei nº 8.038/90), foi largamente expandido em 1995 (Lei nº 9.139/95) e 1998 (Lei nº 9.756/98). A Lei nº 11.276/06 acresceu o § 1º ao art. 518 do CPC, que permite ao próprio juiz prolator da decisão deixar de receber recurso contra sua sentença quando esta estiver em conformidade com súmula do STJ ou do Supremo Tribunal Federal. Como bem anota Lênio Luiz Streck, o Min. Marco Aurélio já tinha se manifestado sobre a inconstitucionalidade desse dispositivo na ocasião do julgamento da ADIn 594, "O art. 38 da Lei nº 8.038/90 confere, a meu ver, não a quase normatividade mencionada pelo Relator, mas uma verdadeira normatividade aos verbetes das Súmulas do Supremo Tribunal Federal e, especificamente, do Superior Tribunal de Justiça. Esse artigo contém a utilização do verbo "negar" de forma, até mesmo, a revelar que, no caso, defrontando-se o relator do recurso, no STJ, com razões de recurso que contrariem verbete da Súmula, deve ele – é imposição decorrente do art. 38 – negar seguimento ao pedido formulado, que é de trânsito do próprio recurso". In: RTJ 151/20 apud STRECK, Lênio Luiz. **O fahrenheit sumular do Brasil**: controle panóptico da jurisprudência. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40. Acesso em:15 out. 2009.

[790] O regimento seria alterado em 1970, 1975 e 1985 de modo a restringir as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário. A chamada *arguição de relevância*, instituída em 1975 pelo regimento e, incorporada na Constituição em 1977, condicionava o recebimento do recurso à demonstração, pelo recorrente, da *relevância da questão federal*, permitindo elevada discricionariedade. A *arguição de relevância* foi suprimida pela Constituição de 1988 e, de certo modo, restabelecida na figura da *repercussão geral*, embora com requisitos mais objetivos. Atualmente, os regimentos e as próprias súmulas do Supremo Tribunal Federal e STJ criam um sistema de restrição aos recursos de superposição que acaba por revelar inevitável discricionariedade. Em princípio, tais recursos não são cabíveis para reapreciação de questões contratuais ou questões fáticas, mas apenas de direito. Salvo situações consideradas excepcionais, como na fixação de danos morais ou honorários advocatícios em valor irrisório ou exagerado.

Das decisões não unânimes das Turmas Julgadoras dos Tribunais (compostas por 3 desembargadores), que reformem uma decisão do juiz singular, cabem embargos infringentes, para que um colegiado maior reaprecie a matéria em que houve divergência (CPC, art. 530). No caso de divergência entre turmas do próprio Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal, cabem embargos de divergência, para julgamento das Turmas Reunidas em Seção (CPC, art. 496 e 546). Há também o incidente de uniformização de jurisprudência, pelo qual as partes, o juiz ou o Ministério Público podem, antes do julgamento de uma causa, provocar o Tribunal para que decida, incidentalmente, sobre a interpretação de questão jurídica geradora de dúvidas e divergências (CPC, art. 476).

Como se nota, embora por vezes sejam criados novos recursos ou etapas procedimentais (como os embargos infringentes, de divergência e o incidente de uniformização), os mecanismos de uniformização de jurisprudência mesclam-se aos mecanismos de supressão procedimental porque, uma vez consolidado o entendimento jurisprudencial, fica autorizado o julgamento simplificado (em termos de contraditório e fundamentação das decisões) de vários outros casos.

Os novos mecanismos criados pelo atual movimento de reforma tendem a reduzir ao máximo a necessidade de etapas/processos para produzir a jurisprudência uniforme. Daí a noção de que o efeito vinculante das súmulas maximiza a atividade judicante: as súmulas podem ser editadas de ofício, sem necessidade, portanto, ao menos em tese, de mais processo e mais contraditório. A súmula vinculante, por condensar o resultado do trabalho passado do tribunal, permitiria a solução do litígio sem que o litígio precise se desenvolver, suprimindo ao máximo novas etapas processuais. A sua máxima eficácia depende da força vinculante dos seus efeitos.

No âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, em que o Supremo Tribunal Federal decide sobre a constitucionalidade/inconstitucionalidade de leis em tese, já se havia estabelecido efeitos vinculantes desde a Emenda Constitucional nº 3/1993, que criou a ação declaratória de constitucionalidade. A decisão declaratória da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal passa a ter efeitos *erga omnes* e vinculantes, ou seja, a norma declarada constitucional não pode ser considerada/declarada inconstitucional pelos juízes e

Tribunais inferiores.[791] A Lei nº 9.868/98 acabou por expandir esse efeito *erga omnes* e vinculante também para as ações diretas de inconstitucionalidade.

A súmula vinculante, instituída pela Emenda Constitucional nº 45/04, vai buscar realizar a ideia de que é possível, com base nos julgamentos passados, eliminar divergências futuras já no seu nascedouro, com a cassação de decisões judiciais ou anulação de atos administrativos contrários à súmula vinculante.[792]

O Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação de determinados legitimados, pode aprovar súmula com efeito vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário, bem como para a Administração Pública direta e indireta (Constituição Federal, art. 103-A). A súmula vinculante deve ter por objeto a validade, interpretação e eficácia de

[791] Para Oscar Mendes Paixão Côrtes, a semelhança com a ação avocatória, bastante criticada, não passou desapercebida pela doutrina. No entanto, para o autor, "a antiga avocatória e a atual ação declaratória de constitucionalidade são figuras distintas, pois esta última não objetiva a suspensão de decisões judiciais e tem finalidade unicamente jurídica (não política), servindo não para interferir diretamente nas decisões de primeira e segunda instâncias, mas para resolver problema relativo à constitucionalidade de lei, com eficácia vinculativa e erga omnes". (CÔRTES, Oscar Mendes Paixão. **Súmula vinculante e segurança jurídica**. São Paulo: RT, 2008, p.185). Contudo, parece claro que a distinção entre *uso político* e *uso jurídico* não está na lógica do funcionamento do mecanismo. De qualquer modo, o argumento de que a ação declaratória se limita ao controle concentrado de constitucionalidade não se pode aplicar à própria súmula vinculante.

[792] A introdução da possibilidade de edição da súmula vinculante no ordenamento levou a doutrina de volta a antigas discussões sobre a natureza da súmula vinculante e a tripartição de poderes. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 594DF havia decidido que "A súmula, porque não apresenta as características de ato normativo, não está sujeita à jurisdição constitucional concentrada". A questão passa a ser, então, de definir a natureza da súmula vinculante para saber se ela pode ou não ser objeto de controle concentrado. Para Monica Sifuentes, as súmulas vinculantes têm caráter normativo. Segundo a autora, em trabalho pioneiro sobre o tema, "o que diferencia, portanto, um ato jurisdicional do outro é sua normatividade, ou seja, a sua capacidade de extrapolar as fronteiras do caso julgado, projetando-se no ordenamento jurídico com os atributos de generalidade e abstração. A esse requisito se deve acrescentar a obrigatoriedade, que, em interpretação mais restrita alcançaria apenas os atos jurisdicionais dotados de oponibilidade erga omnes, como é o caso, no Brasil, das decisões proferidas em controle abstrato de constitucionalidade. Em sentido pouco mais amplo, poder-se-ia classificar como ato normativo da função jurisdicional a súmula vinculante, que, embora não tenha efeito erga omnes, é obrigatória não apenas no âmbito dos tribunais, mas também é oponível à Administração Pública". (SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante**: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005, p.277). Em sentido contrário, Oscar Mendes Paixão Côrtes, por entender que a súmula não se destina à previsão geral, abstrata e *erga omnes* de uma situação objetiva. Para o autor, com amparo em Calmon de Passos, a súmula apenas organiza a produção jurisprudencial do Tribunal que vincula o sentido de futuras decisões do próprio Tribunal e não da coletividade. (CÔRTES, Oscar Mendes Paixão. **Súmula vinculante e segurança jurídica**. São Paulo: RT, 2008, p.199-200). A discussão parece ter nascido já desatualizada. De um lado, como já visto, a vinculação dos precedentes não têm relação necessária com criacionismo judicial, caso se considere, por exemplo, que o precedente simplesmente *revela* um direito que já existia. De outro lado, a própria questão da função criativa dos juízes, de Kelsen à Cappelletti, parecia já superada (KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1986, p.70; CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999). Também a teoria dos sistemas mostra que a distinção legislação/jurisdição é uma distinção interna ao sistema jurídico, com funções importantes: o sistema pode, assim, legitimar a si mesmo e exercitar autocorreção. Mas, como os precedentes, uma vez prolatados, passam a integrar o material normativo à disposição do julgador para o momento da decisão (e, ao decidir, o juiz sabe que sua decisão poderá constituir precedente para outras) a relação é circular e não hierárquica, o que afasta o potencial explicativo da discussão sobre a legitimidade do criacionismo judicial para descrição do sistema jurídico. (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002, p.359-401). Por esse mesmo motivo, a pergunta pela hierarquia formal da súmula vinculante (se inferior à lei que ela interpreta) parece redundante. Do ponto de vista do controle concentrado de constitucionalidade, a pergunta que essa perspectiva proporciona é da sua necessidade e adequação, especialmente à medida que se dá mais e mais valor aos precedentes.

normas *determinadas*, acerca das quais haja controvérsia entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração, que acarrete *grave insegurança jurídica* e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica (Constituição Federal, art. 103-A, § 1º). A súmula pode ainda ser revista, cancelada ou modificada mediante um procedimento específico (Constituição Federal, art. 103-A, § 2º.) e, qualquer decisão judicial ou administrativa que contrarie a súmula, lhe negue vigência ou a aplique indevidamente, estará sujeita à reclamação diretamente ao Supremo Tribunal Federal, que poderá anular a decisão e determinar que outra seja proferida (Constituição Federal, art. 103-A, § 3º).

As súmulas vinculantes se diferenciam, portanto, de outros mecanismos de uniformização de jurisprudência.[793] Elas buscam, declaradamente, bloquear a atividade interpretativa (e não apenas corrigir decisões).[794] As hipóteses que autorizam sua edição pressupõem *grave insegurança jurídica* o que, de certo modo, é contraditório com a noção de um entendimento jurisprudencial já consolidado e pacificado. Além disso, o mecanismo para sua efetivação, a reclamação, é bem diferente do mero recurso processual.

A reclamação já estava prevista no art. 102, I, *l*, da Constituição Federal como mecanismo para preservar a competência e garantir a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal, em especial, no controle concentrado de constitucionalidade. O art. 103-A, § 3º, introduziu, com a reforma de 2004, a possibilidade da reclamação contra ato administrativo ou decisão judicial que contrariar ou aplicar indevidamente uma súmula vinculante. A legislação de regência (Lei nº 11.417/2006, art. 7º) acrescenta que a reclamação é cabível "sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação". Na reclamação, o

[793] Nesse sentido, entende Rodolfo de Camargo Mancuso que a interpretação e a divergência são fenômenos previsíveis, tanto que "a própria lei processual prevê recursos fundados em dissídio pretoriano, seja ao interior de um mesmo órgão fracionário de Tribunal (embargos infringentes – CPC, art. 530), seja entre frações de um mesmo Tribunal (embargos de divergência no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL e STJ – CPC, art. 546), seja entre Tribunais diversos (revista trabalhista – CLT, art. 896; recurso especial ao STJ – alínea c do art. 105, III, da Constituição Federal). Isso sem considerar os incidentes que visam, conforme o caso, prevenir o dissídio anunciado ou superar aquele já deflagrado: CPC, art. 120 e parágrafo único; art. 481 e parágrafo único; art. 476; § 1º do art. 555". (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 3.ed. São Paulo: RT, 2007, p.143). Assim, excluindo o caso da súmula vinculante, que implica cassação do julgado, a divergência não implica nulidade da decisão. V. nesse sentido a súmula 343 do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: "não cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais".

[794] Para o idealizador das Súmulas, Min. Victor Nunes Leal, a súmula não deve ser interpretada, pois já é resultado de uma interpretação. Nas suas palavras, "o que se interpreta é a norma da lei ou do regulamento, e a Súmula é o resultado dessa interpretação, realizada pelo Supremo Tribunal". (**Problemas de direito público e outros problemas.** v.1 Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p.191).

Supremo Tribunal Federal pode cassar uma decisão judicial ou ato administrativo sem a necessidade de que a questão percorra todo a caminho recursal.

Na verdade, a reclamação só não será cabível se a decisão já tiver transitado em julgado (STF, súmula 734), de modo que, embora a decisão contrária à súmula *também* esteja sujeita aos recursos processuais cabíveis, a reclamação segue em paralelo, como procedimento apto a "viabilizar uma cassação célere e definitiva da decisão impugnada".[795] O caso seria não apenas de desacerto da decisão (o que enseja recurso), mas sim, propriamente, de desacato à autoridade do Supremo Tribunal Federal. A procedência da reclamação implica, assim, a cassação da decisão judicial ou anulação da decisão administrativa, com determinação para que outra seja proferida, como consta do art. 103-A, § 3º, da Constituição Federal.[796]

Por meio da reclamação, o Supremo Tribunal Federal, pode anular também decisões de toda a Administração Pública, direta e indireta, que contrariem uma súmula vinculante (que, por sua vez, pode ser editada de ofício pelo Supremo Tribunal Federal). Há uma via de mão-dupla: como a súmula vincula a Administração, a controvérsia entre Judiciário-Administração pode ser sumulada de modo a fazer prevalecer, com eficiência, um entendimento que vinha sendo desrespeitado pela Administração. Mas a súmula vinculante permite o movimento contrário: pode ser sumulado o entendimento da Administração, que vinha sendo questionado pelos administrados, de modo a evitar que o recurso ao Poder Judiciário para a garantia de direitos públicos subjetivos interfira na governabilidade.[797]

Também é relevante que o objeto da súmula vinculante deva ser a validade, interpretação e eficácia de *normas determinadas*, acerca das quais deve haver controvérsia entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração.[798] De um lado, é necessário haver

---

[795] MONNERAT, Fabio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. In: (Coord.) WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p.465.

[796] A doutrina, em geral, entende que a reclamação seria verdadeira ação constitucional, com natureza essencialmente mandamental, e que "encera uma técnica de aceleração da prestação jurisdicional, mais precisamente, uma técnica de cassação acelerada de decisão contrária aos referidos precedentes". (MONNERAT, Fabio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. In: (Coord.) WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p.468). Para José Miguel Garcia Medina, Luiz Rodriguez Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, a sentença na reclamação, julgada procedente, tem natureza mista, "já que será anulado o ato administrativo ou a sentença judicial – sendo a sentença nesta medida desconstitutiva – e se determinará que outro ato seja praticado ou que outra decisão seja proferida, no lugar da anulada – neste particular se estará diante de uma decisão de natureza mandamental". (MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Repercussão geral e súmula vinculante** – relevantes novidades trazidas pela EC nº 45/2004, p.389).

[797] Com isso, a súmula vinculante transmite ao direito todo o risco político de tomar decisões que podem ser políticas, diminuindo a diferenciação entre os sistemas.

[798] Não deixa de ser curioso que também a *eficácia* de uma norma determinada possa ser objeto de súmula vinculante. Poderia o Supremo Tribunal Federal determinar por uma súmula quando uma lei é eficaz ou não?

repetidas decisões sobre a matéria que, supõe-se, sejam em um mesmo sentido. De outro lado, fala-se em *controvérsia causadora de grave insegurança jurídica*, o que permite supor a existência de decisões judiciais em sentidos diversos. E, posto que também seja um requisito da súmula vinculante a existência de reiterados precedentes do próprio Supremo, fica nítido que não há como garantir que a súmula vinculante consolidará o entendimento considerado predominante. Em especial porque a controvérsia que enseja a súmula deve ser atual e ensejar *grave insegurança jurídica* e *multiplicação de processos*: se existe controvérsia, se essa controvérsia é atual e gera a multiplicação de processos, então as reiteradas decisões possivelmente não representam o entendimento *predominante* no Poder Judiciário como um todo (fosse predominante, a insegurança não seria grave). E, justamente por isso, não há garantia de que seja efetivamente predominante também no Supremo Tribunal Federal, como se pode perceber dos debates ocorridos por ocasião da edição de algumas das súmulas.[799]

Essa contradição inerente às hipóteses de edição da súmula vinculante faz com que a sua utilidade seja tanto maior quanto menos consolidada for a posição existente no Poder Judiciário sobre determinado assunto. Não por acaso, seu propósito declarado não é consolidar entendimentos reiterados (para tanto já existem as súmulas não-vinculantes), mas atuar como mecanismo supressor da incerteza que enseja sua edição.

De maio de 2007 até julho de 2013, o Supremo Tribunal Federal editou 32 súmulas vinculantes. Todas procuram ser claras, com variados graus de sucesso.[800] Algumas trazem, no próprio verbete, exceções e conceitos abertos que já indicam a necessidade de interpretação, como a súmula vinculante nº 11, sobre hipóteses que justificam ou não o uso de

[799] A leitura desses debates mostra que, por vezes, há divergência na aprovação ou não de determinada súmula porque há divergência entre os Ministros não só quanto ao que deve ser sumulado, mas também quanto à própria abrangência do que já foi ou não tratado em reiterados precedentes. Assim com as súmulas 2 e 3 em que o Min. Marco Aurélio ficou vencido. Debates disponíveis em: www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_20070810_078.pdf. Caso interessante é o da súmula vinculante nº 4, segundo a qual "Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial", que acabou por contrariar precedentes que admitiam a substituição do salário mínimo, como indexador de base de cálculo, por critério estabelecido em decisão judicial (RE 439.035 e RE 236396). Luiz Flavio Gomes, observando as súmulas 171 e 174 do STJ (não vinculantes), aponta que a matéria sumulada ainda estava longe de questão pacificada. (GOMES, Luiz Flavio. Súmulas vinculantes e independência judicial. In: **Revista dos Tribunais**, v. 86, nº 739, São Paulo: RT, 1997, p.1.142).

[800] Por exemplo, a súmula nº 25: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito". No entanto, deve ser anotado que a clareza parece decorrer da utilização de uma expressão abrangente *qualquer que seja*, que poderia ensejar interpretação (é lícita a prisão civil por dívida mesmo quando não há depósito?). De mais a mais, a súmula repete o texto já constante do art. 7º, § 7º do Pacto de San Jose da Costa Rica, sem dar maiores esclarecimentos sobre a hierarquia legal/constitucional dos tratados que tratam de direitos humanos, o que gera a incerteza típica das situações de reprodução de normas idênticas dentro do ordenamento: o legislador não usa palavras inúteis nem promulga leis inúteis. E o *sumulador*?

algemas.[801] Mas, mesmo quando o enunciado da súmula, como um bom artigo de lei, parece suficientemente claro, a necessidade de interpretação da norma permanece.

Isso ocorre porque essa necessidade não decorre (apenas) das características intrínsecas do enunciado normativo, mas sim, da necessidade de concerto do enunciado com o ordenamento e da sua consequente aplicação em situações diversas. Uma necessidade decorrente do fato de que os juízes estão obrigados a decidir. Nesse contexto, a suposição de que a súmula dispensaria interpretação é tão ingênua quanto a proibição de Napoleão e de Justiniano em relação à interpretação dos seus legados legislativos.

Tome-se, por exemplo, a súmula vinculante nº 32: "O ICMS não incide sobre alienação de salvados de sinistro pelas seguradoras". O verbete é absolutamente claro. Assim como são claros os arts. 2º e 3º da Lei Complementar nº 87/96 (Lei do ICMS), que determinam hipóteses de incidência e de não-incidência do ICMS.[802] Não obstante, além da súmula vinculante nº 32, existem outras 6 súmulas não-vinculantes do Supremo Tribunal Federal[803] sobre o ICMS e 8 súmulas do Superior Tribunal de Justiça.[804]

---

[801] "Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado". A súmula tem tantos conceitos abertos como as leis e parece redundar em uma determinação para que a autoridade apresente uma justificação qualquer do uso de algemas, ou seja, redunda em uma regra de competência.

[802] Art. 2° O imposto incide sobre: I operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares; II prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, por qualquer via, de pessoas, bens, mercadorias ou valores; III prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza; IV fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios; V fornecimento de mercadorias com prestação de serviços sujeitos ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, quando a lei complementar aplicável expressamente o sujeitar à incidência do imposto estadual. § 1º O imposto incide também: I sobre a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade; II sobre o serviço prestado no exterior ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior; III sobre a entrada, no território do Estado destinatário, de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e de energia elétrica, quando não destinados à comercialização ou à industrialização, decorrentes de operações interestaduais, cabendo o imposto ao Estado onde estiver localizado o adquirente. § 2º A caracterização do fato gerador independe da natureza jurídica da operação que o constitua. Art. 3º O imposto não incide sobre: I operações com livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão; II operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semielaborados, ou serviços; III operações interestaduais relativas à energia elétrica e petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, quando destinados à industrialização ou à comercialização; IV operações com ouro, quando definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial; V operações relativas a mercadorias que tenham sido ou que se destinem a ser utilizadas na prestação, pelo próprio autor da saída, de serviço de qualquer natureza definido em lei complementar como sujeito ao imposto sobre serviços, de competência dos Municípios, ressalvadas as hipóteses previstas na mesma lei complementar; VI operações de qualquer natureza de que decorra a transferência de propriedade de estabelecimento industrial, comercial ou de outra espécie; VII operações decorrentes de alienação fiduciária em garantia, inclusive a operação efetuada pelo credor em decorrência do inadimplemento do devedor; VIII operações de arrendamento mercantil, não compreendida a venda do bem arrendado ao arrendatário; IX operações de qualquer natureza de que decorra a transferência de bens móveis salvados de sinistro para companhias seguradoras.

[803] Súmulas do Supremo Tribunal Federal:

A súmula 152 do Superior Tribunal de Justiça, aliás, dizia: "Na venda pelo segurador, de bens salvados de sinistros, incide o ICMS", ou seja, exatamente o contrário da súmula vinculante nº 32. A súmula 152 está, hoje, cancelada, mas a clareza dos enunciados não parece, de fato, capaz de fazer cessar a interpretação, seja porque o enunciado precisa ser harmonizado com o ordenamento (e vice-versa) seja porque, quanto mais certeza se gera sobre o ICMS, mais autonomia o sistema tem para discutir novas situações/comparações para incidência ou não-incidência.

Ou seja, a súmula vinculante nº 32, apesar da clareza de seu enunciado, não é suficiente para resolver o mundo das situações correlatas que podem surgir: *o que é salvado e o que é sucata? Quando há a alienação (com o registro da propriedade do salvado ou com a tradição)? Outros contribuintes que alienem bens assemelhados a salvados estarão isentos?* Um exercício semelhante poderia ser feito com todas as súmulas, assim como pode ser feito com todos os textos normativos que precisam coexistir entre si em um ordenamento que se pretende harmônico.[805]

Súmula 536: São objetivamente imunes ao Imposto sobre a Circulação de Mercadorias os produtos industrializados, em geral, destinados à exportação, além de outros, com a mesma destinação, cuja isenção a lei determinar.
Súmula 572: No cálculo de ICMS devido na saída de mercadorias para o exterior, não se incluem fretes pagos a terceiros, seguros e despesas de embarque.
Súmula 573: Não constitui fato gerador do ICM a saída física de máquinas, utensílios e implementos a título de comodato.
Súmula 660: Até a vigência da EC 33/2001, não incide ICMS na importação de bens por pessoa física ou jurídica que não contribuinte do imposto.
Súmula 661: Na entrada de mercadoria importada do exterior, é legítima a cobrança do ICMS por ocasião do desembaraço aduaneiro.
Súmula 662: É legítima a incidência do ICMS na comercialização de exemplares de obras cinematográficas, gravadas em fitas de videocassete.

[804] Súmulas do Superior Tribunal de Justiça:
Súmula 129: O exportador adquire o direito de transferência do crédito do ICMS quando realiza a exportação dos produtos e não ao estocar a matéria-prima.
Súmula 135: O ICMS não incide na gravação e distribuição de filmes e videoteipes.
Súmula 152: Na venda pelo segurador, de bens salvados de sinistros, incide o ICMS (cancelada).
Súmula 155: O ICMS incide na importação de aeronave, por pessoa física, para uso próprio.
Súmula163: O fornecimento de mercadorias com a simultânea prestação de serviços em bares, restaurantes e estabelecimentos similares constitui fato gerador do ICMS a incidir sobre o valor total da operação.
Súmula 166: Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.
Súmula 198: Na importação de veículo por pessoa física, destinado a uso próprio, incide ICMS.
Súmula 237: Nas operações com cartão de crédito, os encargos relativos ao financiamento não são considerados no cálculo do ICMS.

[805] Aliás, hoje existem 32 súmulas vinculantes e 736 súmulas não vinculantes. No STJ existem mais de 499 súmulas. O Tribunal Superior do Trabalho, os Tribunais Federais e os Tribunais Estaduais possuem mais centenas de súmulas. Aliás, não é incomum o cancelamento/substituição de súmulas (como a súmula 152 do STJ, cancelada em função da súmula vinculante nº 32). Não é difícil perceber que a proliferação de súmulas tende a criar uma massa legislativa de origem casuísta que, rapidamente, precisará ser catalogada, organizada, sistematizada, harmonizada e, quiçá, produzir um código (e, depois, novas súmulas).

A par disso, o próprio mecanismo cria incertezas. Será a súmula vinculante cancelada ou revisada? Seus efeitos serão *ex tunc* ou *ex nunc*? Será autorizada a participação do *amicus curiae* no processo de edição da súmula? Pode a coisa julgada ser flexibilizada em função da súmula vinculante?[806] É cabível *ação rescisória* para rescindir decisão transitada em julgado contrária à súmula vinculante?[807] Enquanto programa de decisão, a certeza que a súmula vinculante pode gerar cria novas incertezas, não só quanto ao sentido da própria súmula, mas quanto ao sentido do ordenamento como um todo que, ao incorporar a súmula vinculante, também se altera, aumentando sua complexidade interna.

O fato é que, com ou sem a súmula, os juízes continuam obrigados a decidir e, para dizer com Luhmann, *não se pode, ao mesmo tempo, estar obrigado a decidir e proibido de interpretar*.[808]

E a súmula vinculante não proíbe a interpretação. Com a reclamação, pode-se cassar a decisão que contrarie a súmula, mas apenas para que o juiz profira outra decisão, não podendo o Supremo decidir em seu lugar.

Contudo, assim como o legislador não está obrigado a legislar, o Supremo Tribunal Federal não está obrigado a editar súmulas vinculantes. Mesmo quando provocado por um dos legitimados, a decisão de não editar determinada súmula vinculante não impede

---

[806] Entendendo que sim: CÔRTES, Oscar Mendes Paixão. **Súmula vinculante e segurança jurídica**. São Paulo: RT, 2008.

[807] Em que pese à discussão sobre a natureza jurídica formal da súmula vinculante (lei ou mera decisão), que lhe poderia permitir amparar ação rescisória (CPC, art. 485, V), de um ponto de vista dogmático, a súmula vinculante tem por objeto a interpretação, validade ou eficácia de norma *determinada*. Eventual ação rescisória haveria de ter por fundamento essa norma determinada.

[808] LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana,2002,p.366. Como observa Luhmann, embora no plano semântico o modelo hierárquico legislação/jurisdição não seja imediatamente questionado, a partir de meados do séc. XIX a atividade judiciária não pode mais ser vista como mera aplicação mecânica da lei. A consolidação do Estado moderno e as inovações tecnológicas após a revolução industrial vão tornando necessário o uso cada vez maior da legislação. O excesso de temas tratados pela legislação e a progressiva quantidade de leis fazem com que o legislador, para evitar contradições e abranger um número de casos cada vez mais imprevisível, recorra a uma progressiva indeterminação conceitual. A lei demanda cada vez mais interpretação e o juiz simplesmente não pode ser visto como sua voz. De outro lado, a diferenciação sistema político/sistema jurídico já não ampara recursos como o *référé législatif*. A vontade do legislador precisa ser interpretada (a isso correspondeu a teoria do *legislador racional*). A par dessa necessidade de interpretação, a prática dos tribunais vai utilizando o material jurisprudencial acumulado. Vale dizer, a decisão judicial, ao mesmo tempo, aplica programas decisionais (leis, contratos, outros precedentes) e se firma como um programa para novas decisões (como precedente). E o juiz, ao decidir, sabe que sua decisão é também precedente. Nesse cenário, o juiz já não tem como representar sua decisão como mera dedução, mas deve considerar que sua decisão é parte de um processo de generalização congruente da expectativa normativa que absorve e reduz a indeterminação dos programas decisionais. Em outras palavras, toda decisão judicial que aplica uma lei ao caso reduz o espaço de indeterminação da lei enquanto programa, isto é, reforça o programa decisional que a lei integra. Cabe à dogmática jurídica, especialmente a hermenêutica, estabilizar o sentido desse operar. Daí a afirmação de Luhmann de que o crescimento de um direito judiciário é um fenômeno "adequado ao sistema que é possível apenas sobre a base do direito positivo. E, de fato, através da positivação do direito, o peso decisional é tão extenso que deve ser distribuído e assumido em parte também pelo juiz". (LUHMANN, Niklas. **Differenziazione del diritto, contributi ala sociologia e ala teoria del diritto**. Tradução de Raffaelle de Giorgi. Bologna: Il Mulino, 1990, p.118).

sua edição em um futuro próximo. Embora a edição da súmula vinculante pressuponha a existência de *repetidas decisões*, seu procedimento é abstrato e *não decide qualquer caso em especial*. Além disso, não apenas o Supremo Tribunal Federal não está obrigado a editar súmulas vinculantes, como não está vinculado às súmulas vinculantes que edita. E, assim como pode editar súmulas vinculantes de ofício, pode revisá-las ou cancelá-las de ofício.

Percebe-se assim que, quando edita súmulas vinculantes, o Supremo se afasta do centro do sistema jurídico e se aproxima da sua periferia (v. Cap. 3.2.3 e 3.2.4). Na periferia, a pressão para decidir é menor, mas a permeabilidade a influxos do ambiente do sistema é maior. A edição ou não de súmula vinculante depende de consenso entre os Ministros (e não de persuasão jurídica) e se orienta por uma perspectiva heterorreferente, que permite perguntar: *quais são as controvérsias que vêm gerando grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos? Como a sociedade e os outros sistemas veem o sistema jurídico*?

As hipóteses de edição das súmulas vinculantes e os mecanismos que permitem ao Supremo Tribunal Federal deixar de editá-las permitem que as súmulas se apresentem como uma resposta a demandas específicas dos outros sistemas sociais, especialmente, da política e, apenas nesse plano semântico, a edição de súmulas vinculantes representa alguma certeza.

Do quanto exposto, nota-se que a certeza que a súmula vinculante pode propiciar não está relacionada com a previsibilidade do conteúdo do direito, i.e., de determinada interpretação da norma fixada no enunciado, pois esta, enquanto enunciado, continuará sendo uma interpretação que pode ser interpretada. A sua certeza está relacionada com a autoridade do Supremo Tribunal Federal, afirmada por meio da reclamação. É por meio do uso da reclamação que a certeza prometida pela súmula vinculante pode ser verificada.

Essa certeza, no entanto, não diz respeito ao sentido da norma, mas sim, à autoridade do Supremo Tribunal Federal sobre os *demais* órgãos do Poder Judiciário e sobre a Administração. A autoridade sobre os demais órgãos do Poder Judiciário significa dizer que, por meio da vinculação hierárquica, o Supremo Tribunal Federal pode intervir na atividade judicante para garantir que determinadas decisões não produzam efeitos. Ele não pode, com a súmula vinculante, impedir que a decisão seja tomada nem pode substituí-la. A intervenção é regulada pelo próprio sistema jurídico: ela não pode substituir a decisão cassada, ela não pode

violar a coisa julgada e dependerá da interpretação do próprio Supremo quanto à ocorrência efetiva de violação ou má-aplicação da súmula vinculante, interpretação, entenda-se bem, pautada pelos programas do sistema jurídico.[809]

Ao passo, pois, em que o processo de edição de uma súmula vinculante é essencialmente político (pois o Supremo não está obrigado a fazê-lo), o processo de aplicação da súmula (a reclamação) não o é, é um processo judicial. A assimetria centro/periferia, que marca a diferenciação interna no sistema, se reproduz em um contexto mais delimitado: de um lado o processo de edição da súmula vinculante e, de outro lado, o processo de aplicação.

O que significa então a certeza da autoridade do Supremo Tribunal Federal? No direito, significa a certeza de que, nos casos que tratem de matéria objeto de súmula vinculante (ou que possa sê-lo), é necessário contar com a possibilidade de que um determinado desfecho, produzido e decorrente do procedimento e do contraditório, seja obstado por uma decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de reclamação, na qual o contraditório é bem mais limitado.

Vale dizer, em última análise, é mais um desfecho com o qual as partes devem contar. A decisão imposta pela autoridade do Supremo sobre o processo tende a ser exercida

---

[809] Encontra-se, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vários acórdãos julgando improcedente reclamação por violação à súmula vinculante nº 10, segundo a qual "Viola a cláusula de reserva de plenário (Constituição Federal, art. 97), a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte". Segundo o Supremo Tribunal Federal, nesses casos, a decisão não contrariava a súmula porque não havia se manifestado expressamente sobre a legislação em questão. Nesse sentido: "1. Ausência de manifestação expressa sobre dispositivos legais suscitados pela parte não representa ofensa à súmula vinculante 10, se o acórdão reclamado decidir a causa com fundamento em outras normas. Emprego da reclamação, nesse contexto, como sucedâneo de recurso, o que não admite a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal". STF, Rcl 11.859 AgR/BA, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 23.5.2013. Também há julgados em que foi considerada improcedente a reclamação por violação à súmula vinculante nº 14, segundo a qual "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa". Conforme o caso, o Tribunal analisa se, de fato, o material ao qual o advogado pretendia ter acesso poderia ser considerado material *já documentado* ou se diz respeito ao direito de defesa e se realmente lhe foi negado acesso. Assim, entendeu o STF que não viola a súmula vinculante nº 14 "decisão no sentido de a parte, a defesa técnica, ante inúmeros volumes e diversos acusados, indicar as peças do processo a serem copiadas, viabilizando-se, até mesmo, a entrega de mídia alusiva a gravação". STF, Rcl 13.215/SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 23.4.2013. A falta de identidade entre a situação prevista na súmula vinculante e a decisão impugnada é fundamento da improcedência de muitas reclamações (assim, Rcl 7979/PA, rel. Min. Dias Toffoli, j. 6.2.2031; Rcl 9.688/SP, rel. Min. Carmen Lúcia, j. 19.12.2012). A propósito, por ocasião dos debates tidos no procedimento para edição da súmula vinculante nº 14, assim se manifestou a Min. Ellen Gracie, que se posicionou contrariamente à sua edição e: "O ponto principal da minha discordância, e agora já entro no mérito, é que a súmula vinculante, um instituto que prezo extremamente, pelo qual me bati durante longos anos, é um instrumento extremamente poderoso, extremamente importante, que tem como objetivo principal o estabelecimento da segurança jurídica, ou seja, que a interpretação dada pelos Tribunais e pela Suprema Corte seja uma só a respeito de determinada matéria de direito. Como vimos aqui no debate, ao que tudo indica, a aplicação ou não desta súmula vai depender de interpretação a ser dada por cada uma das autoridades policiais no curso das investigações. Isso não é um bom sinal – volto a dizer – parece-me sinalizar no sentido das minhas preocupações. A súmula é algo que não deve ser passível de interpretação, deve ser suficientemente clara para ser aplicada sem maior tergiversação".

com contraditório e motivação reduzidos, que perde, portanto, em termos de legitimação procedimental e persuasão racional. Essa perda é parcialmente compensada pelo fato de que cabe às partes ajuizar a reclamação ou não e que, mesmo com a procedência da reclamação, outra decisão deverá ser prolatada (sendo razoável que, ao menos parcialmente, um novo contraditório se estabeleça, possibilitando às partes a apresentação de alegações à luz do quanto decidido na reclamação).

No entanto, não parece correto dizer que a certeza da autoridade do Supremo produza algum tipo de certeza do direito, tal como preconizado pelo movimento reformista, ou seja, certeza para o *consumidor da justiça* (ou seja, certeza baseada em relações inter-sistêmicas). Enquanto mecanismo, a súmula não estabelece vínculos temporais externos nem, em si, encerra processos. Não há certeza de que a súmula não será alterada no futuro ou que o Supremo interpretará a súmula de determinada maneira. Em razão do processo político para a sua edição (pode-se ou não editar súmulas vinculantes) e da consequente abstração dos seus enunciados, a súmula vinculante não propicia, para a norma, um grau de institucionalização mais concreto do que os programas do sistema jurídico em geral e, portanto, não parece possível afirmar que produza certeza para as expectativas normativas em termos materiais/objetivos.[810]

Do ponto de vista social, as possibilidades de participação simbólica de terceiros no processo de edição das súmulas vinculantes não está suficientemente estabilizada (como ficou claro na edição da súmula nº 2), o que prejudica uma legitimação procedimental nesse sentido (v. cap. 3.2.4.). Do ponto de vista da reclamação, o contraditório é também reduzido, não estando ainda claro em que medida o juiz deve reabri-lo às partes após a cassação de uma decisão. Aqui, então, só mais incertezas.

De todo modo, é de se apontar que a consolidação de um enunciado em uma súmula vinculante não é capaz de bloquear a autopoiese do sistema. Este continuará, como um

[810] Na dimensão material/objetiva (*sachdimenzsion*) do sentido, o horizonte de referências se estrutura conforme a distinção de identidade entre *a* e *b*, entre *isto* e *aquilo* onde "a determinação de algo se basea na negação do que é outro com relação a este: um cavalo não é uma vaca, um número não é uma brincadeira, a velocidade não é uma cor. No caso dos sistemas sociais, a distinção se refere a temas sobre os quais se comunica, no caso dos sistemas psíquicos se refere aos objetos da atenção consciente". (CORSI, Giancarlo. Dimensiones del sentido. In: CORSI, Giancarlo et al.**Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos, Barcelona: Anthropos, 1996, p.64). Pode-se dizer que a sentença ou o contrato, para as partes que participam do caso concreto, reforça o ajustamento individual das expectativas normativas, dando concretude específica. A súmula vinculante, no entanto, não é capaz disso a não ser quando, por meio da reclamação, produz uma decisão no processo, mas que, ainda assim, é provisória (caberá ao juízo natural decidir a causa).

todo, não vinculado a si mesmo. No entanto, a existência das súmulas vinculantes levanta hipóteses de alterações mais drásticas, capazes de afetar a diferenciação interna do sistema, de modo a prejudicar a autolegitimação das decisões judiciais e a autonomia do direito em relação à política. Essa problemática será aprofundada nas conclusões. De imediato, é possível adiantar que, embora as súmulas vinculantes não atinjam a liberdade do juiz (a decisão contrária à súmula pode ser cassada, não substituída) e, em princípio, não impeçam totalmente o acesso aos tribunais, isso não segue garantido. Nada impede uma utilização reflexiva das súmulas vinculantes, isto é, súmulas vinculantes sobre as próprias súmulas vinculantes, ou sua expansão por novas alterações constitucionais/legais.

Trata-se de um tipo de mecanismo que, em tese, pode vir a afetar aspectos essenciais da atividade judicante (como a própria obrigação de decidir) e, com isso, afetar a diferenciação interna do sistema jurídico (tribunais no centro, protegidos dos influxos do ambiente/não-judicial na periferia, recebendo e traduzindo esses influxos em projeções de expectativas normativas).

Nesse sentido, ao possibilitar ao Poder Judiciário um controle bastante direto da Administração, a súmula vinculante expande ao máximo as funções políticas e jurisdicionais da corte constitucional. Por meio da súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal controla os atos da Administração e as decisões do Poder Judiciário sobre a atuação da Administração, tudo isso por meio de instrumento que, em si, não está sujeito a qualquer controle (nem mesmo de constitucionalidade).[811]

E não será por acaso que, praticamente metade das 32 súmulas vinculantes já editadas trata de questões políticas sensíveis, como tributação e remuneração de servidores públicos. O caminho é uma via de mão-dupla: pode muito bem vir a proteger a Administração contra eventuais questionamentos do jurisdicionado. A súmula vinculante permite que o risco decisório de questões sensíveis (que geram grave insegurança) seja transferido diretamente ao centro do sistema jurídico e, com isso, as organizações do sistema (os Tribunais) acabam expostas a pressões com as quais nem sempre estão preparadas para lidar.

As consequências são de difícil previsão, mas a tendência parece ser a de criar cada vez mais óbices ao acesso aos tribunais e diminuição das possibilidades de legitimação

[811] Com relação às súmulas não vinculantes o Supremo entende que não podem ser objeto de controle concentrado de constitucionalidade. Assim na já mencionada ADI nº 594 DF.

pelo procedimento. A possibilidade de editar súmulas vinculantes tem o potencial de aumentar as pressões externas sobre o Poder Judiciário, já sobrecarregado pela dificuldade de filtrá-las (v. cap. 4). O Supremo Tribunal Federal pode ou não editar súmulas vinculantes e, por isso, pode ter que responder politicamente: por que determinada súmula foi editada? Por que determinado assunto não é objeto de súmula vinculante?

O mecanismo da reclamação pode acentuar esse tipo de pressão, uma vez que desafia o Tribunal a reforçar sua própria autoridade. É preciso justificar, na reclamação, o tratamento de casos iguais e casos desiguais (quando há ou não violação da súmula) e, para tanto, é preciso cada vez mais fazer uso de interpretação jurídica, o que pode enfraquecer a autoridade da própria súmula. Um caminho possível, nesse cenário, é um crescente isolamento do Supremo Tribunal Federal, isto é, a recusa em julgar recursos e reclamações. Uma utilização desmesurada do mecanismo da súmula vinculante/reclamações tornaria insustentável as pressões externas e o próprio volume de trabalho dos Ministros.

Daí porque a função da súmula vinculante pode ser a de justificar a negativa de acesso aos tribunais (em especial o próprio Supremo Tribunal Federal), como forma de proteger o Poder Judiciário contra pressões dos demais sistemas sociais, pressão que é tanto maior quanto mais o Poder Judiciário assume o risco de decidir sobre questões para as quais a política se mostra incapaz.

7.2 Técnicas de supressão de procedimento

7.2.1 Admissibilidade recursal

Na história da evolução, a sujeição da jurisdição (e dos recursos) a determinados requisitos de admissibilidade cumpre a importante função de aliviar parcialmente o decisor dos ônus de decidir para terceiros. A rigidez dos ritos e requisitos processuais repassa para a própria parte o peso de ajustar as expectativas em caso de frustração (pois é ônus da parte cumprir com os requisitos), colaborando, assim, para imunizar a decisão contra críticas. Além disso, em um contexto de baixa diferenciação entre política e direito, a existência de óbices à justiça, que possam ser seletivamente afastados pelo soberano, faz parte da noção segundo a qual a justiça é uma concessão graciosa do soberano aos súditos.

Essa noção tem importância central na construção das estruturas recursais que marcaram o direito romano e, depois, o direito absolutista na *civil Law*: o recurso permite ao

súdito desafiar a justiça do soberano local e clamar pela justiça de um soberano mais elevado. Mas, posto que o recurso seja um importante instrumento para consolidar um poder político centralizador, ele também implica um custo político para a instância superior (em caso de revisão da decisão da instância local). Os requisitos de admissibilidade do recurso ajudam o soberano a evitar o desgaste do próprio poder ao intervir na *iurisdictio* de poderes locais. Assim, ao menos a partir dessa perspectiva histórica, parece correto afirmar que a legislação processual que define requisitos de admissibilidade recursal constitui um acoplamento entre direito e política. O movimento reformista atua enfaticamente nesses requisitos para realizar seus propósitos.

A lógica do movimento reformista, como visto, pode ser sintetizada no binômio *uniformização de jurisprudência (previsibilidade) / aceleração* (rectius: supressão) *de procedimentos (celeridade).* Para os casos que possam ser resolvidos à luz de questões unicamente de direito, as quais já tenham sido objeto de uniformização, por exemplo em súmula vinculante ou súmulas tradicionais, o ordenamento autoriza suprimir etapas procedimentais com vistas a acelerar a decisão. Assume-se a inconveniência de se tentar influenciar a decisão final quando já há jurisprudência uniformizada sobre o tema.

Outros mecanismos de uniformização, embora não ensejem o uso da reclamação, têm efeitos similares, autorizando a supressão do julgamento de mérito do recurso (óbice à admissibilidade recursal), julgamentos por amostragem, supressão do julgamento dos recursos por um órgão colegiado (julgamentos monocráticos) ou uma combinação de todos esses. Em alguns casos, a uniformização possibilitará a supressão da própria instauração da relação processual (no caso das demandas repetitivas e a padronização de sentenças do art. 285-A). Para tanto, não é preciso haver súmula vinculante, bastando as súmulas de jurisprudência, editadas por todos os tribunais, ou a existência de jurisprudência dominante de modo geral.[812]

[812] Na classificação de Mancuso haveria uma gradação de estágios jurisdicionais na norma: (a) o *direito judicial*, entendido como a grande massa judiciária de decisões, de todas as instâncias, uniformes ou não; (b) o *direito jurisprudencial*, "representado pelo acervo de acórdãos uniformes e reiterados sobre um mesmo tema", que poderia formar uma corrente jurisprudencial; (c) o direito sumular, que seria uma "forma otimizada da jurisprudência", extraída de reiterados acórdãos consonantes; e (d) os efeitos vinculantes ou impeditivo de recurso, que "agregam derradeiro e definitivo plus à carga eficacial das Súmulas. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 3.ed. São Paulo: RT, 2007, p.83.). Seguindo essa classificação e, dada a legislação analisada, pode-se dizer que mesmo o *direito jurisprudencial* já é suficiente para que sejam autorizados os mecanismos gerais de supressão de procedimento (à exceção da súmula impeditiva de recurso, prevista no art. 518, §1º, do Código de Processo Civil, que exige, por óbvio, a existência de súmula).

Reformas anteriores – que encontram continuidade e acentuação nas novas etapas do movimento reformista – já vinham buscando a aceleração procedimental por meio da alteração do regime dos recursos. Em particular, mudanças relacionadas às decisões interlocutórias, vedando o manejo de recurso quando a decisão não causa prejuízo imediato à parte. Com isso, a utilização do recurso de agravo por instrumento (meio típico para impugnação das decisões interlocutórias) foi ficando mais restrita.[813] Ali, no entanto, não se tratava tanto de suprimir etapas do procedimento em razão da previsibilidade da decisão final, mas de concentrar atos por razões de economia processual, já que a constatação futura de uma nulidade inicial no processo pode levar à anulação de todos os atos praticados. Tratou-se, ali, de, na medida do possível, concentrar todos os reclamos da parte em relação a questões procedimentais em um único momento recursal, pois a parte prejudicada processualmente pode ainda sagrar-se vencedora ao final.

A supressão de etapas processuais, fundada na previsibilidade da decisão é algo diverso dos mecanismos de *concentração de atos processuais*. Os mecanimos de supressão se articulam com a rede de filtros de admissibilidade recursal que veio sendo construída ao longo dos anos para garantir que os Tribunais superiores possam atuar seletivamente, sem abrir mão de ascendência sobre os demais Tribunais sempre que necessário.

Esses filtros vão se sobrepondo de modo que, em termos gerais, o recurso, para ser julgado, poderá precisar ser admitido: (a) pelo próprio órgão prolator da decisão recorrida (ou o juiz de primeira instância); (b) por um órgão ligado à presidência do Tribunal para o qual o recurso foi encaminhado (admissibilidade pré-distribuição); (c) pelo relator a quem o recurso no Tribunal foi distribuído; e (d) pelo colegiado competente para julgar o recurso.

Os vários filtros estruturam a complexidade decorrente da existência de vários requisitos de admissibilidade e, permitem assim, que mais e mais requisitos sejam criados,

[813] Assim a Lei nº 11.187/2005. As decisões que não põem fim ao processo, tradicionalmente, podem ser impugnadas pela via do agravo. Este recurso comporta dois regimes: *(a)* por instrumento, ou seja, a parte forma autos apartados (o instrumento) que são imediatamente encaminhados ao órgão *ad quem* para julgamento; ou *(b)* retido nos autos principais, para ser analisado apenas futuramente quando (e se) toda a questão for devolvida ao órgão superior. Assim, a legalidade de eventual prejuízo à parte por força de uma decisão interlocutória (e.g. indeferimento de uma prova) somente é objeto de análise se a parte vier a sucumbir no processo, apelar da sentença (devolvendo toda a matéria ao tribunal) e reforçar seu interesse em apreciar eventual nulidade processual. A tendência do legislador reformista tem sido a de, progressivamente, alterar esse sistema de um modo que apenas as questões interlocutórias realmente capazes de causar dano imediato à parte (e.g. tutela antecipada) deem ensejo ao agravo por instrumento. A supressão procedimental aqui (na verdade, diferimento do momento para apreciação do recurso) não tem fundamento na previsibilidade da decisão final, mas em uma noção de economia processual, evitando atos que não são, ou ao menos podem não ser, no momento, necessários.

garantindo o isolamento cognitivo para os Tribunais (Campilongo v. cap. 4). A análise de admissibilidade pode envolver desde questões formais, como a tempestividade, até questões mais difíceis como a previsibilidade do êxito do recurso, à luz da jurisprudência uniformizada.

No Brasil, o enrijecimento dos requisitos do juízo de admissibilidade e a delegação de poderes para o exercício desse juízo a outras esferas (que não o colegiado, juiz natural para conhecer e julgar o recurso), relacionam-se com a necessidade de regular, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, funções de revista (controle da aplicação do direito pelos outros Tribunais) com as funções de uma Corte Constitucional.[814]

Como visto, a ideia de um Tribunal Superior com poderes de revista (reexame de casos) corresponde a um ideal centralizador, de controle da aplicação do direito por tribunais locais, com quem a jurisdição central disputa o exercício de poder político. No Brasil, o ideal centralizador do Supremo Tribunal Federal adquire contornos próprios. Do Absolutismo Imperial, à Constituição de 1988, passando pela República Velha, Estado Novo e regime militar, o perfil da Corte Suprema brasileira foi moldado de modo, por vezes, contraditório (ou historicamente dialético). Chegou-se a um esquema peculiar em que o Supremo Tribunal Federal, além do papel de Corte Constitucional, exerce também a função de uma Corte de Revista/Cassação, ou seja, com poderes para revisar julgados dos demais tribunais. Uma competência que, a partir de 1988, é dividida com o Superior Tribunal de Justiça.

É importante lembrar que o ideal a partir do qual, em 1824, o Supremo Tribunal de Justiça substitui a antiga Casa da Suplicação, é ainda absolutista e pressupõe uma competência suficientemente ampla para que o Tribunal possa, efetivamente, revisar todo e qualquer julgado que, por qualquer motivo, contrarie premissas do poder central. Apesar da tentativa de, com a instauração da República, atribuir-se mais competências aos Estados, a abrangência da competência do Supremo Tribunal Federal só cresceu, especialmente, durante os governos totalitários do Estado Novo e do regime militar.

[814] O Superior Tribunal de Justiça, criado em 1988 para absorver competências do Supremo Tribunal Federal, já nasce com vários desses filtros e vai criando outros tantos próprios, com uma lógica parecida. O acesso aos Tribunais inferiores também é regulado por requisitos de admissibilidade, exercido pelo juiz que encaminha o recurso e pelo Tribunal que o recebe, mas com muito menos filtros (requisitos em regra apenas de natureza formal). Apenas no contexto do movimento reformista os Tribunais inferiores/locais começam a adotar requisitos de admissibilidade fundados na previsibilidade do êxito recursal.

A tendência da sempre crescente abrangência das competências de revista do Supremo Tribunal Federal quer por violação à Constituição, quer por violação à lei federal, quer em razão de divergência entre Tribunais (chegando, ao ponto, de, no regime militar, prever-se uma competência *avocatória*), transformou a Corte, efetivamente, em uma instância de revisão recursal.

E, a bem da verdade, não parece correto dizer que, por mau uso das partes, o Supremo Tribunal Federal *se transformou* em uma instância recursal. Mesmo em 1891, já estava bem prevista a competência do Supremo Tribunal Federal, no art. 59, II para "julgar em grau de recurso, as questões resolvidas pelos Juízes e Tribunais Federais". O mesmo dispositivo previa, no § 1º, que "das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal", quando questionada a validade ou a aplicação de leis federais ou tratados ou a constitucionalidade de leis ou atos dos governos estaduais.

A reforma constitucional de 1926 acrescentou, ainda, a competência recursal do Supremo Tribunal Federal para o caso de interpretação divergente da legislação federal por tribunais estaduais (art. 60, § 1º, III, *d*). As Constituições posteriores mantiveram exatamente a mesma sistemática para o recurso extraordinário: violação à Constituição, à lei federal/tratado ou no caso de interpretação divergente sobre a lei federal entre Tribunais.

A Constituição de 1988 criou o Superior Tribunal de Justiça, que assumiu parte dessa competência recursal (por meio do recurso especial, previsto no art. 105), ficando a cargo do Supremo Tribunal Federal, em grau de recurso extraordinário (art. 102), o julgamento das causas decididas em única ou última instância quando a decisão contrariar a Constituição, declarar a inconstitucionalidade de lei federal ou tratado, ou julgar válida lei, ou ato do governo local, contestado em face da Constituição ou de lei federal. Com o Superior Tribunal de Justiça ficou a competência para o julgamento das causas decididas em única ou última instância quando a decisão contrariar tratado ou lei federal, julgar válido ato de governo local em face de lei federal ou em caso de divergência entre tribunais quanto à interpretação da lei federal. Esse o modelo para atuação dos Tribunais Superiores.

Considere-se, contudo, nesse modelo recursal, que a Constituição Federal trata não só de um abrangente rol de direitos fundamentais (aí incluído o direito ao devido processo legal e contraditório, art. 5º, LIV e LV), organização política e uma detalhada ordem

tributária, mas também toda uma ordem social, que envolve a seguridade social (saúde, previdência e assistência social – arts. 194 a 204), educação, cultura e desporto (arts. 205-217), ciência e tecnologia, comunicação social, meio ambiente, família, índios e até a manutenção do Colégio Dom Pedro II, no Rio de Janeiro, na órbita federal (art. 242, § 2º).

A par da amplitude das matérias tratadas pela Constituição, compete à lei federal todo o imenso rol do art. 21, que vai de "direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho" (I) até "propaganda comercial" (XXIX).

Diante dessa imensa massa de matérias tratadas pela Constituição e atribuídas à legislação federal, há a obrigação de que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e, fundamentadas todas as decisões" (art. 93, IX) e de que, no julgamento da lide, cabe ao juiz "aplicar as normas legais" (CPC, art. 126), sendo que "o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei" (CPC, art. 127).

Esse cenário deixa muito claro que toda decisão judicial aplica, de modo mais ou menos direto, a legislação federal e, ainda que de modo indireto, a Constituição. A possibilidade de essa decisão ser razoavelmente impugnada em termos de violação da Constituição ou da legislação federal é enorme. Mas, do ponto de vista prático, é evidente que dois Tribunais não têm condições de julgar adequadamente a massa de causas vindas dos Tribunais de todo o país. É preciso, então, conciliar a necessidade prática de que esses Tribunais possam agir de maneira mais seletiva com o modelo centralizador de controle da aplicação do direito. Em outras palavras, o problema é o de saber como e, mediante quais critérios, os Tribunais Superiores podem limitar o acesso a si sem abrir mão do exercício do controle centralizado da aplicação do direito.

Em termos da teoria dos sistemas, como visto no cap. 4, trata-se das consequências de uma modernidade periférica: a elevada exclusão social que leva a política a sobrecarregar o direito com demandas da sociedade. Essa situação, descrita por Villas Bôas Filho e Campilongo parece se refletir na estrutura recursal brasileira, que permite que os mais diversos tipos de casos cheguem aos Tribunais Superiores.

Uma consequência dessa situação é a necessidade de mecanismos que possibilitem ao próprio tribunal regular bloqueio e abertura. O tribunal deve poder agir seletivamente, de acordo com critérios que, na maior medida do possível, estejam sob controle

seu e não do jurisdicionado. Vale dizer, os critérios de admissibilidade não podem ser claros e objetivos ao ponto de permitir ao recorrente, apenas com sofisticação argumentativa, apresentar seu recurso como um recurso necessariamente admissível. Para tanto, ou se outorga ao tribunal total discricionariedade para selecionar os recursos que queira julgar (e recusar todos os outros) – essa foi a opção em determinado momento – ou, como ocorre no atual movimento reformista, são criados critérios relativamente objetivos, em que a admissibilidade é vinculada à jurisprudência do próprio tribunal.

Em larga medida, esses mecanismos de bloqueio/abertura vinham sendo construídos por meio de disposições regimentais, normas internas e pela jurisprudência uniformizada. Essa normatização *interna corporis* passa, então, a organizar e, dentro dos limites *interna corporis*, institucionalizar uma estrutura de filtros recursais, impondo cada vez mais requisitos de admissibilidade para que os recursos sejam apreciados.

Durante o regime militar, a Constituição de 1967 outorgou ao Supremo Tribunal Federal competência para, por meio do seu regimento interno, estabelecer "o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso" (art. 115, *c*). A Constituição de 1969 manteve essa redação e acrescentou um parágrafo único, segundo o qual caberia ao próprio Supremo Tribunal Federal, por meio do seu regimento, indicar as "causas a que se refere o item III, *a* e *d*, deste artigo", conforme sua natureza, espécie e valor pecuniário (art. 120, parágrafo único). Essas causas eram exatamente aquelas sujeitas ao recurso extraordinário por violação à Constituição Federal, tratado ou lei federal (art. 120, III *a*) ou interpretação divergente (art. 120, III, *d*). Ou seja, outorgou-se ampla discricionariedade para o Supremo Tribunal Federal, por meio do seu regimento, determinar os critérios para escolher quais recursos julgar e quais rejeitar.

Fazendo uso dessa competência, em 1975, uma emenda ao regimento interno do Supremo Tribunal Federal previa a "arguição de relevância da questão federal", segundo a qual o Supremo poderia conhecer excepcionalmente de recursos extraordinários, mesmo quando inadmissíveis, em razão da *relevância da questão*. O dispositivo articulava-se com um amplo rol de casos, previstos no próprio regimento, de não admissibilidade do recurso. Assim, com a emenda regimental nº 3/1975, por força do art. 308 do regimento interno, salvo casos de *relevância da questão federal*, o Supremo não precisaria conhecer, por exemplo, de

recursos extraordinários contra decisões de indeferimento de *habeas corpus* e mandados de segurança extintos sem julgamento de mérito.[815]

Em 1985, após a redemocratização, o Supremo reformou novamente seu regimento e inverteu a sistemática: eram previstas no regimento as hipóteses de *cabimento* do recurso extraordinário, às quais se acrescentavam aquelas nas quais houvesse *questão federal relevante* (art. 325, XI)[816] que, nos termos do §1º do art. 327 era definida como aquela que: "pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal".

Manteve-se, portanto, o essencial, ou seja, a autorização para o Supremo, com elevada discricionariedade, selecionar os recursos extraordinários que julgaria, com destaque para a previsão no art. 325, II, do seu regimento, que regia sobre o cabimento de recurso extraordinário contra uma decisão contrária à súmula. Um tipo de mecanismo que seria reproduzido e expandido pela reforma: a seletividade recursal pautada pela jurisprudência sumulada.

Trata-se de um substituto funcional da seletividade discricionária, pois o tribunal não fica vinculado às suas próprias súmulas. Não há ilegalidade nenhuma quando o Tribunal admite recurso contrário à súmula ou jurisprudência, embora se espere alguma

---

[815] Art. 308. Salvo nos casos de ofensa à Constituição ou *relevância da questão federal*, não caberá recurso extraordinário, a que alude o seu art. 119, parágrafo único, das decisões proferidas: I nos processos por crime ou contravenção a que não sejam cominadas penas de multa, prisão simples ou detenção, isoladas, alternadas ou acumuladas, bem como as medidas de segurança com eles relacionadas; II nos habeas corpus, quando não trancarem a ação penal, não lhe impedirem a instauração ou a renovação, nem declararem a extinção da punibilidade; III nos mandados de segurança, quando não julgarem o mérito; IV nos litígios decorrentes: a) de acidente do trabalho; b) das relações de trabalho mencionadas no art. 110 da Constituição; c) da previdência social; d) da relação estatutária de serviço público, quando não for discutido o direito à constituição ou subsistência da própria relação jurídica fundamental; V nas ações possessórias, nas de consignação em pagamento, nas relativas à locação, nos procedimentos sumaríssimos e nos processos cautelares; VI nas execuções por título judicial; VII sobre extinção do processo, sem julgamento do mérito, quando não obstarem a que o autor intente de novo a ação; VIII nas causas cujo valor, declarado na petição inicial, ainda que para efeitos fiscais, ou determinado pelo juiz, se aquele for inexato ou desobediente aos critérios legais, não exceda de 100 vezes o maior salário mínimo vigente no país, na data do seu ajuizamento, quando uniformes as decisões das instâncias ordinárias; e de 50, quando entre elas tenha havido divergência, ou se trate de ação sujeita à instância única".

[816] Art. 325 Nas hipóteses das alíneas "a" e "d" do inciso III do art. 119 da Constituição Federal, cabe recurso extraordinário: I nos casos de ofensa à Constituição Federal; II nos casos de divergência com a Súmula do Supremo Tribunal Federal; III nos processos por crime a que seja cominada pena de reclusão; IV nas revisões criminais dos processos de que trata o inciso anterior; V nas ações relativas à nacionalidade e aos direitos políticos; VI nos mandados de segurança julgados originariamente por Tribunal Federal ou Estadual, em matéria de mérito; VII nas ações populares; VIII nas ações relativas ao exercício de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, bem como às garantias da magistratura; IX nas ações relativas ao estado das pessoas, em matéria de mérito; X nas ações rescisórias, quando julgadas procedentes em questão de direito material; XI em todos os demais feitos, quando reconhecida a *relevância da questão federal*. Parágrafo único. Para os fins do inciso VIII, quando a decisão contiver partes autônomas, o recurso for parcial e o valor da causa exceder os limites ali fixados, levar-se-á em conta, relativamente às questões nele versadas, o benefício patrimonial que o recorrente teria com o seu provimento.

fundamentação específica. De outro lado, por meio da súmula (que o tribunal pode ou não editar), é possível deixar de conhecer recursos sem dar maiores explicações. Em outras palavras, é uma sistemática na qual, quanto mais súmulas e mais jurisprudência uniforme, maior será o espaço para a discricionariedade na seletividade dos recursos.

A Constituição de 1988 baniu a arguição de relevância e a permissão formal para que o Supremo, por meio de regimento, legislasse sobre as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário (valendo o mesmo para o recém-criado Superior Tribunal de Justiça e o recurso especial). No entanto, por meio da utilização cada vez mais intensa da jurisprudência, das súmulas, resoluções e do próprio regimento continuou-se a construir uma normatização voltada à filtragem dos recursos nos Tribunais Superiores. Esses filtros agem, de modo geral, em três planos: (a) aumentando ao máximo do tolerável as exigências meramente formais;[817] (b) refinando a competência dos Tribunais Superiores para revisão apenas de questões puramente jurídicas[818] e (c) autorizando o julgamento monocrático/rejeição liminar do recurso, com fundamento na jurisprudência.

Em todos os casos, trata-se de substitutos funcionais para a seletividade discricionária, pois, embora tendam a afastar o casuísmo imediato, reconduzem a um amplo espaço de discricionariedade decorrente da não vinculação dos Tribunais à sua própria jurisprudência.

É interessante notar, ainda, e será mais bem analisado adiante, que os itens "*b*" e "*c*" estão diretamente relacionados, pois o julgamento com base em precedentes (dispensando pronunciamento do colegiado ou mesmo negando a admissão do recurso) pressupõe que a questão possa ser tratada como algo exclusivamente de direito. Vale dizer, o

[817] Por exemplo, a absurda exigência de que a cópia do recurso especial que instrui o agravo interposto contra a decisão que não o admite esteja legível. Além da indisfarçável subjetividade (o que é legível para uns pode não o ser para outros), trata-se de informação que é certificada pelos Tribunais e que pode ser conferida com facilidade nos registros eletrônicos. O razoável, no mínimo, seria intimar a parte a apresenta uma nova cópia ou certidão da tempestividade do recurso. No entanto, a jurisprudência formada no STJ sobre o assunto, com requintes de crueldade, é no seguinte sentido: "Se a lei estabelece pressupostos ou requisitos para a admissibilidade do recurso, cabe à parte cumpri-la, não se constituindo tais exigências em formalismo exacerbado. Não se conhece do agravo de instrumento cuja cópia do recurso especial encontra-se com a data de protocolo ilegível, haja vista a impossibilidade da aferição da tempestividade recursal. Precedentes". (STJ, 3ª T., AgRg no Ag 1.298.080/SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 14.10.2012).

[818] As súmulas vieram a consolidar um sistema em que os recursos extraordinário e especial não são cabíveis para o reexame de questões de fato (súmula 279, STF e súmula 7, STJ), ou interpretação de cláusula contratual (súmula 5, STJ). Não se admite ainda, no caso do STF, recurso extraordinário por violação meramente reflexa da Constituição, ou seja, quando para averiguar a violação à Constituição é necessário averiguar se houve violação à legislação que regulamenta/concretiza o dispositivo constitucional (súmula 636 do STF, quanto ao princípio da legalidade e farta jurisprudência de modo geral). Exige-se, ainda, que a questão tenha sido prequestionada, debatida explicitamente nas instâncias inferiores (súmula 282, STF e súmula 11, STJ).

binômio, uniformização de jurisprudência/supressão do procedimento, depende de que se possa conectar o caso/recurso ao precedente. As técnicas propostas para tanto, pelo movimento reformista, afastam-se daquelas construídas pela *common Law* a partir do séc. XIX, como analisarei no cap. 8.

É nesse contexto que a Emenda Constitucional nº 45/04 trouxe um instituto análogo à *arguição de relevância.* Foi incluído o § 3º no art. 102 da Constituição Federal, segundo o qual "no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros".

Com a regulamentação em lei, a *repercussão geral* assumiu um duplo aspecto: (a) funciona como requisito de admissibilidade, pois permite ao Supremo Tribunal Federal deixar de conhecer recursos extraordinários que não atendam a esse requisito; e (b) orienta o julgamento por amostragem no âmbito do Supremo Tribunal Federal, pois, reconhecida a repercussão geral da matéria tratada no recurso, a decisão valerá para todos os demais recursos que veiculem a mesma matéria (valendo o mesmo para a decisão que afasta essa repercussão).

Como um requisito de admissibilidade, para expressiva doutrina, a *repercussão geral* institucionaliza a normatização que já vinha ocorrendo por força da jurisprudência e do regimento[819] e que aponta uma *objetivação* da atuação dos Tribunais Superiores, ou seja, um progressivo abandono da posição de instância de revisão recursal para assumir um papel mais seletivo, em casos relevantes.[820]

---

[819] Segundo Mirna Cianci, "A repercussão geral, muito embora alçada ao texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 45/2004 (art. 102, p. 3º), mais retrata o conjunto desses entraves regimentais e sumulares do que autônoma regra de admissibilidade, não obstante, para muitos céticos, não passe de uma reformulação da conhecida 'arguição de relevância'" (CIANCI, Mirna. **O acesso à justiça e as reformas do CPC**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.68).

[820] Para Mirna Cianci "de há muito vem sendo criticada a utilização irracional da atividade recursal, mal compreendida pelo jurisdicionado, que tem nessas Cortes um verdadeiro terceiro grau de jurisdição, quando deveria esgotar no Colegiado o inconformismo particular e elevado à excepcionalidade apenas a discussão objetiva". (CIANCI, Mirna. **O acesso à justiça e as reformas do CPC**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.81). E Mancuso explica que a diferença dos recursos especial e extraordinário, em relação aos demais, é justamente que estes não se voltam ao reexame da causa, mas à uniformização do entendimento jurisprudencial à luz da Constituição e legislação federal. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 13.ed. São Paulo: RT, 2013, p.103). No mesmo sentido, com referência a expressiva doutrina que aponta a necessidade da adoção de filtros para uma atuação mais seletiva dos Tribunais Superiores. (MONNERAT, Fabio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. In: (Coord.) WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p.463). Devo aqui, no entanto, fazer novamente a ressalva, de fundamento histórico, que os tribunais superiores no Brasil, em especial o Supremo Tribunal Federal, foram instituídos como instâncias recursais, com fundamento nos escombros da ideologia absolutista-centralizadora, resgatada de tempos em tempos por governos totalitários. A *objetivação* é um caminho possível para o futuro, mas que, como

Interessante notar que, pelo texto da previsão constitucional, o não conhecimento de recurso extraordinário pela ausência de repercussão geral poderia ser visto como uma hipótese excepcional, já que dependente de manifestação da maioria qualificada dos Ministros. No entanto, a regulamentação legal (Lei nº 11.418/2006) conferiu um contorno distinto. A começar pela previsão inserida no §5º do art. 543-B, do Código de Processo Civil, segundo a qual o Supremo Tribunal Federal poderá, por meio do seu regimento, dispor sobre as atribuições dos Ministros, Turmas e outros órgãos na análise da repercussão geral, abrindo espaço para delegações da competência do pleno para a Presidência do Tribunal. O art. 543-A, do Código de Processo Civil é imperativo: "o Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo".

Além disso, a legislação infraconstitucional previu hipóteses de presunção que parecem afastar a necessidade de decisão pela maioria qualificada. Conforme o art. 543-A, § 2º, do Código de Processo Civil, a parte recorrente deve "demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral", ou seja, sob pena de, na ausência da preliminar, presumir-se a inexistência da repercussão geral.[821] Por sua vez, o art. 543-A, §3º faz presumir a existência de repercussão geral "sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal".

É certo que, no primeiro caso, parece haver uma presunção absoluta e, no segundo, relativa, mas não é difícil vislumbrar que o Supremo Tribunal Federal pode contornar ambas as hipóteses. Até porque, caberá à Corte determinar quando e em quais matérias está presente a repercussão geral (embora não possa fazê-lo com efeitos retroativos).

Nesse sentido, nos termos do § 1º do art. 543-A do Código de Processo Civil, para verificar a repercussão geral, será "considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa". A conceituação do que seja considerado de *repercussão geral*

---

procuro demonstrar, cheia de perigos na medida em que aquelas mesmas tendências centralizadoras vêm garantindo um espaço de discricionariedade para a atuação desses Tribunais que pode facilitar o uso político do direito.

[821] Porque também aqui, embora a jurisprudência maciça no STF seja pela inadmissibilidade do recurso extraordinário sem a preliminar de repercussão geral, nada o proíbe de, casuisticamente, dispensar esse requisito, por entender que a repercussão está suficientemente demonstrada.

é bastante reveladora, pois permite perceber, além do elevado grau de subjetividade, que o instituto da repercussão geral não atende apenas ao direito, mas também à política e à economia. Afinal, por questões relevantes do ponto de vista *econômico, político* e *social*, ao lado do ponto de vista jurídico, significa justamente que o exercício da competência revisional do Supremo Tribunal Federal não é orientado apenas pelo direito nem apenas ao direito.[822]

Do ponto de vista da certeza do direito, a associação do mecanismo de admissibilidade à jurisprudência do próprio Supremo (que faz presumir a existência de repercussão geral), traria maior previsibilidade quanto à possibilidade de a decisão ser reformada ou não por nmeio de recurso extraordinário. Essa certeza, no entanto, é compensada com outras incertezas, tais como: (a) a incerteza intrínseca ao próprio procedimento pelo qual se decide quais matérias têm ou não repercussão geral; (b) a incerteza quanto à pertinência da associação da matéria tratada no recurso com a matéria considerada como de repercussão geral e (c) a incerteza quanto ao conhecimento do recurso extraordinário diante de outros óbices formais, mesmo quando a repercussão geral da matéria já foi reconhecida.

A incerteza "*b*" – pertinência da associação do recurso à determinada matéria de repercussão geral – é inerente ao procedimento de julgamentos por amostragem, e será analisado adiante. A incerteza "*c*", quanto ao conhecimento do recurso à luz de outros requisitos de admissibilidade, é consequência do fato de que, a par da repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal (e também o Superior Tribunal de Justiça) continua a utilizar um incrível arsenal normativo, construído pela sua jurisprudência, para não conhecer recursos extraordinários: o recurso que trate de matéria com repercussão geral já reconhecida, mas que

[822] Para Mônica Benetti Couto, as hipóteses de repercussão geral trazem conceitos abertos, que deixam um "espaço relativamente amplo para a fixação do que vier a ser tido como detentor de repercussão geral capaz de merecer o julgamento pelo STF". (COUTO, Mônica Benetti. Repercussão geral da questão constitucional: algumas notas reflexivas. In: **Direito civil e processo**: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. (Coord.) Araken de Assis et al. São Paulo: RT, 2008, p.1.376). Mancuso entende que a legislação poderia dar critérios preordenados e sugere, com base no PL 3.276/2000 as seguintes modalidades de repercussão geral: jurídica, para desrespeito a direitos humanos fundamentais ou coletivos indisponíveis; política, desrespeito ao princípio federativo ou harmonia dos Poderes; social, discriminação; e econômica, ressonância capaz de repercutir na política econômica nacional. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 13.ed. São Paulo: RT, 2013, p.213). A sugestão é desastrosa no que se refere à distinção entre jurídico/político/social/econômico e, para dizer o mínimo, com Mirna Cianci, apresenta "exatamente as mesmas dificuldades decorrentes da fluidez de conceitos" previstos na lei. (CIANCI, Mirna. **O acesso à justiça e as reformas do CPC**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.71). Como a repercussão geral, pela sua função no julgamento por amostragem, amplia ao máximo o alcance temporal e subjetivo da competência revisional do Supremo Tribunal Federal (maximizando a centralização controladora), a abertura do mecanismo ao *ponto de vista* político traz riscos para a manutenção da diferenciação entre direito e política, como será analisado no cap. 9.

não cumpra com outro requisito de admissibilidade, pode não ser conhecido. E não se reconhece repercussão geral de matérias veiculadas em recursos que não cumpram os requisitos de admissibilidade.[823]

A incerteza "*a*", por sua vez, lida com um aspecto essencial do mecanismo que diz respeito a quando determinada matéria será considerada como de *repercussão geral*. A incerteza aqui é marcante não só em razão da vagueza da previsão normativa – relevância econômica, política, social ou jurídica, que ultrapasse o interesse das partes –, mas também pelo fato de que, para conhecer um recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal deve reconhecer a repercussão geral da matéria tratada nele.

O conhecimento do recurso extraordinário implica, para o Supremo Tribunal Federal, a obrigação de tomar uma decisão que, necessariamente, atingirá muitos processos de uma só vez e instituirá uma regra para rejeição/conhecimento de vários outros recursos.[824] Conforme o art. 323 do atual regimento, caberá ao relator para quem o recurso for distribuído, quando não for o caso de inadmissibilidade do recurso por outras razões, submeter aos demais Ministros, por meio eletrônico, uma cópia da sua manifestação pela existência ou não de repercussão geral. Caso já exista decisão sobre a repercussão geral ou esta possa ser presumida, o procedimento é dispensado, pois o relator poderá julgar isoladamente o recurso (CPC, art. 557, § 1º-A).

A inexistência de repercussão geral implicará o não conhecimento do recurso. No entanto, havendo múltiplos recursos extraordinários que tratem da mesma matéria, todos serão automaticamente não conhecidos se não houver reconhecimento da repercussão geral.

---

[823] E, de fato, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal parece, até o momento (jul. 2013), ter se consolidado no sentido de que a repercussão geral não é suficiente para o conhecimento do recurso extraordinário, mesmo nos casos de presunção e mesmo nos casos em que a matéria debatida no recurso já foi reconhecida como matéria de repercussão geral. É o que consta do regimento interno (art. 323) e está em vários julgados, como no STF 1ª T., AI nº 830040 AgR/Es, rel. Min. Luiz Fux, j. 19.3.2013. Não se pode deixar de notar que o Supremo parece ter aberto mão de um potencial efeito simplificador da repercussão geral: ela poderia muito bem vir a substituir todos os demais requisitos intrínsecos de admissibilidade do recurso (i.e., fora os requisitos chamados de extrínsecos, como tempestividade e recolhimento de custas). O mesmo poderia ser feito no âmbito do recurso especial no Superior Tribunal de Justiça.

[824] Julgados mais recentes, no entanto, têm entendido que o regime da repercussão geral, com julgamento por amostragem, não é necessário, o que pode ser efeito desse peso e mostra também uma incerteza quanto ao fato de se o recurso será ou não julgado de acordo com a sistemática do julgamento por amostragem. Com efeito, o STJ consolidou o entendimento de que a pendência de julgamento de um recurso repetitivo (representativo de controvérsia) não impede o julgamento de outros recursos similares no âmbito do STJ, isto é, não determina seu sobrestamento. Nesse sentido: "A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o comando legal que determina a suspensão do julgamento dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543C, do CPC, somente é dirigido aos Tribunais de segunda instância, e não abrange os recursos especiais já encaminhados ao STJ". (EDcl no AgRg nos EREsp 1.174.957/RS, Relator Ministro Sidnei Beneti, DJe 26.11.2013). STJ, CE, AgRg no EREsp nº 1.308.621/PE, rel. Min. Herman Benjamin, j. 13.3.2014.

Ou seja, os debates acerca da existência ou não da repercussão geral – questão que poderá tanto implicar a não admissão do recurso quanto impactos enfáticos sobre vários outros que veiculem a mesma matéria –, não ocorrem de modo público ou dialético (embora as discussões sejam, depois, tornadas formalmente públicas pela internet). Instaura-se, desse modo, um mecanismo de desincentivo ao conhecimento de recursos: o conhecimento do recurso extraordinário desencadea novos procedimentos e exige uma justificação por parte do Ministro, que deverá submeter aos demais as razões pelas quais entende que há uma repercussão geral que justifique o julgamento.

A despeito dos impactos decorrentes para as partes em razão da admissibilidade recursal/repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal vem delegando o juízo de admissibilidade dos recursos de apoio. Originalmente, concebia-se que, por razões de *governança judicial* esses órgãos poderiam avaliar o cumprimento dos requisitos extrínsecos de admissibilidade (como a tempestividade do recurso), aliviando a carga de trabalho dos Ministros. Mas, conforme a reforma avança, os órgãos não judicantes vão ganhando cada vez mais poderes para examinar também requisitos de admissibilidade que não podem ser considerados extrínsecos ou meramente formais, como a existência ou não de repercussão geral e previsibilidade do êxito do recurso.[825]

Acaba-se por implementar a mesma lógica de desincentivo ao conhecimento dos recursos: a justificação necessária para conhecer e encaminhar um recurso extraordinário para julgamento é sensivelmente maior do que para deixar de conhecê-lo. Não parece exagerada a observação de que, diante de tantas dificuldades para obter uma decisão de mérito, o Supremo Tribunal Federal se parece menos com um guardião da Constituição (e dos direitos fundamentais) e mais com um carcereiro.

No Superior Tribunal de Justiça a lógica das restrições à análise dos recursos especiais é análoga. Embora hoje, em junho de 2014, o Superior Tribunal de Justiça não conte (ainda) com um mecanismo análogo à repercussão geral (i.e. um requisito genérico de admissibilidade, que pode ser especificado para dada matéria), o recurso especial deve vencer obstáculos, cada vez mais rígidos, numerosos e irrazoáveis, para merecer apreciação de

[825] A portaria nº 138/2009 do Supremo Tribunal Federal determina que a Secretaria Judiciária (órgão não judicante ligado à Presidência) devolva aos tribunais inferiores recursos relativos a matérias submetidas à análise de repercussão geral, recursos sem a preliminar formal de repercussão geral "bem como aqueles em que os Ministros tenham determinado sobrestamento ou devolução". Ou seja, várias das hipóteses de não admissão do recurso são executadas pela Secretaria.

mérito. Obstáculos esses que, no entanto, podem ser casuisticamente afastados pelo próprio Superior Tribunal de Justiça quando este tem interesse no julgamento de determinada matéria.[826]

Na essência, são obstáculos que também se antepõem ao recurso extraordinário: necessidade de prequestionamento, ou seja, de debates explícitos acerca da legislação federal cuja violação é alegada; vedação à revisão de questões de fato e vedação à reinterpretação de cláusula contratual e obrigatoriedade de demonstração analítica da divergência entre Tribunais (quando esse for o fundamento do recurso), acerca de matéria de lei federal que deve estar devidamente prequestionada.

A amplitude das matérias que podem ser levadas ao Superior Tribunal de Justiça é sensivelmente maior do que aquelas que podem ser levadas ao Supremo Tribunal Federal, razão pela qual a sua *jurisprudência defensiva*, voltada ao não conhecimento seletivo de recursos, é enfática, volumosa e apresenta requintes cruéis (como o já mencionado não-conhecimento de recursos em que a cópia com o carimbo da data do protocolo no Tribunal de origem – aposto pelo próprio Tribunal – não está legível). E, posto que não conte com o requisito genérico da repercussão geral, também o Superior Tribunal de Justiça foi autorizado pela Lei nº 11.672/2008 a realizar julgamentos por amostragem. Entrarei nos detalhes desses mecanismos mais adiante. Para o momento, interessa o fato de que o julgamento de mérito pelo Superior Tribunal de Justiça de recurso representativo de controvérsia repetitiva (CPC, art. 543-C) fundamenta o não conhecimento automático de recursos posteriores que tratem da mesma controvérsia, ou seja, transformam-se em requisito específico de admissibilidade.

Também o Superior Tribunal de Justiça delegou essa análise a um órgão não judicante. Por meio da Resolução nº 5/2013 foi atribuída à Presidência do Tribunal a competência para, antes mesmo da distribuição do recurso a um Ministro, negar seguimento a recursos que sejam "intempestivos, manifestamente inadmissíveis por defeito de formação, ou prejudicados" ou "contrários a matéria sumulada, julgada em recurso representativo de controvérisa ou consolidada por jurisprudência já pacificada pelo Tribunal". Também foi atribuída a esse órgão a competência para "dar provimento a recursos interpostos contra

[826] Ao ponto de se entender que, quando há interesse público (isto é, do próprio STJ) na matéria objeto do recurso especial, o recorrente não poderia desistir do recurso (nem com anuência da parte contrária). Assim se decidiu no julgamento da Questão de Ordem no REsp nº 1.308.830/RS, relatado pela Min. Nancy Andrighi. O caso é emblemático e representa bem a influência de ideais totalitários nos recentes movimentos de reforma do processo.

decisões contrárias à matéria julgada em recurso representativo de controvérsia ou consolidada por jurisprudência já pacificada pelo Tribunal".

Ou seja, a competência para negar julgamento de mérito ou dar provimento a recursos em razão da previsibilidade do êxito, não só por força de súmula, mas também por jurisprudência já pacificada, é atribuída a um órgão administrativo. Mesmo que as decisões sejam assinadas pelo Presidente da Corte ou da Seção (que é um Ministro), o trabalho todo é realizado por equipes de assessores a quem se aplica a mesma lógica do incentivo ao não conhecimento. A delicada análise da pertinência da matéria recursal em relação a matéria já decidida em sede de recurso representativo é feita também por um órgão não judicante, nos termos do art. 5º da Resolução, "para efeito da determinação das matérias previstas nesta resolução, a Secretaria de Jurisprudência as indicará ao presidente da seção competente, que verificará a pacificidade ou não do entendimento entre os ministros dela integrantes".

Em outras palavras, a atividade mediante a qual é analisada a pertinência da relação entre cada caso e determinados precedentes (que constitui o coração de um sistema que se pretende pautado por precedentes) é construída como atribuição burocrática de um órgão não judicante, incentivado a conhecer o menor número de recursos possível.

A par de tudo isso, convém lembrar, os Tribunais de segunda instância também realizam um juízo prévio de admissibilidade dos recursos endereçados aos Tribunais Superiores. Contra a decisão do Tribunal de segunda instância que nega seguimento do recurso extraordinário ou especial aos Tribunais Superiores, a parte pode interpor recurso de agravo que, em princípio, deve ser remetido ao Tribunal Superior (CPC, art. 544). Nesse caso, contudo, poderá ser rejeitado, no Tribunal Superior, com mais facilidade, pelo próprio relator.

O juízo de admissibilidade, no Tribunal de segunda instância, não é exercido, no entanto, pelo órgão prolator da decisão recorrida, mas, também, por uma instância não judicante ligada à Presidência desse Tribunal, no qual a lógica do desincentivo ao conhecimento dos recursos aparece com nitidez, embora com outros contornos.

Nos Tribunais de segunda instância, as dificuldades em ver admitido um recurso às instâncias superiores começam com a própria decisão recorrida. Não é incomum (bem ao contrário) que os Tribunais locais construam o argumento da decisão deixando

implícita a análise das questões puramente jurídicas para apresentar suas conclusões como se estivessem baseadas só em questões fáticas ou contratuais, não suscetíveis de reexame.[827]

É possível observar aí um movimento de afirmação da própria autonomia, em resistência às tendências centralizadoras dos Tribunais Superiores. A frequente recusa em dar provimento a embargos declaratórios opostos com a finalidade de explicitar a análise puramente jurídica realizada pelo Tribunal local parece confirmar essa hipótese.[828] A par das dificuldades relacionadas à própria decisão recorrida, o exercício do juízo de admissibilidade dos recursos aos Tribunais Superiores pela Presidência dos Tribunais de segunda instância, órgão não judicante, é uma etapa processual tão inócua (porque se a parte já se deu ao trabalho de recorrer ao Tribunal Superior, certamente recorrerá da decisão do Tribunal de segunda instância que nega seguimento àquele recurso) que só se justifica por uma rigidez ainda maior do que a dos próprios Tribunais Superiores e pela atual sistemática dos julgamentos por amostragem.

No entanto, nas hipóteses de julgamento por amostragem, o Tribunal de segunda instância tende a funcionar como uma extensão da secretaria da presidência dos Tribunais Superiores, regulando a remessa/retenção dos recursos. Regulando (verticalmente) as tensões decorrentes do duplo juízo de admissibilidade, o Supremo Tribunal Federal emendou seu regimento interno (emenda regimental nº 23/2008) e passou a prever, no art. 328-A, a proibição de o Tribunal de segunda instância realizar o juízo de admissibilidade nos casos em que o reconhecimento de repercussão geral esteja pendente.

A resolução prevê ainda que, quando o Supremo Tribunal Federal não reconhecer a repercussão geral de dada matéria, o Tribunal de segunda instância deve julgar prejudicados eventuais recursos de agravo interpostos contra a decisão que não admitiu recurso extraordinário. Ou seja, em aparente violação ao art. 544 do Código de Processo Civil, acaba por delegar ao Tribunal de segunda instância a competência para analisar o recurso

[827] Razão pela qual a jurisprudência dos Tribunais Superiores veio a reconhecer que é suficiente para o conhecimento do recurso a existência de prequestionamento implícito, isto é, o debate não explícito das questões jurídicas. Nesse sentido: "Consoante a jurisprudência do STJ, não é necessário que os dispositivos legais violados constem, expressamente, do acórdão recorrido, sendo suficiente que a questão federal tenha sido enfrentada pela Corte a quo, admitindo-se, pois, o chamado prequestionamento implícito, tal como ocorreu, na espécie". STJ. 2ª T., AgRg no AREsp nº 419.710/PA, rel. Min. Assusete Magalhães, j. 25.3.2014.

[828] Ao ponto de se ter editado a súmula nº 98, segundo a qual "Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório".

contra a decisão da própria presidência do Tribunal que nega seguimento do recurso especial/extraordinário para o Tribunal Superior.

Por fim, o movimento reformista trouxe para o âmbito da primeira instância um mecanismo semelhante aos requisitos de admissibilidade fundados na previsibilidade do êxito do recurso: a chamada *súmula impeditiva de recurso*. Por força da Lei nº 11.276/06, o art. 518, §§ 1ºe 2º do Código de Processo Civil passou a permitir ao juiz de primeira instância deixar de receber recurso de apelação contra a sua sentença quando esta estiver em conformidade com súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça (e não, portanto, com súmula ou jurisprudência dos Tribunais de segunda instância).

Trata-se aqui, como observa Luiz Guilherme de Aidar Bondioli, "de um desdobramento dos poderes outorgados ao relator para deliberações isoladas em torno dos recursos", [829] e que será visto a seguir. O juiz não pode (ao menos não ainda) julgar diretamente o recurso, como pode fazê-lo o relator, mas pode deixar de conhecê-lo. Segundo observa Bondioli, "a conformidade entre a sentença e a súmula deve ser objetivamente aferível e pairar acima de qualquer suspeita, tanto no que diz respeito aos aspectos fáticos como no tocante aos aspectos jurídicos". Além disso, todos os capítulos da sentença devem estar amparados por súmula, sendo recomendável ao juiz que busque remissões não só às súmulas, mas aos precedentes que as ensejaram e demonstre sua pertinência com o caso concreto.[830]

Nesse caso, diversamente do que ocorre nos Tribunais Superiores e na presidência dos Tribunais de segunda instância, o problema da aferição da relação entre o caso e o precedente é colocado nas mãos do próprio juiz (e não dos funcionários de um órgão não judicante).

Contudo, levada a sério a advertência de Bondioli, que dependerá da posição dos próprios Tribunais, o juiz terá, na verdade, mais incentivos para conhecer o recurso do que para deixar de conhecê-lo. O juiz terá que escolher entre toda a justificação e argumentação necessárias para deixar de conhecer o recurso contrário a súmula, correndo o risco de ver a decisão de não-conhecimento anulada por um Tribunal (cuja própria jurisprudência não é

[829] BONDIOLI, Luiz Guilherme de Aidar. **O novo código de processo civil**.São Paulo: Saraiva, 2006, p.188.
[830] BONDIOLI, Luiz Guilherme de Aidar. **O novo código de processo civil**.São Paulo: Saraiva, 2006, p.190-191.

prestigiada pelo mecanismo), ou então o simples conhecido dos advogados: “recebo o recurso nos seus regulares efeitos. Às contrarrazões, após encaminhe-se à E. Instância ad quem”.

7.2.2 Julgamentos por amostragem

Como visto no item anterior, a sujeição do recurso a requisitos de admissibilidade aplicados seletivamente pelo próprio Tribunal é uma técnica antiga e, de certo modo, inerente à existência de instâncias recursais. Esses requisitos funcionam como os últimos e mais refinados filtros do sistema, que mantêm os tribunais superiores em elevado *isolamento cognitivo* (Campilongo). Em parte, o movimento reformista vem acentuando a rigidez desses filtros ao vincular o juízo de admissibilidade à previsibilidade do êxito do recurso, diante da jurisprudência dominante sobre o tema.[831] A ideia é que o Tribunal não perca tempo com recursos cujo resultado pode desde logo ser antecipado. Essa técnica (admissibilidade conforme a previsibilidade do êxito) tem seus efeitos e alcance expandidos por outro mecanismo criado pelo movimento reformista: o julgamento por amostragem

Para compreender esses mecanismos, é importante ter em mente que os recursos aos Tribunais Superiores são endereçados aos próprios Tribunais de segunda instância, também chamados Tribunais de origem, prolatores da decisão recorrida. Compete aos Tribunais de origem realizar um primeiro exame de admissibilidade dos recursos para os Tribunais superiores. Em síntese, a ideia do julgamento por amostragem é a de que, a partir da análise de um único ou alguns poucos recursos considerados *representativos de uma controvérsia*, o Tribunal superior possa estabelecer uma decisão padrão, quer quanto à admissibilidade dos recursos sobre a matéria, quer quanto ao mérito do recurso.

Essa decisão-padrão serve como referência para a análise das chances de êxito dos recursos que tratem da mesma matéria e, por isso, funciona como um requisito de admissibilidade específico para toda uma massa de recursos. Quando o Tribunal de segunda instância ou o próprio Tribunal superior identificam a existência de vários recursos que tratem de uma mesma tese jurídica, podem selecionar, por amostragem, um ou alguns recursos representativos da controvérsia. Quando isso ocorre, todos os recursos endereçados ao

[831] O outro lado é que, como visto, há alta carga de discricionariedade na utilização desses filtros pelos Tribunais, o que acaba por comprometer o funcionamento desses filtros, expondo o centro do sistema a investidas da política.

Tribunal superior que tratem daquela matéria ficam sobrestados no Tribunal de origem ou são a ele devolvidos e lá permanecem aguardando a decisão do Tribunal superior.

Quando o Tribunal superior decide, os Tribunais de segunda instância poderão, automaticamente, com base na decisão proferida pelo Tribunal Superior no julgamento do recurso *representativo da controvérsia,* negar seguimento aos recursos sobrestados e aos que vierem a ser interpostos. Caso tenha decidido o recurso antes do sobrestamento, poderá decidir novamente a questão de mérito, retratando-se da decisão anterior para adequá-la à decisão-padrão do Tribunal Superior.

O núcleo duro do julgamento por amostragem está, portanto, na identificação da controvérsia tratada em repetidos recursos e na posterior identificação dos recursos que tratam dessa controvérsia. Ambas identificações permitem não só um exame de admissibilidade recursal em massa, como também um exame de mérito padronizado, pois tanto o Tribunal de origem poderá retratar-se da sua decisão e reproduzir a decisão do Tribunal superior, quanto o próprio Tribunal superior poderá julgar o mérito recursal simplesmente reproduzindo a decisão padronizada.

A decisão tomada no julgamento por amostragem quer diga respeito à admissibilidade do recurso, quer diga respeito ao seu mérito, tem o potencial de substituir o julgamento de todos os demais recursos que tratem da mesma questão. São objurgados outros argumentos, outros enfoques de um mesmo argumento ou a possibilidade de a parte ter o seu advogado defendendo a tese perante o Tribunal. Ela verá ser aplicada ao seu caso a decisão proferida no caso representativo. Para compensar essa drástica perda de contraditório, faculta-se a participação de terceiros, seja porque têm interesse subjetivo no resultado do julgamento, seja porque, objetivamente, têm autoridade institucional sobre o tema da controvérsia. Trata-se da figura do *amicus curiae*, um assistente que se manifesta sobre a tese em discussão mas que não tem interesse subjetivo no resultado da causa. A participação do *amicus curiae* no procedimento do julgamento por amostragem é prevista como um equivalente funcional do contraditório, para fins de legitimação procedimental, embora não ofereça tudo o que o contraditório oferece em termos de legitimação (v. cap. 3.2.4.).

Os mecanismos de julgamento por amostragem estão disponíveis tanto ao Supremo Tribunal Federal quanto ao Superior Tribunal de Justiça.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, o julgamento por amostragem pode se dar de dois modos: a partir da análise da existência de repercussão geral (admissibilidade) ou sobre o próprio mérito do recurso. Em qualquer hipótese, nos termos do § 5º do art. 543-A, do Código de Processo Civil, negada a existência de repercussão geral, "a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente".

No primeiro caso, em que se julga a existência de repercussão geral relativa à admissibilidade do recurso, o julgamento valerá para todos os futuros casos que venham a veicular a mesma matéria e tanto o Tribunal de origem quanto o Supremo Tribunal Federal, em decisão *irrecorrível* (CPC, art. 543-A), ficam autorizados a indeferir liminarmente recursos posteriores *sobre matéria idêntica*. No segundo caso, o próprio mérito é julgado e os efeitos do julgamento repercutem com força generalizada, pois, para que o mérito seja julgado, já houve decisão apontando que a matéria veiculada possui repercussão geral.

Não obstante, o percurso é o mesmo: constatada a repercussão geral e a multiplicidade de recursos – pela Presidência do Tribunal de segunda instância ou pelo próprio Supremo Tribunal Federal (relator ou presidência) –, um (ou alguns) desses recursos é selecionado como representativo da controvérsia, ficando os demais sobrestados até pronunciamento definitivo do Supremo (CPC, art. 543-B, § 1º). E não só a existência ou não de repercussão geral, mas o próprio entendimento meritório do Supremo, aplicado no recurso paradigma, é aplicado aos recursos sobrestados.[832]

Nos termos do art. 543-B, §3º, do Código de Processo Civil, julgado o mérito do recurso representativo no Supremo, deverão os Tribunais de segunda instância reapreciar os recursos sobrestados, podendo declará-los prejudicados (i.e., negar-lhes seguimento porque a tese recursal contrasta com a orientação firmada pelo Supremo)[833] ou retratar-se da decisão

[832] Importante anotar que, embora a lei não o diga, a doutrina reconhece a necessária recorribilidade da decisão que eventualmente sobresta recurso indevidamente. Não porque a parte possa pleitear que o seu recurso seja escolhido como paradigma – esse não é um direito da parte, mas uma prerrogativa do Tribunal –, mas porque não seria o caso de retenção. (MONNERAT, Fabio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. In: (Coord.) WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p. 472; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDERO, Daniel Francisco. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. São Paulo: RT, 2007, p.61). A 2ª T. do STJ já o reconheceu também no AI 1.223.072, rel. Min. Humberto Martins, j. 9.3.2010.

[833] Dessa decisão cabe o agravo previsto no art. 544. Nesse sentido, STJ – Corte Especial, CC 102.656AgRgEDclREEDclAgRgEDcl, Min. Ari Pargendler, j. 12.4.2010). No entanto, em sentido contrário, o Supremo Tribunal Federal vem entendendo que a decisão do Tribunal de segunda instância que aplica decisão tomada pelo STF em questão de repercussão geral (negando seguimento a recurso extraordinário) só pode ser impugnada no próprio tribunal de origem, por meio de agravo. Assim, entendeu que "não é cabível agravo de instrumento da decisão do tribunal de origem que, em cumprimento ao disposto no §3º do art. 543-B do CPC, aplica decisão de mérito do STF em questão de repercussão geral. Ao decretar o prejuízo de recurso ou exercer o juízo de retratação no processo em que interposto o recurso extraordinário, o

anterior, adequando-a ao quanto decidido pelo Supremo.[834] Mantida a decisão e admitido o recurso antes sobrestado, o Supremo fica autorizado a cassar ou reformar liminarmente o acórdão contrário à orientação firmada no julgamento do recurso representativo (art. 543-B, §4º).

O art. 543-A, §5º, prevê a faculdade de o relator do recurso "admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros", nos termos do regimento, segundo o qual: o Presidente ou o relator do recurso poderá (mas não deverá) "convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante" (art.13, XVII/art. 21, XVII), bem como decidir, de forma irrecorrível, sobre a manifestação de terceiros (art. 13, XVIII/art.21, XVIII do regimento interno do STF).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o julgamento por amostragem obedece a um procedimento análogo. A presidência do Tribunal de segunda instância ou o próprio Superior Tribunal de Justiça podem, ao identificar a "multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito", selecionar um ou alguns recursos *representativos da controvérsia* para julgamento, ficando sobrestados, no Tribunal de origem, todos os demais recursos "nos quais a controvérsia esteja estabelecida" (CPC, art. 543-C, §§ 1º e 2º), ou seja os recursos *repetidos* (que repetem a matéria tratada no recurso representativo).[835]

Diversamente do que ocorre na repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, no Superior Tribunal de Justiça não há um requisito geral de admissibilidade. Por isso, se o recurso representativo não é conhecido, essa decisão não tem impacto sobre os recursos *repetidos* que estavam sobrestados. Eles retomam o seu curso normal. Apenas o

---

tribunal de origem não está exercendo uma competência do STF, mas atribuição própria, de forma que a remessa dos autos individualmente ao STF apenas se justificará, nos termos da lei, na hipótese em que houver expressa negativa de retratação". STFPleno, AI 760.358QO, Min. Gilmar Mendes, j. 19.11.09. O STF também decidiu pelo não cabimento de reclamação no caso de a parte entender que houve aplicação equivocada da repercussão geral ao seu recurso, devendo interpor agravo interno no tribunal de origem. STF Pleno, Recl 7.569, Min. Ellen Gracie, j. 19.11.09.

[834] Segundo Theotonio Negrão, dessa decisão de retratação caberá novo recurso extraordinário. (THEOTONIO NEGRÃO et al. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual em vigor**. 43.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.726).

[835] Para selecionar o recurso representativo, o relator no Superior Tribunal de Justiça pode solicitar aos Tribunais de segunda instância informações sobre a controvérsia (CPC, art. 543, §3º). Também aqui o Superior Tribunal de Justiça poderá (mas não deverá) admitir a manifestação (mas não participação) de "pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia" (CPC, art. 543, §4º). Para Teresa Arruda Alvim Wambier, o dispositivo prevê a manifestação tanto do *amicus curiae* quanto de terceiros que tiveram recurso sobrestados e que podem ter argumentos não considerados nos recursos paradigma escolhidos (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso Especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 2. ed., São Paulo: RT, 2008, p.309).

julgamento de mérito do recurso representativo terá efeitos expandidos, implicando para o Tribunal de origem a obrigação de reapreciar a sua própria decisão, se contrária à decisão do Superior Tribunal de Justiça.[836]

Decidido o recurso representativo, se a decisão confirma o acerto da decisão do Tribunal de segundo grau, todos recursos especiais *repetidos*, até então sobrestados na origem, terão o seguimento automaticamente denegado (pelo próprio Tribunal de segundo grau - CPC, art. 543-C, §7º, I).[837] Assume-se que, se os recursos *repetidos* tratam da mesma matéria, então as respectivas decisões recorridas teriam também os mesmos fundamentos. De outro lado, se a decisão no recurso representativo contraria o quanto decidido pelo Tribunal *a quo*, a admissibilidade do recurso repetitivo sobrestado é reapreciada (CPC, art. 543-C, §7º, II) e o Tribunal de origem pode retratar-se da sua decisão.[838]

Tem-se então que, no julgamento por amostragem, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a decisão sobre a existência ou não de repercussão geral de determinada matéria tem efeitos imediatos para a admissibilidade dos recursos extraordinários. O juízo de admissibilidade é, assim, potencializado e estendido para toda uma massa de recursos pendentes. O entendimento adotado sobre a existência ou não da repercussão geral consolida uma estrutura seletiva para a pronta inadmissão/admissão de recursos para casos futuros. Até o momento, existem 637 decisões sobre matérias que têm ou não repercussão geral,[839] ou seja, um corpo normativo de crescente complexidade que regula a admissibilidade ou não dos recursos ao Supremo por uma regra de previsibilidade de êxito (no caso, da própria admissão).

---

[836] Sustentando a necessidade de súmula vinculante e repercussão geral no STJ, Arruda Alvim: ALVIM, Arruda. A EC 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda et al. (Coord.) **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional 45/2004. São Paulo: RT. 2005, p.68. No entanto, anota Monnerat, o julgamento do recurso paradigma uniformiza a jurisprudência. O julgamento fruto desse procedimento constitui precedente formalizado com efeito próximo de vinculante, porque, a sistemática dos §§ 7º e 8º do Código de Processo Civil permite sua aplicação à massa de recursos represados. (MONNERAT, Fabio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. In: (Coord.) WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p.478). Por esse motivo, Cassio Scarpinella entende ser inconstitucional a lei nº 11.672/2008, já que empresta aos precedentes do STJ uma força vinculante não querida pelo constituinte. (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, 5.ed. v.5, São Paulo: Saraiva, 2014, p.276).

[837] Sobre essa decisão, manifestou-se o STJ: cabe o agravo do art. 544 do CPC – STJ, 5ª T., MC 16.397AgRg, Min. Arnaldo Esteves, j. 29.4.2010.

[838] Para a doutrina, da decisão que exerce o juízo de retratação cabe novo recurso especial. Nesse sentido, Luiz Rodrigues Wambier e Rita de Cássia Corrêa de Vasconcelos: Recursos especiais repetitivos: reflexos das novas regras (lei nº11.672/2003 e Res. STJ 8/2008.) nos processos coletivos. In: **RePro 163/28,** São Paulo: RT, 2008, p. 28. No entanto, o objeto do recurso não significaria que a parte possa rediscutir a tese fixada, mas apenas tentar mostrar que ao seu caso não se aplica o decidido no recurso representativo.

[839] Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=impactorg. Acesso em: jul. 2013.

Com relação ao julgamento de mérito dos recursos representativos, tanto no Supremo Tribunal Federal quanto no Superior Tribunal de Justiça, o efeito é similar. A decisão proferida no julgamento do mérito do recurso considerado representativo de controvérsia repetitiva torna-se uma decisão-padrão, a ser reproduzida e aplicada pelos Tribunais de segunda instância nos casos *repetidos* sobrestados, podendo haver retratação da decisão já proferida. Caso o entendimento divergente seja mantido, o recurso especial ou extraordinário é enviado ao Tribunal superior, que poderá, prontamente, aplicar a decisão padrão. Nos dois casos, o julgamento poderá ser feito monocraticamente, ou seja, pelo próprio relator do recurso, dispensando a manifestação do colegiado (v. cap. 7.2.3.).

Note-se que, quando se fala na reprodução, pelo Tribunal de origem, da decisão-padrão de mérito do Tribunal superior, não se está falando apenas dos critérios de admissibilidade do recurso especial ou extraordinário, mas sim da substituição da decisão do Tribunal de origem, na apelação, pela decisão-padrão.[840] Assim, a decisão-padrão no recurso representativo estimula e autoriza os Tribunais locais a suprimirem o julgamento colegiado e julgarem vários recursos de uma só vez,[841] simplesmente lhes aplicando a decisão padrão oferecida pelo Tribunal superior, possibilitando nesses casos decisões em um tempo menor e, especialmente, a diminuição do volume de trabalho.

O mesmo vale para os Tribunais superiores que ficam autorizados a, monocraticamente, julgar liminarmente os recursos quando houver uma decisão padrão (CPC, art. 543-B, §4º e art. 557, §1º-A).

Por isso, acredita-se que os métodos de uniformização de jurisprudência levariam à diminuição da quantidade de processos a ser julgada. Segundo creem os idealizadores da reforma, tende a reduzir o tempo necessário para o julgamento dos recursos.

Na esteira desses mecanismos, a Lei nº 11.277/2006 previu algo semelhante para a primeira instância. Segundo o art. 285-A do Código de Processo Civil, o juiz de primeira instância fica autorizado a, ao receber um processo novo, dispensar a citação do réu e

---

[840] Razão pela qual o STJ veio a decidir que, no rito dos recursos repetitivos, não só os recursos especiais que tratam da matéria ficam sobrestados, mas o próprio recurso de apelação (antes, portanto, de haver decisão no tribunal local sobre o assunto. Nesse sentido: "A submissão de matéria jurídica sob o rito prescrito no art. 543C do CPC justifica a suspensão do julgamento de recursos de apelação interpostos nos Tribunais". (STJRDDP 89/157: Corte Especial, REsp 1.111.743, cinco votos vencidos).

[841] Só no âmbito do Supremo Tribunal Federal, até o momento (jul.2013), as 637 decisões sobre repercussão geral impactaram 121.419 recursos no país inteiro. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=impactorg. Acesso em: jul.2013.

proferir prontamente a sentença de mérito rejeitando o pedido, "quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos".

Assim, a sentença de pronta rejeição será, na verdade, a reprodução do teor de sentença anteriormente prolatada. As condições para tanto, nos termos do texto legal, podem ser assim resumidas: (a) matéria controvertida unicamente de direito; (b) existência de sentenças anteriores daquele mesmo juízo[842] sobre a matéria controvertida[843]; e (c) casos idênticos.[844] A supressão procedimental, aqui, atinge quase todo o processo, pois a relação processual não é nem mesmo instaurada. Como aquele que é excluído do contraditório (o réu) é também o vencedor do processo, essa violenta supressão do procedimento não exige sequer uma jurisprudência consolidada dos Tribunais, bastando precedentes do próprio juízo.[845]

A sentença liminar de pronta rejeição é uma sentença de mérito e contra ela cabe recurso de apelação, nos termos do art. 285-A, §1º. No entanto, nessa hipótese, o réu será citado para responder ao recurso, de modo que, caso o autor opte por recorrer, ficará sujeito ao pagamento de honorários de sucumbência (se a sentença for mantida pelo Tribunal). Desse ponto de vista, o instituto também desestimula o recurso.

---

[842] Mesmo, e não outro juízo, como observa Cássio Scarpinella Bueno (BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, p.78).

[843] Os precedentes não precisam ser pela improcedência. O precedente deve abranger a questão de direito e ser suficiente para fundamentar o julgamento de improcedência.

[844] A expressão *idênticos*, no entanto, não pode ser entendida literalmente, pois, se há identidade total, haverá coisa julgada ou litispendência entre os casos. A expressão *casos idênticos* indica identidade da matéria controvertida, *unicamente de direito* e que possibilita o julgamento de improcedência mesmo quando os fatos alegados (que podem mudar de um caso para o outro) são presumidos como verdadeiros pelo juiz.

[845] Para Theotonio Negrão (THEOTONIO NEGRÃO et al. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual em vigor**. 43.ed. São Paulo: Saraiva, 2011), "o juiz não deve se orientar apenas pelos seus precedentes para avaliar a pertinência do julgamento liminar de improcedência. Ele deve investigar se esses precedentes são endossados pelos tribunais. Nos casos em que aqueles conflitarem com a jurisprudência destes, a aplicação do art. 285A não deve ter lugar (RT 886/259: TJMS, AP 2009.0092055/000000)" (nota 1c ao art. 285A, p. 412). A doutrina entende que as decisões reiteradas devem encontrar respaldo também nos tribunais, preferencialmente superiores, para que todo o sistema tenha sentido.(BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, p.183). Para Cândido Rangel Dinamarco, "o que há de mau é a tomada de precedentes do juízo, ou do juiz, como referência e apoio para o julgamento liminar das causas repetitivas [...]". No cenário em que se busca fortalecer o entendimento verticalizado e centralizador dos Tribunais superiores, seria "arriscado incentivar a formação de jurisprudências dos órgãos de primeiro grau, dispersivas ou talvez até, ao menos em alguns casos, dissociadas das tendências gerais do Poder Judiciário como um todo". Não haveria, no entanto, qualquer nulidade na sentença porque não baseada em precedente dos Tribunais. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Vocabulário do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2009, p.176). Em sentido contrário, com base na literalidade do texto, Monnerat entende que seria recomendável, do ponto de vista da conduta esperada do magistrado, que se orientasse pelos precedentes dos tribunais superiores. (MONNERAT, Fabio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. In: (Coord.) WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p.455).

Percebe-se que o coração dos mecanismos que relacionam uniformização de jurisprudência e supressão procedimental está nos critérios que permitem identificar quais casos serão julgados como iguais (com procedimento abreviado) e quais serão julgados como desiguais. Para esses mecanismos, a possibilidade de se identificar com exatidão o que será objeto da decisão-padrão e quais demandas/recursos são elegíveis a serem julgados de acordo com ela é fundamental.

Contudo, a colocação simplista da distinção entre questões de fato/questões de direito como orientadora da seleção pode ser enganadora, afinal, não existem questões *puramente* de fato. *Questões de fato* indicam, na verdade, os fatos que, *à luz do direito*, são considerados relevantes para a construção e a decisão do caso e que, à luz do direito, podem ou não ser considerados como provados. A evolução dos mecanismos de produção de prova e da relação do processo com a verdade, como condição da diferenciação do direito moderno, impede que se possa falar em questões de fato impermeáveis à valoração jurídica.

Nos Tribunais superiores, a essa circunstância correspondem problemáticas como a da revisão da valoração jurídica dos fatos ou da análise da divergência interpretativa à luz de similitude fática (o dissídio analítico). Mesmo a propalada vedação de reexame do cenário fático-probatório (o Tribunal superior não poderia considerar inexistente fato que o Tribunal de origem considerou existente ou vice-versa) pode se apresentar como uma questão de valoração legal de provas.

Para os mecanismos da reforma, um modo de sintetizar a questão seria perguntar pela possibilidade de saber se e em que medida é admissível um *precedente* sobre questões fáticas. No âmbito específico do julgamento liminar em primeiro grau, parece razoável a solução da doutrina segundo a qual a situação que autoriza a aplicação do art. 285-A é similar àquela que autoriza o julgamento antecipado do mérito, previsto no art. 330 do Código de Processo Civil.

O julgamento antecipado (sem produção de provas, que não aquelas já juntadas com inicial e contestação ou outras petições anteriores ao saneamento do processo) é autorizado sempre que “a questão de mérito for unicamente de direito” ou “sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova” (CPC, art. 330, I). E quando não há necessidade de produzir prova? Quando os fatos forem notórios, confessos, incontroversos ou contarem com presunção legal de existência ou veracidade (CPC, art. 334, I a IV). Ou seja,

não é apenas a inexistência de questões fáticas que autoriza o julgamento antecipado do mérito, mas a inexistência de controvérsia que demande a produção de mais provas.

A segunda parte do dispositivo acaba por resolver o problema inerente à primeira parte, que é o de saber o que seriam questões *unicamente de direito*. No caso do art. 285-A, só está autorizada a sentença liminar de improcedência. Assim, a questão não pode se resolver pela existência ou não de controvérsia, mas sim pela falta de relevância jurídica dos fatos alegados para o julgamento de improcedência: mesmo presumindo verdadeiras todas as alegações fáticas, a questão de direito, sobre a qual existem precedentes do juízo, impõe a rejeição do pedido, o que parece afastar a ideia de um *precedente sobre fatos*.[846]

No âmbito recursal, a questão do tratamento igual/igual ou desigual/desigual dos casos diz respeito a uma dupla seleção: (a) das amostras, ou seja, dos recursos que são considerados representativos da controvérsia (e da controvérsia selecionada); e (b) dos recursos que serão agrupados como *representados* pelo recurso representativo.

Em princípio, a decisão-padrão poderá ser aplicada a vários outros casos e, por isso, deve se debruçar sobre o maior número de fundamentos possíveis. Correspondentemente, a decisão que associa o caso representado à decisão-padrão também deve ter o cuidado de verificar perfeita consonância e, ao menos idealmente, justificar, motivar essa associação (e não simplesmente enunciá-la).

O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, regulou essa importante atividade por meio da Resolução nº 8/2008 , segundo a qual, para formação da decisão-padrão "serão selecionados pelo menos um processo de cada Relator e, dentre esses, os que contiverem

---

[846] Nesse sentido, sobre o funcionamento análogo dos mecanismos do art. 285A e do art. 330 do CPC (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6.ed. v.1, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 554) . No mesmo sentido em: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Vocabulário do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2009, p.177. Para Mirna Cianci, "o art. 285-A também pretendeu dar guarida à matéria de fato, desde que, nas mesmas condições do disposto no art. 330, I, do CPC, independa seu *quaestio iuris* e a *quaestio facti*, que são de modo independente, capazes de propiciar o julgamento antecipado da lide, desde que verificada a suficiência da prova existente nos autos". (CIANCI, Mirna. **O acesso à justiça e as reformas do CPC**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.182). Cássio Scarpinella Bueno entende que a demanda pode abranger matéria de fato, mas a matéria de direito deve ser predominante, prejudicial às questões fáticas para suscitar a aplicação do artigo. (BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, p.74). Ao contrário, para Eduardo Cambi, a matéria deve ser unicamente de direito. (CAMI, Eduardo. **Julgamento *prima facie* (imediato) pela técnica do art. 285-A do CPC**. Disponível em: www.academiabrasileiradedireitoprocessualcivil.com.br. Acesso em: jul._2013). O Superior Tribunal de Justiça decidiu a questão, mas não de modo definitivo: "embora a matéria tratada nos autos seja majoritariamente de direito, não é exclusivamente de direito, havendo necessidade de juntada, pelo réu, de documentos que encontram-se em seu poder, para a apreciação de dados específicos relativos à relação jurídica travada pelas partes, não sendo o caso, portanto, de julgamento antecipado da lide, nos moldes do art. 285A do CPC" (STJ, 3ª T., AI 891.936, Min. Sidnei Beneti, j 12.3.08). Ou seja, não fica claro se o que motivou a decisão é a necessidade de produzir provas ou a simples existência de questões de fato.

maior diversidade de fundamentos no acórdão e de argumentos no recurso especial" (art. 1º, §1º).[847] Com relação à vinculação dos recursos aos temas objeto da decisão padrão, dispõe a resolução que "o agrupamento de recursos repetitivos levará em consideração apenas a questão central discutida, sempre que o exame desta possa tornar prejudicada a análise de outras questões arguidas no mesmo recurso" (art. 1º, §2º).

Nota-se que o Superior Tribunal de Justiça adotou, para vinculação dos recursos repetitivos, uma orientação semelhante àquela proposta por parte da doutrina para o art. 285-A: o caso (ou o recurso) pode tratar de outras matérias, de fato ou de direito, mas se a questão objeto de decisão-padrão (ou que aguarda decisão-padrão) for *questão central*, com predominância sobre as demais, o recurso será vinculado.

Mas qual é a técnica de cognição que permite, antes de julgar o recurso, extrair sua questão central e verificar a relação de prejudicialidade desta com as demais questões tratadas? A experiência da *common Law*, como será analisado no cap. 8.1. (na medida em que compõe a semântica legitimadora – e crítica – da reforma), permite perceber que a identificação da questão central do caso e sua distinção, quando o caso deixa de ser um caso *desigual* e passa a ser tratado como um caso *igual a outro caso*, depende de uma atividade hermenêutica tão complexa quanto o próprio julgamento e, mais do que isso, com efeitos que podem também ser similares.

Essa análise se projeta tanto para a decisão-padrão quanto para as discussões do caso a ser julgado. Só a análise completa pode revelar se há, afinal, suficiente identidade, *casos suficientemente idênticos*.[848] Pensando-se com seriedade sobre o tema, é difícil imaginar que um mero procedimento burocrático possa determinar se o recurso deve ou não ser

[847] Sobre a importância dessa seleção, que deve considerar não só as razões do recurso mas todo o processo do qual o recurso nasceu: TALAMINI, Eduardo. **Julgamento de recursos no STJ por amostragem**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. Curitiba, nº14, 2008. Disponível em: www.justen.com.br/informativo. Acesso em: jul/2013. Para Theotonio Negrão, "o Tribunal *ad quem* deve fiscalizar se os recursos selecionados pelo tribunal *a quo* efetivamente representam a controvérsia. Caso se entenda que a controvérsia não está devidamente representada por tais recursos, o procedimento programado para o julgamento de recursos repetitivos não deve seguir adiante. Nessas circunstâncias, deve o julgador comunicar o tribunal a *quo* para a pronta revogação do sobrestamento dos recursos especiais represados na origem ou tomar as providências necessárias para a seleção de novos recursos". (THEOTONIO NEGRÃO et al. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual em vigor**. 43.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, nota 2c ao art. 543C, p. 728).

[848] Para José Miguel Garcia Medina, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, no que se refere ao art. 285-A, os casos idênticos são "aqueles em que se repitam as mesmas circunstâncias fáticas e jurídicas, que em nada se difiram numa e noutra ação". (MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. São Paulo: RT, 2007, p.68). Mas essa é uma descrição do problema: como fazer essa aferição e quem deve fazê-la?

agrupado com outros, ou melhor, classificado como *igual aos outros*.[849] Levado a sério o instituto, essa aferição demanda uma estrutura procedimental e decisória, com ampla motivação da decisão que submete o recurso ao regime do julgamento por amostragem.

Do lado do julgador (seja o juiz, Tribunal local ou Tribunal superior), a vinculação do recurso ou caso a um tema padronizado é sempre opcional. Não há nenhum espaço para se falar em nulidade da decisão que deixa de submeter um recurso/caso ao regime do julgamento por amostragem (isto é, que decide o caso como *desigual* quando poderia tê-lo decidido como *igual*). Do ponto de vista da parte, no entanto, a decisão que determina o sobrestamento do recurso para que aguarde julgamento de recurso representativo (isto é, que decide que o caso deve ser decidido como *igual*) deve ser vista como uma decisão judicial e, portanto, recorrível.

O Código de Proceso Civil atribui à Presidência dos Tribunais de origem a competência para determinar o sobrestamento dos recursos considerados repetitivos (i.e., representados pelo recurso representativo de controvérsia), mas não estabelece hipótese de recurso contra essa decisão de sobrestamento, hipótese em que, diante da carga jurisdicional da decisão, seria esperado fazê-lo.[850]

Nem ao contrário, para o Superior Tribunal de Justiça o sobrestamento do recurso, pelo Tribunal de origem, só pode ser discutido no próprio tribunal de origem, por meio de recursos previstos no regimento, se o regimento prever algum recurso.[851] Esses

---

[849] No âmbito do recurso extraordinário, é ônus da parte indicar a repercussão geral da matéria, o que alivia o problema e estabelece as balizas para um contraditório específico para essa questão. A questão pode ser colocada em termos do instituto do *distinguishing*, essencial no sistema da *common Law*. Em síntese, a ideia é de que, em um sistema em que o juiz julga com base em precedentes, existe uma técnica própria por meio da qual a parte (ou o próprio juiz) pode demonstrar que o precedente não se aplica ao caso. Trata-se de mecanismo especialmente importante para os próprios Tribunais que, em princípio, são vinculados aos seus precedentes e, portanto, precisam fundamentar as decisões que não os aplicam em termos de *distinguishing* (o precedente não se aplica o caso) ou *overruling* (o precedente em si deve ser revisto e superado).

[850] Theotonio Negrão observa que "da mesma forma que o recorrente pode insurgir-se contra a retenção do recurso especial apoiada no art. 542 p. 3º, ele também pode voltar-se contra a decisão que suspende seu recurso com base no art. 543C, p.1º (p.ex., por entender que seu recurso veicula matéria diversa da discutida nos recursos selecionados pelo tribunal local). Para tanto, ele pode lançar mão de pedido de medida cautelar, por meio de simples petição endereçada ao STJ, ou de agravo (art. 544)". THEOTONIO NEGRÃO et al. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual em vigor**. 43.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, nota 3 ao art. 543C, p. 728). No mesmo sentido: MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. São Paulo: RT, 2007, p.251.

[851] Nesse sentido: "Não cabe recurso dirigido a esta Corte Superior de Justiça com escopo de reformar decisão do Tribunal de origem que sobrestou recurso especial com base no art. 543C do CPC, acrescido pela Lei nº 11.672/2008 - Lei dos recursos especiais repetitivos. (QO no Ag 1154599/SP, Rel. Ministro César Asfor Rocha, CORTE ESPECIAL, DJe 12/05/2011), mormente quando não caracterizada, nas razões do agravo, hipótese diversa da tese a ser discutida no recurso representativo de controvérsia repetitiva. 3. Agravo regimental não provido, com aplicação de multa". STJ, 4ª T., AgReg no AREsp nº214152/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 5.2.2013. Para Marinoni e Mitidero, o sobrestamento equivocado enseja o recurso direto ao "Tribunal de origem, demonstrando-se a diferença entre as controvérsias, via simples requerimento" e,

recursos, no entanto, cuja existência não é obrigatória (depende do regimento de cada tribunal) tendem a ter um contraditório bastante reduzido. De mais a mais, deveria caber àquele que define o objeto da decisão-padrão dar a palavra final sobre a vinculação praticada pelo Tribunal de origem, pois é o Tribunal superior que dá os critérios para o sobrestamento.

Não se ignora que soa inadequado, caso se tenha como norte central dos mecanismos a diminuição do volume de trabalho nos Tribunais, falar em mais etapas e procedimentos para discutir a aplicabilidade dos regimes de julgamento por amostragem. Mas, posto que a necessidade de diminuição do volume de processos nos Tribunais tenha orientado o legislador reformista, não se trata de critério à condição de premissa decisional, princípio ou critério hermenêutico, como a jurisprudência dos Tribunais vem fazendo.[852]

Apesar disso, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, embora não se possa admitir qualquer irresignação contra o sobrestamento do recurso especial, pode-se, ao menos em tese, admitir essa irresignação quando há "sobrestamento equivocado, em que a parte deve demonstrar explicitamente a diferença entre o seu caso concreto e o repetitivo".[853]

Mantida essa linha de orientação, tem-se que, diante da perda de legitimação pela supressão do contraditório, vão se impondo substitutos que geram mais procedimento: (a) participação de terceiros institucionalizados nos procedimentos de formação das decisões-padrão; e (b) garantia do estabelecimento de contraditório para exercício do *distinguishing* (demonstração de inaplicabilidade do precedente ao caso) e do *overruling* (demonstração da

---

sendo o caso, subsidiariamente, requerê-lo para o próprio Tribunal Superior. (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDERO, Daniel Francisco. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. São Paulo: RT, 2007, p. 60).

[852] O Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar os dispositivos trazidos pela reforma, especialmente a recorribilidade da decisão que determina o sobrestamento do recurso, vem adotando como fundamento a necessidade de diminuição do volume de trabalho. Assim decidiu: "Enquanto o feito encontra-se com tema pendente de análise por força dos arts. 543B e/ou 543C do CPC, deve ser prestigiado o objetivo perseguido na legislação processual (Lei nº 11.672/2008), isto é, a criação de mecanismo que reduza o problema decorrente do excesso de demandas no STJ, dando-se oportunidade ao Tribunal de origem do juízo de adequação previsto nos arts. 543B, § 3º, e 543C, § 7º, do CPC. 3. É irrelevante, portanto, o fato de o Recurso Especial contemplar outra matéria além da que é objeto do sobrestamento". STJ, 2ª T., AgRg no REsp 1.342.699/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 20.11.2012.

[853] Constou da ementa desse julgado que: "a sistemática adotada pela Lei nº 11.672/08, que introduziu os arts. 543B e 543C no Código de Processo Civil, teve por finalidade conferir racionalidade e celeridade à prestação jurisdicional, otimizando o julgamento dos múltiplos recursos com fundamento em idêntica questão de direito, além de amenizar o problema representado pelo excesso de demanda nos Tribunais Superiores. 4. Admitir-se qualquer tipo de irresignação por parte do recorrente para se "destrancar" o recurso especial inadmitido na forma dos arts. 543B e 543C do CPC, seria o mesmo que desconstituir as diretrizes traçadas pela reforma da Justiça e uma afronta ao ditame da razoável duração do processo, assim como a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988), salvo em casos de sobrestamento equivocado, em que a parte deve demonstrar explicitamente a diferença entre o seu caso concreto e o repetitivo". STJ. Segunda Seção, AgRg no MS 17.942/RJ, rel. Min. Massami Uyeda, j. 27.6.2012.

necessidade de superação do precedente). As possibilidades dessa substituição dependem dos limites que a semântica legitimadora puder oferecer, além das noções abstratas de *previsibilidade* e *celeridade*, o que será analisado no cap. 8.2. e 8.3.[854]

Mas, nesse cenário, é necessário perguntar-se pela efetiva aptidão desses mecanismos para produzir certeza (e, nesse caso, que tipo de certeza) e celeridade (e, nesse caso, que celeridade e com relação a que?).

O que os dados estatísticos já coletados pelos Tribunais superiores permitem concluir é que houve uma redução geral no número total de recursos julgados, sobretudo julgados pelo colegiado. A atuação seletiva na admissibilidade recursal, potencializada pelos mecanismos de julgamento por amostragem, vem permitindo que os Tribunais superiores atuem seletivamente, levando a julgamento perante o colegiado apenas casos de especial interesse. Mas, ao menos por enquanto, não há dados sobre efetiva redução do tempo médio para o julgamento dos recursos nos Tribunais (e, especialmente, o tempo total de duração), embora haja dados relevantes acerca da diminuição do número de recursos.

Como se verá adiante, em termos de celeridade, os efeitos do julgamento por amostragem se manifestam na autorização dos julgamentos monocráticos, isto é, pelo relator do recurso ou pela Presidência do tribunal. Como esses julgamentos tendem a dispensar a publicidade, a prática dos gabinetes é a de que uma equipe de serventuários produza essas

[854] No caso do 285A, observa Dinamarco, a legitimação pela participação no procedimento, por meio do contraditório, diz respeito à possibilidade de os litigantes influenciarem o juiz para que profira um julgamento favorável. Assim, "quando o juiz profere um julgamento de mérito inteiramente favorável ao réu, não importa se ele teve ou não a oportunidade de participar, simplesmente porque o máximo e melhor que poderia almejar e buscar pela participação seria precisamente esse julgamento". (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Vocabulário do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2009, p.174). O Conselho Federal da OAB ajuizou a ADIn 3695/DF contra o dispositivo, sem julgamento em jul. 2013. Em síntese, o Conselho afirma que o dispositivo viola o princípio da isonomia (juízos diversos não garantem uniformidade), o direito de ação, entendido como direito de trazer o réu ao processo e formar a relação triangular, o contraditório, porque impede a participação do autor no procedimento e o devido processo legal, já que o feito é objurgado, com base em sentença até então desconhecida da parte, sem que o autor possa rebater seus argumentos. Cassio Scarpinella Bueno, que representou os interesses do IBDP, que atuou como *amicus curiae*, teve a oportunidade de rebater esses argumentos e trazê-los à baila em sede doutrinária. Para o autor, não haveria violação à isonomia, já que o dispositivo pressupõe casos idênticos (que serão julgados de modo idêntico). O contraditório também não seria violado porque o dispositivo só seria aplicado no caso de total improcedência do pedido, em favor da parte não citada. Para o autor, não haveria prejuízo porque sua participação estaria garantida com a análise da petição inicial. (BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 183). De modo similar, para Cândido Rangel Dinamarco, para quem, de mais a mais, "o art. 285A não constitui tanta novidade assim, para causar tanta preocupação. Desde a vigência do Código de Processo Civil já é permitido o indeferimento da petição inicial mediante reconhecimento da prescrição ou decadência, em julgamentos que são havidos e definidos como de mérito [...] É tão tênue a diferença entre a impossibilidade jurídica e a improcedência por razões puras de direito, que fica muito difícil explicar por que se aceita o reconhecimento liminar daquela e não se aceita o desta. Em todos esses casos o réu sai-se vencedor sem ser citado". (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Vocabulário do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 75). Assim, também aqui o problema da legitimação gira em torno da ficção do consenso na formação da decisão-padrão ou do precedente (que é reduzida ou mesmo nenhuma) e da vinculação do caso ao precedente.

decisões. Essa celeridade funciona como um tipo de aposta: a previsibilidade do resultado do julgamento e as poucas chances de influenciá-lo desestimulariam a atividade das partes, abreviando o processo. No entanto, podem ser criadas novas etapas procedimentais para discutir a própria aplicação da decisão-padrão ou mesmo o Tribunal de origem pode entender por não aplicar a decisão padrão, ativando toda a sequência recursal.[855]

De qualquer modo, qualquer que seja a celeridade que se possa propiciar, ela sempre dependerá da celeridade no próprio julgamento do recurso representativo da controvérsia; alguns deles, como já visto, aguardam julgamento já há cinco anos.[856]

E qual a certeza que se pode esperar desses mecanismos? A inadmissibilidade automática, as sentenças liminares, a aplicação da decisão de mérito padrão ao caso, são mecanismos que propiciam a certeza do direito? Aqui, como no caso da súmula vinculante, a certeza do direito não é a certeza de que os contratos serão cumpridos ou de que as cláusulas contratuais serão válidas a despeito do que diga a lei. A certeza do direito, nesses mecanismos, não é um reforço jurisprudencial dos mecanismos clássicos da segurança jurídcia, como o *pacta sunt servanda*, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido.

Nas técnicas de julgamento por amostragem das demandas repetitivas, a certeza do direito diz respeito à previsibilidade do resultado do julgamento, quando o caso for considerado igual a outros casos e já houver uma decisão-padrão. Nesse sentido a certeza se apresenta como uma estabilidade: eventuais desvios da decisão-padrão deverão ser justificados e, idealmente, deverão corresponder à provocação específica das partes. Mas nada garante que a decisão-padrão representará a consolidação de um entendimento que já vinha sendo adotado, podendo ocorrer de ser inovadora.[857]

---

[855] É também preciso considerar as razões que levam a parte a recorrer quando o resultado já é absolutamente previsível. Se a parte está disposta a continuar recorrendo, a celeridade possibilitada pela decisão-padrão é relativa. A supressão de atos procedimentais também. A prática forense mostra que esse tipo de conduta é frequentemente adotada pelo Poder Público, contra quem há muito mais restrições para conceder tutelas de urgência e mais ainda para iniciar a execução de uma condenação. O movimento reformista, no entanto, embora reconheça que o Poder Público é o maior responsável pelo excesso de demandas repetitivas, pouco ou nada atuou no que se refere aos privilégios do Poder Público em juízo que, para todos os efeitos, estimulam recursos sem futuro. Exceção feita à súmula vinculante, que vincula também a administração, mas o seu uso nessa seara ainda é pequeno.

[856] Interessante notar que, em um primeiro momento, por meio da resolução nº7, o Superior Tribunal de Justiça havia determinado um prazo de 60 dias para julgamento do recurso paradigma, como meio de cumprimento ao direito à razoável duração do processo. No entanto, rapidamente, uma nova resolução (8/2008), ao regulamentar a matéria, abriu mão desse prazo.

[857] Em trabalho doutrinário, a Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrighi, aponta que há uma divergência no Tribunal sobre se, ao julgar o paradigma, o STJ deve consolidar o entendimento já existente ou "ir além na jurisprudência – observando nova legislação, sobre a qual não há precedente, [...] ou então corrigir eventuais equívocos na formulação pregressa desse entendimento consolidado". A ministra se coloca no segundo grupo pois, "no julgamento do processo

E existe, ainda, a incerteza quanto ao sobrestamento ou não do recurso quando ainda se aguarda uma decisão no âmbito do recurso representativo. O Superior Tribunal de Justiça vem assentando o entendimento de que o sobrestamento do recurso e o seu tratamento como um recurso repetitivo é uma faculdade (do relator, da Presidência e do próprio Tribunal). Do mesmo modo, os Tribunais de origem vêm buscando construir argumentos que permitam a utilização seletiva desses mecanismos, não abrindo mão de exercer sua jurisdição plena, quando entenderem ser o caso.[858]

E não é de se surpreender que ocorra assim, já que, na semântica reformista, vem tomando cada vez mais corpo a ideia de que a redução do excesso de processos/recursos não é só uma justificativa de política legislativa, mas também critério hermenêutico do devido processo legal e fundamento da decisão. Mas, fora do discurso político, o volume de trabalho dos Tribunais não é um critério que permita uma aferição de normalidade/anormalidade. Não há um número ideal ou circunstância específica almejada que permita saber que o objetivo foi atingido e, portanto, já se pode voltar a julgar os casos com a devida atenção. Trata-se de um critério comparativo, porque excesso de processos só se pode aferir com relação a outros Tribunais, e que, de certo modo, transforma o próprio Poder Judiciário no "consumidor da Justiça", para fins da reforma.

Não se nega o problema prático evidente: algumas centenas de Ministros e desembargadores não têm como julgar as centenas de milhares de recursos que são distribuídos todos os anos. Podem, por meio de uma equipe de serventuários, oferecer decisões automáticas e devolver os casos à instância inferior ou deixar de conhecê-los por

---

repetitivo, é possível estudar em que ponto eventualmente os precedentes anteriores falham e o que possuem de melhor para ser aproveitado; é possível avançar em conclusões tomadas, muitas vezes, antes do amadurecimento completo da discussão jurídica travada". (ANDRIGHI, Nancy. Recursos repetitivos. RePro, 185/265, São Paulo: RT, 2010).

[858] Nesse sentido: "1. A afetação de tema pelo Superior Tribunal de Justiça como representativo da controvérsia, nos termos do art. 543C do CPC, não impõe o sobrestamento dos recursos especiais que tratem de matéria afetada, aplicando-se somente aos tribunais de segunda instância". STJ, 3ª T. AgRg no AResp 86982/PR, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cuerva, j. 23.4.2013. De modo similar, o STJ, mas também os Tribunais locais, como o TJSP, vêm firmando o entendimento de que a determinação de sobrestamento decorrente do reconhecimento de repercussão geral da questão constitucional, pelo STF, não proíbe o Tribunal de origem de julgar o caso com base na legislação infraconstitucional. Assim, a discussão da constitucionalidade de determinados planos econômicos que implicaram redução do valor de poupanças e depósitos de consumidores, matéria à qual o STF reconheceu existir repercussão geral, não obsta o julgamento desses casos com base na legislação ordinária. Na prática, elimina-se o efeito útil do sobrestamento e estimula-se a parte a recorrer até o STF. Nesse sentido, "toda e qualquer matéria infraconstitucional, apreciada na causa, não sofre os efeitos da liminar, a qual concedeu sobrestamento para exame da constitucionalidade dos Planos Econômicos. Não há que se falar em cerceamento de defesa, ante a robusta prova produzida, não se cogita de qualquer alteração do julgado, até porque o banco-réu se limitou a pedir mero reexame pelo órgão colegiado, sem a exposição de razões suficientes à sua pretensão, apenas alegações já debatidas e matérias desde há muito superadas". TJSP, Ag.Reg. 001020664.2009.8.26.0000, rel. Des. Carlos Abrão, j. 15.3.2012.

algum motivo. Os mecanismos da reforma autorizam que seja assim. No entanto, é importante não ter ilusões: não existe aqui mais certeza do direito. E, até o momento, nem mais celeridade. Só menos processos.

Afinal, os mecanismos inerentes ao julgamento por amostragem demandam níveis de discricionariedade elevados, seja para selecionar os recursos que influenciarão a decisão-padrão, seja para selecionar os recursos futuros que a ela serão vinculados. Esses mecanismos tendem a abrir novos espaços para o desenvolvimento de um contradiório acerca de *distinguinshing* e *overruling*, cuja supressão é necessária para que se obtenha o desejado esvaziamento dos Tribunais e, para tanto, mais discricionariedade é necessária.

A aplicação imediata de uma decisão-padrão a um conjunto de casos é uma tentativa de objetivar e presentificar o futuro da decisão. Por isso, se diz, ela é pautada pela noção de previsibilidade. A previsibilidade diz respeito ao futuro, onde as probabilidades podem ou não ocorrer. A decisão, no presente, baseada na previsibilidade (que, afinal de contas, não permite saber o que ocorrerá no futuro), é uma forma de gestão de risco. A previsibilidade descreve a decisão, no futuro, como risco e, por isso, justifica a sua antecipação para o presente no qual, com base na própria previsibilidade, ela é controlável.

Contudo, o direito é autopoiético (cap. 3) e a interpretação é inevitável. O processo também é um sistema autopoiético (cap. 3.2.4.) e o seu resultado depende da atuação das partes, estando sujeito a vários futuros possíveis, isto é, a várias possíveis decisões. A aplicação de decisões-padrão a vários casos permite trazer para o presente o futuro do caso (*os futuros presentes*) para decidi-los, evitando os futuros incertos. Mas, porque o sistema é autopoiético, isso é apenas mais uma aposta. De um lado, recursos para viabilizar *distinguishing* e *overruling* parecem inevitáveis, por mais que desestimulados, de outro lado, a elevada carga de discricionariedade envolvida na sua utilização (facultatividade da submissão dos casos ao regime dos recursos repetitivos) tende a trazer mais incerteza.

Esse cenário é ainda potencializado quando se percebe que, com o passar do tempo, a tendência será a formação de uma grande massa de enunciados normativos: súmulas vinculantes, súmulas, repercussão geral (existência/inexistência/mérito), recursos repetitivos e precedentes dos Juízos, todos eles com a função de orientar a análise da previsibilidade do êxito, a partir da qual se autoriza a supressão procedimental.

Tal qual ocorre com a legislação escrita, a inflação normativa conduzirá (se é que já não está conduzindo) a preceitos conflitantes, contraditórios, insuficientes, abertos etc. Não faltarão vozes a deblaterar pela necessária codificação desse corpo normativo, a fim de suprir as incoerências e garantir a certeza e a previsibilidade perdidas. Não faltarão vozes a indicar os cânones da interpretação, sem os quais não se pode chegar a uma decisão justa nem prever a decisão provável. É difícil entender como se pode pretender produzir certeza do direito por meio da mudança do direito (reformas) e introdução de mais normas, na forma de decisões judiciais.

A teoria dos sistemas parece explicar bem essa circunstância: na sociedade Moderna, a complexidade não se cria nem se perde, apenas se transforma.[859] Supressão de procedimento, proibição de interpretação, padronização de decisões, tudo isso pode estruturar a complexidade do sistema, condicionando os programas de decisão a outros programas mais rígidos. Mas essas novas estruturas passam também a ser, elas mesmas, elemento de variação, de complexidade, de mais incerteza. Também essas estruturas passam a integrar o sistema autopoiético e, por isso, também elas se fazem imprevisíveis, inclusive ao próprio sistema.

Do ponto de vista dos demais sistemas (em que o direito se apóia para orientar as expectativas que tem de si mesmo ao reformar-se), há mais complexidade. Em especial quando a submissão dos programas decisionais a metaprogramas mais estritos (como as decisões-padrão) é compensada com o aumento da discricionariedade, gera-se uma incerteza onerosa para os demais sistemas da sociedade, pois põe em xeque não só os programas decisionais (que são mutáveis), mas o próprio código do sistema.

Nesse sentido, cumpre lembrar que, do ponto de vista da função, o direito se diferencia na sociedade como um sistema especializado em estabilizar expectativas normativas. Podem existir expectativas normativas em outros âmbitos sociais, como a religião

[859] A paráfrase pode parecer levar a uma afirmação de difícil demonstração. Segundo a teoria dos sistemas, é justamente a capacidade de aumentar a própria complexidade (criar complexidade) que explica a existência e manutenção dos sistemas em um ambiente mais complexo. No entanto, deve ser compreendido: a complexidade não é criada e introduzida externamente. Como a energia, ela é resultado de diferenças internas no sistema, que se alimentam da percepção de diferenças externas. Vale dizer, como a energia, a complexidade é resultado de transformações daquilo que já existe. Também não é correto dizer que a complexidade possa se dissipar. O sistema, se não mantém suficiente complexidade, pode se dissipar no ambiente, mas a sua complexidade será então absorvida no ambiente. No mais, como a complexidade do mundo e do ambiente nunca diminui, a estruturação interna da complexidade faz com que o sistema absorva mais complexidade do ambiente. (LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociales** – lineamientos para una teoría general. Tradução de Silvia Pappe y Brunhilde Erker Rubi. (Barcelona): Anthropos; Mexico: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998, p.179-186).

ou a moral, mas as expectativas normativas estabilizadas pelo direito são expectativas preparadas para um conflito em que a própria expectativa (e não apenas sua realização no futuro) pode ser questionada.

A expectativa especificamente jurídica deve ser capaz de resistir a uma disputa em que a própria legalidade da expectativa é questionada. Por isso os programas do sistema jurídico adquirem tamanha complexidade e reflexividade: toda a disputa sobre a legalidade dos programas para a aplicação do direito se dá dentro do direito. Com isso, o sistema tende a estabilizar expectativas normativas não só contra a frustração fática, mas contra uma disputa propriamente jurídica, isto é, expectativas com relação a si mesmo.[860]

Conforme o direito se normaliza como direito positivo, variável, ele se expõe à sua própria contingência: os programas de aplicação do direito são variáveis e, portanto, nenhuma expectativa normativa está segura. A contingência em relação aos programas (expectativas normativas) é inevitável porque o próprio sistema garante elementos de variação. O sistema abrange toda comunicação jurídica e não apenas as expectativas normativas já estabilizadas. O sistema abrange e processa também as projeções de expectativas, ou comunicações que preparam uma operação propriamente jurídica (de estabilização).[861]

A amplitude do sistema faz com que seja impossível falar em univocidade normativa: esta pressupõe que já houve a aplicação do código, estabilizando a expectativa.[862] Mas a aplicação do código é apenas um momento do sistema, uma operação episódica. Tão logo aplicado o código e, tão logo estabilizada a expectativa, o sistema volta a atuar sobre ela.

---

[860] LUHMANN, Niklas. Coding of the legal system. In: (Org.) TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto. **State, law, and economy as autopoietic systems**. Milano: Giuffrè, 1992, p.148.

[861] Como explica Luhmann, isso se dá por meio de um valor lógico de rejeição. Todo valor binário, como o valor lícito/ilícito, no contexto de um ambiente com outros sistemas que trabalham com outros valores binários, como a sociedade, produz um valor de rejeição, por meio do qual separa/elege aquilo que pode ser tratado com o valor do sistema. Assim, o direito observa tudo o que ocorre no ambiente a partir da aplicação do código (lícito/ilícito) ou a partir da rejeição do código (e, nos processos, com a perspectiva *sub judice* que indica que um valor do código será atribuído). Os programas do sistema tendem a se especializar e galgar graus de abstração (programação da programação) ao ponto de também modularem a aplicação do valor de rejeição, de modo que o próprio direito apresentará critérios de *sindicabilidade* ou *jurisdicionalidade*, como ocorre com as políticas públicas, o mérito dos atos administrativos que, em dado momento, eram tratados com o valor de rejeição (não sujeitos ao código do direito) e passam a ser abarcados pelo sistema. O caminho inverso também ocorre, como pode ser o caso da legislação do divórcio que, progressivamente, exclui da análise do direito a relevância das causas subjetivas do término da relação. (LUHMANN, Niklas. Coding of the legal system. In: (Org.) TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto. **State, law, and economy as autopoietic systems**. Milano: Giuffrè, 1992)

[862] LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002, p.154-155.

Por essa razão, o sistema propicia expectativas sobre si mesmo: uma programação da programação que busca, de modo relativamente mais estável, reforçar expectativas sobre o próprio sistema. Os mecanismos de uniformização da jurisprudência funcionam como essa metaprogramação.[863] No entanto, a teoria dos sistemas mostra também que o direito precisa regular essas expectativas sobre si mesmo. Não pode, a todo o momento, decidir sobre sua própria legalidade, sob pena de por em risco sua especificação jurídica.

Os processos decisionais, porque possuem autonomia temporal (só uma decisão no próprio processo pode determinar seu início e fim), protegem o sistema contra carga de ter que tomar essa decisão, lhe concedendo tempo: em vez do código lícito/ilícito, o código *sub judice*, visto no cap. 3.2.4. O que os mecanismos de julgamento por amostragem trazem de perigoso é a possibilidade de privar o sistema dessa proteção, abrindo mão da incerteza episódica que o processo propicia (além da legitimação da decisão que o contraditório oferece).

7.2.3 Julgamentos monocráticos

Para que, ao menos em tese, possam resultar em diminuição do tempo geral do processo, os mecanismos de supressão de procedimento convergem, em grande medida, para uma mesma técnica: o julgamento monocrático dos recursos. O efeito prático da existência de jurisprudência uniformizada sobre determinada questão, jurisprudência essa que espera-se que propicie previsibilidade do êxito do recurso, é autorizar a dispensa do julgamento pelo órgão colegiado, a quem o recurso é originariamente endereçado.

A dispensa do julgamento pelo colegiado significa, por sua vez, dispensa de uma sessão pública e da possibilidade de sustentação oral das partes. Na prática, o julgamento monocrático conduz também a uma progressiva diminuição da fundamentação das decisões ou, ao menos, a desestimula. Afinal, a justificativa do julgamento monocrático já é a própria

[863] Embora, do ponto de vista da teoria dos sistemas, não difiram da jurisprudência como um todo da doutrina em geral. Eles apenas galgam um degrau imaginário que, do ponto de vista interno ao sistema, parece colocá-los fora do sistema, com capacidade de determinação interna. Pode-se pensar a partir do mecanismo descrito por Douglas Hofstadter como *strange loop*, isto é "um "loop" abstrato no qual, na série de estágios que constitui o girar-em-torno há uma mudança de um nível de abstração (ou estrutura) para outro, que dá a impressão de um movimento em sentido hierárquico, e ainda assim, de algum modo, essa subida hierárquica faz nascer um ciclo fechado. Ou seja, apesar da impressão de sair e afastar-se do ponto original, retorna-se, surpreendentemente, exatamente para o início. Em resumo, um strange loop é uma paradoxal mudança de nível em feedback loop". (HOFSTADTER, Douglas Richard. **I am a strange loop**. New York: Perseus books, 2008, p.101-102).

probabilidade do êxito do recurso: ao julgador, basta indicar a jurisprudência e aplicá-la ao caso. É fácil perceber que a aplicabilidade desse mecanismo depende, mais uma vez, de técnicas de identificação da matéria objeto da jurisprudência uniformizada (a *questão controvertida*) e da identificação dessa mesma matéria nos recursos que poderão ser julgados monocraticamente. Uma atividade que já implicaria alguma carga de cognição e cujo exercício será discricionário, já que o julgamento monocrático nunca é obrigatório.

Na história recente do processo civil brasileiro, a figura de um relator de recursos tinha previsão já no Regulamento 3 de 1833, que regulamentava o funcionamento dos Tribunais da Relação do Império. [864] O regulamento previa a figura do Secretário, a quem competia receber os autos dos recursos e apresentá-los na primeira conferência do colegiado (arts. 29 e 30). Apenas no Código de Processo Civil de 1939, as funções de relatoria são atribuídas, por lei, aos próprios desembargadores, mas essa função implica competências apenas burocráticas, como o dever de selecionar e apresentar os processos a serem julgados, juntamente com o seu voto, que serve como sugestão de julgamento. Já se prevê, no entanto, algumas competências ao relator para, monocraticamente (sem consultar o colegiado), decidir incidentes e determinar medidas urgentes necessárias antes do julgamento do recurso. Na essência, a função do relator continua sendo apenas a de receber os recursos no Tribunal e submetê-los à apreciação do colegiado, relatando o caso e apresentando o seu voto, com sugestão de julgamento.

[864] Historicamente, a existência de um relator, que apresenta ao colegiado os recursos a serem julgados, parece ter origens remotas, ligadas à necessidade prática de organizar a pauta das atividades do colegiado. Note-se que a figura do relator não parece tanto associada à do Monarca, cuja ascendência sobre o colegiado permite avocar causas. Ao contrário, parece correto assumir que, originalmente, o relator é um funcionário subalterno, a quem compete organizar a pauta e selecionar os recursos a serem julgados. A instauração de instâncias recursais vem normalmente no contexto da implementação de uma burocracia, como ocorre, por exemplo, no Império Romano (cap. 5.1.). A burocracia organiza a distribuição de cargos e divisão de funções, dentre as quais a de um funcionário responsável por organizar a pauta e selecionar recursos a serem julgados. Quanto ao julgamento colegiado em si, parece correto inferir que esteja associado à originária indistinção entre política e direito, em que centros políticos de decisão, originados de estruturas sociais como a parentela, são colegiados. É interessante apontar que, no direito bárbaro, formas coletivas de duelo vão aos poucos dar lugar ao juramento, cuja força era proporcional ao número de cojuradores e à própria instituição do júri, que se consolida no direito inglês por volta do séc. XI. Féderico Pateta ressalta que a aversão do direito bárbaro dos povos germânicos à prova testemunhal – e a preferência pelo juramento colegiado ou pelo duelo coletivo – decorre da própria forma coletiva de vida: a ofensa a um membro da tribo é ofensa a todos. Como não se pode distinguir entre parte e testemunha, é preciso chamar o testemunho dos deuses que, por comprometer o jurador com um destino terrível, no caso de juramento em falso, tem mais força quanto maior o número de juradores. Aqui também pode estar a origem dos colegiados. (PATETTA, Féderico. **Ordalie**: studio di storia del diritto e scienza del diritto Comparato. Torino: Fratelli Bocca, 1890. (Nabu Public Domain Reprints, p. 29-30). Já no Absolutismo, a formação de colegiados decorre da estrutura burocrática progressivamente implementada e do fato de que as próprias cortes dos Monarcas funcionavam como instância recursal. O Monarca, isoladamente, poderia ter a palavra final sobre o caso ou poderia avocá-lo para si. Mas a decisão, em princípio, ficava a cargo de um colegiado de nobres ou funcionários do monarca.

A redação original do art. 557 do Código de Processo Civil vigente já trouxe, como novidade, a possibilidade de o relator do recurso indeferir, monocraticamente, agravos que fossem *manifestamente improcedentes*.[865] Em 1990, a Lei nº 8.038/90, ao regular o processamento dos recursos nos Tribunais superiores, estabelece ampla competência aos Ministros relatores de recursos no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, para aplicar a densa rede de filtros de admissibilidade ou mesmo, em alguns casos, julgarem isoladamente os recursos.

A mesma lei também organizou as atividades da Secretaria do Tribunal de origem, responsável por receber e fazer um primeiro exame de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário. Segundo o art. 38 da Lei nº 8.038/90, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o relator pode, isoladamente, decidir sobre recurso que tenha perdido o objeto (por exemplo, porque as partes chegaram a um acordo antes do julgamento), bem como "negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível, improcedente, ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal". Embora o dispositivo mencione *negar seguimento*, ou seja, recusar a remessa para julgamento do colegiado, nas hipóteses de recurso "manifestamente improcedente" ou contrário a súmula, negar seguimento equivale a decidir o mérito. Da decisão, contudo, cabe recurso de agravo para o colegiado, previsão essa que vem sendo mantida em todos os casos de julgamento monocrático.

De minirreformas em minirreformas, os poderes do relator para julgar isoladamente os recursos foram aumentando. A Lei nº 9.139/95 alterou o art. 557, *caput*, e autorizou o relator a negar seguimento não apenas aos agravos, mas a qualquer "recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior". Da decisão caberia agravo em cinco dias para o órgão colegiado. Trata-se aqui da versão potencializada da competência para o exercício de

[865] O sistema era condizente com a lógica da recorribilidade de decisões interlocutórias por meio do agravo. O Código de Processo Civil de 1939 tinha um rol taxativo das decisões não terminativas do processo (interlocutórias), contra as quais a parte poderia interpor recurso de agravo (art. 842). O Código de 1973 adota uma cláusula geral, segundo a qual contra toda decisão não terminativa cabe agravo (art. 522, redação original). Na forma original, o agravo era interposto perante o próprio juiz, que poderia ou não retratar-se, e a parte deveria indicar se deseja que o agravo fique nos autos, para análise futura no caso de eventual recurso de apelação, ou se deseja imediata remessa ao Tribunal. Diante de uma cláusula geral de recorribilidade de decisões interlocutórias, parece ter mais sentido permitir ao relator que deixe de levar à apreciação do colegiado agravo que não tenha mínimas condições de procedência. As reformas sucessivas acabaram por instituir uma cláusula geral de não conhecimento: o agravo por instrumento, para ser imediatamente apreciado pelo Tribunal, só é cabível se a parte demonstrar prejuízo imediato.

admissibilidade que, em alguns casos, se confunde inevitavelmente com o exame do mérito do recurso.

Em 1998, a Lei nº 9.756/98 ampliou consideravelmente esses poderes e permitiu ao relator, monocraticamente, dar provimento a recursos quando a decisão recorrida estivesse em desacordo com súmula ou jurisprudência dominante dos Tribunais superiores (CPC, art. 557, §1º-A). Foi mantido o cabimento do recurso de agravo ao colegiado. No entanto, com um desestímulo: o órgão poderá impor multa de 1 a 10% do valor da causa, caso o recurso contra a decisão do relator seja "manifestamente inadmissível ou infundado", ficando novo recurso condicionado ao depósito do valor (CPC, art. 557, §2 e 3º).

O Supremo Tribunal Federal, analisando a Lei nº 8.038/90, chegou a decidir pela constitucionalidade da atribuição de poderes ao relator para julgar isoladamente (monocraticamente) recursos dirigidos ao colegiado, desde que se permita que essa decisão monocrática possa ser submetida ao colegiado por meio de recurso da parte.[866] O Supremo também entendeu pela constitucionalidade da exigência do depósito prévio do valor da multa de 1 a 10%, quando o recurso é considerado inadmissível ou infundado, para novos recursos.[867]

A decisão pela constitucionalidade dos julgamentos monocráticos não chega a ser uma surpresa, já que seu nascedouro, no processo brasileiro, parece estar no próprio Supremo Tribunal Federal. A leitura da Constituição, de qualquer modo, não revela, com facilidade, a existência de um direito a julgamentos colegiados, quer em única, quer em última instância.[868]

No entanto, não se pode deixar de apontar que, do modo como implementada no processo brasileiro, a supressão do julgamento pelo colegiado não é só uma supressão da

---

[866] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno, MI 357 (AgRg)/PR Rel. Min. Carlos Velloso.

[867] STF Ag. nº151.3543/MG, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 18.2.1999. A doutrina varia um pouco. Sérgio Cruz Arenhart entende que não há nada na lei que obrigue ou garanta à parte o julgamento do recurso por um órgão colegiado. (ARENHART, Sérgio Cruz. A nova postura do relator no julgamento dos recursos. **Revista de Processo**, v. 103, São Paulo: RT, 2001, p. 37). Cândido Rangel Dinamarco, em sentido um pouco diverso entende que a possibilidade de a parte provocar a manifestação do colegiado "homenagearia a garantia constitucional do devido processo legal, na medida em que põe limite ao poder do relator em julgamentos que em princípio pertencem ao órgão colegiado [...] juiz natural dos recursos". (O relator, a jurisprudência e os recursos. In: (Coord.) WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR. Nelson Nery. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98**. São Paulo: RT, 1998, p.132).

[868] Mas, deve ser dito, a própria Constituição organiza níveis hierárquicos e tribunais colegiados a quem é atribuída a competência recursal, cenário em que não parece absurdo defender um direito constitucional ao julgamento colegiado dos recursos. O Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, prevê, no art. 8º, alínea "h", para os casos criminais, o direito a um duplo grau de jurisdição. No entanto, fala em recurso para "juiz ou Tribunal superior", deixando claro que não há, ao menos aqui, um direito a julgamento por órgão colegiado.

quantidade de decisores (que, em si, poderia até ser representada na pessoa do relator), mas da publicidade e dialeticidade da decisão. Quando o recurso é decidido monocraticamente, ele não é incluído na pauta de julgamentos, cuja publicação confere publicidade à sessão. Não se admite sustentação oral nem há qualquer espaço para a retomada do contraditório em segundo grau, como ocorre no julgamento ordinário dos recursos de apelação. Há, portanto, sensível perda procedimental e, consequentemente, do potencial de legitimação do processo. E, segundo o entendimento dos Tribunais, o recurso de agravo cabível contra a decisão monocrática também não deverá ser incluído em pauta nem admite sustentação oral.

Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> o novo art. 557 do CPC tem como escopo desobstruir as pautas dos tribunais, a fim de que as ações e os recursos que realmente precisam ser julgados por órgão colegiado possam ser apreciados o quanto antes possível. Daí porque os recursos intempestivos, incabíveis, desertos e contrários à jurisprudência consolidada no tribunal de segundo grau ou nos tribunais superiores deverão ser julgados imediatamente pelo próprio relator, através de decisão singular, acarretando o tão desejado esvaziamento das pautas". No mesmo julgado reforçou que, nessa lógica, o recurso contra a decisão do relator (agravo regimental ou interno) "prescinde de inclusão em pauta, por não ter natureza de recurso ordinário, uma vez que seu objetivo é a integração ou não da vontade do órgão delegante (Plenário, Seção ou Turma) à decisão solitária do Relator, descabendo dessa forma falar-se em sustentação oral. Aliás, a adoção de tais procedimentos jogaria por terra a celeridade buscada, na reforma processual, com a alteração do dispositivo em comento. [869]

Como se vê, a diminuição do volume de trabalho do Tribunal é adotada como um critério hermenêutico. E, embora a decisão mencione celeridade, trata-se, na verdade, do volume interno de trabalho, já que não deixa escolha à parte. Afinal, se a celeridade tem por base um direito (à razoável duração do processo), deveria caber às partes decidir se preferem um procedimento com ou sem sessão pública de julgamento.

Com base nesse critério extralegal, o Superior Tribunal de Justiça, em postura mimetizada também pelos Tribunais de origem, autoriza a supressão da sessão pública de julgamento mesmo quando a parte interpõe recurso contra a decisão monocrática e protesta por essa sessão (abrindo mão, portanto, da decisão antecipada em algumas semanas).[870] O fato

[869] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª T. REsp nº 567.291/RS, rel. Min. Eliana Calmon, j. 19.2.2004.

[870] No mesmo sentido, o Superior Tribunal Federal, no RE 227.030, rel. Min. Carlos Velloso, j. 11.5.1999, entendeu desnecessário incluir em pauta agravo contra decisão do Relator que havia conhecido e dado, monocraticamente, provimento a recurso extraordinário.

é que, também aqui, não há propriamente celeridade, mas uma mera supressão procedimental cujo ganho de tempo concreto parece pouco significativo e um tanto discricionário, já que o julgamento monocrático em nenhuma hipótese é obrigatório.

Com efeito, se levado a sério, o julgamento monocrático demandaria do relator tanto ou mais trabalho do que aquele necessário para julgar o caso, pois, além do julgamento do próprio caso, precisaria analisar a pertinência do julgamento monocrático e, depois, a conveniência, isto é, verificar a existência ou não de novos e diferentes argumentos que poderiam justificar uma alteração de posicionamentos anteriores para, em caso de dúvida, submeter a questão ao colegiado.[871]

Mas a prática dos julgamentos monocráticos tem mostrado uma realidade diversa. A quantidade de decisões proferidas monocraticamente, em comparação com as decisões colegiadas, deixa claro que essas decisões são proferidas de modo automatizado. Por isso, o objetivo de diminuir o volume de trabalho dos tribunais acaba sendo incorporado como um critério de interpretação da lei: apenas assim se pode conferir uma aparência de legitimidade à atividade monocrática dos julgadores.

No atual movimento reformista, a celeridade deixa de ser um direito ou aspiração do jurisdicionado – que dela não pode nem sequer abrir mão – e passa a ser uma aspiração do próprio Tribunal com relação aos seus métodos de trabalho. Uma política que condiz com a imposição de metas quantitativas de julgamento pelo órgão de controle externo da magistratura, com efetiva interferência nas decisões, pois, quando a proposta (política) de esvaziar a pauta dos tribunais se transforma em um critério hermenêutico, nota-se um sinal preocupante de desdiferenciação entre política e direito, cujo resultado não é mais certeza jurídica, mas o seu oposto.[872]

---

[871] Segundo José Carlos Barbosa Moreira, "deve o relator examinar com cuidado especial as razões do recurso: é sempre possível que haja aí argumentos novos, até então não considerados. Preferível suportar algum peso a mais na carga de trabalho dos tribunais a contribuir para a fossilização da jurisprudência. A lei do menor esforço não é necessariamente, sob quaisquer condições, boa conselheira". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. V, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.668).

[872] Com efeito, mesmo nesse propósito oblíquo, não parece claro o sucesso da empreitada. É que, mesmo sem a publicidade da inclusão em pauta e dialeticidade da sessão pública, os recursos contra as decisões monocráticas, chamados às vezes de agravos regimentais, porque estariam previstos apenas em regimento, parecem ocupar largamente a pauta. Como observa Barbosa Moreira, "dificilmente passará despercebido aos olhos de qualquer observador, aliás, a quantidade de agravos, impropriamente ditos 'regimentais', que costumam inchar a quota de trabalho dos tribunais brasileiros [...] vem realmente causando abreviação considerável da duração dos pleitos a autorização dada aos relatores para decidir sozinhos?". (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reformas do CPC em matéria de recursos. In: **Temas de direito processual civil**, oitava série, São Paulo: Saraiva, 2004, p.152).

Afinal, posto em termos de esvaziamento da pauta dos Tribunais, o julgamento monocrático não implica só a objurgação de uma sessão pública e diminuição da participação efetiva da parte no contraditório em segundo grau. Cria-se um método de trabalho que desincentiva a fundamentação das decisões. E esse desestímulo é tão disseminado que chegou ao ponto de até o próprio Superior Tribunal de Justiça decidir que:

> ofende o art. 557, caput, do CPC, a decisão monocrática que se limita a afirmar a conformidade da decisão impugnada com o entendimento dos Tribunais, deixando de proceder à indispensável demonstração da existência de orientação sedimentada no âmbito daquela Corte ou de Tribunal Superior a respaldar a tese adotada.[873]

Como observado no cap. 3.2.4., as possibilidades de legitimação pelo procedimento, no sentido proposto por Luhmann, dependem, em última análise, da institucionalização de condições simbólicas que tornem insuperável, para a parte sujeita à decisão, a impressão de que, perante terceiros, a decisão foi legítima. A decisão deve ser apta a aparentar ser imune a críticas quanto à parcialidade, neutralidade, pré-julgamentos etc. Daí a se falar em legitimidade como a predisposição ao consenso com relação a uma decisão de conteúdo ainda incerto.

A participação dos terceiros não interessados, isto é, do público, é fundamental. Como a parte não pode saber se terceiros *realmente* confiam na legitimidade da decisão, todos pautam suas expectativas sobre as expectativas dos demais nas estruturas simbólicas do processo: juiz, em princípio, neutro e imparcial; decisão pautada por programas pré-existentes, etc. Para tanto, não só a publicidade da sessão de julgamento e das discussões são importantes, mas também a impressão, para a parte e para os terceiros, de que a decisão foi efetivamente influenciada pela participação das partes.[874]

A previsibilidade abstrata da decisão, porque de acordo precedentes, pode ser irrelevante para as expectativas da parte e de terceiros que, quando perdem, tendem a ver seu próprio caso como *desigual*. Essa previsibilidade não parece capaz de substituir os elementos do contraditório na função de apresentar a decisão como legítima. É certo que o julgamento

---

[873] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª T., REsp 617.471/SE, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j.2.6.2004

[874] LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995, cap. 3.2.4)

colegiado, em si, não produz decisões mais legítimas só por esse fato.[875] Ademais, a supressão das sessões públicas do julgamento e o desestímulo à fundamentação das decisões, sobretudo porque o relator pode, discricionariamente, aplicar ou não o julgamento monocrático, podem dificultar as possibilidades de legitimação procedimental.

Como nos demais casos, a certeza que pode ser obtida com esse mecanismo parece ilusória: o que se produz é a repetição de decisões padronizadas, sem a submissão a um contraditório pleno para legitimá-las. A possibilidade de se obter certeza com essas decisões dependeria não só de que os casos decididos fossem, de fato, padronizados, mas também que pudessem ser percebidos assim pelas partes e pelos terceiros não-interessados, o que parece impossível de se lograr institucionalmente.

Além disso, como ocorre com os demais mecanismos já analisados, devem ser consideradas as incertezas que eles mesmos produzem. Em especial, para o caso dos julgamentos monocráticos, há o problema de se saber quando esse julgamento é autorizado e se essa autorização se pauta pela jurisprudência do próprio tribunal do qual o relator faz parte, do órgão fracionário desse tribunal (turma ou câmara) ou se somente diante do entendimento de Tribunal Superior. O texto legal não é unívoco.

O *caput* da atual redação do art. 557 do Código de Processo Civil diz que o relator pode negar seguimento tanto a recurso em confronto com súmula/jurisprudência dominante de Tribunal superior quanto do próprio tribunal, bem como "manifestamente inadmissível" e "improcedente". Segundo o §1º-A do artigo, para o relator *dar provimento* monocraticamente, a decisão deve estar em confronto com súmula ou jurisprudência dominante de Tribunal superior. Claro está, no caso do parágrafo primeiro, que apenas a jurisprudência de Tribunal superior autoriza o relator a, monocraticamente, reformar a decisão proferida pelo juiz de primeiro grau. Mas e no caso do *caput*? Estaria a decisão monocrática com base na jurisprudência do próprio Tribunal autorizada? A questão não é pacífica (e não é a única) e reforça o quadro de incerteza sobre os mecanismos produtores de certeza.[876]

---

[875] Pontes de Miranda já apontava que a regra da colegialidade na decisão dos recursos obedeceria a uma racionalidade dialética inerente: "a assembleia não nos veio da reflexão; foi a reflexão que veio da assembleia", que justificaria a superioridade da análise em colegiado "sempre que desejamos maior certeza". (MIRANDA, Pontes de; CAVALCANTI, Francisco. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p.11).

[876] Para Mirna Cianci, "o relator deve antecipar, em sua decisão, aquilo que firmemente viria a deliberar o colegiado, evitando a morosidade que decorre de submeter a custoso procedimento, questão cujo desfecho tem notória ciência prévia, o que afasta, desde logo, a possibilidade de atuar negando seguimento a recurso baseado em singular convicção". (CIANCI, Mirna. **O acesso à justiça e as reformas do CPC**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.86). José Miguel Garcia Medina entende que a

8 A SEMÂNTICA DO MOVIMENTO REFORMISTA

O capítulo anterior buscou demonstrar que existe um movimento reformista, cujas propostas se caracterizam pelo binômio uniformização da jurisprudência/supressão de procedimentos. Buscou-se demonstrar as raízes históricas desses mecanismos e as consequências que eles podem ter para as condições de operação do direito brasileiro como direito autopoiético e para a legitimação das decisões judiciais. Diante desse déficit de legitimação, sobressai o papel da doutrina, isto é, da semântica de referência desses mecanismos. A semântica, por si só, não é capaz de substituir o tipo de legitimação que o procedimento garante, mas ela desempenha um papel essencial. Na teoria jurídica, ela determina os limites e as possibilidades das observações sobre os mecanismos jurídicos e, portanto, as possibilidades de certeza para as descrições heterorreferentes do sistema. Na dogmática, a semântica fornece o arcabouço conceitual que delimita as possibilidades de auto-observação da certeza.

A doutrina, vale apontar, produz conceitos jurídicos que, ao mesmo tempo, indicam ao juiz e ao destinatário da decisão os parâmetros dentro dos quais a decisão proferida poderá ser considerada correta, ou seja, fornece critérios semânticos de legitimação. Para as abordagens formalistas da certeza do direito, os critérios de correção a serem dados pela doutrina dizem respeito às formas de dedução abstrata que, a partir do ordenamento, isto é, de modo relativamente independente de circunstâncias não jurídicas do caso, revelam o direito correto (v. cap. 1.1.1.). Já nas abordagens sociologistas, os conceitos devem ser socialmente adequados, ou seja, capazes de referenciar situações não jurídicas (heterorreferência) e fornecer elementos para legitimar um cálculo de consequências das decisões (cap. 1.1.2.).

Em muitos sentidos, uma permanência da velha tensão entre a jurisprudência dos conceitos e a jurisprudência dos interesses, que indica a crescente necessidade de o

---

jurisprudência que autoriza o julgamento monocrático é a do órgão superior, devendo o relator invocar precedentes destes órgãos. (MEDINA, José Miguel Garcia. Juízo de admissibilidade e juízo de mérito dos recursos na nova sistemática recursal e sua compreensão, de acordo com as Lei 8.756/98 e 9.800/98. In: ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda et al. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis**. São Paulo: RT, 2000, p.370). No mesmo sentido, Luiz Rodrigues Wambier, que entende haver verdadeira usurpação de competência do Tribunal superior quando o relator, no Tribunal de origem, decide monocraticamente com base apenas na jurisprudência do tribunal local ou da própria turma julgadora. (WAMBIER, Luiz Rodrigues. Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante. **Revista de Processo**, v.100, São Paulo: RT, 2000, p. 84, 2000). E o STJ já decidiu que, para negar monocraticamente seguimento a recurso com base na "jurisprudência dominante do respectivo tribunal", esta jurisprudência deve estar de acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores. STJ, REsp 193.189/CE, Rel. Min. Franciulli Neto, j. 20.6.2000.

sistema coordenar autorreferência e heterorreferência.[877] Vale dizer, a certeza relaciona-se à possibilidade de orientação na complexidade social, de modo que a *certeza do direito* depende das possibilidades de se descrever as operações do sistema jurídico, fornecendo orientação para o próprio sistema (decisão) e para o observador do sistema (destinatário da decisão) – e, portanto, a doutrina tem de fato um papel relevante a desempenhar. Ao reduzir complexidade e oferecer orientação para a comunicação referida ao sistema, aumenta-se a predisposição à aceitação da comunicação, isto é, do sentido normativo comunicado. O sucesso dessa orientação, no entanto, depende de que a semântica satisfaça critérios de plausibilidade ao descrever as estruturas do sistema.[878]

Plausibilidade, na teoria dos sistemas luhmaniana, indica a possibilidade de pré-compreensão imediata da informação que se quer comunicar. A plausibilidade da semântica é obtida por meio da utilização de certos esquemas cognitivos na apresentação da ideia. O sucesso desses esquemas, no entanto, depende de um ajuste àquilo que implicitamente está no ambiente interno (formado pelos sistemas sociais) e externo (mundo) da sociedade. Em uma sociedade de castas, não se pode duvidar de que, como o nobre vive melhor do que o camponês ele é melhor do que o camponês. As ideias são plausíveis quando são capazes de convencer de imediato e isso depende da sua adequação às estruturas sociais, condição que não pode ser contornada pelo próprio argumento.[879]

Com a estabilização do direito positivo, na Modernidade, a semântica especificamente jurídica (seja teórica, seja dogmática), cresce em importância como meio de

---

[877] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.773-774. No mesmo sentido: LUHMANN, Niklas. **Sistema juridico y dogmatica juridica**. Tradução de Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 102; 112.

[878] Ao longo dos anos, Luhmann reconstruirá a distinção entre estrutura e semântica em termos de diferença entre operação e observação. A sociedade é composta exclusivamente de comunicação. Pensada como um sistema autopoiético, suas operações mais elementares são operações de comunicação. Toda observação feita na sociedade realiza-se na forma de uma operação, isto é, de uma comunicação (a sociedade, que é feita de comunicação, observa a si mesma com outras comunicações). De outro lado, a comunicação também só é possível como operação que observa (porque só se pode comunicar sobre alguma coisa que é observada). O valor de realidade de uma observação depende da realidade da própria operação de observação. A diferença estrutura/semântica descreve o resultado da distinção entre a operação de comunicar algo e a operação de observar algo que foi comunicado. Estrutura indica uma forma relativamente fixa que gera comunicações com sentido. Semântica indica o conjunto de significados que descreve essas formas e que, portanto, possibilita esse sentido. A semântica tende a formar estruturas que identificam, retêm e recordam significados. O aumento independente da complexidade da sociedade (portanto das operações e observações ou estruturas e semântica) leva a divergências evolutivas no nível das operações/estruturas e da descrição dos seus resultados (semântica). Em outras palavras, com o tempo, a semântica passa a evoluir de modo independente das estruturas que ela descreve e, por isso, passa a lidar com problemas de plausibilidade e realidade (p.425-427). (LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007).

[879] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p 433-437.

legitimação (pré-aceitação) de um direito que passa a ser variável e já não pode mais contar com a antiga ontologia do direito natural (aquela do agir racional) para torná-lo plausível.[880]

O direito natural podia contar, como demonstra Gonçalves (v. cap. 2.1.), com um centro de certeza, uma ontologia total que, por ser aplicável a todo o agir, propiciava uma elevada plausibilidade. Afinal, o direito natural, lembra De Giorgi, não pertence ao direito (i.e., à teoria jurídica), mas ao sistema filosófico que cria e descreve a ontologia racional que tenta substituir o antigo centro de certeza metafísico. Enquanto um subsistema da filosofia prática, o direito natural tem a seguinte característica: a estrutura normativa sobre a qual ele exerce sua reflexão não é mutável.[881]

Como a estrutura normativa do direito natural não é posta por decisões, não pode, portanto, ser alterada por decisões posteriores. A sua estrutura se realiza por meio de deduções, isto é, processos que esclarecem e reproduzem uma verdade normativa. A norma, no direito natural, vale porque é logicamente verdadeira. Verdade e justiça não se distinguem e o justo se obtém pela dedução lógica a partir do sistema ontológico racional. A norma exprime o valor de verdade do sistema e é essa verdade que lhe confere validade. Tanto a norma como a sua verdade são realidades necessárias e não contingentes. [882] A semântica desse direito é uma semântica da verdade e do método (dedutivo) pelo qual ela pode ser obtida. Por isso é uma semântica de legitimação: a semântica demonstra a verdade da norma e, portanto, sua validade.[883] Como explica De Giorgi:

---

[880] DE GIORGI, Raffaele. **Scienza del diritto e legitimazione, critica dell'epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann**. Poscritto 1998. Lecce: Pensa MultiMedia, 1998, p. 10. Como bem explica De Giorgi, no início da Modernidade, a filosofia prática constrói a *unidade do agir*, em que o agir ético, político e jurídico é descrito um sistema unitário, em que um mesmo dever-ser se exprime como norma para o agir. Essa norma, por sua vez, é construída sobre princípios baseados em uma ontologia racional aplicável a *todos os sentidos do agir* (ético, político ou jurídico). Esse núcleo ontológico servia, ao mesmo tempo, como centro de certeza para o agir (no sentido de Gonçalves) e referência para os sistemas normativos. A ideia de um direito natural depende da plausibilidade dessa ontologia e a exprime, de modo que "no âmbito da filosofia prática, o direito natural é a medida do agir justo", vale dizer, do agir em qualquer esfera, ainda que não jurídica. O agir valorado pelo direito natural não é, portanto, marcado pela *juridicidade.* As diferentes formas do agir (ético, jurídico, político) não se reconhecem reciprocamente, mas apenas por meio da referência comum aos valores fixados na ontologia racional. (p. 910).

[881] DE GIORGI, Raffaele. **Scienza del diritto e legitimazione, critica dell'epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann**. Poscritto 1998. Lecce: Pensa MultiMedia, 1998, p. 12.

[882] DE GIORGI, Raffaele. **Scienza del diritto e legitimazione, critica dell'epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann**. Poscritto 1998. Lecce: Pensa MultiMedia, 1998.

[883] Conforme observa De Giorgi, a epistemologia jusnatural não constitui um sistema externo ao conjunto de normas, mas um sistema que produz ele mesmo as normas, segundo o seu modelo, e as movimenta em tramas conceituais. Funciona como instância de legitimação interna que o complexo normativo traz em si desde sua concepção. No plano gnosiológico, as normas se legitimam pelo método das operações de derivação, dentro de um sistema logicamente fechado; no plano ideológico, as normas se legitimam em parte porque a pesquisa se fundamenta em um saber filosófico superior relativo à natureza e ao homem e, de outra parte, porque por meio do sistema a pesquisa conduz a conhecimentos verdadeiros relativos ao dever-ser. "O sistema, então, não é apenas o lugar de produção do direito, mas é essencialmente o aparato dentro do qual o direito

> Para o direito natural, a jurisprudência é possível apenas como ciência, porque essa é a pesquisa da verdade; e a ciência só é possível através do sistema, porque só no sistema o processo de explicação da normatividade implícita nas premissas se apresenta como pesquisa da verdade. E como aquelas premissas não são outra coisa que não princípios de razão, o direito natural pode se apresentar como o direito da razão.[884]

A Modernidade, no entanto, rompe a unidade do agir, a razão universal e os últimos sinais dos antigos centros de certeza de que Gonçalves fala. A sociedade é complexa e os sistemas diferenciados apresentam cada um sua própria racionalidade e referências para o agir. O direito, agora, é direito positivo, e a validade das normas decorre de um processo formal de decisão e, por isso, as normas sempre podem ser diversas. A norma é posta por decisões e pode ser revogada por decisões. Nem norma nem processo de produção de normas guardam relação com a verdade. A norma é agora contingente e, como aponta De Giorgi, a contingência é a norma do direito positivo: a semântica jurídica, que havia se formado como instância de legitimação, porque expressava a verdade, precisa agora ser uma instância legitimadora da contingência. [885]

Segundo De Giorgi, em um percurso que passa de Savingny a Ihering, caberá a Kelsen contestar a possibilidade de que a doutrina possa ser fonte (de validade) do direito. A teoria pura serve, apenas, à análise estrutural do direito positivo, pressupondo a instância legitimadora (norma fundamental) como meio de legitimar a contingência normativa do direito positivo.[886] Ao construir a positividade como contingência normativa, Kelsen elimina o problema da verdade, reconhecendo uma fundamentação meramente empírica para o dever-ser.[887] No entanto, os problemas históricos que associam a perspectiva kelseniana à apologia

---

produzido se legitima como verdade". (DE GIORGI, Raffaele. **Scienza del diritto e legitimazione, critica dell'epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann**. Poscritto 1998. Lecce: Pensa MultiMedia, 1998).

[884] DE GIORGI, Raffaele. **Scienza del diritto e legitimazione, critica dell'epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann**. Poscritto 1998. Lecce: Pensa MultiMedia, 1998, p.13. E continua o autor afirmando que "a fusão entre razão e direito – pode-se concluir – recompõe a atividade teórico-cognitiva e a atividade prática da ciência na função produtora da normatividade não contingente; o direito natural se conclui dentro da unidade da filosofia prática, a qual se mantém imóvel sobre o fundamento da ontologia racional. Aquela fusão que se realiza no sistema tem uma consequência de grande relevo epistemológico: confere à ciência jurídica o papel de instância objetiva de legitimação do direito e ao sistema a função de aparato interno de legitimação do direito justo. O direito natural se apresenta assim como verdade normativa de uma razão universal que é recurso inesgotável no mundo; uma razão que recolhe e mantém unido todo o agir, que não deixa espaço para a incerteza, para o isolamento, para o medo". (p.13-14).

[885] DE GIORGI, Raffaele. **Scienza del diritto e legitimazione, critica dell'epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann**. Poscritto 1998. Lecce: Pensa MultiMedia, 1998, p. 16-17.

[886] DE GIORGI, Raffaele. **Scienza del diritto e legitimazione, critica dell'epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann**. Poscritto 1998. Lecce: Pensa MultiMedia, 1998.

[887] DE GIORGI, Raffaele. **Scienza del diritto e legitimazione, critica dell'epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann**. Poscritto 1998. Lecce: Pensa MultiMedia, 1998, p. 84-86.

de valores positivistas levam a teoria do direito, a partir da metade do séc. XX, a retornar à busca de fundamentos estáveis para a instabilidade do direito positivo.[888]

Nesse cenário, a semântica jurídica mantém sua função legitimadora (embora já não possa corresponder a um *centro de certeza*) e a semântica do movimento reformista busca, precisamente nesse sentido, legitimar os mecanismos implementados pela reforma. Para tanto, precisa fazê-lo diante do dilema: legitimar a contingência (porque, mesmo uniformizado, o direito continua a ser positivo) e legitimar a não-contingência (previsibilidade), que autoriza a supressão de procedimentos.

Essa semântica legitimadora se vê diante da tarefa de demonstrar que as decisões podem ser previsíveis, que decisões previsíveis são melhores (mais justas) e que sua legitimidade depende pouco do contraditório. Para tanto, o caminho que vem sendo adotado pela semântica reformista envolve conceituar a reforma como um resultado *necessário (não-contingente)* de um aprimoramento progressivo do direito. [889] Vozes dissonantes são consideradas "na contramão da História e no contrafluxo das necessidades de aprimoramento da tutela jurisdicional efetiva e tempestiva".[890]

---

[888] A história se encarrega de fazer ressaltar o lado negativo da epistemologia positivista que, como denuncia Bobbio, se converte em valor positivista. "A degeneração nazista havia demonstrado que o direito, como ordenamento normativo da sociedade, podia ser instrumento de violência organizada", sobrepondo-se a qualquer outro princípio ético que não da justiça e direito do Estado (92). Passa a ser necessário buscar o fundamento do direito em algo diverso da própria positividade. O direito já não pode ser a lei. Como coloca De Giorgi, "o direito se faz na história, tem uma história, mas essa história é uma história diversa daquela expressa no ordenamento jurídico". Para escapar do mal-estar da apologia positivista associada à metodologia kelseniana, se faz necessário fundar uma teoria que parta do fato da existência (do ordenamento) como forma de alienação, de um direito fora de si mesmo, da sua própria história, e que apresente um projeto de retorno do direito a si mesmo. Caberia à ciência do direito recuperar um setor diverso daquele limitado à existência positiva do direito. Esse caminho, no entanto, levará a um complexo de diferentes linhas teóricas sobre o fundamento e estrutura do direito. Para superar os riscos da apologia positivística e, já não podendo retornar a uma ontologia universal, porque a positividade está aí, surge um pluralismo teórico. Mais do que legitimar a positividade, é preciso também legitimar os seus riscos e seu lado negativo. A teoria do direito passará a não ser mais, simplesmente, uma teoria *jurídica* (ou pura) do direito, como proposto por Kelsen. A fundação teórica do direito vai, cada vez mais, se associar às teorias sociais (e de fundamentação da integração da sociedade). E, nesse processo, o modelo epistemológico se converte em pluralismo, caracterizado pela coexistência pacífica de diversas teorias. "O princípio do pluralismo é o fundamento teórico da tolerância repressiva. A teoria não pode pretender ser verdadeira, expor a verdade. Muito menos a verdade do positivo. Essa verdade reproduz sempre o medo do positivismo". O pluralismo se afirma, assim, como princípio de legitimação do Estado de direito, em que ciência e democracia convergem. (p.92-98).

[889] Por exemplo, Rodolfo de Camargo Mancuso, que traça uma linearidade evolutiva que vai do Código Visigótico, no séc. VI, à súmula vinculante. Essa linearidade, para o autor, é identificada como "busca incessante de uma fórmula que assegurasse a prática do Direito de modo a preservar o binômio certeza-justiça". Essa evolução histórica comprovaria a aptidão das súmulas para prevenir males históricos: "contra fatos não há argumentos, e não há como negar que tantas expressões legislativas voltadas a emprestar eficácia expansiva/vinculativa à jurisprudência dominante ou sumulada só podem ser uma resultante da aspiração presente na sociedade em geral e na comunidade jurídica em particular, no sentido de que o Direito Sumular efetivamente opere como instrumento idôneo para o tratamento judicial isonômico, e para que se tenha uma resposta judiciária mais ágil, sob uma razoável previsibilidade". (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 3.ed. São Paulo: RT, 2007, p.195; 212).

[890] Cândido Rangel Dinamarco (DINAMARCO, Cândido Rangel. O processo civil na reforma constitucional do poder judiciário. In: (Coord.) BOTTINI, Pierpaolo; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm. **Reforma do judiciário**. São Paulo: Saraiva,

Além disso, como em toda reforma, busca-se amparo em critérios comparativos segundo os quais há ordenamentos/tribunais melhores que o brasileiro, modelos de direito que funcionam melhor para o *consumidor da justiça*, que são rápidos e previsíveis sem deixarem de ser justos. Em outra parte, trata-se de vincular os mecanismos da reforma a valores que expressem verdades: a decisão previsível é justa, realiza igualdade, é deduzida do sistema, é padrão de orientação.

Por último, eventuais aspectos negativos da reforma devem ser tolerados diante da necessidade premente de realizar seus valores, notadamente o resgate da credibilidade do Poder Judiciário perante o consumidor da justiça. Para se legitimar, o *movimento reformista* ampara-se em uma semântica de crise, que permite ao movimento apresentar-se como condição não-contingente do restabelecimento da credibilidade do Poder Judiciário, reflexo de uma crise de credibilidade no Estado como um todo.[891]

No discurso do movimento reformista, a Justiça, por ser imprevisível, está em crise[892] e essa crise implica falta de credibilidade. E contra a justiça, assim como contra a verdade, ninguém pode se posicionar. Ressaltam-se os valores positivos da possibilidade de diminuição do tempo de julgamento, atribuído à diminuição do volume de trabalho nos

---

2005, p.298). Para José Rogério Cruz e Tucci, "não se vislumbra, a curto prazo, outra solução para minimizar a grave crise provocada pela justiça intempestiva". (TUCCI, José Rogerio Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 281). Do mesmo autor: TUCCI, José Rogerio Cruz e. O problema da lentidão da justiça e a questão da súmula vinculante. In: **Revista do Advogado**, São Paulo, 2004.

[891] É a arguta análise de José Eduardo Faria, para quem, no caso brasileiro podem ser observadas três grandes crises estruturais: no plano socioeconômico, crise de hegemonia dos setores dominantes; no plano político, crise de legitimação do regime representativo; e, no plano jurídico-institucional, crise da matriz organizacional do Estado "que parece ter atingido o limite de sua flexibilidade na imposição de um modelo simultaneamente centralizador e corporativo, cooptador e concessivo, intervencionista e atomizador, quer dos conflitos sociais, quer das próprias contradições econômicas". Ainda, segundo o autor, o contexto de crise na realidade socioeconômica brasileira remonta ao período pós-revolucionário de 64 e à transição para a democracia: "a crise de hegemonia traduz a perda da capacidade de direção política e ideológica por parte dos grupos dominantes ou prevalecentes num dado sistema social; essa crise ocorre quando não há grupos capazes de, partindo de seus valores específicos, forjar a unidade social ou obter uma convergência ideológico cultural geradora de consenso. A crise de legitimidade, por sua vez, eclode quando essa condição social passa a não ser mais aceita de modo consensual pelos diferentes segmentos sociais. E a crise da matriz organizacional do Estado surge quando essa dada condição social, ao perder sua estabilidade, sobrecarrega e compromete as instituições jurídico administrativas e político-econômicas que até então propiciavam e alimentavam sua capacidade de autorreprodução". (FARIA, José Eduardo. O judiciário e o desenvolvimento socioeconômico. In: (Org.). FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005, p.12-13).

[892] Veja-se, nesse sentido, a observação de uma importante processualista, Ada Pellegrini Grinover, já nos anos 90: "a crise da justiça está na ordem do dia: dissemina-se e serpenteia pelo corpo social, como insatisfação dos consumidores de Justiça, assumindo as vestes do descrédito nas instituições; atinge os operadores do direito e os próprios magistrados, como que impotentes perante a complexidade dos problemas que afligem o exercício da função jurisdicional; desdobra-se em greves e protestos de seus servidores; ricocheteia, enfim, pelas páginas da imprensa e ressoa pelos canais de comunicação de massa, assumindo dimensões alarmantes e estimulando a litigiosidade latente. A justiça é inacessível, cara, complicada, lenta, inadequada. A Justiça é denegação da Justiça. A justiça é injusta. Não existe justiça". (GRINOVER, Ada Pellegrini. A crise do poder judiciário. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, nº 34, 1990, p.11-12).

tribunais, da segurança jurídica,[893] da igualdade perante a lei *aplicada*[894] e do estabelecimento de um senso de justiça dependente da credibilidade social do Poder Judiciário.[895]

Ainda, de modo quase paradoxal, a semântica do movimento reformista associa a credibilidade do Poder Judiciário à desjudicialização dos conflitos: desestimular a litigiosidade como meio de evitar proliferação de decisões divergentes e manter a credibilidade do Poder Judiciário.[896] Trata-se, nas palavras do Min. Gilmar Mendes "de se debelar a **cultura judicialista** que se estabeleceu fortemente no País, segundo a qual todas as questões precisam passar pelo crivo judicial [...]" Fica em aberto a pergunta: para onde os conflitos desjudicializados se encaminham?

O *movimento reformista* busca, como um modelo de decisões previsíveis, o paradigma mitificado da *common Law*. Sustenta que um sistema baseado na força de precedentes vinculantes não só convive muito bem com a complexidade da sociedade moderna, mas também lhe convém, por lhe assegurar a necessária previsibilidade das

---

[893] Assim, Márcia Regina Lusa Cadore, para quem: "o princípio da segurança jurídica, enquanto elemento constitutivo do Estado de Direito, assegura ao cidadão que seus atos terão os efeitos previstos no ordenamento jurídico. Trata-se da segurança jurídica entendida como previsibilidade [...] essa previsibilidade (rectius segurança jurídica) é alcançada quando priorizada a uniformização da jurisprudência". (CADORE, Márcia Regina Lusa. **Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência**, São Paulo: Atlas, 2007, p.243).

[894] Daí a observação de Mancuso de que "o imperativo de que a isonomia de todos perante a lei deve ser efetiva tanto em face da norma legislada (= produto final do Legislativo) como em face da norma judicada (= resultado da subsunção judicial do texto de regência aos casos concretos)". (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 13.ed. São Paulo: RT, 2013, p.79). Também é a opinião de José Miguel Garcia Medina, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier: "evidentemente, não se pode deixar de reconhecer, por exemplo, que a sobrevivência de decisões que dêem aos pensionistas e aposentados da Previdência Social a diferença de 147% e outras que não reconheçam este direito a pessoas que estão exata e precisamente na mesma situação, não é sadio, porque esbarra e arranha inevitavelmente ambos os princípios mencionados. A lei é uma só (necessariamente vocacionada para comportar um só e único entendimento, no mesmo momento histórico, e nunca dois ou mais entendimentos simultaneamente válidos). Todavia, no plano dos fatos, decisões podem ser diferentes, porque os tribunais podem decidir diferentemente. É comum haver duas ou mais decisões, completamente diferentes, a respeito do mesmo (mesmíssimo!!) texto, aplicáveis a casos concretos idênticos. Isto gera insegurança nos jurisdicionados e descrédito do Poder Judiciário. É, portanto, inteiramente nefasto do ponto de vista jurídico". (MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim: Repercussão geral e súmula vinculante. In: (Coord.) ALVIM, Teresa Arruda et al. **Reforma do judiciário** – primeiras reflexões sobre a EC 45/2004. São Paulo, RT, 2005, p.383).

[895] Rodolfo de Camargo Mancuso destaca "a grande contribuição que a jurisprudência predominante e reiterada, especialmente extratificada em Súmula, pode oferecer à nossa práxis judiciária, propiciando benefícios diversos: a) para as partes, na medida em que possibilita uma razoável previsibilidade quanto à solução final do caso, operando assim como fator de segurança e de tratamento judicial isonômico; b) para o Judiciário, porque a jurisprudência sumulada agiliza as decisões, alivia a sobrecarga acarretada pelas demandas repetitivas e assim poupa precioso tempo, que poderá ser empregado no exame de casos mais complexos e singulares; c) para o próprio Direito, em termos de sua eficácia prática e credibilidade social, porque o tratar igualmente as situações assemelhadas é algo imanente a esse ramo do conhecimento humano, certo que o sentimento do justo integra a essência do Direito desde suas origens: *Just est ars boni et ae quo*". (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 3.ed. São Paulo: RT, 2007, p.54-55).

[896] Ainda segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, mecanismos de certeza, como a súmula vinculante, teriam "aptidão para projetar um efeito preventivo geral, ao interno da sociedade civil". (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 3.ed. São Paulo: RT, 2007, p. 80).

expectativas. Mas, em que medida as propostas da reforma são uma aproximação realista da *Common Law* e quais adaptações seriam necessárias?

8.1 *Common Law* e *stare decisis*: previsibilidade como mito

8.1.1 O mito do direito previsível

Como bem observa Gonçalves, Weber é a principal referência da tese segundo a qual a previsibilidade do direito foi um fator fundamental para o desenvolvimento do capitalismo[897] e que, apesar de não ser codificado, os ordenamentos da *common Law*, em termos de previsibilidade, são superiores aos ordenamentos da *civil Law*[898] graças à função estabilizadora do precedente judicial.[899] Para as abordagens sociologistas, a previsibilidade que torna o modelo de precedentes superior decorreria da permeabilidade do precedente às circunstâncias do caso concreto, que determinam quando dado precedente é aplicável, quando deve ser adaptado, afastado ou superado. Para o formalismo, essa função estabilizadora decorreria da doutrina do *stare decisis*, ou seja, da regra segundo a qual os precedentes não devem ser alterados e, portanto, têm força vinculante sobre julgamentos futuros.

A partir de Weber, ideia de que a *common Law* seria superior à *civil Law* em termos de estabilidade, ganhou aderência na semântica jurídica, em especial na perspectiva da *Law and Economics*, no sentido de que a estabilidade jurídica típica do modelo de precedentes seria essencial para o desenvolvimento capitalista. Essa noção influencia o Estudo do Banco

---

[897] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p.204; WEBER, Max. **Economia e sociedade** v.2. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UNB, 2009. p.11-53; 142-153.

[898] Cumpre registrar que, do ponto de vista, mais distante e abstrato, da teoria dos sistemas de Luhmann, não é relevante a diferença entre *common Law* e *civil Law*. O que caracteriza o sistema jurídico moderno é, além da diferenciação funcional em relação a outros âmbitos normativos (política, religião e moral), a diferenciação interna dos Tribunais, que corresponde à diferença entre jurisdição e legislação ou entre decisões programantes e decisões programadas. Vale dizer, no sistema da *common Law*, os precedentes fazem papel de legislação em relação às decisões futuras, funcionando como *decisão programante*. Em outras palavras, do ponto de vista da teoria dos sistemas de Luhmann, a *common Law* não é um sistema jurídico diverso da *civil Law*.

[899] WEBER, Max. **Economia e sociedade** v.2. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UNB, 2009. Como coloca o autor, no sistema inglês, o homem de negócios devidamente assessorado não tem "diante do direito, exigências e esperanças que possam ser frustradas por construções lógico-jurídicas [...] Na área do direito privado, common Law e equity são, sem dúvida, em grande parte, formalistas na aplicação prática, já em virtude dos precedentes judiciais". E, mais adiante, tratando comparativamente da *civil Law* (direito continental) e a *common Law*, Webber afirma que "onde ambos os tipos de justiça e formação de direito tiveram a oportunidade de concorrência – como no Canadá –, o tipo anglo-saxão mostrou-se superior [...] Não há, portanto, no capitalismo como tal qualquer motivo decisivo para favorecer aquela forma de racionalização do direito que se conservou como específica no Ocidente continental [...]". (p.150-151).

Mundial *O Poder Judiciário nos países da América Latina e do Caribe: elementos para reforma*[900] e, também, a semântica do movimento reformista.

Assim que, embora nem sempre de forma explícita, a semântica do movimento reformista tende a ver a *superioridade* do modelo de precedentes do ponto de vista formalista, ou seja, no *stare decisis* e não adaptabilidade do precedente ao caso concreto. Marcelo Dias Alves de Souza, por exemplo, aponta que, na tradição brasileira da *civil Law*, o precedente teria sido "indevidamente relegado a um segundo plano, uma vez que a legislação é a forma de produção jurídica por excelência" e isso teria se tornado fator de incerteza, pois

> o sistema que prega a legislação, seja ela codificada ou não, como uma única fonte vinculante do direito, mostra-se, hoje, insuficiente, sobretudo no que diz respeito à necessária correspondência entre o que está previsto em tese na legislação e a realidade nos tribunais e juízos, especificamente nos brasileiros.[901]

Nessa linha de pensamento, que é representativa de praticamente toda a semântica do movimento reformista, o problema não é a correspondência entre a legislação e a realidade dos fatos, mas a correspondência entre a legislação e *a realidade nos tribunais*, isto é, a legislação aplicada pelos tribunais. Desse modo, na prática jurisprudencial brasileira, a falta de mecanismos de vinculação tornaria o precedente apenas mais um elemento de incerteza diante do quadro de hipertrofia legislativa. Garantir força vinculante e estabilidade aos precedentes (*stare decisis*) garantiria, ao mesmo tempo, certeza aos precedentes, à legislação e ao cidadão sujeito a ambos. Vale dizer, o precedente teria o papel de reduzir ou, ao menos, estruturar a complexidade do material jurídico, indicando, com grau de certeza, não só a provável posição do tribunal, mas também, o *direito que efetivamente vale*. É essa valorização do *stare decisis* que serve de referência para que o movimento reformista tenha, no sistema da *common Law*, o modelo de direito estável, previsível, confiável e, frequentemente, mais célere.[902]

---

[900] DAKOLIAS, Maria. **O poder judiciário nos países da América Latina e do Caribe**: elementos para reforma. Tradução de Sandro Eduardo Sardá. Washington: Banco Mundial, 1996. Disponível em: www.sinjusc.org.br/admin/uploads/baixar/DOCUMENTO%20TECNICO%20NUMERO%20319.doc. Acesso em: jul. 2013.

[901] SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2008, p.17-18.

[902] Para Marcelo Alves Dias de Souza, por exemplo, as opiniões contrárias à súmula vinculante decorrem de "ignorância sobre o que é, verdadeiramente, a doutrina do *stare decisis*" e consequente preconceito por se tratar de uma tradição da *common Law* estranha às tradições continentais brasileiras (p.282). Enquanto método de trabalho judiciário, a *stare decisis* teria vantagem de ser mais estável, "a obediência aos precedentes judiciais é um fator – não o único, é óbvio – que pode ajudar na estabilidade [...] além de dar aos cidadãos um senso de confiança, por implicar a consolidação, no presente e para o futuro, de opiniões bem fundamentadas e tidas por acertadas"; mais previsível, por que "o conhecimento da existência de um

Nesse sentido, os mecanismos tendentes à uniformização da jurisprudência, dos quais a súmula vinculante é a expressão máxima, teriam o benefício de aproximar o modelo brasileiro (*civil Law*) daquela estabilidade vislumbrada no modelo da *common law*, considerado superior.[903] Ao ensejar previsibilidade na aplicação da lei, a força vinculante dos precedentes permitiria ao indivíduo calcular as consequências jurídicas do agir.[904]

Mas será que essa sobrevalorização do *stare decisis* corresponde a uma percepção adequada dos ordenamentos da *common Law*? Ou seria o *stare decisis* apenas um aspecto que convive com a permeabilidade e a flexibilidade dos precedentes ao caso concreto?

Convém lembrar que o modelo de precedentes nasce de uma justiça do caso concreto, isto é, aplicada caso a caso em referência a um ordenamento coeso, completo e harmônico. Nas suas origens do sistema de precedentes estão os sistemas casuístas e, no caso

---

precedente torna previsível qual será a solução aplicada ao caso na hipótese de acontecer alguma querela judicial"; mais precisa, porque representa "um passo da generalidade da lei em direção à concretude do precedente [...] o Direito do common Law se caracteriza por seu alto grau de precisão no regramento dos fatos e dos negócios da vida das pessoas"; mais célere, pois a "reprodução de critérios, fórmulas ou princípios já antes trabalhados e enunciados é um ótimo mecanismo para alcançar esse desiderato"; permite um aprimoramento do trabalho do juiz porque "está psicologicamente demonstrado que os juízes, por saberem que suas decisões irão se tornar precedentes para o futuro, formulam-nas com maior cuidado e precisão"; mais equânime, pois "o princípio da igualdade perante a lei não pode ficar apenas no plano normativo. Tem seu lugar, talvez de maior destaque, na solução dos casos concretos na vida em sociedade". (SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2008, p.281). No mesmo sentido, são os apontamentos de André Ramos Tavares: "o chamado precedente (*stare decisis*) utilizado no modelo judicialista, é o caso já decidido, cuja decisão primeira sobre o tema (*leading case*) atua como fonte para o estabelecimento (indutivo) de diretrizes para os demais casos a serem julgados. A norma e o princípio jurídico são induzidos a partir da decisão judicial, porque esta não se ocupa senão da solução do caso concreto apresentado. Esse precedente, com o princípio jurídico que lhe servia de pano de fundo, haverá de ser seguido nas posteriores decisões como paradigma (ocorrendo, aqui, portanto, uma aproximação com a ideia de súmula vinculante brasileira) [...] O mencionado e reiterado distanciamento entre os dois modelos teóricos, na prática, tem diminuído. É nesse contexto que se deve compreender a introdução, no sistema de Direito legislado brasileiro, da súmula vinculante, para muitos, instituto próximo do *stare decisis*. Essa comparação que se faz entre *stare decisis* e súmula vinculante está baseada em algumas circunstâncias comuns a ambos institutos: i) preocupação com casos concretos; ii) necessidade de fazer surgir, a partir de decisões concretas, uma diretriz a ser adotada em outros casos similares (um certo processo de objetivização" das decisões concretas. Assim, a súmula vinculante parece, à primeira vista, criar uma ponte sólida entre controle concreto-difuso e controle abstrato-concentrado, no complexo modelo brasileiro de controle da constitucionalidade, o que parece ocorrer de maneira muito próxima ao 'processo de generalização' existente no Direito português vigente". (TAVARES, André Ramos. **Nova Lei da Súmula Vinculante** – estudos e comentários à lei 11.417/2006. São Paulo: Método, 2007, p.23).

[903] Para doutrina da própria *common Law*, a distinção central dos sistmas estaria na instituicionalização formal da obrigatoriedade do precedente, no sentido de que "decisões judiciais passadas sejam formalmente e genericamente obrigatórias na solução das controvérsias atuais verdadeiramente similares". (GINSBURG, Jane Carol. **Legal Methods**. Westbury: Fundation Press, 1996, p.23). Daí a atuação dos mecanismos do movimento reformista diretamente sobre esse ponto: formalizar a vinculação dos precedentes.

[904] Nesse sentido, José Rogério Cruz e Tucci para quem "a jurisprudência consolidada garante a certeza e a previsibilidade do direito e, portanto, evita posteriores oscilações e discussões no que se refere à interpretação da lei. Os cidadãos baseam as suas opções não apenas nos textos legais vigentes, mas, também, na tendência dos precedentes dos tribunais, que proporcionam àqueles, na medida do possível, o conhecimento de seus respectivos direitos". (TUCCI, José Rogerio Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004, p.296). No mesmo sentido, Arruda Alvim, para quem "num mesmo momento histórico não é aceitável que a mesma regra jurídica tenha mais de uma interpretação, pois o atributo da certeza é a necessidade indeclinável da ordem jurídica; a duplicidade de interpretação criaria, certamente, a dubiedade respeitante à conduta". (Sentença no processo civil: as diversas formas de terminação do processo em primeiro grau. In: TUCCI, José Rogerio Cruz e. **Processo civil 2**, São Paulo: RT, 1995, p. 303).

da *common Law*, o ordálio bárbaro do juramento coletivo de doze homens sobre os *fatos* envolvidos.[905] Ou seja, os próprios fatos são submetidos a um julgamento pelo júri e, desse julgamento, emana a decisão jurídica, controlada pelos poderes locais. Como o direito é essencialmente direito costumeiro, a citação de precedentes serve como *prova do fato de que determinado costume existe* e que, portanto, pode ser considerado direito.[906]

Daí a se desenvolver, na histórica da *common Law*, de modo bastante reflexivo, o *costume* de decisões baseadas em decisões precedentes, mas não porque essas decisões tivessem força vinculante sobre a produção do direito (que nem sequer se considerava como fruto de uma *produção*), mas porque a *prova do costume* servia, em juízo, como *prova do direito*.[907] A doutrina do *stare decisis* nascerá apenas no séc. XIX.[908] Até então, as hipóteses de certeza do direito seguem dependentes das estruturas sociais, como o *status* dos juradores e das partes.

Conforme a sociedade se diferencia e se torna complexa também se impõe, na *common Law*, o problema de resgatar um fundamento adequado para um direito que vai se mostrando mais como fruto de decisões contingentes e menos a revelação de um direito costumeiro/natural imutável e vinculado a verdades maiores. Assim que, ao longo da sua evolução, o modelo de precedentes estritos da *common Law* convive com uma justiça fundada em julgamentos de equidade até 1870 e, apesar da unificação dos tribunais de equidade e da *common law*,[909] continua-se a falar, mesmo nos dias atuais, em *julgamentos por equidade* e *julgamentos com base em precedente*.

---

[905] Como observa Patetta, a natureza coletiva da vida social e da litigiosidade impede que se possa falar, em um primeiro momento ao menos, em testemunho da verdade. Os membros do grupo estão ou do lado do ofensor ou do lado do ofendido e, por isso, juram em conjunto com ele. (PATETTA, Féderico. **Ordalie**: studio di storia del diritto e scienza del diritto Comparato. Torino: Fratelli Bocca, 1890. Nabu Public Domain Reprints, p.29).

[906] HASNAS, John. Hayek, the common law and fluid drive. In: **NYU Journal of Law and Liberty**, v.1, nº0, 2005. Disponível em: http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_060886.pdf. Acesso em: jul. 2013.

[907] Nesse sentido: BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, D.Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Rationales for precedentes. In: (Org.) MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. **Interpreting precedents, a comparative study**, Aldershot: Brookfield, Vt.: Ashgate/Dartmouth, 1997, p.481-482.

[908] HASNAS, John. Hayek, the common law and fluid drive. In: **NYU Journal of Law and Liberty**, v.1, nº0, 2005. Disponível em: http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_060886.pdf. Acesso em: jul. 2013, p.93.

[909] Conforme um poder central vai se estabilizando, também o Monarca inglês vai buscando impor sua *iurisdictio* sobre os poderes locais e jurisdições concorrentes, como a canônica. Contudo, em vez de um sistema recursal, será estabelecido um sistema de remédios que permitem à parte pleitear diretamente aos tribunais controlados pelo rei. As nobrezas locais vão buscar limitar as competências do poder central (como atesta a primeira Carta Magna, do séc. XIII) estabelecendo que só podem ser emitidos e aplicados em certas circunstâncias e diante de casos que sejam semelhantes. Para fazer jus ao *writ*, a parte deveria poder demonstrar que o seu caso é semelhante a outro caso para o qual existe um *writ*. Mas, conforme esse sistema de remédios estritos se mostra insuficiente ou injusto, o próprio monarca disponibiliza aos súditos recursos que apelassem diretamente à consciência real, a um senso de justiça. Conforme o rei delega essas funções a um Chanceller forma-se, em paralelo aos Tribunais reais da *common Law*, os Tribunais reais (do chanceler) de equidade. No séc. XV existem dois

No séc. XIX, a unificação dos vários tribunais e o advento de coletâneas de precedentes vão constituir as bases necessárias, tanto nos Estados Unidos quanto na Inglaterra, para o surgimento de uma doutrina segundo a qual os tribunais estão obrigados a decidir de acordo com os precedentes dos tribunais superiores e/ou seus próprios precedentes: o *stare decisis et non quieta movere*.[910] O contexto que leva ao surgimento do *stare decisis* é o mesmo que, em vários sentidos, redunda nas codificações nos sistemas da *civil Law*, ou seja, demandas pela diminuição da arbitrariedade judicial e segurança jurídica, garantindo coesão, coerência e uniformidade para o sistema (inclusive do ponto de vista científico).[911]

De acordo com essa semântica, a adoção de uma doutrina rígida do *stare decisis* se justifica em termos de igualdade e Estado de Direito, valores políticos, morais e constitucionais para

> que os tribunais mantenham uniformidade no direito e na sua interpretação e aplicação de caso a caso pode ser considerado um requisito para assegurar o Estado de Direito ou *Rechtsstaat*. Seria uma pena se o direito estivesse sujeito a interpretações que variassem de caso a caso, pois seria apenas formalmente o mesmo direito aplicado a diferentes casos com questões essencialmente familiares entre si. Uniformidade do direito é, então, uma parte essencial da igualdade de tratamento de casos essencialmente similares.[912]

Do mesmo modo, justificam o *stare decisis* valores correlacionados como a certeza, a estabilidade jurídica e a previsibilidade por parte dos cidadãos quanto ao modo que as normas provavelmente serão aplicadas. A semântica fundada nesses valores está presente, portanto, tanto na doutrina que justifica a adoção e rigidez do *stare decisis* como na semântica do movimento reformista. Também na semântica da *common Law* se aponta a importância de questões práticas, como a redução do volume de trabalho e esforço judicial (o mesmo ponto

---

sistemas paralelos: a *common Law*, fundada em remédios estritos, cuja aplicação depende de um precedente, e as *equity court*, onde se poderia pleitear remédios amplos. Apenas em 1870 há a unificação das cortes de *equity* e da *common Law*. (SESMA, Victoria Iturralde. **El precedente en el common law**. Madrid: Civitas, 1995, p.14).

[910] Nesse sentido: HASNAS, John. Hayek, the common law and fluid drive. In: **NYU Journal of Law and Liberty**, v.1, nº0, 2005. Disponível em: http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_060886.pdf. Acesso em: jul. 2013, p.93.

[911] BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, D.Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Rationales for precedentes. In: (Org.) MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. **Interpreting precedents, a comparative study**, Aldershot: Brookfield, Vt.: Ashgate/Dartmouth, 1997, p.481.

[912] BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, D.Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Rationales for precedentes. In: (Org.) MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. **Interpreting precedents, a comparative study**, Aldershot: Brookfield, Vt.: Ashgate/Dartmouth, 1997, p.487-488.

não é frequentemente relitigado); estímulo a acordos, uma vez que se conhece de antemão a posição do Tribunal; e evitar litígios sem sentido e recursos infrutíferos.[913]

Mas isso não significa que o *stare decisis* seja uma doutrina unívoca ou que a *common Law* se limite ao *stare decisis.* O alcance, extensão e rigidez do *stare decisis* está sujeito a variações e críticas. Continua sendo da essência do precedente – e as escolas do realismo vão se encarregar dessa crítica – possibilitar julgamentos adequados à realidade fática e que, portanto, possam ser moldados a cada caso.

Além disso, entendido e aplicado de forma rasa, o *stare decisis* pode ser pouco útil diante de uma quantidade imensa de precedentes, de modo que sua obrigatoriedade formal não é diferente da obrigatoriedade da própria lei nos sistemas de *civil Law*. Benjamin Nathan Cardozo, no final da década de 1920, fez uma análise lúcida da situação da *common Law* nos Estados Unidos e dos problemas de incerteza do direito associados a esse sistema. Segundo afirmava, dentre as causas da incerteza do sistema estariam:

> a falta de acordo quanto aos princípios fundamentais da *common Law*; a falta de precisão no uso de termos legais; disposições legais colidentes e mal redigidas; tentativas de distinções entre casos em que os fatos não apresentavam diferença alguma quanto aos princípios legais aplicáveis; o grande volume de decisões registradas; a ignorância dos juízes e advogados; o número e a natureza de novas questões legais [...].[914]

Dentre as causas dessa incerteza sobressai a "multiplicidade de decisões" cuja fecundidade "atemorizaria Malthus".[915] São causas que se aplicam com precisão aos problemas de incerteza vivenciados nos sistemas da *civil Law*: vagueza e inflação normativa, ainda que com relação aos precedentes e não, necessariamente, à legislação escrita. E, de fato, um modelo em que o precedente se tem por vinculante, por mais que possa parecer previsível e calculável em tese (porque se sabe de antemão como os casos serão decididos), torna-se incerto diante da quantidade imensa de decisões que vão sendo proferidas ao longo do tempo, problema que não é diverso daquele que, no direito continental, Carnelutti havia identificado como *hipertrofia legislativa.*

Como bem sintetizou Cardozo, o aumento do número de precedentes

---

[913] BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, D.Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Rationales for precedentes. In: (Org.) MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. **Interpreting precedents, a comparative study**, Aldershot: Brookfield, Vt.: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 490.
[914] CARDOZO, Benjamin Nathan. **A evolução do direito**. Belo Horizonte: Líder, 2004, p.89.
[915] CARDOZO, Benjamin Nathan. **A evolução do direito**. Belo Horizonte: Líder, 2004.

> não trouxe aumento de respeito. Deve-se esperar que a produção de uma quantidade enorme de juízos contenha certa proporção de extravagâncias [...] A avalanche de decisões oriundas de tribunais superiores e inferiores está conduzindo a uma situação em que a citação de precedentes tende a influir menos, e o apelo a um princípio não formal tende a influir mais.[916]

Além disso, as abordagens sociologistas, em especial do realismo jurídico, denunciam os problemas de uma rígida aplicação do *stare decisis*, pois: (a) a uniformidade é obstáculo à sensibilidade local das condições sociopolíticas; (b) o *stare decisis* pode contribuir para a imobilização de um sistema coerente, porém injusto ou ultrapassado; (c) a igualdade perante a lei aplicada continua meramente formal e pode conviver com injustiças como a segregação racial em escolas; e (d) a estabilidade e a certeza do direito podem ser obstáculos à capacidade de adaptação do direito. Nos termos do *stare decisis*, igualdade, estabilidade e uniformidade na aplicação da lei podem ser consideradas meras máscaras ideológicas para motivações político-econômicas das decisões, como a manutenção do *status quo*. E, em momentos de instabilidade política ou ameaças à democracia, mecanismos que tolhem a independência dos tribunais podem ser perigosos. [917]

Em um cenário desses, a mera sustentação formal do princípio do *stare decisis* e a existência dos precedentes não são suficientes para conferir certeza ao sistema. As críticas de Cardozo e outros revelaram a importância fundamental de uma organização/estruturação do material gerado pelos precedentes e um arcabouço conceitual/dogmático que permita, a partir desse material, a identificação do direito a ser aplicado. Além disso, é preciso uma organização conceitual dos fundamentos que justificam superar os precedentes quando esses se mostrarem inadequados a determinados casos ou mesmo ultrapassados de modo geral. Nesses termos, como se verá a seguir, a *common Law*, mesmo com o princípio do *stare decisis*, evolui com espaços de certeza e de incerteza, exatamente como ocorre nos sistemas de *civil Law*.

A simples determinação de vinculatividade dos precedentes não resultou em um sistema absolutamente previsível, a não ser como premissa da tese weberiana. Na prática,

---

[916] CARDOZO, Benjamin Nathan. **A evolução do direito**. Belo Horizonte: Líder, 2004.
[917] BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, D.Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Rationales for precedentes. In: (Org.) MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. **Interpreting precedents, a comparative study**, Aldershot: Brookfield, Vt.: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 491-495.

o próprio *stare decisis* é fonte de novas incertezas que vão sendo contornadas por meio da interpretação. A semântica do movimento reformista parece ter adotado a premissa mitológica de que a *common Law*, pela força vinculante dos seus precedentes, é estável, calculável e, sem precisar recorrer à interpretação judicial do direito, realiza valores de justiça, igualdade e economia de esforços no Poder Judiciário. No entanto, não parece haver elementos suficientes para pressupor que os sistemas da *common Law* sejam efetivamente calculáveis e que o sejam em função da previsibilidade das decisões (na verdade, o elevado número de acordos sugere que sempre há um espaço de dúvida – caso contrário, a parte que preveja a própria vitória com absoluta certeza não teria motivos para celebrar um acordo).

Como bem coloca Hasnas, juízes da *common Law* são apenas parcialmente vinculados aos precedentes, pois eles são sempre livres para decidir com vistas ao futuro e não apenas ao passado. Assim, pode-se estender ou diminuir o sentido de um precedente para aplicá-lo ou não a um caso presente justamente com vistas ao futuro. Isso é feito, como se verá a seguir, com técnicas de distinção de situações fáticas de cada caso (*distinguishing*) ou mesmo para declarar dado precedente superado (*overruling*). Juízes da *common Law* são inertes, mas nos casos que recebem podem fazer "decisões normativamente orientadas para o futuro, que realizam pequenas alterações no Direito", razão pela qual sempre se considerou os juízes da *common Law* como juízes que também podem legislar.[918] E, como aponta o autor, mesmo quando aplicado rigidamente, o *stare decisis* pode se apresentar, em si, como fator de incerteza: a suposta previsibilidade absoluta da futura decisão judicial serve também, para aqueles que a conhecem, como referência sobre como violar o direito ou escapar do precedente, gerando assim situações de incerteza.[919]

Esses problemas de incerteza motivaram a evolução e o desenvolvimento, na doutrina da *common Law*, de um arcabouço conceitual que tornasse mais suportável a incerteza do *stare decisis*, algo que ainda está bastante incipiente no sistema brasileiro. Orientações conceituais e procedimentais que delimitam espaços para a atuação jurisdicional

[918] HASNAS, John. Hayek, the common law and fluid drive. In: **NYU Journal of Law and Liberty**, v.1, nº0, 2005. Disponível em: http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_060886.pdf. Acesso em: jul. 2013, p.99. Ver também: CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999. Nele, o autor tem como referência o papel criativo dos juízes da *common Law*.

[919] HASNAS, John. Hayek, the common law and fluid drive. In: **NYU Journal of Law and Liberty**, v.1, nº0, 2005. Disponível em: http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_060886.pdf. Acesso em: jul. 2013, p.96.

na interpretação de precedentes e aplicação desses precedentes, dando os contornos da medida em que a vinculatividade dos precedentes pode ser afastada em cada caso concreto.

É importante mencionar também que a valoração da previsibilidade/estabilidade do modelo da *common Law*, na doutrina da própria *common Law*, é estritamente associada ao direito contratual e à escola de *Law and Economics*. A aderência ao *stare decisis* acompanha outros princípios como o *pacta sunt servanda*, evitar a quebra economicamente eficiente do contrato e garantir a expectativa econômica das partes também em relação à posição dos tribunais sobre determinado tema no momento da contratação. Em outras áreas, como o direito constitucional, o direito de família, o direito penal e a responsabilidade civil, destaca-se mais o papel evolutivo dos precedentes, isto é, a sua permeabilidade e adaptabilidade ao caso concreto que permite uma atuação ativa do Poder Judiciário.

Na *common Law* essas distinções, que são relevantíssimas, dependem justamente da não-vinculação do juiz à vinculatividade dos precedentes, ou seja, da existência de mecanismos que o juiz pode utilizar para, com boas razões (amparadas em um sólido arcabouço conceitual), não aplicar, limitar, superar ou adaptar um precedente. O movimento reformista acabou por importar como regra (e não como princípio) um rígido *stare decisis*, sem se preocupar com a construção de um arcabouço conceitual que torne operacional o modelo de precedentes. A seguir, analisarei alguns dos esquemas conceituais a que a *common Law* recorre para a operação do seu sistema de precedentes.

8.1.2 *Ratio decidendi, distinguishing* e *overruling*

Como visto acima, a semântica do movimento reformista parece ter encampado, sem ressalvas, o mito da superioridade da *common Law* em termos de estabilidade e previsibilidade propiciadas pela vinculatividade dos precedentes (*stare decisis*). Essa semântica, no entanto, parece passar ao largo do outro lado dos modelos fundados em precedentes, que é a sua permeabilidade e flexibilidades ao caso concreto, bem como a maleabilidade do próprio *stare decisis* pelos juízes. E, de fato, os próprios Tribunais dos

países de *common Law* reconhecem explicitamente os limites do princípio do *stare decisis,*[920] que não se confunde com uma aplicação mecânica de precedentes. Correspondentemente, a *common Law* desenvolve uma complexa técnica de interpretação de precedentes e distinções entre casos e precedentes que se aplicam ou não.

No pano de fundo dessas distinções está a ideia de que, como explica Neil MacCormick, para que seja legítima, a decisão não deve apenas:

> ser justificada por bons argumentos a partir de consequências e/ou a partir de princípios ou analogias. É também preciso demonstrar que ela não é incompatível com normas [precedentes] estabelecidas. Entretanto, a hipótese de uma determinada deliberação proposta ser ou não compatível com uma norma estabelecida pode simplesmente depender da interpretação que é atribuída à norma estabelecida.[921]

Juízes precisam, ao mesmo tempo, decidir de maneira justa e consistente com o restante do ordenamento (seja ele composto de legislação ou de outros precedentes), pois sua decisão passa a integrar o ordenamento e poderá consistir em precedente para casos futuros. A regra do *stare decisis* implica que casos iguais sejam decididos igualmente, mantendo-se, nos casos similares, aquilo que já foi decidido no passado. No entanto, cabe ao julgador do caso presente decidir se a demanda é igual ou desigual e a medida da desigualdade. Daí a surgirem técnicas para *distinguir* (*distinguishing*) e processos de interpretação que, necessariamente, "envolvem uma modificação de nosso entendimento de normas previamente estabelecidas".[922]

Por isso que, para MacCormick, as diferenças entre *civil Law* e *common Law* não devem ser exageradas quando se pensa na atividade do juiz, até porque "a interpretação de uma lei é, em termos bastante padronizados, uma questão de interpretá-la à luz de glosas já

---

[920] No direito inglês, o *Pratice Statement* de 1966 da House of Lords anunciou que a doutrina do *stare decisis* poderia ser afastada pelos juízes quando assim achassem por bem: "a adesão rígida demais ao precedente pode levar à injustiça num caso particular e, também, indevidamente restringir o próprio desenvolvimento do Direito. Propõem-se, portanto, modificar a prática atual e, apesar de tratarem as decisões antigas desta Casa como normalmente obrigatórias, afastar-se de uma decisão prévia quando assim parecer a coisa certa a fazer" [1966] 3 ALL ER. No direito americano, a Suprema Corte (*Hertz v. Woodman* 218 US 205 [1910]) decidiu que mesmo os precedentes obrigatórios podem não sê-lo estritamente caso não sejam corretos e razoáveis. Ademais, entendeu-se que a validade do precedente segue condicionada ao contexto político, econômico e social. Como explica Victoria Iturralde Sesma, os tribunais podem se afastar do precedente em razão: "de uma mudança nas circunstâncias ou nas necessidades sociais, a adesão ao precedente for prejudicial aos interesses públicos que, em determinado caso, podem ser mais importantes que a estabilidade do Direito". (SESMA, Victoria Iturralde. **El precedente en el common law**. Madrid: Civitas, 1995, p.138).

[921] MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.256-257.

[922] MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.257.

impostas por precedentes" e o mandamento de não julgar de modo inconsistente com o ordenamento já posto também se aplica aos precedentes. [923]

Ainda, para esse importante autor da *common Law*, a concretude dos precedentes implica uma amplitude maior nas possibilidades de interpretação. Haverá sempre mais argumentos para afastar ou não a aplicação de um precedente ao caso do que para afastar a aplicação de uma lei.[924] Ainda que a técnica de interpretação seja a mesma ou, no mínimo, análoga, os juízes se atribuem maior liberdade na interpretação do precedente, seja porque eles os consideram infundados ou inaceitáveis suas consequências. [925]

A chave dos mecanismos hermenêuticos que possibilitam aplicar ou não o precedente está, além da vinculação formal do precedente,[926] (a) na distinção entre as questões de direito e questões de fato;[927](b) na análise do contexto político, econômico e social, que pode justificar a superação do precedente. Em ambos os casos, a interpretação do precedente se orienta pela noção de *ratio decidendi*, ou seja, o elemento central das razões de decidir do precedente e que podem ser consideradas como vinculantes.

---

[923] MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.278-279.

[924] Ainda segundo MacCormick, "desde que uma deliberação num precedente possa ser reformulada de uma forma compatível com a decisão do caso e esteja alinhada com os argumentos de princípios adicionais aos quais se recorreu no caso [...] juízes consideram permissível explicar de modo restritivo e discriminar precedentes vinculantes quando há fortes motivos para fazê-lo, mas o ônus da argumentação recai muito sobre a parte que precisa estabelecer a discriminação para armar seu próprio caso". (MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.289).

[925] MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 291.

[926] Mesmo nos modelos da *common Law*, nem todo precedente é vinculante. Há princípios hierárquicos e federativos que orientam uma noção bastante formal sobre a obrigatoriedade dos precedentes de um dado tribunal para outro ou para o mesmo tribunal. E, como explica Michelle Taruffo, a força vinculante do precedente não é estabelecida pelo próprio precedente, mas pelas decisões futuras que atribuem a determinado precedente maior força vinculante. (TARUFFO, Michele Institutional Factors Influencing Precedents. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert (Coord.) **Interpreting precedents, a comparative study**. Aldershot: Brookfield, Vt.: Ashgate/Dartmouth, 1997, p.463).

[927] TARUFFO, Michele Institutional Factors Influencing Precedents. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert (Coord.) **Interpreting precedents, a comparative study**. Aldershot: Brookfield, Vt.: Ashgate/Dartmouth, 1997, p.489. Além disso, também observa Marcelo Alves Dias de Souza que o modelo e precedentes da *common Law* depende de uma clara distinção das questões de fato e de direito às quais está associado um estilo de julgamento que lida com uma detalhada descrição e articulação com os casos que parecem similares. Além disso, o funcionamento do sistema depende fortemente dos repositórios de julgados. (SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2008, p.103-108). Segundo Victoria Iturralde Sesma, nem toda decisão serve como precedente. No caso americano convivem repositórios oficiais e não oficiais. Os oficiais são compilados e editados pelo Governo. Ficam a cargo de um funcionário a quem compete extrair, de cada caso, os antecedentes necessários e o texto das decisões. (SESMA, Victoria Iturralde. **El precedente en el common law**. Madrid: Civitas, 1995, p.214). Ainda segundo o autor, "um ponto que merece atenção é o crescimento rápido, nos últimos tempos, da quantidade de decisões judiciais prolatadas nos Estados Unidos, o que implica a dificuldade, cada vez maior, de publicação de todas as decisões". (p.117). Na publicação, são selecionados dados como um breve resumo do caso, feito pelo compilador ou pelo juiz, dos fatos que motivaram a controvérsia e os pontos concretos de direito estabelecidos na decisão. Relatório completo para que se entenda o sentido da decisão, inclusive com resumo das alegações dos advogados. (p.218).

Vale lembrar que, como visto acima, a ideia de decisão com base em precedentes remete à noção do direito costumeiro em que o precedente faz *prova* da existência do direito. Ou seja, originariamente, não é a autoridade formal do Tribunal que emitiu precedente que justifica a vinculação, mas o fato de que o precedente *prova o direito*. Trata-se, então, de identificar o direito declarado no precedente (a *ratio decidendi*) e as questões de fato que possibilitam o julgamento de casos como iguais. Afinal, "o que as cortes estão obrigadas a seguir é a *ratio decidendi*" do precedente,[928] ou seja, o motivo principal, diante de uma certa combinação de questões de fato e de direito, que levou à decisão e que pode ser aplicado na decisão futura. Não se trata de repetir a decisão passada no caso futuro ou de aplicar uma mesma decisão padronizada a vários casos, mas de buscar o fundamento jurídico da decisão em outra decisão.

Para tanto, é preciso separar o *obiter dictum* – questões colaterais – da *ratio decidendi*. Para Goodhart, a *ratio decidendi* de um precedente deve consistir: *(a)* nos fatos considerados fundamentais para a decisão do caso passado (*material facts*); e *(b)* na decisão baseada nesses fatos. Assim, a aplicabilidade do precedente ao caso futuro depende de uma análise que aponta os fatos essenciais e sua valoração jurídica. A decisão baseada em fatos hipotéticos não gera *ratio decidendi*, assim como não está nas razões elencadas como motivo da decisão, nem na regra de Direito apresentada no voto.[929]

É a partir da análise da combinação fatos essenciais + direito aplicado, análise essa feita no momento do julgamento futuro, que se chega à *ratio decidendi*. Em outras palavras, para Goodhart, o próprio precedente não é capaz de identificar e apresentar a sua *ratio decidenti*. Esse é um exercício feito, necessariamente, em um momento posterior, na interpretação do precedente.[930] Trata-se, portanto, de um modelo complexo e que demanda uma enfática atividade de interpretação e que, por isso, olhando de perto, suscita dúvidas quanto à sua aptidão para propiciar uma rígida previsibilidade do direito nos casos

---

[928] Precedente da Court of Appeals of England and Wales, *Ashville Investments Ltd v. Elmer Contractors Ltd [1988] 3 WLR 867*.

[929] GOODHART, Arthur Lehmann. The ratio decidendi of a case. In: **Modern Law Review**, v.22, mar.1959, p.117-124.

[930] A abordagem de Goodhart não é unânime. Outros autores, como MacCormick, entendem que a *ratio decidendi* é uma regra, estabelecida de modo explícito ou implícito pelo precedente e que, na proposta de Goodhart, fica a critério do juiz, no caso futuro, determinar a partir dos fatos essenciais (*material facts*) qual a *ratio* que se pode extrair do precedente. Essa seria a prática usual e, de outro modo, a proposta de Goodhart pode esvaziar a noção de que, dos precedentes, podem ser derivadas regras para orientação geral. (MACCORMICK, Neil. Why cases have *rationes* and what these are. In: **Precedent in Law**. Oxford: Clarendon Press, 1987, p.155-182)

concretos.[931] Apenas na medida em que essa interpretação aproxima o caso presente do precedente é que a regra do *stare decisis* se impõe.[932]

Como sintetiza Geoffrey Marshall "a ideia de seguir precedentes é uma ideia complexa".[933] É preciso saber não só quais são os precedentes que contam, mas o que é vinculante em um precedente vinculante? Ao se comparar casos, é necessário fazer seleções e distinções: "em qualquer sistema legal no qual precedentes são considerados, é preciso fazer algumas distinções entre aspectos legalmente relevantes e irrelevantes das decisões anteriores ou precedentes".[934] Por isso que "não é surpreendente que boa parte das discussões nos sistemas de *common Law* sobre o funcionamento do precedente tem, historicamente, se relacionado com o problema do significado da *ratio decidendi*.[935]

Em essência, na *common Law*, como antes da doutrina do *stare decisis*, o que vincula é o direito (encontrado no precedente) e não a autoridade formal da decisão. A atividade de buscar, no precedente, a regra que o justifica não é algo de todo diverso da atividade judicial da *civil Law*. E, como explica Marshall, mesmo quando o precedente formula explicitamente a regra de direito dele decorrente – como ocorre nas *massime* italianas ou nas súmulas brasileiras – a tendência é a de que essa formulação sucinta seja tratada como a *ratio decidendi*, surgindo, conforme os casos evoluem, debates sobre os fundamentos dessa formulação e sua aplicabilidade a determinados casos.[936]

Fica evidente que o uso de precedentes, no modelo da *common Law*, não significa uma atividade mecânica de repetição de decisões padronizadas. Não é garantia de

---

[931] Daí a crítica de Jerome Frank, "para fins de precedentes, um caso significa apenas aquilo que um juiz em um caso futuro diz que significa". (FRANK, Jerome. Courts on Trial: Myth and Reality. In: **American Justice**. Princeton: Princeton University Press, 1949, p.274).

[932] Como explica Marcelo Alves Dias de Souza, a interpretação tem limites, mas que são também dados pela interpretação do juiz sobre quão similar é o caso. Não obstante o *stare decisis*: "seria irresponsável para os juízes atuarem como máquinas, rigidamente aplicando precedentes sem considerar as consequências. Onde, portanto, parece à primeira vista que o precedente compele um juiz a chegar a uma conclusão que ele percebe ser injusta ou não apropriada, ele está, eu considero, sob um dever positivo de examinar os precedentes relevantes com cuidado escrupuloso para averiguar se ele pode, dentro dos limites impostos pela doutrina do precedente (sempre sensatamente interpretada), legitimamente interpretar ou qualificar o princípio expresso nos precedentes para alcançar o resultado que ele entende como justo ou apropriado no caso particular". (Elliott v C (A Minor) [1983] 2 ALL ER 1005, Robert Goff, apud, p. 135).

[933] MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent? In: MACCORMICK, D.Neil.; SUMMERS, Robert. (Coord). **Interpreting precedents, a comparative study**. Aldershot: Brookfield, Vt.: Ashgate/Dartmouth, 1997, p.503.

[934] MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent? In: MACCORMICK, D.Neil.; SUMMERS, Robert. (Coord). **Interpreting precedents, a comparative study**. Aldershot: Brookfield, Vt.: Ashgate/Dartmouth, 1997, p.505.

[935] MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent? In: MACCORMICK, D.Neil.; SUMMERS, Robert. (Coord). **Interpreting precedents, a comparative study**. Aldershot: Brookfield, Vt.: Ashgate/Dartmouth, 1997, p.506.

[936] MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent? In: MACCORMICK, D.Neil.; SUMMERS, Robert. (Coord). **Interpreting precedents, a comparative study**. Aldershot: Brookfield, Vt.: Ashgate/Dartmouth, 1997, p.509.

diminuição do volume de trabalho dos juízes. Ao contrário, tende a exigir uma atividade interpretativa e cognitiva aprofundada de todos os operadores envolvidos. Até porque, como aponta José de Oliveira Ascensão, há dois séculos de precedentes, o que demanda um longo e complexo trabalho de fundamentação para justificar a aplicação ou não do precedente, detalhamento dos fatos alegados em cada caso concreto etc.[937]

A partir da atividade interpretativa que conduz o julgador na busca da *ratio decidendi* surgem as técnicas que podem levar à não-aplicação de um precedente ao caso concreto: *distinguishing* e *overruling*.

Distinguishing indica a atividade de apontar uma diferença entre um caso anterior e o caso presente de modo a minimizar os efeitos do precedente ou mostrar que ele é inaplicável ao caso presente. Essas diferenças podem ser quanto aos fatos em discussão, quanto aos aspectos procedimentais do caso anterior ou aspectos de direito material.[938] É importante ter em vista que o *distinguishing* pressupõe que já foi apresentado um precedente que, *prima facie*, se aplicaria ao caso, pois, em princípio, o *stare decisis* vincula. Por isso, no julgamento do caso novo, para distinguir, o tribunal deve formular uma regra mais específica que a do precedente e que seja compatível, isto é, não se pode, ao distinguir, proferir uma decisão cujo sentido lógico invalide a decisão do precedente.[939]

Nota-se que *distinguishing* é um pressuposto do modelo de precedentes, que permite lidar com o fato de que casos não são perfeitamente iguais, mas que certas classes de casos parecidos podem/devem ser decididos de modo semelhante, garantindo, assim, previsibilidade e transparência no processo decisional. Pressupor identidade absoluta entre os casos para aplicar o precedente tornaria inviável a doutrina do *stare decisis* como uma doutrina do *rule of Law*. É preciso considerar os fatos do precedente e os fatos do caso novo diante de uma categoria de fatos, isto é, os fatos do precedente devem ser generalizados ao ponto de poderem representar uma categoria de fatos.[940]

---

[937] ASCENSÃO, José de Oliveira. Fontes do direito no sistema do *common law*, **Revista de Direito Público** nº35-36, São Paulo: RT, 1975.
[938] BLACK´S LAW **Dictionary**, 9th ed., Minessota, US, Thomson Reuters, p.542.
[939] LAMOND, Grant. Precedent and Analogy in Legal Reasoning. In: **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Fall 2008 Edition). Edward N. Zalta (Ed.), Disponível em: http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/legal-reas-prec/. Acesso em: jul. 2013.
[940] LLEWELLY, Karl. **The branble busch**: some lectures on law and its study. New York: Columbia University: University School of law, 1930.

Ao lado do *distinguishing*, o modelo de precedentes da *common Law* basea-se também no *overruling*. Na *common Law* da Inglaterra, no final do séc. XIX, foi consagrada a doutrina do *binding precedent*, isto é, de um modelo rígido de *stare decisis* para certos casos.[941] Em 1966, no entanto, a corte anunciou em *Pratice Statement*, que poderia se afastar de suas decisões anteriores quando assim parecesse correto. O mesmo caminho é adotado nos Estados Unidos, cujos tribunais entendem que têm o poder de mudar seus próprios precedentes (embora nunca o de um tribunal superior).[942] *Overruling*, assim, indica a possibilidade de um Tribunal afastar determinado precedente emitido por ele próprio, o que é mais do que afastar sua aplicação a determinado caso, pois implica afastar a própria validade do precedente para casos futuros.[943] Segundo Salmond, trata-se de um "ato de uma instância superior. Um precedente superado [overruled] é definitiva e formalmente privado de autoridade. Se torna nulo".[944]

Juízes e tribunais inferiores podem usar o *distinguinshing* para não-aplicar precedentes de tribunais superiores. Mas o *overruling* só pode ser aplicado em um mesmo nível hierárquico: o tribunal pode rever seu próprio precedente. E, quando o faz, aponta Lamond, normalmente é com efeitos retroativos, isto é, com aplicabilidade a fatos ocorridos antes da decisão.[945] Os juízes da *common Law* podem, portanto, avaliar tanto a injustiça do precedente, como sua adequação ao longo do tempo e mesmo o prejuízo que a regra, se mantida, pode gerar. Como explica Reynolds, é preciso, primeiro, determinar que o precedente estava errado ou que a sociedade mudou, de modo que uma nova regra se aplica melhor. A decisão, no entanto, é complexa. Não basta concluir que a nova regra é melhor do que a antiga, mas é necessário também ponderar os interesses sociais beneficiados com a regra da estabilidade e segurança. [946]

---

[941] Segundo José Rogério Tucci, foi no caso *London Tramways Company v. London Country Council*, que a House of Lords não só tratou do efeito autovinculante do precedente, como também estabeleceu a sua eficácia vinculativa externa a todos os juízos de grau inferior, denominada de eficácia vertical do precedente. (TUCCI, José Rogerio Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004, p.161).

[942] REYNOLDS, William. **Judicial process in a nutshell**. 2.ed.St. Paul: West Publishing Co., 1991, p.161.

[943] BLACK´S LAW **Dictionary**, 9th ed., Minessota, US, Thomson Reuters, p.12-13.

[944] John Salmond, *Jurisprudence 189* (Glanville L. Williams ed. 10th, 1947) apud BLACK´S LAW **Dictionary**, 9th ed., Minessota, US, Thomson Reuters, p. 12-13.

[945] LAMOND, Grant. Precedent and Analogy in Legal Reasoning. In: **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Fall 2008 Edition). Edward N. Zalta (Ed.), Disponível em: http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/legal-reas-prec/. Acesso em: jul. 2013.

[946] REYNOLDS, William. **Judicial process in a nutshell**. 2.ed.St. Paul: West Publishing Co., 1991, p. 169.

Na prática, contudo, o comum é seguir o precedente. O *distinguishing* é relativamente frequente e o *overruling* mais raro.[947] Não obstante, a existência desses mecanismos ajuda a entender o funcionamento e a complexidade do *stare decisis* e que o seu potencial para a certeza e estabilidade depende, em grande medida, da prática dos tribunais e dos operadores do direito em geral. Várias das autodescrições do direito geradas no contexto da *common Law*, em doutrina ou fundamentação de decisões, descreve um modelo em que as partes têm expectativas e orientam suas decisões à luz dos precedentes conhecidos.[948] Esse tipo de abordagem orienta a atribuição de efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* às decisões de *overruling* e está enfaticamente presente em matérias como o direito contratual.[949]

Em outras palavras, a simples existência formal da doutrina do *stare decisis* não parece capaz de, por si só, propiciar um direito *mais previsível* que a *civil Law*, já que a sua aplicação depende de mecanismos interpretativos complexos. A prática dos tribunais, os repositórios de precedentes e o tipo de fundamentação das decisões parece desempenhar um papel fundamental na impressão geral de previsibilidade. A previsibilidade de uma decisão dependerá do tribunal (mais conservador ou menos conservador), da matéria em julgamento (mais ou menos precedentes rígidos) e do caso concreto (mais ou menos elementos típicos) – o que, talvez, não seja tão diferente dos modelos da *civil Law*.[950]

De outro lado, a *civil Law* conta também com uma tradição no uso e interpretação de precedentes, embora sem uma doutrina de *stare decisis* – ao menos até os tempos reformadores recentes. A questão, então, é saber se a imposição de regras de

---

[947] SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2008, p.145-146. Nesse sentido, o estudo de Sidney Ulmer, Empirical Analysis of Selected Aspects of Lawmaking of the United States Supreme Court, in 8 Journal of Public Law 414, 1959, apontou que, entre 1880-1957, a Suprema Corte *overruled* menos de 1% das suas decisões. Mais da metade nos últimos trinta anos antes do estudo. (SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2008, p.145-146).

[948] SESMA, Victoria Iturralde. **El precedente en el common law**. Madrid: Civitas, 1995, p.169.

[949] FARNSWORTH, Edward Allen. **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p.73.

[950] TUCCI, José Rogério Laura. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: (Coord.) WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p.128. Na verdade, aponta o autor, a interpretação na *common Law* diferencia-se justamente pela "amplitude da área de discricionariedade que os juízes possuem". De mais a mais, parece correto dizer que a propalada superioridade do modelo de precedentes, do ponto de vista da racionalidade econômica/capitalista, como propõe expressiva corrente de *Law and economics*, pode estar mais relacionada a uma tradição de prestígio ao princípio do *pacta sunt servanda*, tendência menor ao intervencionismo e uma prática de acordos do que ao *stare decisis* em si. Mesmo na escola de Posner, parece correto dizer que *stare decisis* e permeabilidade às circunstâncias do caso concreto, isso é, a não vinculatividade dos precedentes desempenham um papel importante para um direito eficiente em termos econômicos. (RUBIN, Paul. Why is the Common Law Efficient? **Journal of legal studies** v.6. nº1, 1997. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/724189 51-63. Acesso em: 14 fev. 2014, p.51-63. Também: RICHARD, Allen Posner. **Economic analysis of law**. 8.ed. New York: Aspen Publishers, 2010.

vinculação, como pretende fazer o movimento reformista, é suficiente para se falar em um modelo de precedentes que, tendo por comparação e fundamentação o modelo da *common Law*, gere um direito previsível.

8.1.3 Precedentes na *civil Law*

Neil MacCormik e Robert Summers fizeram um interessante ensaio sobre os movimentos de aproximação entre os modelos de precedentes na *civil Law* e na *common Law* e que oferece reflexões importantes sobre os caminhos do movimento reformista no sentido da uniformização da jurisprudência.[951]

Como apontam os autores, em grande parte dos países, sejam de *common Law* ou de *civil Law*, o uso de precedentes é significativo, independentemente do reconhecimento formal da sua força vinculante.[952] A distinção central continua a ser a de que, na *common Law*, precedentes são formalmente vinculantes em relação aos tribunais inferiores (vinculatividade vertical), ao passo em que, em países da *civil Law*, seriam meramente persuasivos. No entanto, em tempos recentes, apontam os autores, é cada vez mais comum que precedentes ofereçam *glosas interpretativas* que vinculam (como as súmulas vinculantes – embora os autores não façam referência explícita às súmulas). Ainda, como apontam os autores, dados os vários espaços de interpretação para a aplicação de precedentes na *common Law*, vistos no tópico anterior, e a progressiva valorização dos procedentes na *civil Law*, fica evidente que a imagem de uma *civil Law* de aplicação mecânica do direito legislado/codificado e a *common Law* como uma mecânica aplicação de precedentes de casos passados não passa de um estereótipo.[953]

---

[951] MACCORMICK, D.Neil.; SUMMERS, Robert. (Coord). Further reflections and conclusions. In: **Interpreting precedents, a comparative study**. Aldershot: Brookfield, Vt.: Ashgate/Dartmouth, 1997.

[952] Como apontam MacCormick e Summers, mesmo na França, em que é vedada a citação de precedentes como motivação das decisões, o sistema e a prática judicial seriam incompreensíveis sem referência aos precedentes. (MACCORMICK, D.Neil.; SUMMERS, Robert. (Coord). Further reflections and conclusions. In: **Interpreting precedents, a comparative study**. Aldershot: Brookfield, Vt.: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 531-532).

[953] De outro lado, os autores também constatam crescente uso de legislação estatutária nos EUA. Assim como nos países de *civil Law* a obsolescência dos códigos levou à promulgação de legislação especial, nos países de *common Law*, a obsolescência dos precedentes levou à promulgação dos estatutos: tanto os códigos como os precedentes pressupõem fixação e dificuldade de mudança que não acompanha a marcha social, especialmente em alguns ramos do direito. A incoerência potencial tem levado também à atuação normativa de órgãos executivos, como as agências. Os motivos que, nos sistemas da *civil Law*, têm conduzido à valoração dos precedentes passam pelas ideias de coerência e igualdade na aplicação da lei. Mas em qualquer caso, "*stare decisis* não significa *stasis* no direito, conceitual ou de outro tipo. Práticas tanto da common Law quanto da civil Law, cada uma a sua maneira, admitem igualmente desvios justificados do precedente, embora nós

Os mecanismos de uniformização de jurisprudência trazidos pela reforma se aproximam bastante de uma regra meramente formal de *stare decisis*. Na tradição brasileira, o uso de precedentes não conta com uma prática de *distinguishing* e *overruling* e os mecanismos reformadores não passam nem perto de estabelecer um espaço para o desenvolvimento dessas técnicas. Ao contrário: a jurisprudência uniformizada autoriza a supressão de etapas procedimentais (e, portanto, de contraditório), tornando, em princípio, contraproducente, para o modelo da reforma, uma discussão, a cada caso, sobre a aplicabilidade ou não do precedente. Discute-se, então, se essas diferenças tornariam o modelo brasileiro pós-reforma, ao menos em termos de aptidão, superior à própria *common Law* em relação à previsibilidade das decisões ou se, ao contrário, a inserção de uma regra formal de vinculação, sem todo o anteparo técnico/argumentativo típico dos modelos de precedentes, gera apenas aptidão ao autoritarismo e incerteza.

Pegue-se, por exemplo, o uso dos repositórios de precedentes, essenciais tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos. Existe toda uma técnica e tradição sobre as instituições, públicas ou privadas, que selecionam os casos reportados como precedentes, sobre os critérios para selecionar e, especialmente, das técnicas para relatar os casos, identificando as questões de fato e de direito consideradas relevantes no precedente. Para Maccormick e Summers, a maioria dos repositórios/publicações de jurisprudência na *civil Law* "não incluem o que um observador da *common Law* consideraria, no mínimo, uma detalhada declaração dos fatos, embora seja verdade que uma detalhada declaração dos fatos possa ser obtida por outros meios".[954]

---

acreditemos que essas tendências são conduzidas mais abertamente na common Law". (MACCORMICK, D.Neil.; SUMMERS, Robert. (Coord). Further reflections and conclusions. In: **Interpreting precedents, a comparative study**. Aldershot: Brookfield, Vt.: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 535). É certo que, para MacCormik e Summers, na *common Law* é mais frequente que juízes indiquem que determinado caso é novo e não há precedente aplicável. Mas ambos os sistemas têm seus mecanismos para lidar com antinomias de precedentes. "Sistemas de precedente, portanto, não apenas asseguram estabilidade, mas o fazem sem necessariamente inibir a mudança desejável. O equilíbrio apropriado entre estabilidade e mudança é, essencialmente, uma questão política [...] mas são os tribunais que, criando e administrando precedentes não são os únicos curadores desse equilíbrio" legislativo e, especialmente agências, acabam atuando também. Ainda segundo os autores, a tradição da *civil Law* tem conceitos arraigados de liberdade de convencimento e de decisão de tribunais inferiores: "esse historicamente compreensível foco na necessidade de cada juiz e tribunal exercer julgamento independente, em vez do risco de injustiça sob o manto de 'ordens superiores' pode em alguns casos levar a confusão, se literalmente dúzias de precedentes podem ser citados para um mesmo ponto", como ocorre na Itália, sendo frequente que tribunais superiores se desviem dos seus próprios precedentes, conscientemente, sem motivar ou mesmo mencionar esse fato. (MACCORMICK, D.Neil.; SUMMERS, Robert. (Coord). Further reflections and conclusions. In: **Interpreting precedents, a comparative study**. Aldershot: Brookfield, Vt.: Ashgate/Dartmouth, 1997. p. 538-539).

[954] MACCORMICK, D.Neil.; SUMMERS, Robert. (Coord). Further reflections and conclusions. In: **Interpreting precedents, a comparative study**. Aldershot: Brookfield, Vt.: Ashgate/Dartmouth, 1997, p.536.

No caso brasileiro, o sentido prático dos antigos repositórios oficiais foi, aos poucos, anulado: todo e qualquer julgado serve como precedente, embora nem todo julgado tenha força vinculante.[955] A jurisprudência uniformizada, de outro lado, em especial as súmulas vinculantes, pressupõem um certo procedimento e solenidade no seu processo de produção. Contudo, nem esse processo de formação, nem seu uso, têm por base uma sistematização prévia de precedentes, com base em repositórios e seleção a partir de comparação de fatos/raciocínio jurídico. Ao contrário, muitas vezes as hipóteses de uniformização de jurisprudência pressupõem a existência de grave insegurança jurídica e decisões conflitantes (cap. 7.1.).

Além disso, a jurisprudência uniformizada (súmula vinculante, decisão-padrão para casos repetitivos, súmula) pode tanto confirmar como afastar ou inovar entendimentos anteriores – embora o esperado seja consolidar entendimentos anteriores. Em qualquer das hipóteses, segue como uma realidade que o uso de precedentes na *civil Law* não inclui uma "análise detalhada e uma discussão profunda dos pontos e significados das decisões sobre as questões nos casos anteriores, nada do cuidadoso revelar dos pontos de distinção, seja no nível fatual ou legal, que tão marcadamente caracterizam a argumentação e a decisão na *common Law*", o que, na opinião de MacCormik e Summers, constitui uma "diferença crucial no próprio conceito de o que constitui um precedente" em ambos os sistemas.[956]

Além disso, toda a discussão, típica na *common Law*, sobre a *ratio decidendi* e os elementos vinculantes do precedente não tem aplicação na *civil Law*, em que a diferenciação entre *ratio decidendi* e *obter dicta* não tem sentido prático.[957] A argumentação com base em precedentes, na *civil Law* brasileira, não pressupõe, em regra, uma demonstração complexa de aplicabilidade da súmula ao caso. O uso dos precedentes, muitas vezes, se

[955] No caso brasileiro, a informatização levou ao abandono do sentido prático dos repositórios de jurisprudência. Esses repositórios ainda existem e os tribunais contam, inclusive, com uma comissão de jurisprudência que seleciona principais casos para publicação. No entanto, do ponto de vista do uso prático dos precedentes, a Lei nº 11.341/2006 veio a consolidar o que já vinha sendo adotado pelos regimentos e normativas internas dos tribunais no sentido de autorizar a comprovação de divergência jurisprudencial por meio da "reprodução de julgado disponível na Internet, com indicação da respectiva fonte" (CPC, art. 541, p. único). Nos mecanismos reformistas, a uniformização de jurisprudência, de onde partem os instrumentos de vinculação aos precedentes, pressupõe a divergência jurisprudencial. Essa divergência é demonstrada por meio de qualquer julgado disponível nos sites dos tribunais que, em sua grande maioria, disponibilizam os acórdãos de todos os seus julgamentos.

[956] MACCORMICK, D.Neil.; SUMMERS, Robert. (Coord). Further reflections and conclusions. In: **Interpreting precedents, a comparative study**. Aldershot: Brookfield, Vt.: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 536.

[957] Salvo algumas analogias entre dispositivo da sentença e sua motivação. Mas, ainda que a motivação possa ser comparada ao *obter dicta*, a *ratio decidendi*, em qualquer das suas abordagens, e o dispositivo da sentença dificilmente poderiam ser considerados funcionalmente análogos.

aproxima de um argumento de autoridade: é a autoridade formal e a quantidade de precedentes que justifica a aplicação da sua regra e não a sua *ratio decidendi*.[958]

No caso das *glosas interpretativas* de jurisprudência, como as súmulas e a jurisprudência uniformizada de modo geral, é necessário alguma argumentação que demonstre a sua aplicabilidade ao caso concreto, mas essa argumentação também não se desenvolve em termos de comparação dos cenários fáticos entre um e outro caso, já que essas glosas se apresentam como regras formuladas abstratamente. A súmula, vinculante ou não, uma vez emitida, se desprende do caso concreto que a originou. Sua força vinculante, ao menos em princípio, não depende de um exercício de distinção ou de identificação à luz dos fatos de cada caso. [959] Nas decisões-padrão para casos repetitivos, a situação é ainda pior, pois se determina a vinculação do caso ao modelo-geral para justificar a aplicação da decisão padrão sem qualquer contraditório, de um modo em que é o próprio caso que se desvincula das suas circunstâncias fáticas específicas para ser submetido à decisão-padrão.[960]

À inexistência de técnicas específicas para aplicar precedentes, correspondem diferenças importantes entre os dois modelos no tratamento da distinção entre questões de fato e de direito. Os mecanismos de uniformização do movimento reformista pressupõem que essa uniformização dirá respeito a *puras questões de direito*, ou seja, têm em vista um esquema cognitivo no qual é possível separar, nos casos, questões puramente de fato e puramente de direito.

---

[958] Como bem explicam MacCormik e Summers, a tradição da *civil Law* não desenvolve uma metodologia sofisticada e específica para distinção entre precedentes aplicáveis ou não ao caso (MACCORMICK, D.Neil.; SUMMERS, Robert. (Coord). Further reflections and conclusions. In: **Interpreting precedents, a comparative study**. Aldershot: Brookfield, Vt.: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 538). E, como aponta Michelle Taruffo, a regra é apenas mencionar uma lista de precedentes como "supporting materials", sem considerá-los individual e analiticamente. "Não raramente, precedentes são citados apenas como exemplos sem que se desenvolva qualquer argumentação de verdade com base neles. A decisão é apresentada como implicitamente apoiada pela mera citação dos precedentes, com fórmulas como 'no mesmo sentido ver também [...]'". (TARUFFO, Michele Institutional Factors Influencing Precedents. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert (Coord.) **Interpreting precedents, a comparative study**. Aldershot: Brookfield, Vt.: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 455). Em suma, na civil Law "precedentes podem ser considerados aplicáveis, e aplicados, sem qualquer consideração explícita da sua aptidão ao caso concreto, à luz dos fatos relevantes; precedentes podem ser seguidos, confirmados, mesmo por tribunais de instância final sem citação, menção expressa ou confirmação; do mesmo modo, julgamentos podem tacitamente se desviar de precedentes". (MACCORMICK, D.Neil.; SUMMERS, Robert. (Coord). Further reflections and conclusions. In: **Interpreting precedents, a comparative study**. Aldershot: Brookfield, Vt.: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 539).

[959] Uma exceção é o caso do recurso especial fundado em divergência jurisprudencial, em que a parte recorrente deve, para justificar o cabimento do recurso, realizar o cotejo analítico entre a decisão recorrida e um precedente de outro tribunal ou do próprio Superior Tribunal de Justiça. Nesse cotejo, a parte deve demonstrar a similitude fática entre os casos e a divergência de soluções jurídicas. No entanto, não existe uma dogmática desenvolvida sobre as técnicas adequadas a esse cotejo, nem uma prática no próprio tribunal que seja suficientemente consistente para permitir essa dogmática.

[960] Tanto que, como visto, a decisão que classifica um caso ou recurso como repetitivo é uma decisão burocrática, aplicada por funcionários de uma secretaria do tribunal. Não está previsto um procedimento ou recurso específico contra essa classificação – apenas recursos que se deduzem cabíveis por regra geral ou previsão regimental.

Esse esquema relaciona-se ao papel do juiz no modelo processual brasileiro, instaurado em 1939, e que teve continuidade em 1973, um modelo autoritário pelo qual o juiz tem a prerrogativa de indeferir a produção de provas e julgar antecipadamente o mérito das causas quando, a seu ver, as questões puramente de direito forem suficientes para tanto. Nesse modelo, é uma prerrogativa do juiz-estado, em vários momentos, apreciar as condições de prosseguimento da demanda e análise do mérito da causa e coordenar a instrução para a produção de provas das quais ele mesmo é o destinatário. Os arts. 329 e 330 do Código de Processo Civil estabelecem as hipóteses nas quais o juiz declarará extinto o processo ou julgará o mérito antecipadamente, quando a questão de mérito for puramente de direito ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova a seu respeito. Essa é uma análise feita pelo juiz, como destinatário das provas e argumentos, de modo relativamente independente da vontade das partes.[961]

Esse modelo processual se basea na distinção entre questões *unicamente de direito* e questões de direito e de fato. *Questões unicamente de direito* podem se sobrepor às questões de fato e, portanto, também podem autorizar o julgamento antecipado. De outro lado, os tribunais superiores, onde é formada a jurisprudência com aptidão para vincular, não reexaminam questões de fato.

Mesmo os tribunais estaduais têm uma tendência a creditar o juiz de primeiro grau como instância soberana para a valoração das provas, pois é ele quem tem contato direto com partes, testemunhas, peritos etc. Tribunais de apelação podem anular o processo em razão de alguma ilegalidade procedimental na produção da prova ou na sua valoração formal, mas dificilmente reapreciam a prova já apreciada pelo juiz para alterar seu julgamento. Instaura-se assim uma distinção na qual, de um lado, há as causas com questões de fato controvertidas e que não se submetem à lógica dos precedentes e, de outro lado, haveria as questões *unicamente de direito*, que permitiriam catalogar e equiparar uma diversidade de casos e

[961] É a posição do STJ: "em matéria de julgamento antecipado da lide, predomina a prudente discrição do magistrado, no exame da necessidade ou não da realização de prova em audiência, ante as circunstâncias de cada caso concreto e a necessidade de não ofender o princípio basilar do contraditório". (4ª T., REsp nº 3.047, rel. Min. Athos Gusmão Carneiro, j. 21.8.1991. Não obstante, como observa Cândido Rangel Dinamarco, o juiz só pode julgar antecipadamente quando não houver necessidade de produção de provas (e não quando já estiver convencido). Nesse sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6.ed. v.1, São Paulo: Malheiros, 2009, p.580-584. No entanto, o Código não condiciona a decisão do juiz ao pedido das partes. Não é uma opção exclusiva das partes ter um julgamento apenas com base nas questões de direito ou com base nas questões de fato e de direito. O juiz pode determinar a produção das provas que julgar necessárias, assim como pode entender que as provas pretendidas pela parte são impertinentes.

recursos. Não se forma, no entanto, uma técnica para a aplicação do precedente enquanto valoração jurídica dos fatos apresentados, cuja *ratio decidendi* vincule os casos futuros em razão das possibilidades jurídicas de equiparação das situações fáticas.

No modelo da *common Law*, convém lembrar, a separação entre questões de direito e questões de fato é marcada pela ampla presença do júri para a análise das questões de fato (*fact finder*). No modelo norte-americano o júri é amplamente utilizado em questões civis[962] e as partes podem, em diferentes momentos, pedir o julgamento com base apenas nas questões de direito, inclusive após a fase de produção de provas. A opção por um julgamento com base apenas em questões de direito se orienta, justamente, em razão da incerteza inerente ao julgamento do júri quanto às questões de fato (o que, em grande parte dos casos, motiva um acordo).[963]

Essa sistemática, de outro lado, limita o âmbito de incidência da certeza gerada pela previsibilidade do *stare decisis*. O júri não está vinculado aos precedentes. No que se refere às questões civis, todo o espectro da responsabilidade por danos (*tort Law*) gira em

[962] Nos Estados Unidos, por força da sétima emenda, ficou preservado o direito ao julgamento por júri na Justiça Federal que existia em 1791 nas Cortes da Common Law (embora não nas Cortes de Equidade). Assim, na quase totalidade dos casos da Justiça Federal que estariam sujeitos a um remédio da Common Law (em regra, pagamento de indenização) existe direito ao julgamento por júri. As constituições estaduais, em sua maioria, também contemplam esse direito, com maior ou menor extensão, nos casos cíveis, conforme o Estado. Nem todo Estado contempla julgamento por júri nos casos de direito de família. No sistema Inglês, de outro lado, a utilização do júri em casos civis é praticamente nenhuma. (SWEET, Justin. Contract making and parol evidence: diagnosis and treatment of a sick rule, 53. **Cornell Law Review** 1036, Ithaca, NY: Cornell University Press, 1968).

[963] Por excelência, o júri julga tão só e apenas fatos. O julgamento de questões de direito pode ser desatrelado das questões fáticas em três institutos similares: *judgment on the pleadings, summary judgment* e o *judgment as matter of Law*. O pressuposto comum a todas essas hipóteses é o de que o caso pode ser decidido apenas com base em questões juríricas, mas variam a razão central pela qual essa decisão pode ocorrer e o momento no processo. Todos os casos de julgamento com base só nas questões de direito podem ser requeridos tanto pelo Autor quanto pelo Réu. O *motion for judgment on the pleadings* (requerimento de julgamento imediato dos pedidos) está previsto no Federal Civil Procedure Rules – FCPR (Rule 12, c) e deve ser feito *antes do início da fase de produção de provas*. Trata-se de instituto próximo do julgamento do processo no estado em que se encontra (Código de Processo Civil, art. 330), pois as questões fáticas são dadas por incontroversas e, por isso, o pedido pode ser prontamente apreciado. Esse requerimento também tem a função de permitir que demandas ou defesas manifestamente infundadas possam ser rejeitadas de plano ([Ragsdale v. Kennedy, 286 N.C. 130, 209 S.E.2d 494 (1974)]). O requerimento de *summary judgment* ou *partial summary judgement* está previsto no FCPR Rule 56 e permite a dispensa do julgamento por um júri quando constatado que o caso pode ser julgado como uma questão puramente de direito (*matter of Law*). Em princípio, esse pedido deve ser feito *após a fase de produção de provas*. Ou seja, após toda a investigação dos fatos pelas partes e, antes do início do julgamento, é que se verifica que há algum fato efetivamente controvertido que deverá ser decidido pelo júri. Por fim, há o requerimento de *judgment as a matter of Law – JMOL* (julgamento do caso como questão unicamente de direito), previsto no FCPR – rule n. 50. Aqui a problemática da distinção entre questão-de-fato/questão-de-direito fica evidente. Esse requerimento implica pedir que, por razões jurídicas, o juiz decida determinada questão de fato independentemente do que o júri vier a decidir a respeito porque, por exemplo, de um ponto de vista jurídico não há prova suficiente sobre o ponto em questão. A parte deve pedir que determinada questão seja julgada como questão jurídica após a fase instrutória e antes do caso ser submetido ao júri.

torno do julgamento por um júri, restando a ênfase nos precedentes apenas nas questões processuais.[964]

Esse é um ponto fundamental para a compreensão da diferença no uso de precedentes nos dois modelos e, portanto, sobre as dificuldades que se colocam, diante do movimento reformista, para que se possa falar em certeza do direito. No movimento reformista, a jurisprudência uniformizada indica (por vezes, determina) a probabilidade de êxito de um recurso e, com fundamento nessa probabilidade, autoriza-se a supressão de etapas procedimentais. A jurisprudência uniformizada (súmulas vinculantes, súmulas, decisões-padrão), no entanto, forma-se abstratamente, quanto às questões puramente de direito. E é essa regra, sobre a interpretação da *pura questão de direito*, que forma o elo entre casos anteriores e futuros, dando forma de previsibilidade à probabilidade. Para usar a jurisprudência uniformizada, é necessário despir os casos dos fatos que os caracterizam e focar apenas na questão de direito abstratamente posta.

Nota-se, assim, como aponta Maurício Westin, diferenças fundamentais entre o modelo do *stare decisis* e o modelo instaurado com o movimento reformista. No modelo da *common Law*, os precedentes obrigatórios

> são sistematizados por meio de publicações específicas, mas não são reduzidos a um verbete abstrato; eles são simplesmente tais como são – uma decisão judicial –, possibilitando aos juízos que os forem aplicar extrair-lhes a *ratio decidendi*, contrastá-los com o caso em exame, o qual pode ser distinguido tanto por razões de fato quanto por razões de direito

[964] Questões de direito comercial e contratual – cuja semântica doutrinária enfatiza o apelo à previsibilidade das decisões – podem ser levadas a júri. Contudo, no caso da venda mercantil de bens, adota-se largamente legislação escrita (*Uniform Comercial Code*). Nos casos puramente contratuais, de outro lado, a orientação com base nos precedentes depende da elaboração teórica, em grande medida orientada pelo Second Restatement of Contract (coletânea sistematizada e comentada do direito resultante dos precedentes em determinada área, mas que não é vinculante em si). Um importante autor da *common Law* como Grant Gilmore aponta que, historicamente, a desconfiança com relação ao júri acabou por ajudar no estabelecimento da distinção entre *tort Law* (responsabilidade civil) e *contract Law* (direito contratual) – que, entre nós, corresponderia à sutil distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual. Nos casos de *contract Law* a lide poderia ser construída em termos *puramente jurídicos* para evitar as incertezas do júri. De outro lado, enquanto teoria, o direito contratual não é capaz de representar a realidade dinâmica dos negócios. (GILMORE, Grant. **The death of contract**. 2.ed.Ohio: Ohio State University Press, 1995, p.107-110). Vale apontar também que, por essa linha de pensamento, pode-se concluir que o modelo de precedentes/*stare decisis* em si, em especial quando o julgamento dos fatos depende de um júri, não tem qualquer aptidão para propiciar estabilidade/previsibilidade para as atividades econômicas, que dependerá muito mais da visão dogmática quanto a princípios como o *pacta sunt servanda*, cabimento de tutelas específicas e limitação de responsabilidade.

o que traça a barreira de diferenças fundamentais entre esse modelo e a súmula vinculante.[965] O mesmo pode ser dito em relação aos demais mecanismos que geram jurisprudência uniformizada ou as decisões-padrão.[966]

Essa análise parece legitimar a desconfiança quanto a que tipo de certeza o modelo do *stare decisis* oferece por si só e, portanto, sua capacidade no âmbito da semântica de legitimação do *movimento de reforma do processo*.

Como visto, a ideia de certeza no modelo de precedentes não pode ser obtida apenas com seus aspectos puramente formais. O modelo de precedentes permite tanto abordagens formalistas quanto sociologistas e o quociente de cada uma parece variar conforme a área do direito em questão e a jurisdição. Afinal, valorizar os precedentes como regra de decisão de casos implica, necessariamente, valorizar o poder criativo dos juízes e a permeabilidade ao caso concreto. As técnicas para aplicar precedentes desenvolvidas na *common Law* e as distinções que elas implicam esclarecem essa ideia.

De outro lado, os mecanismos do movimento reformista extraem dos precedentes regras abstratas para solucionar questões de *puro direito*. Uma atividade cujo

---

[965] WESTIN, Maurício. A evolução da súmula por meio das descontinuidades históricas: elemento forjador de consenso. In: GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa et al. (Orgs.). **História do direito**: novos caminhos e novas versões. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007, p. 188. No mesmo sentido, aponta Marcelo Alves Dias de Souza, que há diferenças fundamentais entre a súmula e o precedente vinculante da *common Law*. Não se aplica à súmula a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, assim como a noção dos fatos fundamentais que o justificam. A súmula – ou seu enunciado – "na sua formalidade, como verdadeiro extrato ou compêndio de conteúdo eminentemente jurídico, consistente na interpretação de questão de direito, de várias decisões anteriores no mesmo sentido, não possui afirmações a latere", isto é, *obiter dicta*. Todo o seu conteúdo é obrigatório e essencial. Além disso, em princípio, na tradição da *civil Law*, a súmula enuncia a lei já existente. Alterada a lei, o enunciado da súmula não sobrevive por si só. A adoção da súmula vinculante tem outros pressupostos que não apenas a reiteração de decisões uniformes. A súmula deve dizer respeito a uma controvérsia determinada quanto à validade, interpretação e eficácia de uma norma entre órgãos judiciários, que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos. A súmula pode ser editada de ofício e pressupõe reiteradas decisões. (SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2008, p.255).

[966] Para o Min. Victor Nunes Leal, idealizador das súmulas como método de trabalho, esta seria superior à organização de precedentes no *Restatement* norte-americano. A súmula tem efeitos processuais bem definidos e um processo solene de formação, gerando assim maior previsibilidade e mesmo adaptabilidade. A súmula já é interpretação, então não deve ser reinterpretada. Se a súmula precisa de interpretação, segundo o ministro, não atingiu seu objetivo e deve ser cancelada para que outra seja feita. Segundo observou, tendo em vistas o *Restatement* "dar normatividade obrigatória ao *Restatement*, por ato legislativo, seria transformá-lo num Código, e essa consequência encontra resistência na tradição jurídica norte-americana. Nesse ponto da nossa análise comparativa é que está a superioridade prática, para nós da Súmula do Supremo Tribunal, porque, não sendo ela um código também não é um simples repositório particular de jurisprudência. É uma consolidação jurisprudencial autorizada, com efeitos processuais definidos, porque a inscrição de enunciados na Súmula, como a sua supressão, depende de formal deliberação do Supremo Tribunal". E, mais adiante, acrescenta: "A falta de alcance prospectivo do *Restatement* [...] também poderia ser imputada à Súmula, mas este é um defeito mais aparente que real. O âmbito de tais consolidações, por sua própria natureza, dele limitar-se ao direito constituído, sem invadir a seara dos doutrinadores [...] Do mesmo modo que se comentam as leis e as decisões judiciais, a súmula também será comentada, seja para reforçar sua motivação teórica, seja para denunciar seus desacertos, seja para ulterior desdobramento das normas que ela compreendia". (LEAL, Victor Nunes. A súmula do Supremo Tribunal Federal e o *restatement of the law* dos norte-americanos. In: **Revista do Tribunal de Justiça do Distrito Federal**, nº1. Brasília: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 1966).

escopo é bastante próximo das soluções absolutistas no combate à *interpretatio* (cap. 5.2.) e ao movimento das codificações em geral, cujo resultado é sempre a necessidade de mais interpretação. A diferença, no entanto, é a ênfase na articulação dos mecanismos de uniformização de jurisprudência com mecanismos de supressão procedimental, articulação essa que depende de uma autoritária restrição ao exercício do contraditório nos pontos que seriam essenciais em um modelo fundamentado em precedentes: a distinção de casos baseada na dualidade fato/direito. Mesmo nos julgamentos por amostragem, em que essa tarefa seria essencial, não há um contraditório/argumentação sobre o enquadramento dos fatos discutidos no caso quano ao escopo dos fatos-modelo estabelecidos (até porque, no julgamento por amostragem, é um pressuposto que não haja questões fáticas controvertidas).[967]

Em termos de mecanismos, diante da perda de legitimação pela supressão do contraditório, o movimento reformista busca substitutos funcionais nos seguintes mecanismos: (a) participação de terceiros institucionalizados nos procedimentos de formação das decisões-padrão; e (b) estabelecimento de contraditório, ainda que mitigado, para o exercício do *distinguishing* (demonstração de inaplicabilidade do precedente ao caso) e do *overruling* (demonstração da necessidade de superação do precedente).[968] Em termos semânticos, o

[967] MacCormik e Summers criticam o fato de os países de *civil Law* buscarem adotar um modelo que os aproximam do uso do precedente da *common Law*, sem um correspondente método de compilação/utilização de precedentes. pois "fatos relevantes podem ser considerados uma base mais firme para circunscrever o escopo de um precedente como aplicável a casos futuros do que meras declarações abstratas de direito", embora aumentem a possibilidade de distinções/desvios. (MACCORMICK, D.Neil.; SUMMERS, Robert. (Coord). Further reflections and conclusions. In: **Interpreting precedents, a comparative study**. Aldershot: Brookfield, Vt.: Ashgate/Dartmouth, 1997, p.546). Segundo os autores, o problema é que, no "núcleo dos movimentos na *civil Law* em direção a um sistema em que o precedente desempenha um papel justificatório maior é simplesmente a noção de que um precedente vem a ser tomado como uma razão de autoridade para a decisão de um caso subsequente" mas, justamente por isso, quando um juiz da *civil Law* julga com base em um precedente, ele "deveria não meramente citar os precedentes relevantes, mas também explicar porque eles se aplicam, especialmente quando a sua aplicabilidade foi contestada". (p.547). De outro lado, um direito de recorrer quase ilimitado, que marca a tradição dos países da *civil Law*, as cortes de apelação acabam tendo pouco tempo para analisar as questões de fato de cada caso concreto, o que pode significar excesso de poderes ao juiz de primeiro grau, a quem competirá, em última análise, construir o caso fático para aplicação do precedente. O excesso de recursos também tende a implicar alguma instabilidade no uso dos precedentes, embora "esse tipo de desvio não evidente é comum a ambos civil e common Law" de difícil demonstração. Desvios com base em distinções especiais são mais comuns na common Law, mas não há remédio óbvio. "Ninguém na longa história da common Law descobriu como fazer juízes seguirem precedentes, ou como fazer eles explicitarem seus próprios desvios". De outro lado, embora a vinculação dos juízes inferiores aos precedentes seja algo positivo para previsibilidade e controle, o juiz de primeira instância está mais próximo dos fatos e poderia ser alocado nele, como regra (e não nos tribunais) a competência para se desviar dos precedentes. (p.548).

[968] Para Monnerat, "a benéfica e até inevitável aplicação do precedente jurisprudencial a todos os casos idênticos é um valor cada vez mais perseguido pelo sistema processual por razões que vão desde a efetividade do processo até a consagração dos princípios da segurança jurídica e isonomia, mas, essa aplicação, entretanto, não pode ser automática, assim entendida uma aplicação anterior ao exercício do contraditório, sob pena de configurar uma prática inconstitucional". (MONNERAT, Fabio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. In: (Coord.) WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p. 363). Mas autoriza-se a mitigação desse contraditório, restando à parte demonstrar o *distinguishing* ou o *overruling*. A mitigação do contraditório recomenda a participação do amicus curiae nos processos de uniformização. Para o autor, a inviabilidade da aceleração dependerá de que a

movimento reformista oferece o modelo da *common Law*, como mito de um direito estável, previsível (um direito "padrão primeiro-mundo") e, mais do que isso, capaz de realizar elevados gradientes de igualdade (perante a lei aplicada) e celeridade. É o que se passa a analisar.

8.2 Previsibilidade como igualdade?

Uma das propostas centrais do pensamento reformista é a obtenção de decisões mais rápidas. O processo deve durar menos tempo (embora não se saiba bem em relação ao tempo de que), e a esse tempo menor chamam de *duração razoável*. A duração razoável, isto é, menor do que de outros processos, é apresentada como um valor cuja realização justifica a supressão de etapas procedimentais. *Justiça tardia não é justiça*, adverte o movimento. Mas a celeridade, por si só, não parece suficiente para justificar toda a supressão de importantes etapas do procedimento. Até porque, como se tem visto até aqui, não se trata apenas de suprimir etapas, mas de simplificar a fundamentação das decisões, desonerando o juiz do dever de motivar quase ao ponto de desonerá-lo do dever de decidir – afinal, o que representam as súmulas vinculantes senão uma forma de alívio do dever de decidir? À perda do procedimento e da motivação específica das decisões se responde com a fórmula de contingência da justiça, que passa a incorporar como componentes a celeridade (decisão tempestiva é decisão justa) e a igualdade na aplicação da lei. Mas, o que significa, no movimento reformista, essa igualdade?

No esquema do movimento reformista, a supressão da fundamentação/motivação específica é justificada pelo princípio da igualdade.[969] A lei é igual para todos e todos são iguais perante a lei: na aplicação da lei, diante de premissas idênticas, a decisão deveria ser a mesma. Esse princípio é, ainda, complementado pela ideia de que a

parte traga "uma nova causa de pedir ou argumento de defesa (causa de resistir) e não simplesmente formule o mesmo argumento de maneira diversa ou mais elaborada" (p.367).

[969] Ilustra bem esse pensamento a seguinte afirmação de Teresa Arruda Alvim Wambier sobre o sistema de precedentes vinculantes construído pela reforma do processo: "estão na base da necessidade de que se respeitem os precedentes de civil Law o princípio da legalidade e o da igualdade, ambos conaturais à ideia de Estado de Direito, cuja característica mais visível é a de que a sociedade precisa 'saber as regras do jogo antes de começar a jogar' [...] o nosso sistema foi concebido justamente com o objetivo racional, expressamente declarado, de gerar segurança para o jurisdicionado, evitando surpresas e arbitrariedade. O juiz decide, grosso modo, de acordo com a lei (= de acordo com regras conhecidas) e, se a lei comporta infinitas formas de interpretação, consubstanciando-se, cada uma delas, em pautas de conduta diferentes para os indivíduos, o próprio sentido e razão de ser do princípio da legalidade ficam comprometidos [...] a legalidade só tem sentido prático se concretizada à luz do princípio da isonomia". (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p.31-32).

igualdade demanda tratamento desigual dos desiguais na medida, juridicamente dada, da sua desigualdade.[970]

Essa a construção do princípio jurídico da igualdade. Como mecanismo para evitar arbitrariedades por parte do poder público, eleva a igualdade a um aspecto da certeza do direito: a previsibilidade da atuação do poder público, no sentido de evitar distinções de cunho pessoal ou não-justificadas juridicamente. Essa forma da certeza reentra em si mesma e se converte em condição de previsibilidade da qualificação jurídica da própria conduta, no sentido de que, diante das mesmas premissas, a solução do conflito pertinente ao cidadão "a" deve ser aplicada ao cidadão "b".

A construção é relevante: geral e abstrata, a lei não pode satisfazer condições de igualdade para os casos concretos. Sua forma lógica não comporta a pretensão de que a aplicação realize exigências de igualdade jurídica.[971] Diante da inflação legislativa e do surgimento de um número cada vez maior de normas antagônicas ou com conteúdo aberto (para contemplar situações antagônicas), não pode satisfazer as exigências de igualdade. O ônus é deslocado para a decisão judicial.

A ideia é a de que, em si, cada decisão é concreta e individual (faz lei só entre as partes) e, portanto, não poderia gerar certeza/previsibilidade, já que não é universalizável. Mas o padrão de repetição de decisões (jurisprudência), quando incorpora critérios de igualdade suficientemente previsíveis (especificando as premissas relevantes para a comparação dos casos), generaliza especificações (casos iguais/específicos julgados de modo igual/específico) e, com isso, realiza igualdade e previsibilidade. E, então, já não se trata da decisão *correta*, já que a decisão é sempre contingente, mas de jurisprudência uniforme e estável.[972]

Nessa visão, os tribunais ganham o papel, como descreve a sociologia de Parsons e Bredemeier (cap. 1.2.3.), de oferecer à sociedade a interpretação do direito. E é a interpretação que deve ser tudo aquilo que o ordenamento de leis não é: clara, unívoca,

---

[970] Nesse sentido: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

[971] Já o havia dito Norberto Bobbio. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função** – novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccacia Versiani. Barueri. SP: Manole, 2007, p.94.

[972] Já na primeira metade do século passado José Alberto dos Reis disse que "antes jurisprudência errada, mas uniforme, do que jurisprudência incerta. Perante jurisprudência uniforme, cada um sabe com o que pode contar; perante jurisprudência incerta ninguém está seguro do seu direito". (REIS, José Alberto dos. **Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial**. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 1929, p.688).

coerente, estável etc.[973] Apenas assim haveria suficiente previsibilidade da qualificação jurídica das condutas (Oñate), apenas assim os Tribunais poderiam cumprir a exigência constitucional da igualdade na aplicação da lei.[974]

Nesse cenário, a existência de divergência jurisprudencial, particularmente no que se refere à interpretação do direito diante de premissas suficientemente análogas, tende a ser vista como uma violação do princípio da igualdade. Essa violação seria uma ilegalidade que deslegitimaria a própria atuação dos Tribunais.

Em outras palavras, a imunização da decisão judicial contra críticas deixa de se basear na obediência aos programas de decisão e sua formatação condicional (como visto no cap. 3.2.4.) e dá lugar ao critério da uniformidade. É a aderência aos precedentes que se coloca como critério de imunização das decisões judiciais (e, portanto, de deslegitimação, quando ausente).[975]

Instrumentos de uniformização da jurisprudência/supressão da interpretação (ou simplificação da motivação) teriam aptidão para realizar esse amplo ideal: igualdade jurídica e certeza do direito por meio da aplicação da lei de modo igual em casos iguais.[976]

---

[973] Para Arruda Alvim "uma das funções primordiais do Direito, na dinâmica judiciária, é a de fornecer a certeza do Direito, entendida como aquela consistente na possibilidade, proporcionada aos jurisdicionados de que, através de um instrumental, haja o caminho capaz de estabelecer a maior previsibilidade possível. A atividade jurisdicional, no seu conjunto, deve proporcionar e traduzir essa certeza, havendo de resultar da tarefa de se dizer o Direito, no seu todo, um panorama de decisões apreciavelmente coincidentes sobre os mesmos temas". (ALVIM, Arruda. **Tratado de direito processual civil**. São Paulo: RT, 1990, p.13).

[974] É a colocação de José Ignácio Botelho de Mesquita: "essa uniformidade contemporânea é uma exigência óbvia da igualdade de todos perante a lei. Não será igual para todos a lei que, para alguns, seja interpretada num sentido e, para outros, seja interpretada em sentido oposto. A unidade do sentido da lei é pressuposto da igualdade perante a lei. Por esta razão, constitui imperativo constitucional e dever indeclinável dos tribunais uniformizar a sua própria jurisprudência. A uniformização, por sua vez, implica a atribuição de eficácia vinculante à interpretação que se pretende seja adotada uniformemente. Uniformizar sem efeito vinculante é o mesmo que uniformização sem efeito unformizante". (MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Uniformização de jurisprudência. In: **Revista Lex**, Jurisprudência do STF, nº226, 1997, p.8).

[975] Um exemplo desse pensamento está no trabalho de Rodolfo de Camargo Mancuso, para quem "O imperativo de que a isonomia de todos perante a lei deve ser efetiva tanto em face da norma legislada (= produto final do Legislativo) como em face da norma judicada (= resultado da subsunção judicial do texto de regência aos casos concretos)". Para Mancuso, ainda, a divergência não é um mal nem um bem em si. É uma contingência normal no sistema baseado na jurisdição singular e tolerado, na sua normalidade, pelo sistema. O problema estaria na intensidade ou nas consequências do fenômeno para os consumidores da prestação jurisdicional. Segundo o autor, "O verdadeiro problema desloca-se para o crescimento desmesurado, despropositado e incontrolado dessa divergência mesma, passando pela questão de sua incidência em situações em que o dissídio não se justifica ou se revela socialmente injusto, senão já perigoso". (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 3.ed. São Paulo: RT, 2007, p.26-27).

[976] Mais uma vez, para Mancuso "nos Estados de Direito e em situações de normalidade, a jurisprudência, mormente quando potencializada em Súmulas e enunciados, exerce papel relevantíssimo, atuando em mais de um plano: a) opera como uma segura diretriz para o Poder Judiciário, funcionando como importante subsídio para a subsunção dos fatos ao direito, na medida em que sinaliza a interpretação predominante em casos análogos; b) contribui para a consecução da ordem jurídica justa, ou isonômica, ensejando que casos semelhantes recebam respostas judiciárias qualitativamente uniformes; c) complementa a formação da convicção do magistrado, seja atuando como fator de atualização do Direito Positivo, seja como elemento moderador entre o fato e a letra fria da lei". (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 3.ed. São Paulo: RT, 2007, p. 48-49).

Seriam ainda realizados ideais de celeridade, com alívio da sobrecarga de trabalho dos magistrados (motivação simplificada das decisões), garantindo também melhores prestações de justiça e, portanto, credibilidade, necessária para que as partes busquem o Poder Judiciário para canalizar seus conflitos.[977] Igualdade na aplicação da lei geraria decisões previsíveis e previsibilidade é condição da certeza.

Mas, nas condições estruturais da sociedade complexa, o modelo jurídico da igualdade, aplicado às próprias decisões judiciais (decisões iguais-decisões desiguais), é capaz de propiciar legitimação (ilusão de consenso) com relação às decisões judiciais? Trata-se de um modelo adequado de descrição das operações do sistema jurídico? É o que será analisado a seguir.

8.2.1 Igualdade, equidade e previsibilidade

Uma das premissas centrais para o movimento reformista é a de que a igualdade na aplicação da lei demanda decisões previsíveis (e vice-versa). O princípio da igualdade na aplicação da lei não admitiria que, em casos semelhantes, decisões divergentes fossem proferidas. Enquanto valor e princípio jurídico, a igualdade justificaria as significativas supressões procedimentais propostas pelo movimento reformista. Mas, o que significa igualdade na aplicação da lei? Qual o sentido prático da exigência de que casos iguais sejam decididos igualmente?

Um aspecto importante do princípio da igualdade relaciona-se à impessoalidade na atuação do Poder Público em relação aos cidadãos: diferenças quanto às pessoas das partes envolvidas não justificariam decisões diversas. Outro aspecto importante diz respeito a distinções temporais: em casos iguais, uma decisão proferida em julho e uma decisão proferida em agosto do mesmo ano, salvo alguma modificação do direito no meio tempo, não poderiam ser diferentes. De outro lado, o próprio direito pode oferecer parâmetros para

[977] Ainda segundo Mancuso, "a grande contribuição que a jurisprudência predominante e reiterada, especialmente extratificada em Súmula, pode oferecer à nossa práxis judiciária, propiciando benefícios diversos: a) para as partes, na medida em que possibilita uma razoável previsibilidade quanto à solução final do caso, operando assim como fator de segurança e de tratamento judicial isonômico; b) para o Judiciário, porque a jurisprudência sumulada agiliza as decisões, alivia a sobrecarga acarretada pelas demandas repetitivas e assim poupa precioso tempo, que poderá ser empregado no exame de casos mais complexos e singulares; c) para o próprio Direito, em termos de sua eficácia prática e credibilidade social, porque o tratar igualmente as situações assemelhadas é algo imanente a esse ramo do conhecimento humano, certo que o sentimento do justo integra a essência do Direito desde suas origens: *Just est ars boni et aequo*". (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 3.ed. São Paulo: RT, 2007, p. 54-55).

descrições, isto é, a medida da desigualdade deve ser juridicamente estabelecida. O resultado prático do princípio da igualdade significa, então, que tratamentos desiguais não estão proibidos, mas devem ser juridicamente especificados.[978]

Como o princípio depende do estabelecimento normativo das *medidas da desigualdade* autorizadas, ele se destina, a rigor, para o legislador, isso é, para a especificação jurídica da igualdade e da desigualdade que autoriza tratamentos desiguais. O movimento, contudo, reformista parece ir além quando propõe que não bastaria a especificação jurídica da igualdade no programa decisional: a decisão judicial dos casos deve prestar contas à igualdade de decisões para casos iguais. A questão, então, é saber: o que significa e como é possível averiguar a igualdade entre casos (e não entre pessoas ou entre direitos)?

No pensamento do séc. XVIII, a igualdade aparece como um direito nato, ou seja, fundado na natureza humana, universal e, portanto, fundamentado também na razão (que se impõe universalmente). Na semântica daquele século, todo indivíduo é dotado de razão e, nessas condições, pode calcular seu agir (em termos de razoabilidade e, depois, de probabilidade) com iguais chances de sucesso.[979]

Iguais na razão, os indivíduos têm igual capacidade de limitar a própria liberdade por meio do contrato (e da própria lei, quando a ordem social é pensada como um contrato).[980] Igualdade significa, então, igual sujeição à lei/contratos. Com o avanço da Modernidade, o reconhecimento das diferenças individuais se impõe como um direito

---

[978] LUHMANN, Niklas. **I diritti fondamentali come instituzione**. Tradução de Stefano. Magnolo, Bari: Dedalo, 2002, p.245-248.

[979] LUHMANN, Niklas. **I diritti fondamentali come instituzione**. Tradução de Stefano. Magnolo, Bari: Dedalo, 2002, p.243. Ainda, para Raffaele De Giorgi, a ideia de um mundo necessário, inerente ao racionalismo e ao direito natural (e direito racional) já contém um modelo jurídico de igualdade. O mundo necessário, que só pode ser como é, impõe uma realidade que é igual para todos. De modo parecido, o pensamento contratualista, que concebe a sociedade como originária de um contrato social, implica a pressuposição de que as partes nesse contrato iniciam em posições iguais (uma igualdade perante o mundo necessário), o que não exclui a desigualdade das prestações e consequências do contrato. No discurso do direito racional, do séc. XVIII, é o direito que permite a formulação do esquema igualdade-desigualdade em termos de igualdade formal x desigualdade material: "a igualdade formal é a ideia da razão que se expressa no direito; a desigualdade material é uma condição de fato, determinada por outras condições fáticas que podem ser negadas, isto é, superadas". (DE GIORGI, Raffaele. Modelos Jurídicos de igualdade e de equidade. In: **Direito, democracia e risco** – vínculos com o futuro. Tradução de Herman Nébias Barreto, Cristiane Branco Macedo e Menelick de Carvalho Netto. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p.112-115).

[980] DE GIORGI, Raffaele. Modelos Jurídicos de igualdade e de equidade. In: **Direito, democracia e risco** – vínculos com o futuro. Tradução de Herman Nébias Barreto, Cristiane Branco Macedo e Menelick de Carvalho Netto. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p.112-115).

subjetivo e o princípio jurídico da igualdade passa a exigir mais e mais distinções para o tratamento igual ou desigual.[981]

Nesses termos, o princípio jurídico da igualdade não diz quais são os direitos de cada um que devem ser universalizados, mas juridiciza critérios de comparação: cada constatação de igualdade depende da indicação daquilo que é desigual e da escolha das bases em que se faz a comparação.[982]

Trata-se, segundo Luhmann, de "um pré-requisito da decisão, não uma condição de justiça".[983] Seu sentido é operacional: decisões iguais para todos não significa decisões, necessariamente, justas.[984] Exigir igualdade significa, ainda, exigir uma motivação específica, não com relação à declaração de igualdade, mas a de desigualdade, pois, elevada à condição de direito subjetivo, a igualdade não precisa ser fundamentada.[985] O princípio jurídico da igualdade obriga o Estado a agir de modo impessoal e a fundamentar o tratamento desigual de modo condizente com as estruturas de uma sociedade funcionalmente

---

[981] DE GIORGI, Raffaele. Modelos Jurídicos de igualdade e de equidade. In: **Direito, democracia e risco** – vínculos com o futuro. Tradução de Herman Nébias Barreto, Cristiane Branco Macedo e Menelick de Carvalho Netto. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p.111. Ainda segundo o autor, na Idade Média, a ideia de igualdade se apresenta mais como de equilíbrio ou proporção geométrica, ou seja, pressupõe a comparação entre entes desiguais. Daí a noção de *aequitas*, uma igualdade especificada nos termos de dada comparação, isto é, um tratamento igual para determinada finalidade ou em determinado contexto. As relações de igualdade pressupunham um contexto que permitia a comparação (grandezas comparáveis), como o mesmo *status*. A inovação da Modernidade é a generalização da igualdade "e o fato de que se estabelece a expectativa, mas também a preocupação de que as situações de desigualdade possam ser superadas e que a direção do futuro da sociedade possa ser orientada neste sentido. Em outras palavras, a distinção igualdade-desigualdade torna-se totalizante". Já no pensamento kantiano, escreve De Giorgi, a igualdade aparece como princípio jurídico supremo: "todos são iguais perante a lei e a lei é igual para todos [...] fundamentos da operacionalização jurídica da distinção igualdade-desigualdade". (p.115-117).

[982] LUHMANN, Niklas. **I diritti fondamentali come instituzione**. Tradução de Stefano. Magnolo, Bari: Dedalo, 2002, p.251. A ideia do tratamento igual aos iguais tem pressupostos em uma noção pré-moderna de natureza, como se a "natureza das coisas" (ou de certos valores eleitos) pudesse fornecer instruções sobre o que deve ser selecionado e tratado como igual. Contudo, quando "se renuncia a pressupor que, na natureza ou em uma ordem de valores, existam pontos de vista fixos, capazes de determinar normativamente aquilo que deve ser tratado como igual e como desigual, então o sentido desse esquema deve ser procurado na própria orientação à comparação. Assim resulta da capacidade que o esquema igual/desigual tem de fornecer uma motivação suficiente como esquema predisposto a esse problema específico". Em outras palavras, com o esvaziamento semântico do princípio da igualdade, sua função passa a ser justamente a de indicar necessidade de motivação para cada tratamento desigual. (p.252-253).

[983] DE GIORGI, Raffaele. Modelos Jurídicos de igualdade e de equidade. In: **Direito, democracia e risco** – vínculos com o futuro. Tradução de Herman Nébias Barreto, Cristiane Branco Macedo e Menelick de Carvalho Netto. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p.118.

[984] LUHMANN, Niklas. **I diritti fondamentali come instituzione**. Tradução de Stefano. Magnolo, Bari: Dedalo, 2002. p. 253-254. Nesse contexto, para Luhmann, o princípio da igualdade se dirige, prioritariamente, ao legislador. Com relação à aplicação da lei seria pouco relevante, pois a decisão já é atrelada ao programa aplicado e "é correta se é conforme ao programa. O programa a protege da desorientação ínsita à questão da motivação suficiente". (p.254).

[985] Para dizê-lo com De Giorgi, "a constitucionalização do princípio segundo todos são iguais perante a lei, significa tão somente que tratamentos desiguais são possíveis, desde que suficientemente motivados. O princípio não exclui por completo a desigualdade de tratamento, mas a torna possível ao condicioná-la". (DE GIORGI, Raffaele. Modelos Jurídicos de igualdade e de equidade. In: **Direito, democracia e risco** – vínculos com o futuro. Tradução de Herman Nébias Barreto, Cristiane Branco Macedo e Menelick de Carvalho Netto. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p.119).

diferenciada, isto é, justificando juridicamente. O mesmo se observará com relação às decisões judiciais: a aplicação do princípio da igualdade obriga o juiz a motivar o tratamento desigual, isto é, a não-aderência a um precedente específico, mas dispensa a motivação sobre as razões pelas quais determinado precedente foi adotado.

Ainda, para Luhmann, como um princípio orientador do sistema jurídico, a igualdade determina que as decisões não podem ser justificadas apenas com relação às consequências desejadas em cada caso (ou as pessoas envolvidas), mas sim, que a motivação deve garantir a consistência da decisão com outras decisões.[986] A desigualdade deve, assim, poder ser justificada segundo critérios universalmente aplicáveis e, ao mesmo tempo, específicos para o caso concreto. Desse modo, o princípio jurídico da igualdade permite ao direito manter sua estabilidade sistêmica, reduzindo a complexidade do ambiente: igualdade e desigualdade são especificadas juridicamente.[987] Trata-se de uma modulação da abertura cognitiva do sistema, no sentido em que a desigualdade só pode reentrar no sistema se obedecer aos seus requisitos estruturais (motivação jurídica específica).

Como bem coloca De Giorgi, ao estabelecer que a lei deve ser aplicada de modo igual para todos, o princípio da igualdade

> assegura ao sistema jurídico a certeza do autocontrole e constitui um catalizador e um facilitador da decisão judicial. O princípio segundo o qual a lei é igual para todos significa unicamente que, no sistema só são admitidas as diferenças fixadas pelo sistema ou, em outros termos, que o juiz não pode introduzir nas sentenças diferenças diversas daquelas praticadas pelo próprio direito e expressas em suas normas ou impressas em seus princípios.[988]

---

[986] LUHMANN, Niklas. **I diritti fondamentali come instituzione**. Tradução de Stefano. Magnolo, Bari: Dedalo, 2002, p.257.

[987] Ainda, segundo Luhmann, igualdade, assim como a causalidade, é uma estratégia sistêmica. No princípio da causalidade, a complexidade do ambiente é descrita como infinidade de possíveis relações de causa e efeito interconexas. No princípio da igualdade, a complexidade do ambiente é descrita como infinidade de possíveis relações de comparação. Servem de um esquema para a ação: a causalidade por meio da fixação de objetivos a serem atingidos e a igualdade por meio da institucionalização dos motivos para os aspectos relevantes da comparação. Ambos os esquemas servem para aliviar a complexidade do ambiente, desestruturada, oferecendo decisões/esquemas internos ao sistema. A complexidade é reduzida e estruturada em termos compreensíveis para o sistema. (LUHMANN, Niklas. **I diritti fondamentali come instituzione**. Tradução de Stefano. Magnolo, Bari: Dedalo, 2002, p. 257-258).

[988] DE GIORGI, Raffaele. Modelos Jurídicos de igualdade e de equidade. In: **Direito, democracia e risco** – vínculos com o futuro. Tradução de Herman Nébias Barreto, Cristiane Branco Macedo e Menelick de Carvalho Netto. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p.121. Ainda segundo o autor, embora esse aspecto seja tautológico e pareça vazio, é altamente operativo. Posto que não determine "totalmente o direito no plano do conteúdo [...] A fórmula torna possível, ao contrário, a generalização do direito objetivo e dele especifica as suas possibilidades de transformação. Ou seja, ela impõe o tratamento diferenciado das desigualdades fixadas pelo direito". Mais do que isso, "a diversidade dos casos e a irrepetibilidade dos eventos não requerem mais tratamentos singulares: a generalização do programa inclui a possibilidade de tratar as diferenças e, ao mesmo tempo, subtrai o direito à incerteza dos eventos e, portanto, do tempo". A igualdade, assim, é fundamental para a positividade, pois permite um alto grau de variabilidade estrutural na medida em que especifica transformações, generaliza expectativas. O

No direito positivo, a distinção igualdade-desigualdade é uma operação interna do sistema jurídico e torna manifesto que toda desigualdade existe em relação a uma igualdade, ambas determinadas pelo próprio direito. Igualdades e desigualdades são, sempre, criações jurídicas: só pode haver igualdade quando o direito reconhece e estabelece, em termos jurídicos, uma desigualdade. Por isso, no sistema, a igualdade é construída como paradoxo (igualdades são produzidas a partir de desigualdades e desigualdades nascem a cada constatação de igualdade) e elaborada através de uma assimetria.[989]

O outro lado da igualdade é o tratamento desigual e não universalizável das situações desiguais, isto é, a equidade ou a justiça do caso concreto que sobrepõe uma distinção ao esquema igual/desigual. Enquanto princípio, a equidade só tem sentido prático quando invocada para afastar o mandamento da igualdade. Enquanto mandamento endereçado especificamente ao juiz, produz desigualdades racionais, isto é, justificadas juridicamente.[990]

No ordenamento brasileiro, pela letra da lei, o juiz está obrigado a "aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito" (Código de Processo Civil, art. 126). Assim, "o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei" (Código de Processo Civil, art. 127). Há expressa autorização legal para o julgamento por equidade nos processos perante o Juizado Especial Cível, considerados de menor complexidade[991] e nas hipóteses de jurisdição voluntária.[992]

---

princípio assegura a autonomia do direito, o controle da sua própria variabilidade diante das pressões externas: o desigual, a variação, reentra sempre especificada em termos jurídicos. Trata-se de uma "aquisição evolutiva da diferenciação do sistema jurídico" que assegura a manutenção dessa diferenciação. Não obstante, encerra um paradoxo. (p.122-123).

[989] DE GIORGI, Raffaele. Modelos Jurídicos de igualdade e de equidade. In: **Direito, democracia e risco** – vínculos com o futuro. Tradução de Herman Nébias Barreto, Cristiane Branco Macedo e Menelick de Carvalho Netto. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p.130-132.

[990] DE GIORGI, Raffaele. Modelos Jurídicos de igualdade e de equidade. In: **Direito, democracia e risco** – vínculos com o futuro. Tradução de Herman Nébias Barreto, Cristiane Branco Macedo e Menelick de Carvalho Netto. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

[991] Nos termos do art. 3º da Lei nº 9.099/95 são consideradas causas de menor complexidade aquelas cuja expressão econômica não exceda quarenta vezes o salário mínimo, aquelas sujeitas ao rito sumário (art. 275, II do CPC: arrendamento rural, cobrança de condomínio, ressarcimento por danos em prédio urbano ou rústico, ressarcimento por danos causados em acidente de veículo, cobrança de honorários de profissional liberal), ações de despejo para uso próprio, ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente a quarenta salários mínimos, excluindo as causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal, de interesse da Fazenda Pública, acidentes de trabalho, resíduos e estado e capacidade das pessoas. De acordo com o art. 5º da lei, "O Juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica" e o art. 6º prevê que "O Juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum".

[992] Casos em que é necessária a atuação jurisdicional mas não há conflito específico a ser pacificado. Nos termos do art. 1.112 do CPC, processam-se como casos de Jurisdição voluntária os pedidos de emancipação, subrogação, alienação de bens dotais, de menores ou interditos, alienação, locação e administração de coisa comum, extinção de usufruto e fideicomisso. Nesses casos, nos termos do art. 1.109 "o juiz decidirá o pedido no prazo de (10) dez dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna".

O sentido prático é claro: sem previsão legal o juiz não está autorizado a decidir com base na equidade. No entanto, a Lei de Introdução ao Código Civil determina, no seu art. 5º, que "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum". Assim, o julgamento por equidade encontra lugar não só quando há uma lacuna no ordenamento, mas também para temperar a aplicação da norma existente[993] ou, quando houver autorização legal, para afastar a norma em prol de uma decisão mais *justa e equânime* (Juizado Especial Cível) ou *conveniente ou oportuna* (jurisdição voluntária).

A prática jurisprudencial, no entanto, mesmo nos Tribunais Superiores tem alargado bastante o âmbito de aplicação da equidade.[994] Assim, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça usou a equidade para mitigar a aplicação do art. 927 do Código Civil de 1916, mesmo diante da previsão legal de que a multa contratual não exige um efetivo prejuízo e "o devedor não pode eximir-se de cumpri-la a pretexto de ser excessiva":

> Equidade – art. 127 do CPC. A proibição de que o juiz decida por equidade, salvo quando autorizado por lei, significa que não haverá de substituir a aplicação do direito objetivo por seus critérios pessoais de justiça. Não há de ser entendida, entretanto, como vedando a que se busque alcançar a justiça no caso concreto, com atenção ao disposto no art. 5º da Lei de Introdução.
> Cláusula Penal – art. 927 do Código Civil. Não se exigirá seja demonstrado que o valor dos prejuízos guarda correspondência com o da multa, o que implicaria sua inutilidade. É dado ao juiz reduzi-la, entretanto, ainda que não se tenha iniciado a execução do contrato, quando se evidencie enorme desproporção entre um e outro, em manifesta afronta às exigências da Justiça.[995]

---

[993] Um caso interessante de previsão de equidade para modulação da aplicação da norma é o parágrafo único do art. 944 do Código Civil, segundo o qual "se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização". Nesse sentido, distinguindo a equidade como critério para modulação na aplicação de lei, de modo a evitar resultados injustos, e critério de criação normativa, quando há lacuna. (ALVIM, Agostinho. **Da eqüidade**. v. 797, São Paulo: RT, 2002; CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por eqüidade no novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2003.)

[994] Na verdade, verifica-se uma tendência, nos Tribunais Superiores, a não interferir no juízo de equidade realizado pelos Tribunais Locais e a reconhecer um número cada vez maior de matérias sujeitas à aplicação da equidade. Exceção interessante, datada de 1982, é julgado do Supremo Tribunal Federal que reformou acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual, com fundamento na equidade, havia rejeitado pedido de anulação de testamento em razão da nomeação da concubina do testador, casado, como sua legatária. Para o Tribunal local, a existência do concubinato há muitos anos e a relação de dependência econômica da concubina justificavam afastar a vedação legal. Para o Supremo Tribunal Federal, no entanto, "é lícito ao juiz interpretar a lei, porém não lhe é facultado revoga-la ou deixar de aplicá-la" (STF, 2ª T. RE 95.836RS, j. 31.8.1982, Rel. Min. Cordeiro Guerra). Nos termos do voto do relator, "o dever primordial do juiz é aplicar a lei, e não revogá-la a pretexto de atingir um ideal subjetivo de justiça. A lei diz o que é certo e, observou o filósofo, é muito mais sábia que o intérprete, pois traduz uma experiência multissecular, um princípio ético, que não pode ser ignorado. Ao legislador é que cumpre alterar a lei, revogá-la, não ao juiz, que tem o dever de aplicá-la".

[995] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª T., REsp nº 4.8176/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 12.12.1995.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que, nos casos sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor, o juiz pode utilizar a equidade para decidir sobre a validade das cláusulas contratuais. Segundo constou do voto do Min. Ruy Rosado de Aguiar:

> o julgamento por equidade não vulnerou a regra do art. 127 do CPC. As relações de consumo são reguladas por princípios gerais que tratam de assegurar a realização da justiça material no caso concreto, entre eles o do julgamento por equidade. Assim é que: "*Art. 7° Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade*." Mais adiante, ao versar sobre as relações contratuais, novamente refere-se à equidade: "Art. 51. São nulas de pleno direito as cláusulas [...] que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o devedor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade". Portanto, não há ofensa à lei no julgamento por equidade, em se cuidando de relação de consumo.[996]

Mais recentemente, em fevereiro de 2013, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a equidade poderia fundamentar a decisão que aplicou a teoria do adimplemento substancial do contrato para afastar a *exceção do contrato não cumprido*. Segundo constou do acórdão, relatado pelo Min. Sidnei Beneti:

> O Tribunal de origem sopesou o equilíbrio entre o direito do adquirente de ter o bem adjudicado, após pagamento de valor expressivo, e o direito do vendedor de cobrar eventuais resíduos. Nesse diapasão, não há que se falar em violação do dispositivo mencionado referente à equidade. O art. 127 do Código de Processo Civil, apontado como violado, não constitui imperativo legal apto a desconstituir o fundamento declinado no acórdão recorrido no sentido de se admitir a ação do autor para garantir o domínio do imóvel próprio, reservando-se ao vendedor o direito de executar eventual saldo remanescente. 3 – Aparente a incompatibilidade entre dois institutos, a exceção do contrato não cumprido e o adimplemento substancial, pois na verdade, tais institutos coexistem perfeitamente podendo ser identificados e incidirem conjuntamente sem ofensa à segurança jurídica oriunda da autonomia privada 4 – No adimplemento substancial tem-se a evolução gradativa da noção de tipo de dever contratual descumprido, para a verificação efetiva da gravidade do descumprimento, consideradas as consequências que, da violação do ajuste, decorre para a finalidade do contrato. Nessa linha de pensamento, devem-se observar dois critérios que embasam o acolhimento do adimplemento substancial: a seriedade das consequências que de fato resultaram do descumprimento, e a importância que as partes aparentaram dar à cláusula pretensamente infringida.[997]

---

[996] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª T. REsp 225.322/DF, REl. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 10.3.2003.
[997] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª T., REsp nº 1.215.289/SP, rel. Min. Sidenei Beneti, j. 5.2.2013.

Pelos julgados, nota-se a tendência dos Tribunais a mitigar a vedação, que estaria implícita no art. 127 do Código de Processo Civil, para aplicar a equidade em outras matérias, situações que pareçam apropriadas, notadamente, para mitigar o princípio do *pacta sunt servanda*. Afasta-se, assim, não só a validade das obrigações contratuais, mas também do próprio direito contratual (no caso, o art. 927 do Código Civil de 1916) quando sua aplicação resulta em injustiça.[998]

Pela sua própria natureza, as restrições legislativas ao uso da equidade têm um alcance prático limitado. É a própria argumentação (interpretação do direito a partir do material jurídico) que define, a cada caso, o alcance da equidade e a delimitação, portanto, do mandamento da aplicação igual da lei aos casos iguais. É inevitável a construção jurídica do tratamento desigual dos casos desiguais que, na *common Law*, aparecem como *distinguishing*.

Igualdade e equidade não se separam. Para manter sua autopoiese, o sistema só pode operar com ambas. Por esse motivo, a proposta de aplicação do princípio da igualdade à atividade dos juízes (como fundamento da vinculação dos precedentes judiciais) tem suas limitações, já que, necessariamente, vai articulada com a equidade. Nesse sentido, vinculação ao precedente (ou igualdade nas decisões judiciais) significa apenas o direito a uma motivação específica. A previsibilidade das decisões, como condição da realização do princípio da igualdade, parece uma construção tão ingênua quanto aquelas antigas, como o *pacta sunt servanda* (igualdade pela igual submissão ao contrato) ou a proibição do juiz decidir com base na equidade.

---

[998] Mas não se limita ao direito contratual e ao contrato, embora apareça com bastante ênfase nesses casos. A equidade vem sendo utilizada como norma subsidiária, por exemplo, para o reconhecimento dos efeitos jurídicos da união homoafetiva. Assim, decidiu o STJ que "O art. 4º da LICC permite a equidade na busca da Justiça. O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidades familiares, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Para ensejar o reconhecimento, como entidades familiares, de referidas uniões patenteadas pela vida social entre parceiros homossexuais, é de rigor a demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização de entidade familiar diversa e que serve, na hipótese, como parâmetro diante do vazio legal a de união estável com a evidente exceção da diversidade de sexos". (STJ, 3ª T., REsp nº 1.199.667/MT, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.5.2011). Em outro caso, o STJ suscitou a equidade como fundamento para afastar a proteção legal do bem de família, decidindo que "fere de morte qualquer senso de justiça e equidade, além de distorcer por completo os benefícios vislumbrados pela Lei nº 8.009/90, a pretensão do devedor que a despeito de já possuir dois imóveis residenciais gravados com cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, optar por não morar em nenhum deles, adquirindo um outro bem, sem sequer registrá-lo em seu nome, onde reside com sua família e querer que também este seja alcançado pela impenhorabilidade". (STJ, 3ª T., REsp nº 831.811/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13.5.2008). A equidade também é suscitada pelos tribunais para fixação de valores de honorários advocatícios, danos morais e valor de aluguel (nas ações revisionais). No direito processual, a equidade aparece frequentemente com a roupagem da instrumentalidade das formas, por exemplo para mitigar a exigência de que o agravante junte cópias de todas as peças necessárias para compreensão da controvérsia, quando essa falha for tempestivamente suprida por uma das partes ou para permitir que o pedido de reconsideração de decisões monocráticas seja recebido como agravo regimental. Nesse sentido, com citação de precedentes, v. STJ, 1ª T., AgRg no REsp 1.331.172/SC, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 22.10.2013.

Na sociedade complexa, o princípio jurídico da igualdade se fragmenta em inúmeras especificidades (reconhecimento de situações específicas) universalizáveis (todos casos igualmente específicos devem ser tratados do mesmo modo). A igualdade não se realiza pela repetição mecânica da aplicação da lei, mas, em razão dos direitos de liberdade e dignidade, pelo reconhecimento de situações distintas que se generalizam. Só pode haver previsibilidade em relação a certos aspectos da motivação dessas distinções, que devem estar fundamentadas no direito e não no subjetivismo do julgador ou acepções pessoais das partes. Direito à igualdade, por isso, só pode se apresentar como direito a uma motivação adequada à estrutura de uma sociedade que não conhece vértice, centro ou estratos.

De outro lado, não há como se falar em um direito à equidade, mas sim no reconhecimento da prerrogativa de os juízes, em determinados casos, temperarem a igualdade ou deixarem de aplicá-la sob a justificativa de se tratar de uma exigência do próprio sistema, para lidar com a sua contingência interna (a fórmula da justiça). Mantém-se, assim, a autonomia do sistema.

O direito positivo da sociedade complexa não pode escapar de si mesmo. Não pode escapar da extensão e complexidade do material jurídico, do seu alcance sobre as mais diversas situações (a jurisdicização) e da elasticidade da argumentação que justifica sua aplicação. O princípio jurídico da igualdade justifica um sistema de precedentes (mais ou menos vinculantes), como o movimento reformista criou, mas essa igualdade deve ser considerada na sua perspectiva moderna: ela não se volta à simples repetição de julgados, mas à motivação específica à luz dos precedentes. O juiz sempre poderá interpretar os precedentes, mesmo as súmulas vinculantes, como se viu no cap. 7.1. O controle do arbítrio depende de que essa interpretação ocorra dentro de certos limites e a partir do próprio material jurídico.

O movimento reformista deveria então considerar, para o funcionamento adequado do sistema de precedentes, mecanismos para estruturar a motivação das decisões, especialmente no que se refere à aplicação dos precedentes. Melhor do que supor que a clareza das súmulas e julgados bastaria para impedir sua interpretação, o que é impossível, seria criar estruturas para considerar, na motivação das decisões judiciais, as premissas fáticas e jurídicas que definem o caso para a aplicação ou não de precedentes. Na sociedade complexa, previsibilidade só pode dizer respeito à variabilidade estrutural, isto é, ao aprendizado constante, ou a *aprender a aprender* com as mudanças.

8.2.2 Previsibilidade na estrutura da motivação: questões de fato e questões de direito

Para que um programa decisional fundado na vinculatividade dos precedentes possa ser considerado previsível, é necessário não ter ilusões quanto à supressão da interpretação e da autopoiese do direito. Como demonstra a experiência da *common Law*, é importante criar uma estrutura que permita relacionar os casos aos precedentes, os precedentes entre si e padrões de variação (*distinguishing*) e superação (*overruling*). Sem uma estrutura desse tipo, o conjunto de precedentes/súmulas não é mais do que material jurídico adicional a ser interpretado e, portanto, fonte de mais incertezas e imprevisibilidade. Os mesmos limites de realidade que desmontaram o mito do legislador racional (capaz de captar o espírito do povo e legislar abarcando, com justiça e sabedoria multissecular, todos os casos possíveis) se aplicam aos juízes, inclusive aos Tribunais Superiores.

O movimento reformista vem construindo um sistema hierarquizado de precedentes, cujos mecanismos não pressupõem a fixação de uma posição discutida em repetidas decisões, mas evitar a proliferação de decisões divergentes, fixando a interpretação do direito por meio da atuação dos Tribunais Superiores. O mecanismo se articula com a própria seletividade dos Tribunais Superiores que, em princípio, decidem apenas a respeito das questões de *direito* (afinal, apenas os Tribunais Superiores julgam por amostragem e editam súmulas vinculantes cf. cap. 7.1.), seja matéria constitucional (Supremo Tribunal Federal) ou de lei federal (Superior Tribunal de Justiça). Portanto, trata-se de uniformizar a jurisprudência e criar precedente sobre questões *puramente* de direito.

Mas, mesmo nos Tribunais Superiores, como decorre da súmula 400 do Supremo Tribunal Federal, "decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra 'A' do art. 101, III, da Constituição Federal". E, posto que, nos últimos anos, essa interpretação tenha sido reinterpretada para o cabimento do recurso especial,[999] continua sendo confirmado o entendimento da súmula 343,

[999] Conforme Theotonio Negrão: "a súmula 400 perdeu quase todo o seu prestígio e não tem sido invocada no STJ para não conhecimento do recurso especial. Outrora, no STF, ela e as Súmulas 282 e 356, combinadas, constituíam obstáculos dificilmente ultrapassáveis para o conhecimento do recurso extraordinário". (THEOTONIO NEGRÃO et al. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual em vigor**. 43.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, nota 3 ao art. 255 do RISTJ, p. 20-57). Aliás, o STJ já decidiu que "O enunciado nº 400 da Súmula STF é incompatível com a teleologia do sistema recursal introduzido pela Constituição de 1988" (4ª T., REsp 5.936PR, Min. Rel. Salvio Teixeira, j. 7.10.91).

também do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que "não cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais".[1000]

No entanto, também os fatos estão sujeitos à interpretação e valoração jurídica e são determinantes para a aplicação da regra de direito e vinculação ao precedente. Em especial, quando se trata de identificar os critérios de sujeição de um caso à súmula ou ao julgamento massificado, por amostragem (cap. 7.2.2.). A separação entre matéria de puro direito/matéria fática subjacente não poderia, ao menos em princípio, ser feita de modo burocrático e massificado. Sempre há interpretação e atividade jurisdicional envolvida na valoração de fatos e direito,[1001] sem a qual não se pode aferir a aplicação dos precedentes ao caso e nem falar na almejada previsibilidade.

A previsibilidade, a partir dos precedentes, também depende, frise-se, de interpretar a relação que determina a vinculação do caso: uma interpretação que também é sujeita a interpretações e não pode ser considerada previsível, mesmo do ponto de vista dos Tribunais Superiores.[1002]

Por influência da doutrina do *common Law*, pensadores do movimento reformista vêm percebendo essa realidade: sistemas baseados em precedentes demandam uma considerável atividade interpretativa e uma análise individualizada de cada caso (com todo o seu contraditório e etapas procedimentais) – o que colide com o objetivo de maior celeridade por meio da diminuição do número de processos e de etapas procedimentais.

[1000] A observação é também de Theotonio Negrão (RSTJ 4/1.179, STJR 656/186; STJ 1ª Seção, AR 1.291, rel. Min. Luiz Fux, j. 23.4.08), nota 21 ao art. 485, inc. V, do CPC, p. 638.

[1001] Não é difícil, contudo, notar certa discricionariedade dos Tribunais Superiores no uso desses filtros. Ao mesmo tempo em que, por força da súmula 7, o Superior Tribunal de Justiça entende ser inviável o reexame de provas (questões de fato) em sede de recurso especial, entende que, em certos casos, a valoração jurídica do sentido do fato provado é possível. Assim, já decidiu que "não ofende o princípio da Súmula 7 emprestar-se, no julgamento do especial, significado diverso aos fatos estabelecidos pelo acórdão recorrido. Inviável é ter como ocorridos fatos cuja existência o acórdão negou ou negar fatos que se tiveram como verificados" (STJ – Corte Especial, ED no REsp 134.108 AGRg, Min. Eduardo Ribeiro, j. 2.6.99). De modo similar também entendeu que "questões relativas ao exame da prova pericial e ao quantum fixado a título de indenização *in casu*, não consistem em matéria puramente de fato. Em verdade, cuida-se a hipótese de qualificação jurídica dos fatos" (STJ, 2ª T., REsp 196.456, Min. Franciulli Neto, j. 7.8.01). Cabimento de lucros cessantes e pagamento por acréscimo de obras foram também considerados qualificação jurídica de fatos (STJ, 2ª T., AI 680.476AgRg, Min. Humberto Martins, j. 26.6.07). De modo similar, apesar de a súmula 5 vedar ao STJ interpretar o sentido de cláusulas contratuais, já se decidiu que "a qualificação do negócio jurídico, através do exame da sua existência e natureza, é diligência passível de exame no recurso especial" (STJ, 3ª T., REsp 1.800, Min. Gueiros Leite, j. 24.4.90).

[1002] Como aponta Danilo Knijnik, é preciso considerar a própria "impossibilidade hermenêutica de repropor uma distinção monolítica entre a questão de fato e a questão de direito, como se fossem elementos heterogêneos, de tal modo que toda questão pudesse ser ou de fato ou de direito, e, mais do que isso, de tal modo que fosse possível separá-las, ou seja, dizer, na decisão, o que é fato e o que é o direito". (KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.78).

Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier propõe que a construção de um sistema de precedentes no Brasil deve contemplar distinções de *ambientes de decisão* e graus de vinculação[1003].

Trata-se, segundo a autora, de encontrar critérios para identificar situações em que o juiz teria mais ou menos liberdade para decidir de acordo com precedentes ou fazer evoluir a jurisprudência já existente, decidindo de modo livre. Também para Wambier o respeito aos precedentes garantiria previsibilidade ao sistema e realizaria o princípio jurídico da igualdade, mas, após um estudo de comentários ao modelo da *common Law*, a autora conclui que não se trata simplesmente de vincular decisões aos precedentes: é preciso construir distinções.[1004]

Nesse cenário, Wambier sugere o conceito de *ambientes de decisão*: uma situação de direito material que se apresenta como objeto de decisão jurisdicional. Para a autora, a decisão do juiz deve sempre considerar o ramo do direito posto sob apreciação: direito tributário, direito do consumidor, direito de família, direito penal etc. Conforme os princípios de cada ramo, o juiz estaria mais ou menos adstrito aos precedentes. No direito tributário, orientado pela legalidade estrita, anterioridade dos tributos, capacidade contributiva, entre outros, a decisão judicial não seria lugar para inovação jurídica, salvo diante de alteração legislativa. A esses ambientes, a autora chama de *rígidos*. De outro lado, outros ramos do direito apresentariam princípios e conceitos jurídicos abertos, de elevada carga valorativa, nos quais seria papel da jurisprudência adaptar o direito à realidade social, assim como ocorre no direito de família. Esses seriam ambientes frouxos de decisão.[1005] Essa distinção orientaria outras distinções sobre o grau de vinculação dos precedentes e o cabimento dos mecanismos de supressão procedimental/julgamentos por amostragem.

Para Wambier, os princípios de direito material predominantes em cada caso ajudariam a identificar até que ponto pode (e deve) o juiz verificar mudanças sociais ou razões

---

[1003] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p.11-97.

[1004] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p.13. Para a autora, a *certeza do direito*, no que se refere aos precedentes judiciais, está ligada à ideia de estabilidade das decisões e não de imutabilidade. Estabilidade não implicaria imutabilidade, mas mutabilidade em termos previsíveis. Existe uma tensão porque a previsibilidade, em princípio, se opõe à adaptabilidade às condições sociais. (p.15).

[1005] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p.15-19.

morais que justifiquem afastar-se dos precedentes. O direito de família seria um exemplo típico de ambiente frouxo, em que a observação dos costumes e da realidade social seria mais relevante do que a vinculação ao precedente, em comparação ao direito tributário, no qual a legalidade estrita e a anterioridade da lei exigem mais previsibilidade. Desses mesmos princípios decorreria a admissibilidade, na legislação e nos precedentes, de conceitos abertos ou vagos.[1006]

Não significa, no entanto, que em ambientes frouxos a uniformização não seja necessária. O que se admitiria seria um período de transição, até a fixação do novo entendimento, quando então já não haveria mais liberdade para o juiz. Em qualquer hipótese, a alteração não poderia decorrer da simples mudança de opinião do juiz e deverá considerar a necessidade de evitar efeitos retroativos. A mudança de posicionamento jurisprudencial deveria sempre modular seus efeitos para que situações passadas, ocorridas na confiança da manutenção do entendimento jurisprudencial, não sejam atingidas.[1007]

A ideia central é a de que a interpretação, a divergência jurisprudencial e a mudança na interpretação são inevitáveis e correspondem a um direito[1008] do juiz julgar de acordo com a sua livre convicção. No entanto, aponta, no caso brasileiro, a massificação de certos litígios e bruscas mudanças de orientação jurisprudencial, em especial nos litígios contra o Poder Público, agrava distorções que seriam normalmente esperadas.[1009]

[1006] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p.54-55.

[1007] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012.

[1008] Parece mais correto, no entanto, falar em prerrogativa ou garantia do juiz, à qual corresponde um direito do jurisdicionado influir sobre a decisão.

[1009] A autora reconhece que "várias são as causas que geram diversidade na interpretação da lei. Uma delas, sem dúvida, é o fato de a lei hoje conter uma pluralidade impressionante de conceitos vagos e cláusulas gerais. Mas a diversidade de opiniões a respeito do que seja a decisão 'justa', num país plural como o Brasil, é o que explica muitas das divergências sobre o sentido de normas não tão vagas assim". Para a autora, ainda, a existência de jurisprudência divergente decorreria da existência de normas conflitantes e também de uma fragilidade institucional existente nos países em desenvolvimento, como observa estudo de Eduardo Oteiza. (OTEIZA, Eduardo. El problema de la uniformidade de la jurisprudência em America Latina. In: **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, ano VI, nº 10, p.158-210, Buenos Aires: 2007). No Brasil, o excesso de casos colaboraria para a diversidade de interpretações em nível hierárquico, isto é, juízes, Tribunais locais e Tribunais Superiores decidindo questões de modo diverso e mesmo divergência entre STJ e STF. A par desse problema estaria o da brusca alteração da jurisprudência, ou seja, a não vinculação dos tribunais aos seus próprios precedentes. A autora apresenta ainda três casos em que, no âmbito dos tribunais superiores, o STF decidiu, em matéria tributária, de modo diametralmente oposto ao STJ ou ao entendimento anterior do próprio STF. Interessante que, nos três casos mencionados pela autora, a mudança na jurisprudência se deu em favor da fazenda pública e contrária aos contribuintes: cobrança de COFINS de sociedades civis prestadoras de serviços (STJ, súmula 276, editada em 2003 x STF, RE 377.457/PR e 381.964/MG); incidência de ICMS sobre serviços de habilitação de telefonia (STJ, REsp 816.512/PI, julgado em 2010 sob o rito dos recursos repetitivos). O STF, que vinha decidindo no sentido de que a questão estava fora da sua competência, por não ter caráter constitucional, decidiu, em outubro de 2011, apreciar a matéria. Após um voto contrário ao contribuinte e outro a favor houve pedido de vista do Min. Dias Toffoli (em jan. de 2014 o caso ainda não voltou a julgamento). Por último, o STF

De fato, observada a partir do princípio jurídico da igualdade, a vinculação de precedentes nos litígios envolvendo o Poder Público teria um duplo viés: também nas relações com os cidadãos (que podem ou não se tornar litigiosas) o Poder Público está obrigado a se pautar pelo princípio da igualdade. Mais do que isso, as relações entre os cidadãos e o Poder Público são pautadas pelo princípio da legalidade estrita (Constituição Federal, art. 37), ou seja, sempre se desenvolvem dentro de balizas legislativas, portanto, gerais e abstratas. Daí porque o controle jurisdicional da atuação do Poder Público sempre carrega consigo uma questão de aplicação do princípio da igualdade. Julgar conflitos sobre a atuação do fisco, da previdência das forças policiais, das políticas públicas etc. implica um julgamento sobre a motivação da atuação do Poder Público à luz do princípio da igualdade.

É fácil perceber que os chamados litígios de massa, em que há milhares de demandas praticamente idênticas em vários tribunais do território nacional, envolvem o Estado, pois o Estado se relaciona com um enorme contingente de cidadãos a partir de um mesmo molde jurídico. Mesmo litígios entre consumidores e as concessionárias de serviços públicos, operadoras de seguros saúde privados e instituições financeiras nada mais são do que uma manifestação da presença do Poder Público em milhares de contratos.

A existência dessa litigiosidade reflete o uso político que o Estado faz do direito, utilizando o sistema jurídico para deixar de tomar decisões, ganhar tempo ou evitar desgastes políticos de determinadas medidas (e, consequentemente, sobrecarregando os filtros do sistema e bloqueando a capacidade operacional do direito). A uniformização de jurisprudência e os mecanismos de julgamento por amostragem, nesses casos, refletem mais um aspecto desse uso político: a necessidade de que as decisões judiciais não acabem por inviabilizar a utilidade política do direito, o que se busca garantir com um sistema hierarquizado de precedentes vinculantes – e não parece eventual que os casos de mudança jurisprudencial brusca do Supremo Tribunal Federal citados por Wambier tenham se dado em matéria tributária e para favorecer a fazenda pública.

A autora aponta também a necessidade do uso de outra distinção para verificar a aplicação de precedentes vinculantes: identidade integral (ou absoluta) x identidade

---

alterou, em junho de 2007, seu entendimento anterior no sentido de que a aquisição de insumos/matéria-prima isentos de impostos geraria créditos para apuração do IPI do produto final. O anterior entendimento também foi alterado para beneficiar a fazenda pública (inviabilizando o creditamento). (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p. 36-38).

essencial entre os casos como parâmetro a orientar a vinculação dos casos a precedentes e a julgamentos por amostragem. Nos casos de *identidade integral,* há identidade das questões de fato e da questão jurídica específica a ser decidida. "Não necessariamente o quadro fático subjacente integralmente considerado: mas, dentre os fatos, aqueles tidos como relevantes pelo direito para a incidência (ou não) da consequência sobre a qual se discute".[1010]

Seria o caso dos litígios massificados de consumidores ou de contribuintes, em que, como já visto, há uma dupla incidência do princípio da igualdade que reforça as exigências de legalidade/previsibilidade. Esses casos apresentariam um *ambiente decisional rígido*, no qual o juiz não poderia se afastar da orientação dos precedentes. De outro lado, nos casos mais complexos, típicos de *ambientes decisionais frouxos*, em que se lida com cláusulas abertas e conceitos vagos, que demandam interpretação e carga valorativa maior, não se poderia equiparar casos de modo raso. Aqui, para a autora, a uniformização da jurisprudência deveria se orientar mais pelo sistema da *common Law*, isto é, em que há uma atividade interpretativa voltada a identificar a essência do caso (fatos e/ou direito), de modo a justificar a aplicação ou não dos precedentes. Seria preciso construir os fatos relevantes com suficiente grau de abstração a fim de verificar se, na essência, naquilo que é juridicamente relevante, os fatos são análogos, ou melhor, quais são as semelhanças juridicamente relevantes.[1011]

A partir dessas distinções, Wambier sugere que os mecanismos de supressão de procedimento, como o julgamento imediato (CPC 285-A), monocrático, o bloqueio de recursos e as técnicas de julgamento por amostragem (CPC, arts. 543 B e C), analisados no cap. 7.2., só poderiam ser utilizados em caso de identidade absoluta. Já a aplicação do precedente ao caso, como a súmula vinculante ou a reclamação para sua aplicação (cap. 7.1.), estaria baseada na identidade essencial, demandando apreciação detida de cada caso e interpretação demonstrando por que o precedente ou súmula é ou não aplicável[1012].

O que se extrai da construção refinada de Wambier vai ao encontro do que Luhmann e De Giorgi dizem sobre o princípio jurídico da igualdade: enquanto um princípio jurídico, trata-se de um mecanismo que garante o direito a uma motivação específica. As

[1010] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p. 57.
[1011] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p. 61-63.
[1012] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012, p.81-82.

distinções sugeridas pela autora apontam isso: a identificação de um ambiente frouxo ou rígido de decisão, a distinção entre os casos de vinculação absoluta ou essencial, são distinções que só podem ser feitas na própria decisão judicial.

Distinções que também não são livres de problemas. Há juízes para quem o direito penal deve proteger a sociedade do criminoso (o que implicaria um ambiente frouxo em termos de garantias) e juízes garantistas, para quem o direito penal protege o indivíduo do Estado. Juízes que veem no direito de família um instrumento para conservar e proteger determinado modelo de família (e que, portanto, deve ser mais conservador do que progressista em relação à jurisprudência). Juízes que veem o direito ambiental como um problema de limitação do uso da propriedade (e portanto, que deve ser interpretado de modo garantista) e juízes que veem como um instrumento de proteção das futuras gerações contra as gerações presentes. A proposta da distinção dos *ambientes de decisão* só reproduz o paradoxo constitutivo do direito: qual direito tem direito de ser direito? O mesmo se pode dizer das distinções sobre vinculação absoluta ou essencial: não se pode estabelecer *a priori* quais são os ambientes e quais são os casos de vinculação.

A distinção não é, por isso, inútil. Ao contrário, parece necessária para o funcionamento de um sistema de precedentes, mas ela só pode se voltar à fundamentação da decisão de cada caso.[1013] Em termos de previsibilidade não é pouca coisa: há limites quanto a como e o quê se pode fundamentar. Mas, como toda relação causal, a previsibilidade é uma construção *a posteriori* e que, certamente, não pode ser descrita nos termos que o movimento de reforma do processo propõe: capaz de gerar certeza da qualificação jurídica das ações, evitar divergência/alteração jurisprudencial, desestimular litígios, desafogar o Poder Judiciário e realizar o pleno acesso à Justiça.

As incertezas e divergências são deslocadas para os filtros seletivos do sistema processual: os Tribunais, sobrecarregados pela política, aprenderam a desonerar o seu próprio

[1013] A questão, percebe-se, é essencialmente de motivação da decisões. Tanto que a autora ressalta que "para que seja possível o uso destes remédios para criar mais harmonia no sistema, às partes deve ser dado o direito de incluir na decisão de segunda instância todos os aspectos fáticos da decisão que entenderem relevantes, por meio dos embargos de declaração". (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012. p. 82). Ainda, tal modificação também demandaria uma mudança na postura dos tribunais superiores, no sentido de não conhecer de recursos que visem à revisão de valores arbitrados a título de danos morais/honorários e da absoluta restrição (às vezes seletiva) ao conhecimento de matérias de fato. (p. 85).

centro decisório, selecionando o que decidir, quando decidir, se decidir e em que termos decidir ou só aplicar precedentes.

Em todo caso, há um problema de legitimação a ser contornado porque, levado a sério o processo e o contraditório, a decisão deve corresponder às discussões estabelecidas pelas partes. Processos não são deliberações genéricas sobre teses jurídicas: eles canalizam um conflito. São as partes que definem os limites do conflito e das questões a serem decididas e que, por isso, pautam a decisão a ser proferida. É certo que, quanto ao fundamento legal da demanda, o juiz não está vinculado às alegações das partes mas, a rigor, os fundamentos legais não são o objeto de decisão.[1014] Por mais que possa haver interesse público no processo e no seu resultado, por maiores que sejam os poderes do juiz, a legitimação da jurisdição (imunização contra o dissenso) será proporcional ao nível de envolvimento propiciado aos participantes.[1015] A parte deve ser capaz de perceber a decisão do seu caso como resultado da sua atividade no processo e não como resultado de uma deliberação abstrata e impermeável.[1016]

A realização de igualdade não é capaz de, por si, substituir a legitimação procedimental. A igualdade é o pressuposto operativo da previsibilidade das decisões – nos termos aqui postos – e não o resultado esperado. Não se aceita a decisão porque ela é igual a de outros casos (em especial para quem considera o próprio caso diferente, como é mais comum). Resta saber se a promessa de celeridade pode fazer as vezes da legitimação.

[1014] A isso corresponde o chamado princípio da substanciação da causa de pedir. A parte deve apresentar ao juiz os fatos juridicamente relevantes para o julgamento, mas não o fundamento legal específico. Como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, "Não se confunde fundamento jurídico com fundamento legal, sendo aquele imprescindível e este dispensável, em respeito ao princípio *jura novit cúria* (o juiz conhece o direito)" (STJ, 1º T., REsp, 477.415PE, rel. Min. José Delgado, j. 8.4.2003)

[1015] Como visto no cap. 3.2.4..

[1016] Impermeabilidade que fica evidente diante da generalização rasa do entendimento segundo o qual "O juiz não está obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão" (EDcl nos EDcl no AgRg no REsp nº 1.298.728/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª T. j. 28.8.2012), que se tornou um irritante padrão no julgamento de embargos de declaração. Como fica mais bem explicado em outro julgado, embora não esteja obrigado a responder questionários, o Tribunal "deve examinar questões, oportunamente suscitadas, e que, se acolhidas, poderiam levar o julgamento a um resultado diverso do ocorrido", STJ, 2ªT., REsp 696.755, rel, Min. Eliana Calmon, j. 16.3.06). No entanto, em tempos de metas quantitativas de produção de julgados, esse posicionamento é cada vez mais raro nos Tribunais.

8.3 Celeridade como justiça?

Como mencionado na introdução do cap. 7 e no cap. 6.3., os problemas de celeridade processual decorrem da autonomia temporal do processo e da dificuldade de coordenação do tempo do direito e do processo com o de outros sistemas. No cap. 7.2., buscou-se demonstrar que os mecanismos criados pelo movimento reformista, voltados a viabilizar decisões mais rápidas por meio da supressão de etapas procedimentais, não funcionam como um direito da parte, mas como um critério discricionário de seleção para que os Tribunais possam gerenciar sua obrigação de decidir os casos. Nos itens anteriores, foi visto como as semânticas da superioridade da *common Law* e da igualdade não parecem suficientes para legitimar o processo judicial que o movimento de reforma do processo busca construir. Resta, agora, tentar compreender o papel legitimador da semântica da celeridade do processo.

A noção de celeridade no movimento de reforma do processo, vale lembrar, não se confunde com a de efetividade no sentido temporal, isto é, da tutela prestada a tempo de evitar o perecimento de um direito ou de um bem. Os mecanismos típicos da efetividade/tempestividade são as tutelas de urgência (antecipação dos efeitos da tutela final e medidas cautelares de apoio), que não dizem respeito ao encerramento do processo e sim à preservação de uma situação. A tutela de urgência duplica a referência temporal interna do processo: ao lado do passado narrado pelas partes, sobre o qual a decisão final incidirá (formando um tempo presente que só se conhecerá no futuro), é produzido outro passado, a situação de risco iminente, sobre o qual a decisão liminar permanece produzindo efeitos e condicionando o final do processo (futuro presente), que pode ou não confirmar a liminar. Essa estrutura temporal dúplice cria a impressão de coordenação entre as operações do processo, do sistema jurídico e outros sistemas que fazem referência ao processo. A essa coordenação o direito processual se refere como efetividade do processo.

A ideia de celeridade, no entanto, possui outra referência temporal que, ao mesmo tempo, envolve uma coordenação com programas temporais externos e consistência interna. A duração total do processo deve ser *razoável*, [1017] ou seja, compatível com alguma

[1017] A doutrina aponta, de modo unânime, que razoabilidade do tempo de duração não se confunde com rapidez, nem com tempestividade. No entanto, com *razoável duração*, a doutrina sempre se refere a uma duração menor (e não maior). Nesse

referência externa específica (o que é razoável para um processo não é para outro), mas generalizável para todos os casos similares e, em todo caso, um tempo menor do que aquele hoje constatável.

Existem referências sobre a preocupação com o tempo de duração do processo desde a Antiguidade.[1018] No caso brasileiro, pode-se encontrar, pelo menos desde os anos 1930, intervenções legislativas voltadas a agilizar o trâmite processual.[1019] A própria reforma de 1973 manifesta uma sensível preocupação com a diminuição do tempo para julgamento.[1020] A literatura especializada aponta, ainda, que a preocupação não é exclusividade brasileira, mas está presente tanto na legislação quanto na literatura de países como Estados Unidos, Japão, Alemanha, França, Portugal e, notoriamente, na Itália.[1021] Ainda, como observa Ricardo Quass Duarte sobre a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, "em 2001, de um total de 888 julgamentos proferidos pela Corte, 480 diziam respeito a reclamações sobre a excessiva duração dos processos judiciais".[1022]

Esse diagnóstico esclarece que não se trata de um problema do processo civil brasileiro nem um problema especificamente da Modernidade. O problema é intrínseco à diferenciação de um processo juridicamente regulado e que, como tal, pressupõe autonomia temporal (caps. 3.2.4.), a qual se agrava na Modernidade. A desarmonia entre os tempos é

---

sentido, por todos: (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006, p.48-49).

[1018] José Rogério Cruz e Tucci aponta que no período pós-clássico do direito romano já existem relatos sobre a lentidão no julgamento dos processos, sendo que, desde o período clássico se encontra nas *Institutas de Gaio* a *Lex Julia judiciária* que determinava o prazo máximo de um ano e meio para julgamento das ações sob pena de extinção. Nesse sentido: TUCCI, José Rogerio Cruz e. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: RT, 1997, p.16; AZEVEDO, Luiz Carlos de; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de História do processo civil romano**. São Paulo: RT. 2001, p.217.

[1019] Para Alfredo Buzaid a preocupação com excesso de processos e a demora no julgamento remonta ao Decreto nº 20.889/31, que estabeleceu para o Supremo Tribunal Federal o número obrigatório por semana de sessões de julgamento até esgotamento da pauta. Do mesmo modo, a criação da Justiça Eleitoral e Militar pela Constituição de 1934 indicam uma preocupação em desafogar o Supremo Tribunal Federal. (BUZAID, Alfredo. **Estudos de Direito**. v.1, São Paulo: Saraiva, 1972, p.145).

[1020] Nesse sentido, se lê na exposição de motivos que "o processo civil deve ser dotado exclusivamente de meios racionais, tendentes a obter a atuação do direito. As duas exigências que concorrem para aperfeiçoá-lo são a rapidez e a justiça. Força é, portanto, estruturá-lo de tal modo que ele se torne efetivamente apto a administrar, sem delongas, a justiça". Como já observado anteriormente, a perspectiva aqui se volta às instituições do *processo*, evitando atos processuais inúteis o que, secundariamente beneficia a função jurisdicional como um todo.

[1021] Nesse sentido: MOREIRA, José Carlos Barbosa. A duração dos processos: alguns dados comparativos. In: **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, nº 26, 2004, p. 54; MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. In: **Temas de direito processual**, oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. Para um panorama da situação europeia, especialmente da Itália, com indicação de bibliografia, ver: DUARTE, Ricardo Quass. **O tempo inimigo no processo civil brasileiro**. São Paulo: LTr, 2009, p.57-63. A conclusão do autor, como de toda a literatura de direito processual, é a de que, o problema não é exclusivo do Estado brasileiro, o que indica que o combate à morosidade não deve se orientar exclusivamente pelos modelos alienígenas.

[1022] DUARTE, Ricardo Quass. **O tempo inimigo no processo civil brasileiro**. São Paulo: LTr, 2009, p.60.

acentuada na Modernidade porque a diferenciação funcional rompe a unidade das dimensões social/temporal/material que permitia, por exemplo, estabilizar socialmente contingências temporais. Agora não só o processo judicial possui um tempo próprio, mas todos os sistemas sociais possuem seus próprios tempos (caps. 2.1.4.).

Além disso, a positividade permite ao direito autopoiético incorporar cada vez mais diferentes temas na forma de programas jurídicos sujeitos à aplicação do código (i.e., tematizar juridicamente os mais diversos conflitos). O direito da sociedade complexa se vê diante da contingência de decidir temas impensáveis para o direito de dois séculos atrás: com qual dos pais a criança, filha de pais separados, deverá passar o feriado de natal; a validade de punições aplicadas por organizações privadas de esportes; a razoabilidade do risco envolvido no desconhecimento das consequências de certas atividades para o meio ambiente; a validade de provas de vestibulares; a obrigatoriedade de um contratante permanecer em uma relação contratual que lhe dá prejuízos; a legalidade de caricaturas e piadas divulgadas na mídia ou em redes sociais; etc. Temas pertinentes a sistemas sociais diversos, nos quais a referência temporal é absolutamente diversa (o que leva a doutrina a falar na necessidade de uma tutela jurisdicional específica, isto é, adequada a cada caso concreto), aumentando a desarmonia que é sentida como demora.

Diversamente do que ocorre em outros países, como a Itália (cap. 6.3.), para o movimento reformista, não se trata de responsabilizar o Estado pela demora dos processos nem de estabelecer um prazo limite para julgamento, mas sim de justificar a distinção entre causas e medidas de intervenção do Estado-juiz no litígio. Processos desiguais não podem estar sujeitos ao mesmo tempo total para julgamento. Diferentes temáticas justificam específicas tutelas e específicos procedimentos, aptos a conceder a tutela diferenciada. Enquanto direito, a duração *razoável* do processo garante a existência de diferentes procedimentos e um direito a que, no contexto desse procedimento específico, não haja dilações injustificadas: partes e juiz devem justificar seus atos também em razão do tempo razoável de duração do processo.[1023]

[1023] Nesse sentido, com ampla referência bibliográfica: MARINONI, Luiz Guilherme. **Direito fundamental à duração razoável do processo**. Disponível em: http://portal.estacio.br/media/2654374/artigo%205%20revisado.pdf. Acesso em: jul/2013.

O direito à razoável duração do processo e exige, portanto, diferenças de tratamento com relação aos diferentes conflitos tematizados juridicamente: é o direito a que determinados processos sejam julgados em tempo menor do que outros. Não é possível dizer (e a doutrina não se arrisca) se o tempo razoável de duração é de 1, 2, 5 ou 15 anos. Há consensos sobre o tempo que nunca é razoável, mas sempre há espaço para exceções. A complexidade do caso pode demandar uma longa duração. A irrazoabilidade surge quando se arrastam processos cuja complexidade assim não justifica.[1024]

O tempo razoável de duração de uma ação de indenização não é o mesmo de uma ação para decidir qual dos pais terá a guarda do filho ou se um casal de homossexuais está autorizado a casar civilmente. Exige também diferenças mais casuísticas: se as alegações dependem de provas complexas, se há muitas partes, se há testemunhas fora do país etc. e, nesse sentido, garante também um direito ao controle da conduta da parte contrária. O tempo é visto como um recurso escasso no processo e os atos processuais, porque tomam tempo, precisam ser justificados. Atos protelatórios poderão ensejar a aplicação de multas ou mesmo a antecipação dos efeitos da tutela pretendida por uma das partes contra a parte que tenta arrastar o processo.[1025]

Contudo, nesse sentido, na essência, o direito à razoável duração do processo não difere muito do princípio da economia processual. A novidade dos mecanismos reformistas está no fato de que, em termos técnicos, autorizam, de modo generalizado (independente das alegações), a supressão de etapas do procedimento ou do contraditório de modo relativamente independente da complexidade fática construída pela parte. A simplicidade do direito, já uniformizado, seria suficiente para autorizar a supressão de etapas procedimentais, das quais a legitimação procedimental depende (cap. 3.2.4.). A questão então é saber o que a semântica reformista da celeridade oferece para substituir a legitimação procedimental.

Como já visto, a estratégia geral da semântica reformista envolve adotar um discurso fundado na crise do Poder Judiciário. Essa crise minaria a credibilidade do Poder

---

[1024] José Rogério Cruz e Tucci fala no processo sem *dilações indevidas*, ou seja, que admite certas dilações porque necessárias à defesa das partes, produção das provas etc. (TUCCI, José Rogerio Cruz e. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: RT, 1997, p.88-89).

[1025] Sobre o tema: MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 3.ed. São Paulo: RT, 1999.

Judiciário e, simultaneamente, a reforma seria necessária para resgatar essa credibilidade perdida. A celeridade ganha especial relevância aqui, já que a demora tida por excessiva seria, ao lado da incerteza, uma das principais razões do descrédito do Poder Judiciário.[1026]

Além disso, com relação à duração do processo, o movimento reformista retoma uma antiga noção segundo a qual a Justiça incorpora a dimensão temporal. Rui Barbosa já nos anos 1920 dizia, na famosa *Oração aos moços*, que "justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta".[1027] Carnelutti já havia dito que o tempo é um inimigo no processo, contra quem o juiz luta o tempo todo.[1028]

Para o movimento reformista o tempo é um inimigo da parte que tem razão. O tempo beneficia o réu que não tem razão e que tem condições de aguardar e arcar com o tempo do processo. O tempo permite ao réu que não tem razão aproveitar o bem da vida do qual privou o autor.[1029] A decisão proferida fora do *tempo razoável* não seria legítima, a *justiça intempestiva não é justiça* [1030] porque provocaria sensações desagradáveis experimentadas pelo indivíduo.[1031] O direito de acesso aos tribunais englobaria um direito à ordem jurídica justa, considerada aquela capaz de proferir decisões efetivas e tempestivas.[1032]

[1026] Resume bem esse pensamento a opinião de José Rogério Cruz e Tucci, para quem "a intempestividade da tutela jurisdicional, em termos globais, aumenta a incerteza; compromete a segurança jurídica e, por isso, chega até a influir na eficiência da economia". (TUCCI, José Rogerio Cruz e. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: RT, 1997, p. 7).

[1027] BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 5.ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997, p.40.

[1028] CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, 1958, p.354.

[1029] Daí a afirmação de José Rogério Cruz e Tucci: "a demora da tutela jurisdicional, sob outro enfoque, beneficia, quase sempre, o réu que não tem Razão". (TUCCI, José Rogerio Cruz e. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: RT, 1997, p. 150). No mesmo sentido: (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 3.ed. São Paulo: RT, 1999, p.23). O benefício do tempo à parte com melhores condições econômicas é constatação de Mauro Cappelletti. (CAPPELLETTI, Mauro. Aspetti sociali e politici della procedura civile. In: **Giustizia e società**, Milano: Comunità, 1977; CAPPELLETTI, Mauro. Il processo come fenomeno sociale di massa. In: **Giustizia e società**, Milano: Comunità, 1977, p. 84; 227).

[1030] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Candido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 16.ed.São Paulo Malheiros: 2000, p.86.

[1031] Essa perspectiva tem clara inspiração na ideia de Cândido Rangel Dinamarco para quem o processo é um instrumento "posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes (ou menos infelizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas". (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.372-373). Veja-se, por exemplo, Luiz Guilherme Marinoni, para quem "o tempo é a dimensão fundamental da vida humana e se o bem perseguido no processo interfere na felicidade do litigante que o reivindica, é certo que a demora do processo gera, no mínimo, infelicidade pessoal e angústia e reduz as expectativas de uma vida mais feliz (ou menos infeliz). Não é possível desconsiderar o que se passa na vida das partes que estão em juízo. O cidadão concreto, o homem das ruas, não pode ter os seus sentimentos, as suas angústias e as suas decepções desprezadas pelos responsáveis pela administração da justiça". (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 3.ed. São Paulo: RT, 1999, p.17).

[1032] WATANABE, Kazuo. Tutela antecipada e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: (Coord.). Sálvio de Figueiredo Teixeira. **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p.20.

O tempo, isto é, a demora do processo, estaria do lado da injustiça, injustiça essa que decorre, justamente, da igualdade: o tempo incide de maneira igual sobre as partes, processos e sobre o Poder Judiciário como um todo, mas cada um sofre as consequências do tempo de modo diverso. Os juízes precisam dividir seu tempo para julgar casos em que a necessidade das partes pode ser diversa, situação que se agrava no funil dos recursos, quando os diferentes tipos de procedimento para diferentes causas surtem menos efeitos. O direito à duração razoável se apresenta, assim, como uma exigência de *equidade na gestão do tempo* dos juízes e do Poder Judiciário, ou seja, uma exigência voltada para o legislador e para a administração dos Tribunais. Essa exigência justificaria não só a criação de procedimentos específicos (técnica das reformas anteriores), mas também, para o atual movimento reformista, sucessivas reorganizações das estruturas burocráticas da Administração da Justiça, do método de trabalho dos juízes (com uma tendência para diminuir garantias da magistratura) e a supressão de etapas procedimentais, analisada no cap. 6.3..

Além disso, fala-se no estímulo aos meios alternativos de solução de conflito e desjudicialização. A *razoável duração do processo*, no contexto do movimento reformista, foca no compromisso de diminuir o volume de trabalho nos Tribunais. Menos processos implicariam mais tempo para os juízes dedicarem aos casos que, então, poderiam ser julgados em menos tempo e com mais qualidade.

É preciso apontar que existem distorções nesse diagnóstico e prognóstico, em especial a ideia de que a produtividade do Poder Judiciário pode estar diretamente ligada ao volume de processos.[1033] Boa parte da doutrina do pensamento reformista entende que, como o Brasil possui um número de juízes de 7,7 por 100.000 habitantes, próximo da média internacional de 7,3 para 100.000 habitantes, não haveria necessidade de investimentos em

[1033] A teoria de administração de pessoas sabe já há tempos que a produtividade de trabalhadores intelectuais é, além de muito difícil de se medir, dependente de causas complexas, normalmente ligadas à motivação (financeira, do ambiente de trabalho, reconhecimento, metas etc.). De qualquer modo, a produtividade tem limites que independem do volume de trabalho: menos processos poderiam fazer com que a produtividade atual dos juízes fosse mais representativa, mas não com que os juízes julguem mais processos ou mesmo que os processos, que comportam várias etapas além do julgamento em si, cheguem a termo mais rapidamente. Apenas uma diminuição muito drástica do número de processos – o que não parece realizável nem mesmo no longo prazo – poderia ter efeitos sensíveis, por exemplo, no trabalho das instâncias superiores. É o que se observa em Tribunais nos quais, por uma distorção do sistema de distribuição, há desembargadores com um enorme acervo de processos para julgar e outros sem acervo nenhum, capazes de julgar um recurso tão logo ele chega ao Tribunal. Sobre a complexidade da produtividade do trabalhador intelectual e importância das técnicas de gestão: (DRUCKER, Peter Ferdinand. Managing for the future: the 1990's and beyond. In: **O melhor de Peter Drucker**: o homem, a administração, a sociedade. Tradução de Maria L. Leite Rosa. São Paulo: Nobel, 2002, p.46-47).

mais juízes.[1034] Mas, para o movimento reformista, embora o aumento do número de juízes não tenha o potencial de diminuir a morosidade judicial, a diminuição do número de processos propiciaria um Poder Judiciário mais rápido (a ordem dos fatores alteraria o produto).[1035] Daí as sugestões de supressão de etapas procedimentais e julgamentos por amostragem, que teriam o potencial de desonerar os juízes e Tribunais inferiores do ônus de decidir os casos e, com o tempo, desestimulariam a litigiosidade.

Nesse sentido, Duarte, com amparo em Bedaque, Tucci e Humberto Theodoro Jr., fala em *litigiosidade excessiva* como um resultado não-desejado da ampliação do acesso à Justiça que teria, por consequência, o congestionamento nos Tribunais, devendo ser combatida.[1036] Essa excessiva litigiosidade estaria ligada a uma tradição de prestígio da sentença em detrimento de acordos e mediação.[1037] A solução passaria pelo incentivo dos meios alternativos de resolução de conflitos e conciliação, bem como um desincentivo à litigiosidade considerada frívola.[1038]

[1034] Nesse sentido, Ada Pellelgrini Grinover, GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. In: (Coords.) GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano Lagrasta. **Mediação e gerenciamento do processo**: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação, São Paulo: Atlas, 2007, p.2; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência das leis processuais. In: **Revista de Processo**, nº 125, São Paulo: RT, jul. 2005, p. 69-70; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Contornos da reforma contemporânea do processo civil. In: **Revista de Processo**, nº143, São Paulo, jan. 2007, p.279. Em sentido oposto, embora com base em dados mais antigos: José Roberto dos Santos Bedaque e Carlos Alberto Carmona apontam a disparidade da média brasileira com a europeia, de 20 juízes para cada 100.000 habitantes: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CARMONA, Carlos Alberto. A posição do juiz: tendências atuais. In: **Revista Forense**, nº349, Rio de Janeiro, jan.-mar. 2000, p.86; MOREIRA, José Carlos Barbosa. A efetividade do processo de conhecimento. In: **Revista de processo** nº74, abr.-jun. 1994, p.130-131 (embora com dados do início dos anos 1990). Dados de 2013 do Ministério da Justiça (http://www.acessoajustica.gov.br) mostram uma média de 10 juízes por 100 mil habitantes.

[1035] É claro que uma diminuição no número de processos teria um impacto mais difuso sobre o Poder Judiciário como um todo, mas a lógica é a mesma: quando se fala em aumento do número de juízes vai implícito o aumento de servidores (juízes trabalham junto a um cartório judicial). Além disso, a produtividade dos cartórios é, em grande medida, de natureza intelectual e não depende diretamente do volume de trabalho, mas da eficiência com que o trabalho pode ser realizado. Em resumo, funcionários dificilmente trabalham mais porque há mais trabalho a ser feito nem são mais eficientes só porque há menos trabalho. A eficiência depende da possibilidade de se implementar técnicas de gestão de pessoas no âmbito do funcionalismo e de gerenciamento de processos.

[1036] DUARTE, Ricardo Quass. **O tempo inimigo no processo civil brasileiro**. São Paulo: LTr, 2009, p.68.

[1037] DUARTE, Ricardo Quass. **O tempo inimigo no processo civil brasileiro**. São Paulo: LTr, 2009, p.70-71.

[1038] DUARTE, Ricardo Quass. **O tempo inimigo no processo civil brasileiro**. São Paulo: LTr, 2009. Também sobre a desjudicialização, José Renato Nalini, afirma que "quem não se aperceber de que os tempos são outros e que o acesso à Justiça é algo de muito mais sério do que garantir a institucionalização do conflito mediante o processo, poderá ser surpreendido com a substituição da Justiça convencional por outras formas de maior eficiência na mitigação da sede de justiça de que padece a humanidade aflita, mas participante, deste final de milênio". Novas perspectivas no acesso à justiça. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo08.htm. Acesso em: 11 nov.2011. Sobre o tema: MIRANDA, Marconi Alves. **Desjudicialização das relações sociais**: garantia da aplicabilidade do princípio constitucional da efetividade e celeridade nas soluções dos litígios. Disponível em: http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/6693/Desjudicializacao_das_Relacoes_Sociais_Garantia_da_Aplicabilidade_do_Principio_Constitucional_da_Efetividade_e_Celeridade_nas_Solucoes_dos_Litigios. Acesso em: 11 nov. 2011. E uma análise abrangente da questão: PEDROSO, João et. al. **Percursos da informalização e da desjudicialização por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparativa)**. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 2001. No mais, não parece haver dúvidas de que a desjudicialização está na pauta dos próximos passos do movimento de reforma. Aliás, é

A hipótese parece exagerada[1039] e equivocada.[1040] Não obstante, o aumento da oferta de mecanismos de conciliação/mediação também poderia levar ao aumento de distinções para o gerenciamento dos processos, não para reduzir a judicialização dos conflitos, mas para aumentar as possibilidades de solução dos conflitos já judicializados. De todo modo, a semântica da celeridade (ou da duração razoável do processo que, na prática, nunca se refere a uma duração maior) se apresenta como justiça na forma da desigualdade: exige distinções para que casos desiguais não sejam julgados em um tempo igual. Seria esse um conceito adequado de justiça?

Do ponto de vista da teoria dos sistemas, a noção de justiça refere-se a um critério interno de autocontrole do sistema (ou melhor, ao fato de que os critérios de autocontrole são internos). Trata-se de uma fórmula de contingência que reconduz os casos duvidosos ao fato de que toda consistência deve ser buscada internamente, na complexidade do sistema. Essa fórmula tem um aspecto duplo: do ponto de vista da sociedade (externo), a complexidade do sistema deve ser adequada à complexidade da sociedade. Do ponto de vista interno, as decisões do sistema devem ser consistentes entre si.[1041]

---

sintomático que uma das missões da Secretaria da Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça é, justamente, "apresentar novas propostas de Desjudicialização e Democratização do Acesso à Justiça". Nesse sentido, o secretário da reforma do Judiciário, Rogério Favreto, afirmou em entrevista ao site Conjur: "estamos muito preocupados com o aumento da judicialização. Temos investido não só em processo coletivo, mas também em meios de desjudicialização. Fazemos uma ação forte junto com as escolas da magistratura, para a capacitação de técnicas de mediação e conciliação, justamente para mudar um pouco a cultura, e buscar um pouco mais de pacificação nas ações individuais. Ao mesmo tempo, conduzimos um programa de Justiça comunitária, que nasceu de uma experiência pontual em Brasília, desenvolvida pela juíza Gláucia Falsarella Foley. Nós capacitamos lideranças da comunidade para que conheçam seus direitos e façam a mediação de conflitos antes que eles sejam ajuizados. Isso é eficiente porque, quando a demanda chega ao juiz de Direito, já está muitas vezes com uma forte resistência a qualquer concessão das partes". Entrevista concedida em 11 abr.2010, disponível em http://www.conjur.com.br/2010abr11/entrevistarogeriofavretosecretarioreformajudiciario. Por fim, não é demais notar que a Lei nº 11.441/07 revogou o parágrafo único do art. 983 do Código de Processo Civil – CPC, trazendo a faculdade de realização da separação consensual e do divórcio consensual por escritura pública.

[1039] O aparente volume expressivo de litígios está ligado a processos envolvendo o Poder Público e agentes públicos, como concessionárias de serviços públicos, instituições financeiras e operadoras de seguro-saúde. O expressivo aumento desses litígios deve-se à intensa expansão desses serviços públicos e inclusão econômica de expressivas camadas da população ocorrida nas últimas décadas. De um lado, o cidadão-consumidor se vê lesado porque a capacidade de prestação dos serviços, nessa escala, não consegue manter a qualidade exigida por lei. De outro lado, os concessionários e instituições financeiras, para expandir seus serviços com rapidez, adotam menos cautelas e ficam sujeitos a um inadimplemento maior, sendo obrigados a utilizar o Poder Judiciário como balcão de cobrança (em especial no caso de financiamento de veículos). No contexto da expansão dessa litigiosidade, as demandas efetivamente frívolas de consumidores parece pouco expressiva.

[1040] Embora se possa falar na judicialização de relações que não precisariam ser judicializadas, não é correto assumir que haja excesso de acesso à justiça no Brasil. O que existe, certamente, é uma distribuição extremamente desigual do acesso: muitos locais, distantes das grandes capitais, nos quais simplesmente não há juízes e mesmo conflitos graves não são levados ao Poder Judiciário. Em oposição, nos grandes centros, conflitos de pouca relevância econômica podem lotar a pauta dos juízes. Em outro giro, grandes empresas têm acesso privilegiado aos tribunais, sendo que, em alguns casos, são organizados mutirões para cuidar de processos de determinados bancos, por exemplo. De outro lado, pessoas de baixa renda e instrução social dificilmente têm o mesmo nível de acesso aos tribunais, exceto na condição de réus no processo penal.

[1041] LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 273-289.

A justiça, enquanto fórmula de contingência, remete, portanto, à forma igualdade-desigualdade: não decorre de uma virtude intrínseca à decisão ou à distribuição salomônica dos bens em disputa, mas à coerência na distinção entre casos iguais e desiguais. Nesses termos, a justiça demanda um número suficiente de distinções entre casos iguais e desiguais, que é justamente a perspectiva adotada pelo movimento reformista quando sugere a distinção de procedimentos específicos para casos específicos ou mesmo com os juizados especiais para causas menos complexas.[1042] Quanto mais mecanismos universalizáveis para distinguir casos iguais e desiguais, mais complexidade se insere no sistema e mais condições para, com a devida construção jurídica, estabelecer-se a consistência interna das operações.

A semântica do movimento de reforma do processo, no entanto, não adota esse tipo de embasamento sistêmico. Nem quando se refere à igualdade que, para o movimento, implica redução da complexidade dos casos (e não aumento das diferenças universalizáveis), nem quando aborda a celeridade como uma condição de legitimação das decisões.

Do ponto de vista da teoria dos sistemas, a justiça indica apenas a própria autonomia do sistema: não é capaz de legitimar suas operações pelo sentimento subjetivo de que a decisão foi justa (ou rápida). Para uma das partes a decisão é justa e, para outra, a decisão é injusta (pode, igualmente, parecer rápida a uma e demorada a outra). A legitimação depende de que se possa obter graus de aceitação prévia da decisão independentemente do seu conteúdo, por meio de um consenso ilusório que imuniza contra o dissenso real (cap. 3.2.4.). Para tanto, a participação no procedimento é essencial, pois tende a equiparar as partes a despeito do resultado.

Credibilidade fática, isto é, o consenso de todos os envolvidos com relação à legitimidade/justiça da decisão não é, em todo caso, possível. Nem como meta, nem como referência. Como indivíduos, as pessoas são também sistemas autopoiéticos (sistemas psíquicos) e o resultado individual das suas operações mentais (crenças) é sempre transparente.

[1042] Há também quem sugira a utilização de técnicas de *governança judicial*, de modo que, no curso do processo, diante das circunstâncias específicas, o juiz possa, com a colaboração das partes alterar o procedimento ou as técnicas processuais que vinham sendo aplicadas. Nesse sentido, Fábio Peixinho Gomes Corrêa explica que "para que a jurisdição torne-se uma instituição realizada, é imprescindível que conte não só com a postura ativa do juiz, como também com a colaboração das partes. Mais do que isso, para que se torne uma instituição em funcionamento, é necessário que o meio de solução estatal de disputas leve em conta a estrutura do Poder Judiciário que a exercerá. Na hipótese de a tutela jurisdicional não ser prestada dentro de um prazo razoável, o Juiz e as partes devem ter um plano de gerenciamento que considere a revisão da técnica processual que vinha sendo aplicada". (CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. **Governança judicial** – modelos de controle das atividades dos sujeitos processuais. Tese de doutorado apresentada à Universidade de São Paulo, 2008, p.219-220).

Qualquer mecanismo de legitimação deve considerar a possibilidade de dissenso com relação ao conteúdo específico da decisão: são os mecanismos de autovinculação aos próprios atos e a verificação da vinculação de terceiros que possibilitam a ilusão de consenso.

A legitimação por meio da aderência a valores sociais é uma proposta que utiliza um modelo pré-moderno de legitimação, que pressupõe a existência de valores externos nos quais a certeza do direito possa se ancorar. Como visto no cap. 2.1.4., com a diferenciação funcional, desaparecem os antigos centros de certeza que permitiam a legitimação da decisão judicial em amparos externos, como um conceito metafísico de verdade e justiça. A decisão judicial não conta mais com amparos externos para se legitimar: nem o sistema probatório nem a coisa julgada podem mais garantir que a decisão corresponda à verdade e à justiça, nem podem contar com que uma tal correspondência seja garantia de legitimação. A previsibilidade das decisões (consistência interna), efetividade da tutela (adequação externa) e duração razoável do processo (consistência interna das relações de adequação externa) podem ser critérios de autocontrole do sistema jurídico, mas não de legitimação da decisão.

Além disso, não se pode perder de vista que, ao construir sua autonomia temporal, os processos oferecem uma prestação importante para o sistema jurídico: eles enriquecem o código binário com um *terceiro valor*. O sistema pode temporalizar a aplicação do código binário aplicando o código *sub judice*. Isso permite que o sistema lide com uma complexidade maior, de modo que mais e mais assuntos podem ser tratados juridicamente, sem o risco de que o direito perca sua especificidade (porque se *tudo* puder ser direito, o direito não se distingue de *nada*).[1043]

O *sub judice* não chega a ser outro código, pois faz referência à própria aplicação do código, isto é: indica que, no futuro, um dos dois valores do código será aplicado. Com o *sub judice*, o sistema utiliza o processo para estabelecer vínculos com o futuro, produzindo incerteza no presente. É o controle interno do seu próprio tempo que permite ao processo descrever suas relações externas em termos de coordenação/adequação e que viabilizam as noções de efetividade, tempestividade e razoabilidade da duração. Mas, para tanto, a incerteza com relação ao resultado é essencial: pode motivar as partes a colaborarem com o contraditório (quem sabe de antemão o resultado do processo não tem razões para

[1043] LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995, p.62.

participar/colaborar) de um modo tal que o seu envolvimento possa imunizar a decisão final contra rejeições, produzindo assim legitimação (e, portanto, certeza na dimensão social a partir da incerteza na dimensão temporal).

Para que a autonomia do procedimento possa ser preservada (e, por consequência, do próprio sistema), os mecanismos de supressão de procedimento e de uniformização da jurisprudência/simplificação da motivação não podem ser imunes ao próprio procedimento. A cada caso eles devem poder ser tematizados e reelaborados, garantindo-se à parte a possibilidade de, no contexto do processo, tematizar e influir na decisão que vincula seu caso ao precedente ou a um julgamento por amostragem. Caso contrário, os mecanismos terão apenas o efeito de criar filtros de discricionariedade, que permitem aos tribunais selecionar quais casos julgar e em quais casos motivar suas decisões em que, para tal distinção, precisem proferir uma decisão motivada.

9 CONCLUSÃO

Do início deste trabalho até o presente momento foi percorrido um extenso caminho ao longo da história evolutiva do direito, enquanto sistema social, da história evolutiva recente do processo civil e das organizações judiciárias brasileiras. Explorou-se, particularmente, a história evolutiva da certeza do direito, com atenção ao problema do processo e da decisão judicial, em que o problema da incerteza do direito nasce e evolui como certeza e incerteza. O intuito foi o de apresentar uma análise do recente movimento de reforma do processo civil brasileiro sob luzes capazes de demonstrar as conexões sutis entre a semântica reflexiva do movimento de reforma e uma antiga semântica da certeza, que já não corresponde às atuais estruturas sociais.

Com efeito, o direito das sociedades pré-modernas já precisava lidar com a contingência dos processos decisionais, mas podia contar, para tanto, com o centro metafísico de certeza dessas sociedades, descrito por Gonçalves (cap.2.1.). Sociedades com centro ou vértice podiam condicionar o processamento de toda a informação/comunicação a determinados esquemas semânticos de fundo religioso e que emanavam uma moral generalizante. Direito, verdade, perfeição, moral e a salvação da alma poderiam se entrelaçar para oferecer ao processo o *direito correto, verdadeiro*. O juiz poderia errar e produzir decisões injustas, mas não havia dúvida sobre o justo e o injusto, sobre o certo e o errado, cujos referenciais, por força do centro de certeza, eram os mesmos para toda a sociedade.

Correspondentemente, antigos mecanismos processuais garantiam esse entrelaçamento do direito com valores externos. As provas buscavam uma confirmação metafísica da verdade (juramentos, ordálios, duelos, cujo resultado favorecia o justo) ou, de qualquer modo, uma confirmação exterior ao próprio processo, como a tarifação legislativa do valor probante ou o *status* de nascença das testemunhas. A coisa julgada acobertava uma verdade tida por real, também exterior ao processo, atingindo os próprios fatos discutidos no processo. O direito revelado por esse processo era, igualmente, *verdadeiro, justo,* isto é, entrelaçava-se com a moral generalizante que permeava toda a comunicação social. Por meio da verdade (um valor moral) o processo entrelaçava o direito com o centro de certeza, o que foi essencial para a estabilização do poder estatal, que já não contava com os laços de sangue/parentesco que garantiam certeza às sociedades segmentadas.

Essas culturas pré-modernas podiam contar com um centro de certeza no qual outros âmbitos comunicativos, como o direito e a moral, poderiam se apoiar. Não obstante, já nessas culturas se pode observar uma crescente preocupação política com a incipiente autonomia de um direito que, fixado em textos, podia ser interpretado, ameaçando a estabilidade da *iurisdictio*. Estabilidade essa que é a própria estabilidade do poder estatal, já que, até a Modernidade, o conceito de *iurisdictio* implica que ter o poder (político) é ter o poder de dizer o direito. Por isso que, conforme o direito vai sendo fixado em textos e vinculado a processos decisionais, se expondo a interpretação e a resultados contingentes, as crescentes burocracias públicas (particularmente em Roma) desenvolvem mecanismos sofisticados para o controle da interpretação judicial do direito (cap. 5.1.).

Com a chegada da Modernidade e o inevitável processo de diferenciação entre política e direito, os Estados em formação se veem também diante do problema de assegurar sua *iurisdictio* central em face da interpretação do direito praticada pelos poderes locais. Tratava-se de lutar contra a *interpretatio,* a autoridade dos doutores e a complexidade do direito comum (caps. 5.2 e 5.3.) e, para tanto, são desenvolvidos mecanismos de controle da interpretação judicial do direito. Mas, naquele momento, a sociedade já não podia contar com um centro de certeza. Em seu lugar, como observa Gonçalves, a Modernidade havia inventado a razão (cap. 2.2.). A Boa Razão pombalina, a razão dos déspotas esclarecidos, a razão Iluminista, a razão das ciências positivas e, enfim, jurídicas. E a razão não consegue se impor como centro de certeza para a sociedade.

Na medida em que o direito da Modernidade se estabiliza como direito positivo, fica claro que nem a ciência nem a política podem tornar esse direito calculável. Nem as codificações, nem o juiz boca-da-lei, nem o positivismo lógico conseguiram fazê-lo. No processo, as provas já não são um meio de revelação da verdade, mas de convencimento. A coisa julgada já não protege verdade alguma, apenas uma verdade formal. O direito, legislado, contratado ou julgado, é fruto de decisões que, apesar de orientadas por um programa decisional, continuam sendo contingentes. Poderiam ser diversas mas, nem por isso, são ilegais, pois nenhum centro de certeza permite, como no passado, referenciar a distinção entre um direito *mais verdadeiro, mais justo, mais lícito* que outro direito. O direito se tornou autopoiético, enclausurado nas suas operações, complexo, variável, mutável, enfim, moderno.

Toda essa leitura histórico-evolutiva da relação processo-direito-sociedade, por meio do instrumental da teoria dos sistemas, revelou conexões indissociáveis entre os problemas de efetividade, de celeridade e de previsibilidade das decisões judiciais com as condições em que a sociedade contemporânea opera, em especial a perda dos antigos centros de certeza. Essa perda obriga a jogar outra luz sobre a pergunta: qual a previsibilidade que se pode esperar do direito da sociedade complexa? Podem os mecanismos de uniformização de jurisprudência e supressão de procedimentos propiciar decisões judiciais previsíveis?

A resposta foi buscada ao longo do trabalho e a ideia deste tópico conclusivo não é repetir tudo o quanto já foi dito. Buscarei sintetizar três pontos que acredito resumirem as conclusões principais: (a) a sociedade complexa impõe limites às possibilidades de certeza do direito e de decisões judiciais previsíveis; (b) os mecanismos voltados a uniformização de jurisprudência e supressão de procedimento geram incertezas e prejudicam o isolamento cognitivo dos Tribunais, acentuando os riscos para a manutenção da autonomia do código do sistema; e (c) a incerteza cumpre uma função legitimadora no processo judicial, que o movimento de reforma do processo desconhece.

Antes, cumpre anotar que, ao longo do trabalho, em especial na segunda parte, procurei novas formas de, com o enfoque da teoria dos sistemas, abordar o processo judicial, a decisão judicial e a evolução histórica da respectiva semântica. Penso que, do ponto de vista acadêmico, parte da contribuição original do presente trabalho pode residir no uso dessas distinções e dos seus resultados.

Problemas de celeridade, efetividade e previsibilidade das decisões judiciais podem ser redescritos a partir da noção do processo judicial como um sistema social autopoiético, cuja autonomia temporal, social e material gera dificuldades para coordenação entre auto-observação e hetero-observação (como visto, especialmente, no cap. 3.2.4., mas também ao longo do cap. 7). Sugere-se, ainda, que institutos como a coisa julgada, sistema probatório e as técnicas de controle da interpretação judicial do direito possam ganhar outra coloração se lidos a partir dos pressupostos sistêmicos como problemas de especificação do código jurídico em relação ao código da verdade e da diferenciação funcional do direito em relação à política.

Espera-se que essas leituras sistêmicas do processo civil possam, independentemente das conclusões do presente trabalho sobre o movimento de reforma do processo, produzir ganhos científicos.

9.1 Limites: a certeza possível na sociedade complexa e as possibilidades de certeza com a reforma do processo

O Direito da sociedade complexa, o direito contemporâneo, é autopoiético. É marcado pela positividade. É um direito posto e validado por decisões. Revogado e invalidado por decisões. O parâmetro máximo para controle do direito, que o próprio direito reconhece, é um parâmetro jurídico, como a constituição ou, caso se queira, os direitos humanos positivados. Esse parâmetro orienta as operações de controle do sistema a partir de uma dogmática especificamente jurídica e conta com um espaço próprio para reflexão dado pelas autodescrições produzidas pela teoria jurídica. Existem organizações (os tribunais), com a função exclusiva de, por meio de processos judiciais, decidir sobre a validade jurídica das regras de direito e sobre a aplicação do direito (distinção lícito/ilícito) ao conflitos.

O direito é posto e validado por decisões, mas nem tudo é possível, pois o sistema não pode ignorar a si mesmo. Só é possível decidir, legislar e contratar com referência ao material jurídico já existente. O direito autopoiético não admite, portanto, nenhuma intromissão externa na determinação do sentido especificamente jurídico.

Nesse sistema, a distinção lícito/ilícito é um mero código operacional, sem conteúdo semântico pré-definido. Por isso, o código do direito pode se aplicar sobre qualquer tema, o que permite a judicialização de cada vez mais conflitos – que os tribunais estão obrigados a decidir. Como não há nenhuma limitação ao alcance da positividade (como ocorria com o direito natural), o direito pode se expandir indefinidamente.

Não existe conflito que não possa ser tematizado juridicamente, isto é, sobre o qual o código lícito/ilícito não possa incidir. Temas tão variados como divórcio, livre-concorrência, aquecimento global, movimentos sociais, liberdade de expressão em redes sociais, casamento entre pessoas do mesmo sexo, autorização para cirurgia de troca de sexo e suas consequências no registro civil, publicidade e consumo infantil, publicidade de tabaco, de medicamentos e de bebidas alcoólicas, probidade da administração pública, eficiência da administração pública, proteção da fauna e da flora, demarcação de áreas indígenas, proteção

da livre-concorrência, legalidade de decisões de assembleias de condomínios, legalidade de decisões estritamente políticas (como o aumento de impostos), legalidade de decisões da justiça desportiva sobre a punição a clubes de futebol, obrigatoriedade da construção de presídios, limites jurídicos da atuação estatal no controle de movimentos sociais, só para citar alguns dos temas que vêm ocupando a pauta dos tribunais brasileiros nos últimos anos.[1044]

O direito é, por isso, cada vez mais complexo. Esse direito cria a si mesmo a partir de si próprio, controla todos os mecanismos de seu autocontrole e oferece autodescrições de si mesmo para a sociedade: só o direito diz à sociedade o que é o direito. Cada lei, cada contrato, cada decisão judicial (operações do sistema) precisa partir do estado atual do sistema, isto é, do conjunto do material jurídico disponível na forma de programas decisionais e cada operação realizada passa a integrar o sistema (assim como cada observação, isto é, a interpretação das operações, também). A autopoiese, portanto, nunca cessa. O sistema está sempre em movimento e, por isso, é imprevisível tanto para si mesmo (o estado atual do sistema não é capaz de indicar seu estado futuro) e mais ainda para outros sistemas, para os quais suas operações/observações são intransparentes.

Desse ponto de vista, dos programas para a aplicação do código, não há diferença *a priori* entre uma súmula vinculante e uma lei ordinária. Entre um contrato e uma sentença de primeiro grau. A sua relevância, enquanto programa para a decisão, dependerá das circunstâncias do caso concreto e, de qualquer modo, sempre estarão sujeitos a serem interpretados. Do ponto de vista da aplicação do código, isto é, da decisão, a diferença é total. Apenas os tribunais estão obrigados a decidir, isto é, a articular o programa decisional com a decisão e aplicar a distinção lícito/ilícito. A operação ocorrida no centro do sistema (decisão judicial) repercute para todo o sistema. A operação ocorrida na periferia (tematização jurídica em leis, contratos, doutrina etc.) não. Por isso, todo o sistema processual protege os tribunais,

[1044] Refiro-me a casos famosos no ano de 2012: aumento do IPTU em São Paulo, para o ano de 2014, foi obstado por liminar proferida em ação civil pública (processo nº 101002105.2103.8.26.0053, 7ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo) e em ação direta de inconstitucionalidade (processo nº 020218224.2013.8.26.0000, órgão especial do TJSP); ação movida por torcedor em face da CBF obteve medida liminar suspendendo efeitos de decisão da justiça desportiva e determinando a manutenção do Flamengo na primeira divisão do campeonato brasileiro (processo nº 020218224.2013.8.26.000, 42ª Vara Cível de São Paulo); e da concessão de liminar em ação civil pública que, diante da repercussão na média da determinou ao Estado do Maranhão a construção de novos presídios em 60 dias. Disponível em: http://ne10.uol.com.br/canal/cotidiano/nacional/noticia/2014/01/14/justicadeterminaconstrucaodepresidiosnomaranhaoem60dias465233.php. Acesso em: 15 mar.2014.

garante-lhes isolamento cognitivo para que não precisem aplicar o código de modo tão universalista como os programas que tematizam juridicamente as demandas do ambiente.

De todo modo, a jurisprudência uniformizada, assim como os grandes códigos do séc. XIX, não está em posição de fazer as vezes de um centro ou vértice do sistema jurídico. Não está em posição de se colocar fora do sistema jurídico para ditar-lhe a direção das operações. Não garante, em princípio, que o direito será previsível a si mesmo, muito menos para a sociedade. Como no *strange loop* de Hofstadter, a jurisprudência parece galgar um nível hierárquico (superior ao resto do direito) apenas para retornar ao lugar de onde veio, isto é, voltar a ser material a ser interpretado pelo próprio direito para gerar mais decisões.[1045]

Assim que, mesmo que se possa atingir níveis maiores de estabilidade (por exemplo, evitando decisões ou bloqueando o acesso aos tribunais), a referência da previsibilidade é sempre interna. Decisões podem ser previsíveis apenas em termos jurídicos, isto é, dependem da interpretação jurídica do caso, que permita afirmar se ele estará, provavelmente, sujeito ou não a uma súmula vinculante. Não há garantia de compatibilidade ou de compreensão dessa observação (a interpretação do caso), que é interna ao sistema jurídico, nos demais sistemas sociais, porque são os outros sistemas que, com suas próprias operações, atribuirão sentido a essas decisões e seus programas de previsibilidade.

Trata-se de uma consequência da modernidade. A razão não pôde substituir os antigos centros de certeza metafísicos, pois a razão não tem unidade material, temporal ou social. Não há consenso possível sobre uma razão qualquer que possa, ao mesmo tempo, orientar o direito, a política, a economia, a educação etc. O operar da sociedade moderna gera, como autovalor, a contingência. Esse valor se difunde nas operações sociais de modo paradoxal, já que "a contingência é a única certeza da sociedade moderna",[1046] o que vale também para o direito moderno "caracterizado pela variabilidade estrutural: mesmo diante de alta necessidade de certeza e invariabilidade, a incerteza se transforma no valor preponderante das suas operações".[1047]

[1045] HOFSTADTER, Douglas Richard. **I am a strange loop**. New York: Perseus books, 2008, p.101-102.
[1046] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p.157.
[1047] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p.174.

Vale frisar a lição de Luhmann de que a positividade institucionaliza a discricionariedade das transformações do direito, um cenário intimidador para uma dogmática cuja história semântica está fortemente vinculada às estruturas sociais pré-modernas de certeza.[1048] Frente a este cenário,

> o jurista e a teoria do direito recuam obviamente assustados; e no entanto os remédios por eles propostos: a reanimação de um direito natural sem natureza ou a crença puramente jurídica em proibições legislativo-constitucionais de mutação (!), são desesperadamente inadequados.[1049]

O mesmo pode ser dito das proibições de interpretação do direito. Nesse sentido, as premissas que movem o movimento reformista não são de todo diversas daquelas que, no séc. XIX, impulsionaram as codificações ou, ainda no século XVIII, o trabalho de Muratori (cap. 5.2 e 5.3.). Em ambos os casos não se tratava apenas de simplificar a ciência do direito, nem de controlar um legislador pródigo, mas de apostar no controle da interpretação especificamente judicial do direito como um modo de produzir certeza jurídica.

O séc. XX e o agigantamento do Estado parecem ter consolidado a noção de que a hipertrofia legislativa é inevitável. Da era das codificações passou-se à era das de-codificações, das cláusulas gerais, dos conceitos indeterminados, dos princípios e dos valores jurídicos. Do *pacta sunt servanda* e do princípio da legalidade, passou-se à função social do contrato, pós-positivismo e à panaceia da razoabilidade. Como já não é possível controlar o legislador, propõe-se que seria preciso controlar os juízes.

A tentação é compreensível, pois os tribunais estão no centro do sistema jurídico. O que ocorre no centro repercute em todo o sistema (embora nem tudo o que ocorre na periferia chegue ao centro do sistema). É de todo compreensível a proposição de que a previsibilidade das decisões judiciais, no centro do sistema, poderia servir de referência de certeza para o próprio sistema. Mas essa certeza é ilusória.

Advogados frequentemente se deparam com a tarefa de informar aos seus clientes as chances de êxito ou de perda de um processo e sabem bem que não existem casos

---

[1048] Marca bem essa tensão a conhecida afirmação de Julio von Kirchmann, no séc. XIX de que "três palavras retificadoras do legislador e bibliotecas inteiras se convertem em papéis inúteis". (KIRCHMANN, Julio von. El carácter a-cientifico de la llamada ciencia del dereceho". In: **La ciencia del derecho.** KIRCHMANN, Julio von; SAVIGNY, Frederic Carl von; ZITELMANN, Ernst; KANTOROWICZ, Hermann. Buenos Aires, Losada, 1949).

[1049] LUHMANN, Niklas. **Differenziazione del diritto, contributi ala sociologia e ala teoria del diritto**. Tradução de Raffaelle de Giorgi. Bologna: Il Mulino, 1990, p.136.

ganhos ou perdidos. No mundo das auditorias jurídicas, os advogados estão, assim como os juízes, obrigados a decidir. A sua tragédia é que não podem decidir, só podem enunciar probabilidades (isto é, para dizê-lo com Espósito, ficções – cap. 2.2.3).

Para enunciar probabilidades (ou redigir histórias fictícias sobre o futuro de um processo), a jurisprudência, mais ou menos uniforme é uma referência importante (assim como a legislação), mas nunca é definitiva. O caso será julgado no futuro. Até lá, lei e jurisprudência podem alterar ou sua interpretação pode evoluir. E, se um processo existe, é porque há lide e ambas as partes puderam apresentar suas expectativas com pretensão jurídica de validade. Sempre há, portanto, chances de que o argumento da parte contrária convença os tribunais. Por sua vez, os argumentos com relação às questões de fato também estão sempre sujeitos à valoração jurídica de provas e regras sobre ônus probatório.

Essa incerteza é o resultado inevitável da autonomia dos processos judiciais: não apenas possuem o seu próprio tempo, mas também sua própria realidade fática e jurídica. Nenhum mecanismo de uniformização de jurisprudência ou vinculação de decisões é imune ao processo e é a história do processo que definirá, em última análise, se o caso *sub judice* está ou não sujeito à jurisprudência uniforme, isto é, se é igual ou desigual ao precedente relevante (e sempre há a possibilidade de questões processuais, como a perda de um prazo, inviabilizarem bons prognósticos de resultado).

Além disso, a inevitável complexidade do contínuo operar autopoiético do direito tende a levar a um aumento do número de súmulas/julgados uniformizados. A tendência, assim como ocorre com a legislação, é de que, quanto mais surjam súmulas/julgados uniformizados, mais surgirão antinomias, vagueza e indeterminação, isto é, situações que demandam ainda mais interpretação.

Mecanismos de uniformização de jurisprudência e supressão de procedimento são, por isso, tanto fonte de certeza quanto de incerteza (v. cap. 7.1. e 7.2.). Em termos práticos, o direito à aplicação do precedente significa, apenas, que a decisão que aplica um precedente precisa de menos motivação do que a decisão que deixa de aplicá-lo. O precedente dá à parte o recurso ao controle de um aspecto específico da motivação das decisões judiciais, mas, nenhuma decisão judicial é imune ao sistema e, por isso, toda decisão sempre pode gerar sentidos diversos.

Com ou sem precedentes, para um direito que vale positivamente, a mutabilidade se torna realidade permanente e a jurisprudência uniforme permite, no máximo, uma descrição numérica das operações do direito, não previsibilidade.[1050] Assim, é possível delimitar o percentual (mínimo) de casos em que os tribunais se desviam da jurisprudência uniformizada ou de seus precedentes e dizer que determinada decisão é previsível, uma vez que, estatisticamente, é provável que seja proferida. No entanto, como método de previsão ou vinculação do futuro, a probabilidade é uma ilusão. O direito não pode se fazer previsível a si mesmo, pois não pode controlar o seu próprio futuro, momento em que as decisões, que hoje são descritas como previsíveis, serão efetivamente tomadas.[1051]

Como visto no cap. 2.2.3., mesmo enquanto ficção a probabilidade é útil, pois permite tomar decisões tendo um futuro imaginário como referência. Permite, nesse sentido, validar socialmente (por meio do consenso) uma contingência temporal (em relação ao futuro). A chance provável de êxito não é uma previsão do futuro, mas uma forma de comunicação que ampara a decisão de, por exemplo, contingenciar valores para enfrentar uma futura condenação ou fazer um acordo mesmo sem saber o resultado efetivo da causa (ou justamente por não saber o resultado). Os mecanismos de uniformização/vinculação podem tornar o direito calculável no sentido de permitir expressar, no presente, o seu operar futuro. É possível descrever o passado das operações do sistema a partir desses números e criar uma impressão de estabilidade. Expresso em termos matemáticos, o direito se descreve a outros sistemas como se fosse inteligível, embora continue intransparente.

[1050] Por exemplo, segundo relatório estatístico do Superior Tribunal de Justiça, do total de julgados no ano de 2012 (371.618), o Tribunal deu provimento a 38,71% dos recursos especiais que lhe foram encaminhados. Ainda, segundo o relatório, dos agravos interpostos contra decisões dos Tribunais locais negando seguimento a recurso especial o STJ deu provimento a apenas 8,79% dos casos. Disponível em: http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/sumario.asp. Acesso em: jul. 2013. Pode-se dizer que a probabilidade de que um recurso especial seja provido é inferior a 40% e que as chances de um agravo de decisão denegatória ser provido é de menos de 9%, embora isso tenha pouco sentido prático. Estatísticas associando esses percentuais à existência de jurisprudência uniformizada poderiam complementar o quadro, mas permaneceria o problema de não se saber o futuro de cada caso e, mesmo quando a estatística for igual a zero, sempre se pode ser o primeiro. De qualquer modo, a partir de 2008, após um ano da implementação dos mecanismos de julgamento por amostragem, não se observou uma redução nos recursos distribuídos no STJ. Em 2008 foram distribuídos 271.521 recursos, no ano seguinte 292.103, em 2010 foram distribuídos 228.981 recursos, depois, em 2011 esse número sobe para 290.901 e, em 2012, se mantém em 289.524 (Relatório Estatístico do STJ, ano de 2012, p. 21).

[1051] E isso vale tanto para as técnicas de uniformização como as súmulas vinculantes quanto para os julgamentos por amostragem. Não há previsibilidade nenhuma sobre quais temas serão ou não considerados repetitivos. Não há previsibilidade sobre quais casos concretos serão considerados iguais a outros casos para julgamento conjunto. E, mesmo quando isso ocorre, não há previsibilidade sobre qual decisão será tomada. Existe apenas uma expectativa de que recursos tratando do mesmo tema poderão ser rejeitados por decisões pouco motivadas.

No entanto, a probabilidade de êxito, enquanto probabilidade de repetição de decisões passadas, não torna o direito em si previsível. Até porque, a proposta de probabilidade/previsibilidade no movimento de reforma do processo é meramente formal: uma redundância do princípio da igualdade, pois não tem qualquer referência ao conteúdo das decisões. Pelo simples fato de serem previsíveis, decisões não implicam, necessariamente, estabilidade e previsibilidade dos direitos subjetivos.

Previsibilidade abstrata não importa, por exemplo, em respeito ao contrato independentemente da legalidade das cláusulas contratuais. Em proteção da propriedade a despeito da sua função social. Em respeito à coisa julgada mesmo contra os interesses da Fazenda e outros institutos tradicionalmente associados à concepção formal de certeza do direito. E também não importa em concepções materiais (sociologistas) de certeza do direito, como a proteção da pessoa do contratante hipossuficiente diante da letra do contrato. Na proteção das futuras gerações mesmo diante da estabilidade de padrões legais de produção econômica/industrial. Na garantia do *in dubio pro reo* contra o arbítrio judicial em casos criminais de grande destaque midiático.

Além disso, previsibilidade abstrata da decisão não garante ou estabiliza expectativas com relação às consequências da decisão. O direito talvez possa garantir a entrega de bens, mas não pode garantir o seu valor de mercado. O direito pode garantir vagas em escolas, mas não a efetiva educação dos alunos. Pode garantir a permanência do time da Portuguesa na primeira série do campeonato brasileiro, mas não uma boa campanha. O direito não tem condições de servir de padrão de certeza para os demais sistemas da sociedade, que têm suas próprias especificidades e intransparências. Os sistemas se percebem e ativam reações mútuas, mas são intransparentes uns para os outros. Essa incompreensão mútua deve ser considerada, pois "não é plausível supor que os sistemas sociais se observam compreendendo-se mutuamente". [1052] Desse modo, é necessário observar "as dependências e disponibilidades das prestações internamente e reconhecê-las como irritações" e não como dados. Um exemplo disso é, justamente, a "duração e falta de prognóstico dos processos jurídicos que tornam sensatos os acordos fora dos tribunais". [1053]

[1052] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.600-601.
[1053] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

A incerteza do operar do direito é uma certeza que pode ser observada e utilizada como informação para cálculos e prognósticos de um observador externo. O direito continua sendo uma estrutura de sentido, um modelo geral para a experiência interna e para o comportamento na medida em que oferece uma pré-seleção daquilo que pode ser esperado, reduzindo a complexidade das possibilidades sociais ao ponto de tornar possível uma escolha de comportamento. Ele estrutura expectativas que devem generalizar-se de forma congruente e resistir aos fatos e, nesse sentido, produz certeza. Contudo, no direito da sociedade moderna essa estrutura se apresenta continuamente variável e contingente, o que faz da positividade uma prestação paradoxal consistente na "institucionalização das expectativas de comportamento como indisponíveis ao aprendizado e ao mesmo tempo capazes de se adaptar, como invariantes e variáveis ao mesmo tempo".[1054]

A crise teórica da certeza do direito reflete as dificuldades da semântica com essa nova realidade estrutural. A tradição racionalista sobre a certeza do direito, direcionada para o procedimento legislativo, embasou os movimentos de codificação e, mais tarde, foi reformulada em termos pós-positivistas. A dogmática tentou substituir o direito natural com princípios jurídicos universais, direitos subjetivos extrapositivos e cânones da interpretação, tudo para conferir previsibilidade e calculabilidade ao operar do direito. Manteve-se, assim, o abismo entre semântica e estrutura.

O movimento de reforma do processo não se desvia dessa equivocada tradição, pois continua a postular a certeza como previsibilidade das operações do direito e correlativa calculabilidade para que as operações de outros sistemas possam ser pautada por esse operar. Porém, nas condições da sociedade moderna, funcionalmente diferenciada, a contingência decorrente do excesso de alternativas em todos os âmbitos da vida é estabilizada, de modo que a insegurança é também uma característica inerente a essa sociedade. Propostas de um centro de certeza tendem a, como coloca Gonçalves, levar à "afirmação de verdades superiores e absolutas para estabelecer certeza e previsibilidade para as expectativas dos indivíduos".[1055]

[1054] LUHMANN, Niklas. **Differenziazione del diritto, contributi ala sociologia e ala teoria del diritto**. Tradução de Raffaelle de Giorgi. Bologna: Il Mulino, 1990, p.105-107.

[1055] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada, p.157-158.

Não importa se construída interna ou externamente ao sistema jurídico, a velha semântica da certeza e das verdades universais se encontra sempre mais distante dos processos de transformação da sociedade e, por isso, não pode gerar segurança. Pode, no máximo, reprimir contingência, isto é, buscar artificialmente a ilusão de que determinadas possibilidades estão excluídas ou de alguma forma proibidas. Contudo, é prejudicial à complexidade de uma "sociedade que se alimenta de possibilidades".[1056] Daí a necessidade de desconfiança das propostas de reforma voltadas ao aumento do nível de certeza do direito, especialmente com o propósito de que a certeza do direito garanta certeza à sociedade.

À guisa de conclusão deste primeiro ponto, vale retomar o paralelo com o trabalho de Corsì sobre as reformas na educação, mencionado no início do cap. 6. Corsì demonstra que o problema com as reformas nos sistemas sociais é que aquilo que está à disposição para ser reformado (no caso do direito: regras processuais e dos tribunais e carreiras jurídicas) não é aquilo que se quer reformar: a própria sociedade (as expectativas dos consumidores dos serviços judiciários).[1057]

No sistema da educação, essa perspectiva (reformar a sociedade por meio da educação) tende a um ciclo-vicioso: por culpa da sociedade, a escola não consegue preparar adequadamente os jovens que, uma vez adultos, ameaçam a formação de outros jovens porque a escola não lhes preparou adequadamente para a vida adulta. Pretende-se, então, reformar a educação para reformar a sociedade e o resultado é sempre frustrante, pois não existem padrões possíveis de normalidade, isto é, do que se quer atingir, nem para a educação nem para a sociedade.[1058]

Algo parecido pode ser dito sobre as premissas do movimento reformista: alega-se que sem decisões previsíveis, o direito não tem credibilidade na sociedade e, sem credibilidade do direito, a sociedade entra em crise porque perde a referência do próprio agir, o que gera inflação normativa e mais decisões imprevisíveis. Pretende-se reformar o direito para reformar a sociedade ou, pior, reformar o processo para reformar o direito e, aí sim, a sociedade. Mas nem o direito nem a sociedade estão disponíveis para reforma. Pode-se

---

[1056] GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada.
[1057] CORSI, Giancarlo. **Sistemi che Apprendono** – studio sull'idea di riforma nel sistema dell'educazione. Lecce: Pensa Multimedia, 1998, p.18.
[1058] CORSI, Giancarlo. **Sistemi che Apprendono** – studio sull'idea di riforma nel sistema dell'educazione. Lecce: Pensa Multimedia, 1998, p. 20.

reformar as leis processuais, a estrutura dos tribunais e a carreira dos juízes, mas não o direito. Muito menos a sociedade. Conhecer essa realidade é fundamental para evitar frustrações e perceber os limites da reforma do processo.

9.2 Riscos: ameaças à autonomia do processo e do direito

O segundo tópico desta conclusão se volta à seguinte pergunta: a despeito dos limites das possibilidades reformistas, seus mecanismos seriam inócuos? O sistema jurídico, enquanto sistema social autopoiético que é, não está disponível para reforma, mas seria a autopoiese indiferente às reformas na legislação e na organização dos tribunais que o movimento de reforma do processo vem promovendo?

Para começar a responder essas perguntas, é importante retomar algumas das observações feitas no cap. 4 sobre as peculiaridades do sistema jurídico brasileiro. Conforme Campilongo observa, sistemas jurídicos de países de economias periféricas, como o Brasil, se caracterizam pelo excesso de irritação/estímulos/demandas que chegam ao centro do sistema, isto é, aos Tribunais. Isso porque, como visto, os Tribunais brasileiros são frequentemente chamados a decidir temas que vão da quantidade de vagas em creches públicas à classificação de um time de futebol no campeonato brasileiro. O sistema político escoa as demandas que lhe chegam para o sistema jurídico e este, por sua vez, não tem condições de dar conta dessas demandas. A periferia do sistema jurídico, contratos e legislação, não é suficiente para processar todos esses conflitos de expectativas normativas desalinhadas. Os conflitos se judicializam quase sempre e a consequência é que, em países como o Brasil, "o fechamento autopoiético é preservado com custos muito maiores".[1059]

Para Campilongo, o sistema jurídico brasileiro não deixa de ser autônomo e autopoiético. O dia-a-dia do direito ainda é o da aplicação do código lícito/ilícito de acordo com os programas decisionais do próprio direito, isto é, autonomamente. A regra do sistema é a autonomia autopoiética: fechamento operacional, decisão de acordo com a racionalidade própria do direito e abertura apenas cognitiva ao ambiente. Na grande massa dos casos, os tribunais brasileiros decidem com base em critérios jurídicos. Contudo, são permeáveis à

[1059] CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.172-173.

corrupção sistêmica, isto é, casos em que, pela elevada exposição a que estão submetidos, a decisão do caso concreto não é uma aplicação do código lícito/ilícito, mas de um outro código, normalmente econômico (ter/não-ter) ou político (governo/oposição – poder/subordinado).

Villas Bôas Filho segue o entendimento de Celso Fernandes Campilongo e acrescenta que também é uma consequência dessa sobrecarga sistêmica a crônica dificuldade operacional das estruturas do Poder Judiciário. [1060] Segundo explica o autor:

> há uma irritação das instâncias centrais do subsistema jurídico que, por ser muito mais contundente e intensa, uma vez que não é devidamente filtrada, pode levar a uma sobrecarga que se traduz na incapacidade dessas instâncias centrais em processar as demandas que lhe são colocadas. Assim, não se trata de simples sobreposição do código de outros subsistemas ao do subsistema jurídico. O problema parece estar, sobretudo, na sobrecarga de informação advinda do ambiente do subsistema que, por não ser devidamente filtrada, gera problemas de operacionalização por sua instância central.[1061]

De outro lado, para Marcelo Neves, a situação é mais grave, pois o sistema jurídico brasileiro seria identificado pela falta de autonomia. Seu estado normal seria a *alopoiese* em que

> os agentes do sistema jurídico estatal põem de lado o código-diferença 'lícito/ilícito' e os respectivos programas e critérios, conduzindo-se ou orientando-se primária e frequentemente com base em injunções diretas da economia, do poder, das relações familiares etc.[1062]

Diversamente do quanto propõem Campilongo e Villas Boas Filho, para Neves, essas não seriam situações excepcionais de corrupção do código do sistema, mas o próprio modo do sistema, no Brasil, operar. Daí porque, para o autor, "o problema implica o comprometimento generalizado da autonomia operacional do Direito".[1063]

Pelas razões expostas no cap. 4, entendo, com Campilongo e Villas Boas Filho, que não é o caso de se afirmar a ausência de autonomia do direito brasileiro. Afinal, na grande

---

[1060] Vale lembrar que, quando Campilongo fala em sobrecarga, não se refere, necessariamente, ao volume de casos, mas ao volume de informação, excesso de complexidade, ao fato de que o Poder Judiciário é chamado a decidir questões que deveriam ter sido previamente processadas na política e na economia. Pense-se na judicialização da realização ou não de uma Comissão Parlamentar de Inquérito, construção e escolas, sistema previdenciário etc. ou mesmo casos como o fornecimento de medicamentos e outros direitos públicos subjetivos que, quando judicializados, obrigam os Tribunais a ponderar questões como orçamento público, inclusão social, efetivação do direito à saúde etc.. É o caso típico que ocorre na judicialização de políticas públicas nas ações civis públicas, como analisei em outra oportunidade. (ZAPATER, Tiago Cardoso Zapater. I**nteresses difusos na teoria jurídica**: conflituosidade e jurisdicionalização da política. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007).

[1061] VILLAS-BÔAS, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.384.

[1062] NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994, p.125.

[1063] NEVES, Marcelo. **Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994, p.129.

massa de casos que chegam ao Poder Judiciário e que são decididos diariamente não parece haver sobreposição ou corrupção de códigos, mas apenas a operação normal do sistema.

Não obstante, independentemente da concepção do modo de ser do sistema, todos os autores mencionados reconhecem que a manutenção da autonomia do direito, no Brasil, é problemática. É, no mínimo, para dizer com Campilongo, *mantida a alto custo*. Nas bases desse alerta é que se passa a analisar os riscos que os mecanismos implementados pelo movimento de reforma do processo implicam para a autonomia do sistema jurídico.

A questão pode ser observada retomando-se algumas premissas da teoria luhmaniana sobre a função dos Tribunais no sistema jurídico. Como visto no cap. 3.1., o direito se diferencia da política por meio de uma Constituição, que permite ao direito fundamentar-se em si próprio (e não no poder político) e da diferenciação interna de tribunais, com a competência de decidir sobre as operações do próprio sistema, isto é, para decidir juridicamente sobre os parâmetros para a aplicação do direito. Essa elevada reflexividade garante a autonomia do sistema jurídico em face dos demais sistemas da sociedade.

Os tribunais são determinantes para a manutenção da autonomia. Ao contrário das leis e dos contratos, os tribunais têm obrigação de decidir e essa proibição da denegação de justiça tem significado estrutural, garantindo a completude funcional do ordenamento. O legislador não é obrigado a promulgar leis, as partes não são obrigadas a contratar e o Supremo Tribunal Federal não é obrigado a editar súmulas vinculantes. Por isso, essas operações pertencem à periferia do sistema. Ocorrem em contato direto com o ambiente do sistema jurídico. Recebem influxos intensos das demandas dos demais sistemas sociais. Esses influxos informam os programas decisionais (leis, contratos, súmulas) que orientam a atividade de aplicação do código. Os tribunais, de outro lado, quando decidem os casos, estão no centro do sistema, protegidos dessas demandas, o que é importante para a garantia da autonomia do sistema.

Segundo Luhmann, na periferia do sistema "podem se apresentar interesses de qualquer índole e os impor com todos os meios disponíveis, sem que isso implique distinguir interesses legais/interesses ilegais. Precisamente por isso a periferia serve de zona de contato com outros sistemas de funções da sociedade".[1064] De outro lado, a obrigação de decidir, de

[1064] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.374-375; 381-383.

manejar o código do sistema em última instância, coloca o Poder Judiciário, organização formal, no centro do sistema.

Essa forma de diferenciação interna do sistema jurídico em centro-periferia ajuda o sistema a proteger sua autonomia. Ao não ter que decidir (i.e. aplicar o código) todas as questões que surgem no ambiente, garante-se que o sistema "não funcione simplesmente como extensão, sem vontade, de operações externas ao direito".[1065] Se as demandas vindas do ambiente do direito (a sociedade) pudessem ser imediatamente submetidas à decisão dos tribunais, o sistema teria dificuldades de manter sua autonomia, seu sentido específico. Para tanto, o centro precisa de maior proteção. Por isso, comparados com o legislador ou com contratantes, os tribunais trabalham com um "isolamento cognitivo muito mais drástico".[1066]

Nesse contexto, o processo judicial desenvolve uma função fundamental, na medida em que subordina o conflito de interesses, isto é, as projeções de expectativas normativas contrapostas, que nascem no ambiente do sistema, a uma argumentação e encaminhamentos propriamente jurídicos (como visto detalhadamente no cap. 3.2.4.). Para chegar-se a uma decisão (operação no centro do sistema), é necessário percorrer o caminho do processo e satisfazer requisitos de seletividade que o sistema impõe.

Contudo, alguns dos mecanismos instituídos pela reforma do processo têm o potencial de afetar essa estrutura, em especial a súmula vinculante e os julgamentos por amostragem. Não pelo efeito de vinculação dos juízes às súmulas porque, como já visto, essa vinculação é contornada pela própria interpretação (o que tende a aumentar em proporção direta à proliferação de súmulas), mas sim pela exposição que implicam, do centro do sistema, ao seu ambiente do sistema, isto é, aos outros sistemas.

Note-se que a edição de súmulas vinculantes pressupõe "grave insegurança" (Constituição Federal, art. 103-A, §1º), que dê causa a relevante multiplicação de processos. A edição de uma súmula vinculante não visa a consolidar uma resposta coerente do ponto de vista da lógica interna do ordenamento, mas sim uma resposta conveniente e oportuna. Os múltiplos processos podem nem existir ou não terem ainda sido decididos. Mas a sua possibilidade enseja a oportuna e conveniente edição de súmula vinculante, atividade que,

---

[1065] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007, p.384.
[1066] LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

portanto, está longe de ser uma consolidação de entendimento já pacificado na jurisprudência e mais próxima de uma atividade legislativa e, portanto, permeável às demandas de outros sistemas.

De modo semelhante, o julgamento de recursos por amostragem pressupõe a existência de "questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico" (CPC, art. 543-A) – e não estritamente jurídicas. A decisão em si poderá ser jurídica, mas os critérios de seleção dos casos que estarão sujeitos ao julgamento por amostragem – seleção essa que não é obrigatória e, portanto, discricionária – devem se orientar pelo "ponto de vista econômico, político, social".

O relevante é que, em ambos os casos, julgamento por amostragem e súmula vinculante, não existe a obrigação de decidir. A edição de súmulas vinculantes não é obrigatória, assim como não é obrigatório o julgamento de recursos por amostragem. As hipóteses para a utilização desses mecanismos, como visto no cap. 7.1., comportam uma elevada discricionariedade e, por isso, expõem o centro do sistema jurídico à pressão direta do seu ambiente político. Coloca-se aos tribunais o ônus de decidir por editar ou não súmula vinculante, julgar ou não julgar determinada matéria por meio de amostragem, ônus que acentua a sua exposição política.

Além disso, a súmula vinculante acaba por outorgar à Corte Constitucional, um órgão tanto jurídico quanto político (a quem compete distinguir entre o que é político e o que é jurídico), um mecanismo que permite decidir questões relevantes não só do ponto de vista jurídico, mas econômico ou político, com efeitos vinculantes para a Administração e o Poder Judiciário. Isso tende a agravar a tendência do sistema político de escoar para o Poder Judiciário o peso da sua própria atividade. A possibilidade de vincular a Administração Pública, que deveria ser o cerne da atividade política (obtenção de consenso no âmbito da Administração), passa a contar com um mecanismo de judicialização poderoso. Aumentam as possibilidades (e efeitos) de se judicializar a relação governo – Estado, passando ao Poder Judiciário o ônus de decidir questões politicamente sensíveis, como a criação de Comissões Parlamentares de Inquérito, troca de partidos e remuneração de servidores.[1067]

[1067] Como observa André Ramos Tavares: "Considere-se o dado de que o Poder Público (União, Estados-membros e Municípios) é o maior cliente (em termos de números de processos nos quais estão envolvidos) do Judiciário brasileiro, porque reiteradamente questiona direitos fundamentais (caros ao cidadão) já previamente reconhecidos pelo STF; com isso, terse-á um breve panorama da mudança que se pode alcançar pela introdução da súmula vinculante no modelo brasileiro".

Esse direcionamento excessivo dos conflitos políticos para o direito causa sobrecarga e aumenta as chances de incerteza porque o direito não é capaz de produzir o mesmo tipo de consenso que a política pode produzir. Na política é possível negociar, fazer concessões, estipular prazos e metas que, conforme a necessidade podem ser renegociados e alterados. O direito só é capaz de decidir casos, com irrevogável força de coisa julgada. Os mecanismos instituídos pelo movimento reformista, no entanto, abrem uma porta imensa para o uso político do direito, pois trazem promessas de vinculação contemporânea da Administração Pública e do Poder Judiciário.

Vale lembrar que, embora a edição da súmula vinculante pressuponha a existência de *repetidas decisões*, seu procedimento é abstrato e *não decide qualquer caso em especial*. Não se submete, assim, aos filtros processuais que separam o centro do sistema da sua periferia (cap. 7.1.). Além disso, não apenas o Supremo Tribunal Federal não está obrigado editar súmulas vinculantes, como não está vinculado às súmulas vinculantes que edita. E, assim como pode editar súmulas vinculantes de ofício, pode revisá-las ou cancelá-las de ofício. Percebe-se assim que, quando edita súmulas vinculantes, o Supremo se afasta do centro do sistema jurídico e se aproxima da sua periferia.

Na periferia, a pressão para decidir é menor, mas a permeabilidade a influxos do ambiente do sistema é maior. A edição ou não de súmula vinculante depende de consenso entre os Ministros (e não de persuasão jurídica) e se orienta por uma perspectiva hetero-referente, que permite perguntar: *quais são as controvérsias que vêm gerando grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos? Como a sociedade e os outros sistemas veem o sistema jurídico*? As hipóteses de edição das súmulas vinculantes e os mecanismos que permitem ao Supremo Tribunal Federal deixar de editá-las permitem também que as súmulas se apresentem como uma resposta a demandas específicas dos outros sistemas sociais, especialmente, da política.

(TAVARES, André Ramos. **Nova Lei da Súmula Vinculante** – estudos e comentários à lei 11.417/2006. São Paulo: Método, 2007, p.114-115). José Augusto Delgado, após atribuir à mocidade uma oposição às súmulas vinculantes diz que "quando comecei a viver com 4.000 processos recebidos, por mês, no STJ; 4000 processos recebidos, por ano, no TRF, mudei completamente de opinião. Os fatos estão a demonstrar, de modo inequívoco, que mais de 80% das questões apresentadas ao foro, e resistidas pela Administração Pública, são decisões maturadas e meditadas. Observa-se que a resistência adotada pela Administração Pública tem sentido único de procrastinar a solução do feito, ou melhor, resolver o problema de caixa, criando apenas entraves à entrega da prestação jurisdicional à qual o cidadão tem direito". (DELGADO, José Augusto. A súmula vinculante e a administração pública. In: **Boletim de Direito Administrativo**, nº 6, São Paulo: NDJ, 1998, p. 357).

Além disso, como visto no cap. 7.1., a súmula vinculante está intrinsecamente relacionada com o procedimento da reclamação. Embora muito se tenha dito sobre o seu uso no âmbito do Poder Judiciário, chama a atenção, no que se refere às ameaças à autonomia do sistema, seu efeito vinculante sobre a Administração Pública. A súmula vinculante não é capaz de garantir a certeza da previsibilidade da interpretação do direito, mas pode garantir a certeza da autoridade do Supremo Tribunal Federal sobre os *demais* órgãos do Poder Judiciário e sobre a Administração.[1068]

Nesse sentido, ao possibilitar ao Poder Judiciário um controle bastante direto da Administração Pública, a súmula vinculante expande ao máximo as funções políticas e jurisdicionais da Corte Constitucional. Por meio da súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal controla os atos da Administração e as decisões do Poder Judiciário sobre a atuação da Administração, tudo isso por meio de um instrumento que, em si, não está sujeito a qualquer controle (nem mesmo de constitucionalidade).[1069]

Não parece ser por acaso que praticamente metade das 32 súmulas vinculantes já editadas trata de questões políticas sensíveis, como tributação e remuneração de servidores públicos. O caminho, como dito, é uma via de mão-dupla: pode muito bem vir a ser utilizada para proteger a Administração contra eventuais questionamentos do jurisdicionado, isto é, para negar o acesso a direitos públicos subjetivos.

As consequências são de difícil previsão, mas a tendência parece ser a de criar cada vez mais óbices ao acesso aos tribunais e diminuição das possibilidades de legitimação pelo procedimento. A possibilidade de editar súmulas vinculantes tem o potencial de aumentar as pressões externas sobre o Poder Judiciário. O Supremo Tribunal Federal pode ou não editar súmulas vinculantes e, por isso, pode ter que responder politicamente: por que determinada súmula foi editada? Por que determinado assunto não é objeto de súmula vinculante? O mecanismo da reclamação pode acentuar esse tipo de pressão, uma vez que desafia o Tribunal a reforçar sua própria autoridade, justificando o tratamento de casos iguais e desiguais

[1068] Em todo caso, embora as súmulas vinculantes não atinjam a liberdade do juiz (a decisão contrária à súmula pode ser cassada, não substituída) e, em princípio, não impeçam totalmente o acesso aos tribunais, isso não segue garantido. Nada impede uma utilização reflexiva das súmulas vinculantes, isto é, súmulas vinculantes sobre as próprias súmulas vinculantes, ou sua expansão por novas alterações constitucionais/legais.

[1069] Com relação às súmulas não-vinculantes o Supremo entende que não podem ser objeto de controle concentrado de constitucionalidade. Assim na já mencionada ADI nº 594DF.

(quando há ou não violação da súmula) e, para tanto, é preciso cada vez mais utilizar a interpretação jurídica.

Um caminho possível, nesse cenário, é, em vez da perda de autonomia, o crescente isolamento do Supremo Tribunal Federal, isto é, a recusa em julgar recursos e reclamações. A utilização desmesurada do mecanismo da súmula vinculante/reclamações tornaria insustentáveis as pressões externas e o próprio volume de trabalho dos Ministros. Daí porque a função da súmula vinculante pode ser a de justificar a negativa de acesso aos tribunais (em especial ao próprio Supremo Tribunal Federal), como forma de proteger o Poder Judiciário contra pressões dos demais sistemas sociais, pressão que é tanto maior quanto mais o Poder Judiciário assume o risco de decidir sobre questões para as quais a política se mostra incapaz.

9.3 Perdas: a função da incerteza

Um último ponto conclusivo diz respeito ao aspecto legitimador do procedimento e à função da incerteza no processo. Um resultado claro das reformas implementadas é a supressão de etapas procedimentais, inclusive, a diminuição do dever de motivar as decisões. A existência de jurisprudência uniformizada, em especial súmula vinculante, faz com que a participação da parte, com argumentos e provas, perca em importância. Quando o caso é considerado *igual* e, assim, sujeito a súmula vinculante ou decisão-padrão em julgamento por amostragem, a possibilidade de se influenciar o resultado do julgamento é bloqueada e, portanto, o contraditório perde importância.

Passa a ser dispensável a análise dos argumentos trazidos pela parte, a sessão pública de julgamento por um colegiado e, nos casos de julgamento por amostragem, o processo como um todo é suspenso: aplica-se a decisão-padrão, produzida no julgamento de um único caso-modelo, à massa de casos considerados iguais – sem que se reserve um espaço, no processo, para discutir se o caso é efetivamente igual. Para as hipóteses do novo art. 285-A, do Código de Processo Civil, dispensa-se até mesmo a citação: havendo jurisprudência uniforme contrária à pretensão do autor não é necessário citar o réu. Em nome da promessa de certeza, o procedimento vai sendo relegado a um plano secundário, o que nos leva a

questionar: a incerteza seria, como o tempo, um inimigo contra quem se deve lutar sem descanso (Carnelutti), ou teria a incerteza alguma função?

No processo, tempo e incerteza estão intrinsecamente relacionados. A incerteza existe porque a decisão não será tomada agora, mas no futuro, quando o estado do sistema jurídico como um todo (leis, jurisprudência, interpretação etc.) e do sistema episódico do próprio processo (cumprimento de prazos, atos praticados, confissão etc.) podem ter se modificado. No entanto, como visto, o tempo tem uma função importante no processo: protege o sistema contra a pressão para decidir imediatamente os temas trazidos pela periferia do sistema. Por meio dos processos (sistemas episódicos), o direito (sistema parcial da sociedade) pode construir/obter tempo, suspendendo a aplicação do seu código lícito/ilícito ao aplicar um pseudocódigo: *sub judice*. É justamente essa proteção que permite ao direito contemplar diversos temas, mantendo níveis aceitáveis de consistência interna, isto é, que permitem a manutenção da especificidade jurídica.

A especificidade jurídica, vale lembrar, relaciona-se com a diferenciação funcional do direito na sociedade, que se reflete na sua autonomia frente outras ordens normativas e sistemas. A norma jurídica não se confunde, por exemplo, com a moral, o que permite avaliar as normas jurídicas como morais ou imorais e a moral como legal ou ilegal. Também não se confunde com o consenso politicamente construído, razão pela qual se pode falar em direito das minorias, direito ao dissenso e critérios de legalidade dos procedimentos políticos para a obtenção de consenso. Em especial, graças à separação entre política e direito é possível falar em controle de constitucionalidade, judicialização de políticas públicas e controle jurisdicional da atividade do Estado.

No caso brasileiro, a autonomia do direito em face da política também ganha relevo diante do modelo que o Estado adota para se relacionar com os cidadãos. Atividades de interesse público são delegadas mediante concessões, autorizações ou exercidas em regime privado, mas dentro de um marco regulatório. Não apenas concessionárias de serviços como telefonia, fornecimento de água, energia elétrica, gás e administração de rodovias, mas também as instituições financeiras, seguradoras e operadoras de seguro-saúde se relacionam com seus usuários-consumidores a partir de uma posição de agentes públicos.

Isso significa que, no modelo brasileiro de prestação de serviços que beneficiam toda a coletividade (que podem ser pensados como mecanismos políticos de

inclusão social/econômica) um conjunto de poucos operadores presta serviços a milhões de cidadãos em cenários, muitas vezes, de pouquíssima concorrência, em que padrões de qualidade do serviço, metas de universalização e composição do preço são determinados politicamente, assim como os modelos gerais de contratação por meio dos quais esses agentes se relacionam com os indivíduos (contratos de adesão). Em um cenário desses, a proteção dos direitos e garantias individuais dos usuários-consumidores nessas relações jurídicas massificadas depende de que o direito possa se manter autônomo em relação às orientações políticas que definem a atuação desses agentes.[1070]

A importância da autonomia do direito em relação à política também fica evidente nos litígios envolvendo a seguridade social. É a autonomia do direito em face da política que permite questionar a legalidade de políticas previdenciárias que possam importar em redução de benefícios já consolidados (a chamada teoria da proibição de retrocesso social) e na sindicabilidade do direito à saúde. É porque direito e política não se confundem que o Poder Judiciário pode decidir pela ilegalidade da não-inclusão de determinado medicamento na lista dos medicamentos de fornecimento obrigatório pelo Sistema Único de Saúde: e, nesses termos, é com toda razão que o faz sem qualquer consideração pelos argumentos fundados em limitação orçamentária.[1071]

Nesse cenário, não é difícil perceber que, como regra geral, o direito brasileiro é autopoiético e apresenta uma consistente autonomia em face da política. Também não é difícil perceber a importância dessa autonomia para que o direito da sociedade complexa possa oferecer prestações adequadas à complexidade da sociedade e seus sistemas sociais. No

[1070] Um exemplo claro dos resultados dessa autonomia é a circunstância de que as resoluções e atos normativos do Poder Público, que definem o marco regulatório para esses agentes, não são garantia de legalidade. A discussão ficou bem caracterizada na questão envolvendo a legalidade de critérios para cobrança de tarifa interurbana, bem sintetizada no julgamento pela 1ª Turma do STJ do REsp nº 614.042/PR, rel. Min. José Delgado, j. 22.2.2005.

[1071] A posição consolidada no STJ sobre o tema (quando o medicamento está previsto já na lista do SUS) é a de que "Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente importantes. 2. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal". (STJ, 2ª T., AgRg no REsp nº 1.107.511/RS, rel. Min Herman Benjamin, j. 21.11.2013). Note-se, no entanto, que a questão da obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos não incluídos na lista da ANVISA será decidida por amostragem. Primeiro, o assunto foi submetido ao rito dos recursos repetitivos no STJ (REsp nº 1.102.457/RJ), depois a matéria acabou sendo pautado pelo STF em Recurso Extraordinário que teve a repercussão geral reconhecida (RE nº657.718/MG).

entanto, essa autonomia é frágil e sua construção não depende, apenas, de previsões abstratas na Constituição Federal.

É por meio do processo que o direito avoca para si a aplicação do código ilícito/ilícito: a autonomia do processo, enquanto sistema episódico é essencial para que, no momento da decisão, no momento da aplicação da distinção lícito/ilícito, o direito não se torne a extensão de outros sistemas, evitando que a racionalidade especificamente jurídica ceda lugar a outras racionalidades. Em outras palavras, as condições para a propalada concretização dos direitos fundamentais constitucionais dependem, em larga medida, das estruturas do processo judicial garantirem a autonomia do sistema e da aplicação do código.

E é essa autonomia que é posta em risco quando, em nome de metas quantitativas de produção de decisões judiciais, se abre mão da possibilidade das partes influenciarem a decisão judicial, isto é, se abre mão do processo.

Na perspectiva do movimento reformista, quando há jurisprudência uniformizada, a decisão não precisa corresponder à discussão trazida pelas partes, ou seja, à história do próprio processo, devendo corresponder à orientação estabelecida pelos Tribunais superiores na uniformização de jurisprudência. Uniformização essa que, como visto no cap. 7.1., depende de processos de natureza muito mais política do que jurídica, já que nem é obrigatória nem está pautada, necessariamente, na decisão de conflitos.

A natureza essencialmente política dos procedimentos de uniformização de jurisprudência faz com que o Poder Judiciário se veja na contingência de decidir pela conveniência ou não de editar súmula vinculante acerca de tema que possa ter impacto nas finanças públicas (como a legalidade da incidência de um tributo); ou pela conveniência de suspender as discussões judiciais sobre determinado tema ao submetê-lo aos procedimentos de julgamento por amostragem (onde podem ficar congelados por muitos anos). Com isso, abre-se o caminho para que a política bloqueie a atuação do direito sobre determinados temas o que, na prática, pode significar o bloqueio da possibilidade de fazer uso do processo para obtenção/garantia de direitos contra o Estado.

A incerteza quanto ao resultado do procedimento, por sua vez, garante a autonomia que permite ao direito operar por critérios próprios, compensando igualdade com equidade, consistência interna com adequação à complexidade externa. Essa autonomia, como visto no cap. 3.2.4., depende da realização de certas condições. Do ponto de vista *temporal*, o

procedimento precisa manter protegido seu ritmo próprio. As técnicas para tutelas de urgência confirmam essa autonomia. Do ponto de vista *material*, a autonomia é garantida com rígidos critérios de seleção, de modo que, o que não está nos autos não está no mundo; e do ponto de vista *social*, a autonomia decorre da margem de ação que os procedimentos deixam aos participantes e a decorrente autovinculação ao processo como fruto dos atos dos participantes.[1072]

No entanto, essa autonomia significa incerteza, pois rompe a unidade de referência material/temporal/social, dificultando, para um observador (em especial o participante do processo), o estabelecimento de correlações entre os programas do processo (relativos a tempo, efeitos e conteúdo da decisão) com outros programas atinentes aos sistemas parciais da sociedade.

Apesar dessa incerteza, a autonomia do processo permite que a decisão seja praticamente imunizada contra críticas (cap. 3.2.4.). Enquanto as normas processuais ditam as condições de validade da decisão final,[1073] a legitimação dessa decisão depende da realização dos atos do procedimento. Do ponto de vista *temporal*, a legitimação é produto da irreversibilidade de cada um dos atos do procedimento que, vinculando a ação dos atores envolvidos, constitui ponto de não-retorno; do ponto de vista *social* a legitimação é um produto da identificação nos papéis típicos dos procedimentos, que impulsiona o indivíduo a separar-se das motivações estranhas a esse papel; e do ponto de vista *material*, a legitimação é produto da marginalização daqueles que, depois de terem sido parte no processo, se recusam a aceitar o resultado.[1074]

[1072] LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995, p. 62-63.

[1073] A partir do momento em que o procedimento judicial se desvincula do fundo religioso que o caracteriza na Idade Média e ganha uma regulação exclusivamente jurídica ele vai ganhando condições de lidar com uma verdade relativa. A decisão jurisdicional não equivale à vontade de Deus e, portanto, não precisa equivaler a uma verdade absoluta. A condição essencial para tanto só ocorre na Modernidade, e é a positividade do direito. Com isso, o processo se desvincula também da necessidade científica de chegar à decisão correta. A verdade é relativizada como verdade juridicamente possível. A necessidade de se chegar a uma decisão relativiza a pretensão de correção da decisão e desloca progressivamente a orientação das observações sobre o procedimento para o aspecto do tempo. Como coloca Luhmann, "um sistema que deve garantir a decidibilidade de todos os problemas que lhe são submetidos não pode assegurar, ao mesmo tempo, a correção de todas as decisões. A especificação funcional em um sentido exclui uma especificação funcional em outro". (LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995, p.13).

[1074] Como explica Luhmann, o conceito de legitimidade se refere atualmente "a uma convicção puramente fática da validade do direito, da obrigatoriedade de determinadas normas ou decisões, ou dos valores dos princípios nos quais esses se justificam". Essa convicção não pode ser obtida exclusivamente por meio da força nem por meio do consenso casual dos interessados, que são ambos recursos escassos do sistema político. A legitimidade deve poder ser institucionalizada como "disponibilidade generalizada a aceitar, dentro de determinados limites de tolerância, decisões de conteúdo ainda indeterminado". Para Luhmann, "os procedimentos recebem uma espécie de reconhecimento geral, independente do grau de

A tese de Luhmann sobre a legitimação pelo procedimento implica, portanto, que a incerteza inicial com relação à decisão que será proferida no processo é uma condição de legitimidade dessa decisão. E essa premissa se coaduna com a tese de Gonçalves, segundo a qual a sociedade moderna já não conta com os antigos centros de certeza, capazes de propiciar ao sistema jurídico um sustentáculo externo para decisões que possam ser consideradas *a única resposta justa/verdadeira*.

Como consequência, o processo deve ser capaz de absorver essa incerteza, de modo que a incerteza do direito se resolva no processo, no qual uma decisão será dada. Mas isso só ocorre na medida em que não seja possível dizer, de antemão, qual decisão será dada, pois é a incerteza com relação à decisão que torna relevante o procedimento, que cria os espaços em que o processo se realiza, que motiva as partes a participarem do processo.[1075]

A incerteza, enfatiza Luhmann, é o motor do processo, é o que motiva as partes a assumirem o papel de parte, com chances de influenciar a decisão, a aceitar o direito do outro contender, se autovinculando com relação à aceitação do resultado futuro. A incerteza é, assim, o *efetivo fator legitimante*,[1076] pois, embora nenhum dos aspectos do procedimento seja sozinho capaz de legitimar a decisão, a participação efetiva das partes é especialmente importante. Daí a conclusão de Luhmann de que "um tribunal que exija apenas algumas poucas informações dos participantes e depois decida de surpresa com base em uma convicção

---

satisfação produzido por cada decisão, e tal reconhecimento tem como consequência a aceitação e observância das decisões vinculantes". Essa aceitação só é possível na medida em que se possa promover a sua generalização, isto é, uma referência suficientemente abstrata para tornar a aceitação de decisões produzidas por procedimentos como algo socialmente esperado independentemente dos motivos concretos que alguém possa ter para aceitar ou não a decisão. "Legitimação pelo procedimento não significa, de todo, justificação por meio do direito processual, ainda que os procedimentos pressuponham uma regulação jurídica; trata-se na verdade de uma reestruturação das expectativas por meio de um processo de comunicação que se desenvolve conformemente a prescrições jurídicas; tratam-se, portanto, de eventos reais e não de uma relação normativa de sentido". (LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995, p. 19-29).

[1075] Como explica Luhmann, "o processo possui, como sistema social, certa margem para desenvolvimento/evolução apenas se, e na medida em que, nas questões referentes ao direito e à verdade, subsista incerteza. A diferenciação dos processos (enquanto sistema social) diz respeito ao mecanismo de absorção desta incerteza e é guiado exclusivamente por critérios internos ao processo". (LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995, p.52).

[1076] LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995, p.99-100. Mais adiante, explica que "O motor do processo é a incerteza do resultado. E esta a força motriz do processo e o fator efetivamente legitimante [...]. Recorre-se de fato à incerteza como motivo para induzir o destinatário da decisão a um trabalho não retribuído de participação no cerimonial [...], a privar-se da possibilidade de generalizar os próprios interesses e conseguir, assim, consenso e alianças sociais ou políticas mais amplas para atingir seus objetivos [...] Depois que alguém já renunciou à autotutela e aceitou participar do processo, confirmando assim uma validade geral das normas e competências que não são postas em discussão, a possibilidade de rebelar-se contra a decisão já não faz muito sentido, nem tem muitas esperanças de funcionar [...]". (LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995, p.113).

própria desvinculada dessas informações, não utiliza as oportunidades de legitimação que o processo oferece".[1077]

Dispensar a incerteza, ou tratá-la como um inimigo contra o qual se deve lutar sem descanso, significa dispensar (ou, ao menos, subaproveitar) a legitimação pelo procedimento. A consequência colateral dessa estratégia é a fragilização das condições de autonomia do processo, já que a escolha quanto a usar ou não usar as técnicas de uniformização, como visto, tende a depender de critérios políticos (conveniência, oportunidade e consenso). Nesse contexto, vale lembrar com Luhmann que a autonomia do processo tem o mérito de retirar do ambiente do sistema o controle sobre todas as premissas da decisão a ser tomada, o que, apesar de resultar em incerteza, "previne o perigo de que o processo se transforme na longa manus de um determinado setor do ambiente".[1078]

Já nos anos 1970 Luhmann observava que, ao passo em que sociedades simples não têm condições de diferenciar processos como um sistema autônomo, sociedades complexas podem "perturbar ou destruir a autonomia dos processos jurisdicionais" por meio da "programação decisional precisa e concreta até a automatização".[1079] Outra possibilidade de destruir a autonomia dos processos na sociedade complexa é criar "um único órgão, como uma central política, a controlar as informações relativas ao direito e aquelas relativas aos fatos que serão apresentados aos Tribunais", o que anularia a diferenciação do processo.[1080]

Ambas as hipóteses aventadas por Luhmann se aproximam dos mecanismos implementados pelo movimento reformista de modo inquietante. E, de fato, parece bastante real o perigo de perda de autonomia quando os mecanismos de uniformização de jurisprudência são utilizados politicamente para proteger o Poder Público de decisões judiciais que possam atrapalhar a governabilidade, os cofres públicos ou a arrecadação tributária. No lugar da incerteza do direito, a incerteza da política (ou pior, a certeza de uma política pouco

---

[1077] LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995, p.111.
[1078] LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995, p.64.
[1079] LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995.
[1080] LUHMANN, Niklas. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995, p. 65. E complementa apontando que "naturalmente é necessário evitar considerar a autonomia relativa dos processos como um valor em si, que seria oportuno reconhecer e incrementar (mais e mais autonomia). Nenhum sistema é insubstituível. Mas, se a autonomia não estiver garantida, as suas funções devem ser desempenhadas por outras instituições, e o sistema político-administrativo da sociedade deverá então sustentar os ônus correspondentes em outros pontos. Isso tem valor especial para a função legitimante do procedimento" (p.65).

democrática, na qual o Poder Judiciário atue, nas questões de interesse público, sempre no interesse do próprio Estado).

Há ainda que ser considerada a incerteza quanto àquilo que entra no lugar do procedimento quando este é suprimido: quando não se pode recorrer ao procedimento para influenciar a decisão, como fazem as partes e seus advogados?

A experiência forense traz um exemplo interessante. Não se trata de corrupção, mas da prática, usual no Brasil, em todas as instâncias, de o advogado conversar pessoalmente com juízes acerca de um caso pendente de decisão sem a presença do advogado da parte contrária. Não há muita dúvida sobre a legalidade dessa prática,[1081] mas, mais do que isso, chama a atenção de quem milita na advocacia contenciosa a sua eficácia (ou, ao menos, a crença na sua eficácia). Advogados "despacham" seus casos com juízes porque acreditam que o procedimento (contraditório) não bastará para influenciar a decisão a ser proferida.[1082] Ninguém pretende convencer o juiz no momento da conversa, mas espera-se chamar a atenção para o caso, a fim de que a decisão, ao menos, reflita os argumentos que estão no processo.

Os advogados sabem, ou assim assumem, que juízes são assoberbados com o volume de trabalho, que muitas vezes precisam decidir matérias absolutamente diversas sem ter o tempo necessário de estudá-las, e, por isso, o "despacho" com o juiz teria uma função suplementar no contraditório: tirar o caso de uma imaginada *vala-comum*, dos outros casos (em que, assume-se, os outros advogados não se darão ao trabalho de ir "despachar" com o juiz). Em todo caso, o exemplo parece indicar o resultado de uma crença generalizada na insuficiência ou, ao menos, relativa insuficiência do contraditório institucional. E, por que precisam defender os interesses dos seus clientes, os advogados procuram suprir essa insuficiência com contatos pessoais.

[1081] Assim, o art. 7º, VIII, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) garante ao advogado o direito de "dirigir-se diretamente aos magistrados nas salas e gabinetes de trabalho, independentemente de horário previamente marcado ou outra condição". Por sua vez, o Código de Ética da Magistratura, promulgado pelo Conselho Nacional de Justiça em setembro de 2008, dispõe que não será considerado tratamento discriminatório "a audiência concedida a apenas uma das partes ou seu advogado, contanto que se assegure igual direito à parte contrária, caso seja solicitado". O STJ chegou a decidir sobre o tema, reproduzindo a orientação do CNJ de que "o magistrado é sempre obrigado a receber advogados em seu gabinete de trabalho, a qualquer momento durante o expediente forense, independentemente da urgência do assunto [...]" (STJ, 1ª T., RMS nº 18.296, Min. Denise Arruda, j. 28.8.07).

[1082] Apesar de não haver qualquer base empírica a sustentar a constatação dessa crença, o fato de as corporações de advogados, como a OAB e a AASP, dedicarem esforços políticos enormes pela institucionalização da obrigação de recebimento pessoal e punição de juízes que se furtam ao cumprimento dessa regra, parece evidência suficiente da existência e repercussão de uma semântica segundo a qual o "despacho" com o juiz é fundamental.

Hipóteses desse tipo poderiam ser exploradas: a impossibilidade de utilizar o procedimento para influenciar a decisão levaria as partes a recorrerem a outros meios, especialmente as redes pessoais de contatos (como os pintores que faziam os quadros dos juízes de *Joseph K*). A importância que se dá, na advocacia contenciosa, ao bom relacionamento com juízes e funcionários do fórum, de certo modo, confirma as dificuldades que o processo pode enfrentar para se firmar como autônomo. Uma consequência perversa da redução do procedimento pode ser a intensificação do efeito parasitário dessas redes sobre a diferenciação do direito e do processo em face da política.[1083]

Essa é, contudo, a hipótese mais otimista. Em um cenário pessimista, à previsibilidade absoluta das decisões judiciais e desjudicialização dos conflitos, pode corresponder a certeza da *monetarização, politização* e da *força física*, em que, no lugar da inutilidade de um processo, as partes podem se ver motivadas a fazer uso para fazer valer a certeza das próprias expectativas.

[1083] Essa noção de *parasitismo* é de Raffaele De Giorgi, que utiliza o conceito para descrever o efeito das redes de inclusão, alheias aos sistemas sociais, mas que buscam oferecer prestações similares (como as organizações criminosas) sobre a sociedade. (DE GIORGI, Raffaele. Redes da Inclusão. In: **Direito, democracia e risco** – vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998, p.133-148).

REFERÊNCIAS

ACKROYD, Peter. **The history of England**. v.I, Foundation, Londres: Pan Books, 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1997.

ALVIM, Agostinho. **Da eqüidade**. v. 797, São Paulo: RT, 2002.

ALVIM, Arruda. **Tratado de direito processual civil**. São Paulo: RT, 1990.

_____. **Processo civil 2**. São Paulo: RT, 1995.

_____. A EC 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda et al. (Coord.) **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional 45/2004. São Paulo: RT. 2005

_____. **Manual de direito processual civil**. 13.ed.São Paulo: RT, 2011.

AQUINO, São Tomás de. **Comentários às sentenças de Pedro Lombardo** (Suma Teológica, q. XLII, art. 2). Disponível em: www.permanência.org.br. Acesso em: 20 mar. 2014.

ARENHART, Sérgio Cruz. A nova postura do relator no julgamento dos recursos. **Revista de Processo**, v. 103, São Paulo: RT, 2001.

ARRUDA, José Jobson. O sistema feudal. **História integrada**: da Idade Média ao nascimento do mundo moderno. v. 2, São Paulo: Ática, 1996.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Fontes do direito no sistema do *common law*, **Revista de Direito Público** nº 35-36, São Paulo: RT, 1975.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2004.

AZEVEDO, Luiz Carlos de; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: RT. 2001.

_____. **Lições de história do processo civil lusitano**. São Paulo: RT, 2009.

BAETSON, Gregory. **Steps to an ecology of mind**. Chicago: University of Chicago Press, 1972.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, D.Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Rationales for precedentes. In: (Org.) MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. **Interpreting precedents, a comparative study**. Aldershot: Brookfield, Vt.: Ashgate/Dartmouth, 1997.

BARALDI, Cláudio. In: CORSI, Giancarlo et al. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. Barcelona: Anthropos, 1996.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 5.ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BARBUTO, Mario. L'emergenza pinto e l'esperienza del tribunale di Torino. In: **Judicium**. Disponível em: www.judicium.it. Acesso em: 22.jul. 2013.

BARROS, Marco Antônio de. Procedimento penal acusatório das "Quaestiones Perpetuae": fonte da soberania dos veredictos do tribunal do júri. **Justitia**, São Paulo, v.59, nº178, 1997.

BARROSO, Luis Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. In: ROCHA, Carmem Lúcia. (Org.) **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada – estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte, 2005.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Vicente Sabino Júnior. São Paulo: CD, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. ; CARMONA, Carlos Alberto. A posição do juiz: tendências atuais. In: **Revista Forense**, nº 349, Rio de Janeiro, jan.-mar. 2000.

BLACK´S LAW **Dictionary**, 9th ed., Minessota, US, Thomson Reuters.

BLAINEY, Geoffrey. **Uma breve história do mundo**. São Paulo: Fundamento Educacional, 2010.

BLOCH, Marc. **A sociedade feudal**. Coimbra: Edições 70, 2009.

BOAS, Franz. **The mind of primitive man**. New York: Macmillan Company, 1938. Disponível em: http://www.archive.org/details/mindofprimitive00boas. Acesso em: 14 mar.2014.

BOBBIO, Norberto. La certezza del Diritto è um mito? In: **Rivista Internationale di Filosofia del Diritto**, ano XXVIII, série III, 1951.

_____. **Da estrutura à função** – novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccacia Versiani. Barueri. SP: Manole, 2007.

_____. **O positivismo jurídico** – lições de filosofia do direito compiladas pelo Dr. Nello Morra. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BONDIOLI, Luiz Guilherme de Aidar. **O novo código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BORGES, José Souto Maior. Princípio da segurança jurídica a criação e aplicação do tributo. **Revista de Direito Tributário** nº 63. São Paulo: Malheiros, 1994.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Contornos da reforma contemporânea do processo civil. In: **Revista de Processo**, nº143, São Paulo, jan. 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 5.ed. v.5, São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUZAID, Alfredo. **Estudos de direito**. v.1. São Paulo: Saraiva, 1972.

CADORE, Márcia Regina Lusa. **Súmula vinculante e uniformização de jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2007.

CAETANO, Marcello. **História do direito português**. v.I (1140-1495). Lisboa: Verbo, 1981.

CALAMANDREI, Piero. La relatatività del concetto di azione. In: **Scretti giuridici in onore di S. Romano**. Padova: Cedam, 1939.

_____. La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina. In: **Opere Giuridiche di Piero Calamandrei** (a cura di Mauro Cappelletti). Napole: Morano, 1966.

_____. **Verdade e verossimilitude no processo civil** (Direito Processual Civil). v.III. Campinas: Bookseller, 1999.

CAMI, Eduardo. **Julgamento *prima facie* (imediato) pela técnica do art. 285-A do CPC**. Disponível em: www.academiabrasileiradedireitoprocessualcivil.com.br. Acesso em: jul. 2013.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Governo representativo *versus* Governo dos juízes: a autopoiese dos sistemas político e jurídico. In: **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. **A interpretação do direito e movimentos sociais** – hermenêutica do sistema jurídico e da sociedade. Tese apresentada ao concurso de professor titular junto ao Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

CAMPOS, Francisco. A reforma do processo civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, abril 1939.

CANDEAS, Ana Paula Lucena Silva. Valores e judiciários. Os valores recomendados pelo Banco Mundial para os judiciários nacionais. In*:* **Revista Cidadania e Justiça da AMB**, ano 7, nº 13, 1º sem. 2004. Disponível em: http://200.155.4.38/imprensa/veiculos_amb/docs/revista_cj_n7.pdf. Acesso em: 22 jun. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo e ideologie**. Bologna: Il Mulino, 1969.

_____. Aspetti sociali e politici della procedura civile. In: **Giustizia e società**, Milano: Comunità, 1977.

_____. Il processo come fenomeno sociale di massa. In: **Giustizia e società**, Milano: Comunità, 1977.

_____. Acesso alla giustizia come programma di riforma e come método di pensiero. In: **Studi in onore di Tito Carnacini** II, Milano: Giuffrè, 1984.

_____. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.

_____. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

CARDOZO, Benjamin Nathan. **A evolução do direito**. Belo Horizonte: Líder, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, 1958.

_____. La certezza del Diritto. In: OÑATE, Flávio Lopez. **La certeza del Diritto**. Milano: Giuffrè, 1968.

_____. Verità, Dubio, Certezza. **Rivista di Diritto Processuale**, 2ª série, nº 20, Padova: Cedam, 1965.

_____. **Sistema di diritto processuale civile**. v.1.Padova: Cedam, 1936.

_____. **Discorsi intorno al diritto**. v.1 Pádova: Cedam, 1937

CARVALHO, Paulo de Barros. O princípio da segurança jurídica. **Revista de Direito Tributário**, v. 61, 1994.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Indenização por eqüidade no novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

CASSIRER, Ernst. **A filosofia do Iluminismo**. 3.ed. Campinas: Unicamp, 1997.

CERAMI, Pietro; METRO, Antonio; CORBINO, Alessandro; PURPURA, Gianfranco. **Ordinamento costituzionale e produzione del diritto in Roma antica**: i fondamenti dell'esperienza giuridica occidentale. 2.ed. Nápoli: Jovene, 2006.

CHIOVENDA, Giuseppe. Dell'azione nascente dal contratto preliminare. **Rivista di Diritto Commerciale**, nº 03, 1911.

_____. Le riforme processual e le correnti del pensiero moderno. In: **Saggi di Diritto Processuale Civile (1900-19030)**, I, Roma: Foro Italiano, 1930.

_____. **Instituições de direito processual civil**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1969.

_____. **Principii di diritto processuale civile**. Napoli: Casa Editrice E. Jovene, 1980.

_____. Sulla Cosa Giudicata. In: **Saggi di diritto processuale civile**. 3.ed. v.2. Milão: Giuffrè, 1993.

CIANCI, Mirna. **O acesso à justiça e as reformas do CPC**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Candido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 16.ed.São Paulo Malheiros: 2000.

COMTE, Auguste. **Seleção de textos de José Arthur Giannotti**. Tradução de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. **Governança judicial** – modelos de controle das atividades dos sujeitos processuais. Tese de doutorado apresentada à Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008.

CORSALE, Massimo. **Certezza del diritto e crisi di legitimità**. 2.ed. Milano: Giuffrè, 1979.

CORSI, Giancarlo. **Sistemi che Apprendono** – studio sull'idea di riforma nel sistema dell'educazione. Lecce: Pensa Multimedia, 1998.

CÔRTES, Oscar Mendes Paixão. **Súmula vinculante e segurança jurídica**. São Paulo: RT, 2008.

COSTA, Ricardo da. Las definiciones de las siete artes liberales y mecânicas em la obra de Ramón Llull. In: **Revista Anales del Seminario de Historia de la Filosofia**, Madrid: Publicaciones Universidad Complutense de Madrid (UCM), v.23, 2006.

COTTINGHAM, John. **El racionalismo**. Tradução de Juan-Andrés Iglesias. Barcelona: Ariel, 1987.

COUTO, Mônica Benetti. Repercussão geral da questão constitucional: algumas notas reflexivas. In: **Direito civil e processo**: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. (Coord.) Araken de Assis et al. São Paulo: RT, 2008.

COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos do direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1946.

DAKOLIAS, Maria. **O poder judiciário nos países da América Latina e do Caribe**: elementos para reforma. Tradução de Sandro Eduardo Sardá. Washington: Banco Mundial, 1996. Disponível em: www.sinjusc.org.br/admin/uploads/baixar/DOCUMENTO%20TECNICO%20NUMERO%20319.doc. Acesso em: jul. 2013.

DE CICCO, Cláudio. **Direito**: tradição e modernidade – poder e autoridade na família e no Estado. Das origens romanas ao direito brasileiro moderno. 2.ed. São Paulo: Ícone. 1993.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, tempo e memória**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. **Scienza del diritto e legitimazione, critica dell'epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann**. Poscritto 1998. Lecce: Pensa MultiMedia, 1998.

_____. Modelos Jurídicos de igualdade e de equidade. In: **Direito, democracia e risco** – vínculos com o futuro. Tradução de Herman Nébias Barreto, Cristiane Branco Macedo e Menelick de Carvalho Netto. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

_____. Redes da Inclusão. In: **Direito, democracia e risco** – vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

_____. Reflexos sobre a semântica da racionalidade e da experiência jurídica. In: **Direito, democracia e risco** – vínculos com o futuro. Tradução de Herman Nébias Barreto, Cristiane Branco Macedo e Menelick de Carvalho Netto. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

DELGADO, José Augusto. A súmula vinculante e a administração pública. In: **Boletim de Direito Administrativo**, nº 6, São Paulo: NDJ, 1998.

DESCARTES, René. **Discurso sobre o método**. Primeira parte. Tradução de Enrico Corvisieri. Digitalização: Acrópolis. Disponível em: www.cfh.ufsc.br/discurso.pdf. Acesso em: 22 mar. 2014.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 12.ed. v.1. São Paulo: Podivm, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. In: (Org.). NASCIMENTO, Carlos V. do. **Coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

_____. O regime jurídico das medidas de urgência. In: **Seleções Jurídicas ADV**, Rio de Janeiro: COAD, jan.2002.

_____. O relator, a jurisprudência e os recursos. In: (Coord.) WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR. Nelson Nery. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98**. São Paulo: RT, 1998.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **A reforma do Código de Processo Civil**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. O processo civil na reforma constitucional do poder judiciário. In: (Coord.) BOTTINI, Pierpaolo; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm. **Reforma do judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Fundamentos de direito processual civil**. 6.ed. v.1. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 6.ed. v.1. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 6.ed. v.III. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Vocabulário do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Nova era do processo civil**. 3.ed.Malheiros: São Paulo, 2009.

DINAMARCO, Pedro da Silva. A segunda etapa da reforma do Código de Processo Civil e suas premissas hermenêuticas. In: (Coord.) COSTA, Helio Rubens Batista Ribeiro Costa et al. **A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil**: leis 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: Saraiva, 2002.

DRUCKER, Peter Ferdinand. Managing for the future: the 1990's and beyond. In: **O melhor de Peter Drucker**: o homem, a administração, a sociedade. Tradução de Maria L. Leite Rosa. São Paulo: Nobel, 2002.

DUARTE, Ricardo Quass. **O tempo inimigo no processo civil brasileiro**. São Paulo: LTr, 2009.

DUBRAY, Charles Marin Marsenne. **The Catholic Encyclopedia**. v.10, New York: Robert Appleton Company, 1911. Disponível em: www.newadvent.org/cathen/10209b.htm. Acesso em: 20 fev. 2014.

ESPOSITO, Elena. **Probabilità Improbabili** – la realtà dela finzione nella società moderna. Roma: Meltemi, 2008.

EVANS, Jim. Change in the doctrine of precedent during the 19th century. In: (Coord.). Laurence Goldstein. **Precedent in law**. Oxford: Clarendon Press, 1987.

FARIA, José Eduardo. O judiciário e o desenvolvimento socioeconômico. In: (Org.). FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005.

FARNSWORTH, Edward Allen. **Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2.ed.São Paulo: Atlas, 2006

_____. Segurança jurídica e normas gerais tributárias. **Revista de Direito Tributário**, nº 17-18/51. São Paulo: RT, 1981.

FOERSTER, Heinz von. **Sistemi che osservano**. Roma: Astrolabio, 1987.

FRANK, Jerome. Courts on Trial: Myth and Reality. In: **American Justice**. Princeton: Princeton University Press, 1949.

_____. **Law and modern mind**. Michigan: P. Smith, 1949.

GILISSEN, John. **Introdução histórica do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

GILMORE, Grant. **The death of contract**. 2.ed. Ohio: Ohio State University Press, 1995.

GINSBURG, Jane Carol. **Legal Methods**. Westbury: Fundation Press, 1996.

GOMES, Luiz Flavio. Súmulas vinculantes e independência judicial. In: **Revista dos Tribunais**, v. 86, nº 739, São Paulo: RT, 1997.

GONÇALVES, Guilherme Leite. **Certezza ed Incertezza, pressuposti operativi del diritto contingente**. Tese di Dottorado, tutore Prof. Raffaele de Giorgi, Università degli Studi di Lecce, Facoltá di Giurisprudenza, 2006. Não publicada.

GOODHART, Arthur Lehmann. The ratio decidendi of a case. In: **Modern Law Review**, v.22, mar.1959.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A crise do poder judiciário. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, nº 34, 1990.

_____. Os fundamentos da justiça conciliativa. In: (Coords.) GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano Lagrasta. **Mediação e gerenciamento do processo**: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. São Paulo: Atlas, 2007.

GROSSI, Paolo. **L´Ordine Giuridico Medievale**. 3.ed. Roma-Bari: Gius Laterza & Figli Spa, 2007.

HABSCHEID, Walter J. As bases do direito processual civil. Tradução de Arruda Alvim. In: **Revista de processo**. v.11/22. São Paulo: RT, 1978.

HALE, Matthew. **The history of the common law of england**. Chicago: Chicago University, 1971.

HASNAS, John. Hayek, the common law and fluid drive. In: **NYU Journal of Law and Liberty**, v.1, nº 0, 2005. Disponível em:

http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_060886.pdf. Acesso em: jul. 2013.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do espírito**. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000058.pdf. Digitalização: Acrópolis (Filosofia). *Homepage* do grupo: http://br.egroups.com/group/acropolis.

HESPANHA, Antonio Manuel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. Mem Martins: Europa-América, 1998.

HOFSTADTER, Douglas Richard. **I am a strange loop**. New York: Perseus books, 2008.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Edição comemorativa de 70 anos. Ricardo Benzaquen de Araújo (Org.). São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

HUENEMANN, Charlie. **Racionalismo**. Tradução de Jacques A. Wainberg. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

HUME, David. **Investigação acerca do entendimento humano**. 2.ed. Tradução de André Campos Mesquita. São Paulo: Escala, 2003.

JAGO, Charles. The influence of debt on the relations between Crown and aristocracy in seventeenth century Castile. In: **The Economic History Review**, 26: 218-236. Doi 10.111/j.1468-0289.1973.tb01935.x. Disponível em: www.onlinelibrary.wiley.com. Acesso em: 10 ago.2013.

KAFKA, Franz. **O processo**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

KANT, Emmanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de J. Rodrigues de Merege. Versão eletrônica Acrópolis. Disponível em: http://br.egroups.com/group/acropolis/. Acesso em: 20 jun. 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6.ed.São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luis Carlos Borges. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KHUN, Thomas. **A revolução copernicana**. Tradução de Marilia Costas Fontes. Lisboa: Edições 70, 1957 (impresso em 2002).

KIRCHMANN, Julio von. El carácter a-cientifico de la llamada ciencia del derecho. In: **La ciencia del derecho**. KIRCHMANN, Julio von; SAVIGNY, Frederic Carl von; ZITELMANN, Ernst; KANTOROWICZ, Hermann. Buenos Aires, Losada, 1949.

KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

KORNER, Andrei. **Judiciário e cidadania na Constituição da República brasileira**. São Paulo: Hucitec/Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo, 1998.

KUNKEL, Wolfgang. **Linee di storia giuridica romana**. Tradução de Tullio e Bianca Spagnuolo Vigorita. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2007.

LALLEMENT, Michel. **História das ideias sociológicas** v.II: de Parsons aos contemporâneos. Tradução de Ephraim F. Alves. 3.ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

LAMOND, Grant. Precedent and Analogy in Legal Reasoning. In: **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Fall 2008 Edition). Edward N. Zalta (Ed.). Disponível em: http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/legal-reas-prec/. Acesso em: jul. 2013.

LEAL, Victor Nunes. A súmula do Supremo Tribunal Federal e o *restatement of the law* dos norte-americanos. In: **Revista do Tribunal de Justiça do Distrito Federal**, nº1. Brasília: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 1966.

LEVI-STRAUSS, Claude. Raça e história. In: **Antropologia estrutural 2**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.

_____. **As estruturas elementares do parentesco**. 5.ed. Petrópolis: Vozes, 2009

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Corso de diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1952.

_____. Il nuovo "código de processo civil" brasiliano. In: **Problemi del processo civile**. Milano: Morano, 1962.

_____. **Manual de direito processual civil**. 3.ed. v.1. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005.

LLEWELLY, Karl. **The branble busch**: some lectures on law and its study. New York: Columbia University: University School of law, 1930.

LOCKE, John. **Ensaio sobre o entendimento humano**. Tradução de Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

LOPES, José Reinaldo Lima. **O direito na história** – lições introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicia**l – fundamentos de direito. Tradução de Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2008.

LUHMANN, Niklas. **Sistema juridico y dogmatica juridica**. Tradução de Ignacio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

_____. **Strutura della società e semantica**. Tradução de Sinatra M. Roma-Bari: Gius Laterza & Figli Spa, 1983.

_____. **Sociologia do Direito** v.I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Sociologia do Direito** v.II. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Differenziazione del diritto, contributi ala sociologia e ala teoria del diritto**. Tradução de Raffaelle De Giorgi. Bologna: Il Mulino, 1990.

_____. **Procedimenti Giuridici e Legittimazione Sociale**. Tradução de Sergio Siragusa. Milano: Giufrè, 1995.

_____. La constituizione come acquisizione evolutiva. In: **Il Futuro della Constituizone**. Torino: Einaudi, 1996.

_____. **Introducción a la teoría de sistemas** – lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

_____. **Observaciones de la modernidad** – racionalidad y contingencia em la sociedad moderna. Barcelona: Paidós Ibérica, 1997.

_____. Causalidad nel Sud. In: CORSI, Giancarlo; DE GIORGI, Raffaele. **Ridescrevere la questione meridionale**. Lecce: Pensa Multimedia Editore, 1998.

_____. Coding of the legal system. In: (Org.) TEUBNER, Gunther; FEBBRAJO, Alberto. **State, law, and economy as autopoietic systems**. Milano: Giuffrè, 1992.

_____. **Sistemas sociales** – lineamientos para una teoría general. Tradução de Silvia Pappe y Brunhilde Erker Rubi. (Barcelona): Anthropos; Mexico: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.

_____. Inclusión y exclusión. In: **Complejidad y modernidad**: de la unidad a la diferencia. Tradução de Jose Berian e José María García Blanco. Madrid: Trotta, 1998.

_____. **La sociedad de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

_____. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002.

_____. **I diritti fondamentali come instituzione**. Tradução de Stefano. Magnolo, Bari: Dedalo, 2002.

_____. **Organización y decisión**. Autopoiesis, acción y entendimento comunicativo. Mexico: Athropos, 2005.

_____. **Risk** – a sociological theory. Tradução de Rhodes Barrett. New York: Gruyter, 2006.

_____. **Poder**. Tradução de Martine Creusot de Rezende Martins. Brasília: UNB, 1985.

_____. ; DE GIORGI, Rafaelle. **Teoria della società**. 11.ed. Milano: FrancoAngeli, 2003.

LUÑO, Antonio-Enrique Perez. **La seguridad jurídica**. Barcelona: Ariel, 1991.

MACCORMICK, D.Neil.; SUMMERS, Robert. (Coord). **Interpreting precedents, a comparative study**. Aldershot: Brookfield, Vt.: Ashgate/Dartmouth, 1997.

_____. Further reflections and conclusions. In: **Interpreting precedents, a comparative study**. Aldershot: Brookfield, Vt.: Ashgate/Dartmouth, 1997.

MACCORMICK, Neil. Why cases have *rationes* and what these are. In: **Precedent in Law**. Oxford: Clarendon Press, 1987.

_____. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MAINE, Henry Summer. **Ancient Law**. 1861. Disponível em: http://en.wikisource.org/wiki/Ancient_Law#Chapter_5_Primitive_Society_and_Ancient_Law. Acesso em: 13 mar.2014.

MALINOWSKI, Bronislaw. The dynamics of culture change. An Inquiry into race relations. In: **Africa**. New Haven: Yale University Press, 1945. Disponível em: http://www.archive.org/stream/dynamicsofcultur031784mbp#page/n1/mode/2up Acesso em:14 mar.2014.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 3.ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 13.ed. São Paulo: RT, 2013.

MARCONDES FILHO, Ciro. Só conseguimos enxergar aquilo que podemos explicar – Heinz von Foerster e os dilemas da comunicação. In: **Caligrama**. Revista de estudos e pesquisas em linguagem e mídia. v.2. nº1., jan-abr., 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 3.ed. São Paulo: RT, 1999.

_____. **Direito fundamental à duração razoável do processo**. Disponível em: http://portal.estacio.br/media/2654374/artigo%205%20revisado.pdf. Acesso em: jul/2013.

_____. ; MITIDERO, Daniel Francisco. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. São Paulo: RT, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999.

MATHIAS, Carlos Fernando. **Notas para uma história do judiciário no Brasil**. Brasília: Fund. Alexandre de Gusmão, 2009.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento** – as bases biológicas da compreensão humana. Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin. 5.ed. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MAUSS, Marcel. Ensaio sobre a dádiva. In: **Sociologia e antropologia**. São Paulo: EPU, 1974.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Repercussão geral e súmula vinculante. In: (Coord.) ALVIM, Teresa Arruda et al. **Reforma do judiciário** – primeiras reflexões sobre a EC 45/2004. São Paulo, RT, 2005.

_____. **Repercussão geral e súmula vinculante** – relevantes novidades trazidas pela EC nº 45/2004.

_____. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. São Paulo: RT, 2007.

MEDINA, José Miguel Garcia. Juízo de admissibilidade e juízo de mérito dos recursos na nova sistemática recursal e sua compreensão, de acordo com as Leis 8.756/98 e 9.800/98. In: ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda et al. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis**. São Paulo: RT, 2000.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. São Paulo: RT, 1999.

_____. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Uniformização de jurisprudência. In: **Revista Lex**, Jurisprudência do STF, nº 226, 1997.

_____. Conflito entre a intangibilidade da coisa julgada e outro princípio constitucional. Um falso problema. In: MESQUITA, José Ignacio Botelho de. **A coisa julgada**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MIRANDA, Marconi Alves. **Desjudicialização das relações sociais**: garantia da aplicabilidade do princípio constitucional da efetividade e celeridade nas soluções dos litígios. Disponível em: http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/6693/Desjudicializacao_das_Relacoes_Sociais_Garantia_da_Aplicabilidade_do_Principio_Constitucional_da_Efetividade_e_Celeridade_nas_Solucoes_dos_Litigios. Acesso em: 11 nov. 2011.

MIRANDA, Pontes de; CAVALCANTI, Francisco. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

MLODINOW, Leonard. **O andar do bêbado** – como o acaso determina nossas vidas. Tradução de Diego Alfaro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

MONNERAT, Fabio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. In: (Coord.) WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012.

MONTEIRO, Nuno Gonçalo. O endividamento aristocrático (1750-1832): alguns aspectos. In: **Análise social** v. XXVII (116-117), 1992.

MONTESQUIEU, Charles de. **O espírito das leis** (XI, VI). São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, José Rubens. **Sociedade e verdade** – evolução histórica da prova. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A efetividade do processo de conhecimento. In: **Revista de processo** nº74, abr.-jun. 1994.

_____. Por um processo socialmente efetivo. In: **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil** nº11, São Paulo, 2001.

_____. Reformas do CPC em matéria de recursos. In: **Temas de direito processual civil**, oitava série, São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. A duração dos processos: alguns dados comparativos. In: **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 7, nº 26, 2004.

_____. O futuro da justiça: alguns mitos. In: **Temas de direito processual**, oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. V, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MURATORI, Ludovico Antonio. **Dei diffeti della giurisprudenza**. Roma: A.F. Formiggini, 1933.

NABUCO, Joaquim. **Um estadista do Império**: Nabuco de Araújo. São Paulo: Topbooks, 1997.

NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**. São Paulo: Milennium, 2006.

_____. **Novas perspectivas no acesso à justiça**. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo08.htm. Acesso em: 11 nov. 2011.

NAVES, Candido. **Impulso processual e poderes do juiz**. Belo Horizonte: Santa Maria, 1949.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7.ed. São Paulo: RT, 2002.

NEVES, Antônio Castanheira. Método jurídico. In: **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. v. 2. Coimbra: Coimbra, 1995.

NEVES, Celso. **Da coisa julgada civil**. São Paulo: RT, 1971.

_____. **Estrutura fundamental do processo civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NEVES, Marcelo. **Entre Themis e Leviatã** – uma relação difícil: O Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NICOLA, Francesco de Santis di. Fra Roma e Strasburgo, ala ricerca dell'*equa riparazione* per il danno non patrimoniale da irragionevole durata del processo. In: **Judicium**. Disponível em: www.judicium.it. Acesso em: jul.2013.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. Ainda sobre o efeito vinculante. In: **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas** nº16, São Paulo: RT, 1996.

ONÃTE, Flávio Lopez de. **La certeza del derecho**. Tradução de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1953.

OST, François. **Contar a lei** – as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: Unisinos, 2004.

PARSONS, Talcott. The Law and Social Control'. In: EVAN, William. **Law and Sociolog**. Exploratory Essays New York: Free Press of Glencoe, 1962.

_____. **Sociedades**: perspectivas evolutivas e comparativas. São Paulo: Pioneira, 1969.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. In: PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, 2001, nº 102, p. 64.

PATETTA, Féderico. **Ordalie**: studio di storia del diritto e scienza del diritto Comparato. Torino: Fratelli Bocca, 1890. (Nabu Public Domain Reprints).

PEDROSO, João et al. **Percursos da informalização e da desjudicialização** – por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparativa). Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 2001.

PEIXOTO, José Carlos de Matos. **Recurso extraordinário**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1935.

PRODI, Paolo. **Il sacramento del potere** – il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Ocidente. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1992.

REALE, Miguel. **O direito como experiência**. Introdução à epistemologia jurídica. São Paulo: Saraiva, 1968.

_____. Direito e cultura. In: REALE, Miguel. **Horizontes do direito e da história**. São Paulo: Saraiva, 1977.

REIS, José Alberto dos. **Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial**. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 1929.

REYNOLDS, William. **Judicial process in a nutshell**. 2.ed.St. Paul: West Publishing, 1991.

RICHARD, Allen Posner. **Economic analysis of law**. 8.ed. New York: Aspen Publishers, 2010.

ROCCO, Alfredo. **L'autoritá della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi**. Roma: Athenaeum, 1917.

RUBIN, Paul. Why is the common law efficient? **Journal of legal studies** v.6. nº1, 1997. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/724189 51-63. Acesso em: 14 fev. 2014.

SACCIA, Sigismondo. **Tratactus de sententia et re iudicata**. Frankfurt, 1618. Disponível em: http://books.google.com.br. Acesso em: 20 fev. 2014.

SAHLINS, Marshal. **Sociedades tribais**. 2. ed. Zahar: Rio de Janeiro, 1974.

SANTOS, Boaventura de Souza. Os tribunais e a globalização. **O Estado de S.Paulo**, p. A 2., 9 nov.1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v.57, São Paulo: RT, 2006.

SASSOFERRATO, Bartolo da. **On the tyrant** – treatise on city government c. 1330. Publicado no site *Medieval Sourcebook*, ligado à Fordham University Center for Medieval Studies. Disponível em: www.fordham.edu/halsall/source/bartolus. Acesso em: 10 fev. 2014.

SAVIGNY, Frederic Carl von. **Systema del derecho romano actual**. t.V. Madrid: F. Góngora y Compañía, 1879.

SESMA, Victoria Iturralde. **El precedente en el common law**. Madrid: Civitas, 1995.

SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante**: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, José Afonso da. Constituição e Segurança Jurídica. In: ROCHA, Carmem Lúcia. (Org.) **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada – estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SILVA, Nuno José. Espinosa Gomes da. **História do direito português**. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

SÓFOCLES. **Rei Édipo**. Clássicos Jackson, v.XXII, 2005. Disponível em: http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/edipo.pdf. Acesso em: jul.2012.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência** – um enfoque filosófico-jurídico. São Paulo: Ltr, 1996.

SOUZA, Jessé. **A modernização seletiva**: uma reinterpretação do dilema brasileiro. Brasília: UNB, 2000.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2008.

SPENCER-BROWN, George. **Laws of form**. New York: Dutton, 1979.

SPENCER, Herbert. The social organism (1860). In: **The man versus the state, with six essays on government, society and freedom**. Eric Mack (ed.). Introduction by Albert Jay Nock. Indianapolis: LibertyClassics, 1981. Disponível em: http://oll.libertyfund.org/. Acesso em: 22 jan. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro**: eficácia, poder e função. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **O fahrenheit sumular do Brasil**: controle panóptico da jurisprudência. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40. Acesso em:15 out. 2009.

SWEET, Justin. Contract making and parol evidence: diagnosis and treatment of a sick rule, 53. **Cornell Law Review** 1036, Ithaca, NY: Cornell University Press, 1968.

TALAMINI, Eduardo. Julgamento de recursos no STJ por amostragem. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**. Curitiba, nº14, 2008. Disponível em: www.justen.com.br/informativo. Acesso em: jul/2013.

TARELLO, Giovani. Il problema della reforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e edeologica del vigente codice di procedura civile. In: **Dotrrine del processo civile** – studi storici sulla formazione del diritto processuale civile. Bologna: Mulino, 1989.

_____. **Storia della cultura giuridica moderna, storia dela cultura giuridica moderna** – assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976.

TARUFFO, Michele. Institutional Factors Influencing Precedents. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert (Coord.) **Interpreting precedents, a comparative study**. Aldershot: Brookfield, Vt.: Ashgate/Dartmouth, 1997.

TAVARES, André Ramos. **Nova Lei da Súmula Vinculante** – estudos e comentários à lei 11.417/2006. São Paulo: Método, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle. In*:* (Org.) NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Coisa julgada inconstitucional**. Rio de Janeiro: America Jurídica, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência das leis processuais. In: **Revista de Processo**, nº 125, São Paulo: RT, jul. 2005.

THEOTONIO NEGRÃO et al. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual em vigor**. 43.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TREVES, Renato. **Sociologia do direito**: origens, pesquisas e problemas. Tradução de Marcelo Branchini. Barueri (São Paulo): Manole, 2004.

TUCCI, José Rogerio Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: TUCCI, Jose Rogerio Cruz e. **Garantias constitucionais do processo civil**: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. São Paulo: RT, 1998.

_____. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: RT, 1997.

_____. O problema da lentidão da justiça e a questão da súmula vinculante. In: **Revista do Advogado**, São Paulo, 2004.

_____. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004.

_____. **Jurisdição e poder**: contribuição para a história dos recursos cíveis. São Paulo: Saraiva, 1987.

TUCCI, José Rogério Laura. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: (Coord.) WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: **Revista Direito GV**. São Paulo, jul-dez, 2008.

VILLAS-BÔAS, Orlando. **Teoria dos sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Uma proposta em torno do conceito de jurisprudência dominante. **Revista de Processo**, v. 100, São Paulo: RT, 2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012.

_____. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2012.

_____. **Recurso Especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 2. ed., São Paulo: RT, 2008.

WATANABE, Kazuo. Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas. In: (Coord.) WATANABE, Kazuo. **Juizado Especial de Pequenas Causas**. São Paulo: RT, 1985.

_____. **Da cognição no processo civil**. 2.ed.Campinas: Bookseller: 2000

_____. Tutela antecipada e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: (Coord.). TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

WEBER, Max. **Economia e sociedade** v.2. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UNB, 2009.

WESTIN, Maurício. A evolução da súmula por meio das descontinuidades históricas: elemento forjador de consenso. In: GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa et al. (Orgs.). **História do direito**: novos caminhos e novas versões. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

WHITE, Leslie. **The sicence of culture**: a study of man and civilization. Disponível em: http://pt.scribd.com/doc/35652063/The-science-of-culture-a-study-of-man-and-civilization. Acesso em: 15 fev. 2014.

YEATS, William. A segunda vinda. In: VIZIOLI, Paulo. (tradução). **Poemas de W. B. Yeats**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

ZAPATER, Tiago Cardoso. **Interesses difusos na teoria jurídica**: conflituosidade e jurisdicionalização da política. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

REFERÊNCIAS NORMATIVAS

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724:2011 – Informação e documentação – trabalhos acadêmicos – apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação

ABNT NBR 6028: 2003 – Informação e documentação – Resumo – Apresentação

ABNT NBR 10520: 2002 – Informação e documentação – citações em documentos – Apresentação

ABNT NBR 6023: 2002 – Informação e documentação – Referências – Elaboração