

O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA ADEQUADA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Ariane Langner¹

RESUMO: A presente pesquisa tem como objetivo fulcral delimitar os pressupostos de uma tutela jurisdicional adequada, por meio de uma crítica ao modelo predominante, para que seja possível apontar os avanços/retrocessos do novo Código de Processo Civil quanto a esse direito fundamental. Concluiu-se que uma tutela jurisdicional efetivamente adequada é aquela que considera as particularidades do caso concreto (questão de fato) como pressuposto incidível da fundamentação da decisão (questão de direito), sendo, assim, minimamente coerente interna (coerência com o caso concreto) e externamente (coerência com o direito enquanto integridade). Esse modelo coloca em risco o direito fundamental à tutela adequada, nos moldes trabalhados na presente pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE: Direito fundamental à tutela adequada. Jurisdição do Estado.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O direito fundamental à tutela adequada diante do perfil da jurisdição do Estado Democrático de Direito. 3 O agravamento dos riscos ao direito fundamental à tutela adequada no novo Código de Processo Civil. 4 Conclusão. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

As Constituições, que tiveram seu advento após o segundo pós-guerra, tem feições marcadamente compromissárias e dirigentes, no sentido de efetivamente vincular a atuação dos poderes do Estado, devido ao aumento de sua densidade normativa. Vivencia-se no Brasil esse perfil de Constitucionalismo, chamado de Contemporâneo², desde a Constituição de 1988. Ocorre que ainda resta uma baixa

1 Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), na linha de pesquisa "Direitos na Sociedade em Rede". Graduada em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA). Analista processual da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

Lattes (<http://lattes.cnpq.br/3202621907128764>). Endereço eletrônico: arianelangner@hotmail.com.

2 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 36-37.

compreensão do que os postulados desse Constitucionalismo significam, por grande parte dos operadores do Direito, principalmente em termos de prestação da tutela jurisdicional.

Nesse sentido, o presente trabalho objetiva determinar em que sentido poder-se-ia falar em uma tutela jurisdicional adequada, com base nos pressupostos do Constitucionalismo Contemporâneo; para que, num segundo momento, seja possível desvelar os eventuais avanços ou retrocessos perpetrados pelo novo Código de Processo Civil quanto a esse direito fundamental. Para tanto, será utilizado como teoria de base (“metodologia” de abordagem) a fenomenológico-hermenêutica, a partir dos aportes filosóficos de Heidegger e Gadamer. É importante advertir que não se trata de um método, na verdade faz parte de uma tomada de posição do pesquisador enquanto intérprete.

Com efeito, a investigação fenomenológica dá-se por meio da interpretação e propicia a recondução do olhar do ente para o ser, incompatível, portanto, em tese, com a caracterização de método. A referida matriz aproxima-se da constatação de que o ser dos entes só se dá na *applicatio*, o que será possível diante da condição de ser-no-mundo do pesquisador e de sua consciência histórica. Paralelamente, será utilizado o método monográfico, como método de procedimento, pois possibilitará lançar as condições de possibilidade para uma tutela jurisdicional realmente adequada. Como técnica, será utilizada a pesquisa bibliográfica, por meio de fichamentos e resenhas das obras referenciais.

Dessa forma, entendeu-se necessária a divisão da pesquisa em dois momentos. No primeiro capítulo, será trabalhado com o modelo ideal de tutela jurisdicional, levantando os pressupostos inafastáveis para que se cumpra o direito fundamental à tutela adequada, por meio de críticas ao modelo predominante. Trata-se de construção fundamental para que, no segundo capítulo, investigue-se os avanços e retrocessos do novo Código de Processo Civil no que concerne a esse direito fundamental.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA ADEQUADA DIANTE DO PERFIL DA JURISDIÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O advento da Constituição de 1988 representou a ampliação do catálogo de direitos e dos instrumentos próprios para a consecução desses objetivos junto à

jurisdição. O perfil do emergente Constitucionalismo Contemporâneo é diametralmente diferente do vigente anteriormente, em especial, em termos da assunção de uma teoria da Constituição e de uma teoria do Estado – modelo de Estado Democrático de Direito - reconfiguradas sob bases democráticas e com novos sentidos.

É possível defender o redimensionamento do próprio conceito de acesso à justiça, nessa conjuntura, enquanto direito fundamental. Ocorreu certamente uma ampliação significativa do acesso – veja-se a previsão do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal -, em virtude de um aumento dos mecanismos jurídicos e de um dever de cumprimento imediato do programa constitucional. Entretanto, esta ampliação do acesso trouxe um aumento exponencial de demandas e, conseqüentemente, uma necessidade de discutir a questão da celeridade processual, em muito relativizada por esse massivo aumento das demandas e de um perfil clientelista do Estado.

O aumento das demandas judiciais, portanto, não se deve somente ao incremento das possibilidades jurídicas, mas principalmente devido ao Judiciário tornar-se “*locus* de concretização dos direitos previstos mas não cumpridos pelos demais Poderes”³, intervencionismo próprio do Estado Democrático de Direito. Com efeito, trata-se de um modelo de Estado com ideário prestacional-interventivo, com uma roupagem “colorida pela questão da igualdade, que pretende ser instrumento de transformação da realidade para inserir à gênese liberal e à questão social o “asseguramento jurídico de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade” através de um projeto solidário”⁴.

O “fundamento democrático do Estado é qualificado pela ideia de igualdade, no sentido de que todos devem ser tratados com igual consideração e respeito”⁵. É possível interpretar que, da mesma forma, todo e qualquer caso concreto submetido à jurisdição deve ser tratado com respeito e consideração de suas peculiaridades. Ocorre que, diante de uma premente preocupação com a celeridade e a

3 TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. P. 45.

4 ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica**: A crise do processo ordinário e o redesenho da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito. Curitiba: Juruá, 2012. P. 163.

5

BARRETO, Vicente de Paulo. Fundamentos morais do Estado Democrático de Direito. In: STRECK, Lenio Luiz. **Constituições, Sistema Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. P. 288.

necessidade de lidar com essa ampliação exponencial de demandas, passou-se a detectar a defesa de um novo modelo decisório, que deveria assegurar:

[...] a) uma uniformidade decisional (padronização decisória) que não levaria em consideração as peculiaridades do caso concreto, mas viabilizaria alta produtividade decisória, de modo a permitir critérios de excelência e de eficiência requeridos pelo mercado financeiro; e/ou b) a defesa da máxima sumarização da cognição, que esvaziaria, de modo inconstitucional, a importância do contraditório e da estrutura comparticipativa processual, que garantem procedimentos de cognição plena para o acertamento dos direitos.⁶

A configuração apresentada é extremamente preocupante, posto que tal modelo solapa a legitimidade do Judiciário em sua função estatal de prestar a jurisdição – no sentido adotado no presente trabalho –, transformando-se em prestador de serviços subordinado ao cumprimento de uma eficiência pautada em critérios meramente quantitativos. Afinal, por um lado, os julgadores estão submetidos constantemente à pressão de cumprimento de metas, que chegou ao ponto extremo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criar o chamado processômetro⁷, para monitorar a quantidade de ações julgadas e em trâmite no Judiciário brasileiro.

O risco é transformar o juiz em “um administrador, um gestor do tempo mais do que um conhecedor do direito”⁸, o qual tem como função evitar que o ônus da morosidade traga demasiados danos colaterais. Essa situação é ainda mais perversa quando se verifica que, muitas vezes, é o próprio jurisdicionado que almeja uma geração de produtos (decisões) em larga escala e em espaço-tempo quase inexistente⁹. Lógica essa que não se compatibiliza com uma jurisdição adequada, em especial em um contexto de um vivenciado Estado Democrático de Direito, onde o papel do Judiciário é conceder decisões satisfatórias e satisfativas dos direitos, assim como coerentes com o caso concreto apresentado, situação que jamais será possível de expressar através de números.

Por outro lado, a universalização decisional, como vem sendo trabalhada na jurisprudência brasileira - ou seja, as decisões judiciais ou as súmulas são

6 NUNES, Dierle. **Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. P. 65.

7 O processômetro pode ser acessado no endereço eletrônico: <<http://www.cnj.jus.br/metas-enasp/relatorio/chart>>. Acesso em: 22 abr. 2015.

8 RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 62.

9 NUNES, Dierle. **Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. P. 66.

transformadas em enunciados assertórios, a serem aplicados a todo e qualquer caso semelhante (lembra-se que não existem casos idênticos) - ignora as especificidades dos casos concretos submetidos à jurisdição. Tal postura tem raízes profundas na relação entre direito e racionalismo, o qual perpetrou a ideia de que as ciências sociais poderiam ser tão demonstráveis quanto as ciências exatas, tendo como um de seus principais pensadores Leibniz, o qual não considerava

[...] apenas demonstráveis as proposições jurídicas, tais como são demonstráveis as verdades geométricas, mas, além disso, lança os fundamentos para a subseqüente construção do “mundo jurídico”, depois consagrado pela filosofia de Kant, tomando o direito uma ciência generalizante, ciência das normas e das verdades eternas; [...] em última análise, alimentando aquela tendência de fuga do mundo empírico para o mundo normativo, que dramaticamente acomete o pensamento jurídico moderno, particularmente o Processo Civil, que se haveria de supor o ramo do direito mais comprometido com os dramas e contingências humanas de nossa realidade quotidiana.¹⁰

Paralelo a isso, o positivismo jurídico, na proposta de Hans Kelsen, acabou sendo radicalizado pela doutrina e levou ao afastamento entre Direito e Filosofia, de modo que o Direito tornou-se marcadamente formalista e as discussões cingem-se a confrontação de posições jurídicas, sem que se busque o fundamento por traz da argumentação - posto que essa busca só seria possível pela aproximação entre Direito e Filosofia¹¹. Desse modo, resta dificultado o desenvolvimento de posturas crítico-reflexivas e a construção de uma teoria em direito que ultrapasse a mera descrição de normas positivadas.

A conjuntura apresentada repercute na objetivação das coisas no Direito, aprofundando a desvinculação do “mundo jurídico” com o real. Assim, o “jurista, inserido nessa realidade, passa a “esquecer do mundo”, da facticidade, trabalhando apenas com conceitos produzidos pelo senso comum teórico dos juristas, que é o véu do ser do Direito”¹². O senso comum teórico trata-se de um conjunto de saberes acumulados, que são aceitos pelos juristas por intermédio da dogmática jurídica¹³ -

10 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 107.

11

BARRETO, Vicente de Paulo. Fundamentos morais do Estado Democrático de Direito. In: STRECK, Lenio Luiz. **Constituições, Sistema Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

12 HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. P. 124.

13 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. P. 82.

muitas vezes sem aprofundamento crítico, ressalta-se, devido ao afastamento entre Direito e Filosofia.

Essas posturas demonstram, ao fim e ao cabo, que não ocorreu uma recepção da mudança paradigmática – da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem – “no campo da filosofia jurídica e da hermenêutica no cotidiano das práticas jurídicas e doutrinárias brasileiras. Os juristas não se deram conta do fato de que o Direito é linguagem e terá de ser considerado em tudo e por tudo como linguagem”¹⁴. A linguagem é a condição de possibilidade da inserção do intérprete no mundo, por isso não tem sentido continuar falando em relação sujeito-objeto, tampouco de linguagem enquanto terceira coisa que se interpõe entre sujeito e objeto.

Comprova-se a assertiva de que não houve a recepção da mudança paradigmática pelo fato de que ainda permanecem-se os dualismos que caracterizam o pensamento metafísico, como a separação entre questão de fato e questão de direito, texto e norma, aparência e essência, direito material e direito processual. “Decorrem da separação radical entre o mundo do ser e o mundo do dever ser (Kant), do fato e do direito, fruto da filosofia da consciência que domina não só a cultura jurídica brasileira, mas a de outros países ocidentais”¹⁵.

Curiosamente, a linha dualista e metafísica propicia a unificação de coisas absolutamente diferentes¹⁶, pois são objetificantes. Este é o ponto central no problema da uniformização das decisões, ou seja, desconsideram-se as peculiaridades dos casos concretos e trata-os como idênticos para que sejam aplicados os mesmos enunciados assertórios - ou seja, objetivam-se os casos concretos.

Existem diversos exemplos no novo Código de Processo Civil, como será visto no segundo capítulo, onde menciona-se “idêntica questão de direito”. Há muito Lenio Luiz Streck vem alertando que questão de direito (texto) e questão de fato

14 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. P. 73-74.

15 HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. P. 259.

16 HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. P. 112.

(caso concreto) são incidíveis (entre fato e direito há apenas uma diferença ontológica), pensá-las enquanto incidíveis é herança do dualismo metafísico¹⁷.

“Não há uma questão de direito a ser acoplada a uma questão de fato e vice-versa. A atribuição de sentido (*Sinngebung*) dar-se-á nessa fusão, nessa síntese hermenêutica”¹⁸. Desse modo, sustenta-se que somente uma decisão que respeite as especificidades do caso concreto – Lenio Streck nomeia de DNA factual¹⁹ – pode ser considerada efetivamente fundamentada. Isso porque, a decisão deve ter sua fundamentação, expressa e especificamente, delineada sobre as particularidades do caso concreto, em sua coerência e integralidade. O texto (regra) é inseparável do seu sentido, que apenas se revela na interpretação/aplicação de algo da faticidade.

Resumidamente, consiste em afirmar que somente o caso concreto (questão de fato) poderá ser capaz de determinar corretamente o direito material a ser aplicado (questão de direito). Afinal, o caso concreto será o parâmetro para uma resposta correta, a qual pode ser entendida não como a única possível para o caso, mas uma decisão minimamente adequada à Constituição, ou melhor, uma decisão que tenha coerência interna (com o caso concreto) e externa (com o direito entendido como integridade), para que as decisões tenham um mínimo de conteúdo democrático – dever no contexto de um vivenciado Estado Democrático de Direito.

É importante esclarecer que se trabalha, nesta pesquisa, com o conceito de integridade nos moldes da teoria dworkiniana, assim consistiria no:

[...] respeito à tradição (autêntica/legítima), circunstância que, no direito, assume especial especificidade: se queremos dizer algo sobre o texto (que nunca é algo abstrato, um mero conceito, uma pauta geral ou qualquer enunciado linguístico), temos de deixar que este nos diga algo (pense na jurisprudência, na doutrina, enfim, no modo de explicitação ôntico-proposicional das diversas manifestações do direito). E esse texto estará dependente de um fundamento de validade, que é a Constituição [...]²⁰.

Neste sentido, é possível defender que, a busca de um modelo que prega a uniformidade decisional, renegando as particularidades do caso concreto em nome de uma eficiência pautada em quantitativos numéricos, pode ser extremamente

17 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. P. 275.

18 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. P. 275.

19 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. P. 103.

20 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 350.

perigosa para uma tutela jurisdicional adequada. Afinal, nesse percurso, perde-se de vista uma questão que é central: o acesso à justiça não é somente uma garantia formal de acesso, mas engloba o direito fundamental à adequada tutela jurisdicional²¹; e este conceito é inafastável ao que restou delineado nos parágrafos anteriores.

Afinal, seria esquizofrênico assegurar-se tão somente o ingresso da ação em juízo e ignorar que o objetivo central é a prestação jurisdicional, e uma prestação jurisdicional que seja coerente minimamente com o que fora pleiteado. Por essa razão, mais do que nunca, o Judiciário não pode trabalhar os casos alijados da realidade - cisão entre questão de fato e questão de direito -, e é esse um dos muitos fundamentos para o protagonismo do caso concreto, patamar a que foi elevado com a (re)inserção da facticidade através dos princípios na Constituição.

Com efeito, os princípios “(re)inserem a facticidade ao direito, e espelham uma determinada tradição jurídica que permitirá um diálogo constante entre a decisão particular com todo o ordenamento”²². A jurisdição, assim, deve estar mais comprometida com uma eficiência baseada em uma perspectiva qualitativa – ou seja, realmente voltada para a necessidade de lapidarem-se decisões de qualidade. A condição de possibilidade para tanto é a reaproximação do direito material e do direito processual, separação própria do dualismo metafísico, e que perpetrou o afastamento do caso concreto do intérprete-juiz.

A partir da autonomização do processo civil no século XIX - devido ao amadurecimento do conceito de relação jurídica processual, que tem como pensador principal Oskar Von Bülow -, ocorreu o afastamento do processo do plano do direito material-constitucional e, conseqüentemente, também do caso concreto²³. Afastamento agravado pelo procedimento ordinário plenário-declaratório, que, ao impor um ritualismo fase-a-fase, vai, paulatinamente, afastando o juiz do caso concreto.

Buscar essa reaproximação entre direito processual e material, portanto, auxiliará a diminuir a tendência do processo civil de trabalhar com abstrações e

21 HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. P. 118.

22 STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. P. 58.

23 ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica: A crise do processo ordinário e o redesenho da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito**. Curitiba: Juruá, 2012. P. 120-121.

generalidades, pois ainda conserva os ideais do racionalismo de visualizar os casos concretos como se fossem problemas matemáticos a serem resolvidos por uma equação. O ponto chave, neste sentido, é a aproximação entre o intérprete (juiz) e o objeto de sua investigação (fato/direito material), como condição de possibilidade para que o intérprete adquira a facticidade e a historicidade para compreender-interpretar-aplicar o direito ao caso concreto.

Portanto, essa “possibilidade está condicionada à inserção do intérprete no caso concreto, aliada à necessidade, quando da sentença, de uma justificativa argumentativa que demonstre que o julgador, pela linguagem, adentrou no contexto da controvérsia”²⁴, pois terá de demonstrar as condições pelas quais compreendeu. A partir dessas considerações, no segundo capítulo, analisar-se-á, se as mudanças perpetradas no novo Código de Processo Civil foram capazes de promover essa aproximação entre juiz-intérprete e caso concreto, ou seja, se facilitará a inserção do julgador no caso concreto, ou se, por outro lado, aprofundará os mecanismos de uniformização decisória.

3 O AGRAVAMENTO DOS RISCOS AO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA ADEQUADA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Como visto, o modelo predominante atualmente prega uma uniformidade decisional, intimamente vinculada à uma visão de eficiência quantitativa da jurisdição e a tendência de objetivação das coisas no Direito. Diante disso, o presente capítulo analisará a conjuntura do novo Código de Processo Civil, para que seja possível detectar eventuais avanços ou retrocessos no que concerne ao direito fundamental à tutela jurisdicional adequada.

Restou demonstrado no primeiro capítulo que a tutela jurisdicional adequada depende que o intérprete-juiz adentre no contexto da controvérsia, adquirindo a facticidade e historicidade necessárias para compreender-interpretar-aplicar o direito ao caso concreto. Ocorre que, conforme já exposto, um dos problemas cruciais no processo civil é a extrema dependência ao procedimento ordinário-plenário-declaratório, que propicia um maior afastamento entre juiz-intérprete e o caso concreto, o qual é pungente para uma prestação jurisdicional efetiva.

24

ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica**: a metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em direito: facticidade e oralidade. Curitiba: Juruá, 2010. P. 92.

Afinal, é imprescindível que o juiz, enquanto ser-no-mundo, conheça os pormenores do caso concreto e, somente com essa pré-compreensão, será capaz de compreender-interpretar-aplicar o direito – entendido aqui enquanto integridade. Analisando o novo Código de Processo Civil, no entanto, identifica-se, primeiramente, que não houve alterações legislativas capazes de modificar minimamente o procedimento ordinário, e, tampouco, superar esse afastamento entre juiz e caso concreto.

Observa-se que os artigos 335 à 508 não trazem grandes alterações no procedimento ordinário, em termos de fases de contestação, saneamento, produção de provas e sentença. A única modificação significativa é a inserção de uma audiência de conciliação ou de mediação prévia no artigo 334, a qual, com efeito, é capaz de promover real aproximação entre juiz e caso concreto, devido a oralidade – esta passível de, através da linguagem, auxiliar a inserção do intérprete no contexto da controvérsia.

Entretanto, tal audiência será realizada por mediador ou conciliador, não pelo intérprete-juiz, o que desmorona qualquer avanço positivo que a oralidade poderia delegar ao procedimento ordinário. Ademais, dificilmente esse instituto será tido como regra no processo civil, posto que o parágrafo segundo acrescenta hipóteses demasiadamente genéricas de não realização da audiência, que poderão ser utilizadas como álibi para transpor a audiência prévia.

A par da permanência do procedimento ordinário, com todas as suas mazelas, basta uma primeira análise do novo Código de Processo Civil para constatar comprovadamente que, infelizmente, a eficiência quantitativa - e com ela os mecanismos de uniformidade decisional - fora sensivelmente intensificada com as previsões do novo Código. As decisões monocráticas - que há muito vêm sendo combatidas por Lenio Luiz Streck, por serem mais um dos casos em que se aposta em procedimentos que tem o sujeito-juiz como o único protagonista²⁵ - ganharam maior espaço no novo Código de Processo Civil.

Além de significativamente aumentadas as hipóteses em que as decisões colegiadas passam ao monocratismo, o artigo 932²⁶ reverencia as decisões

25 **problema** **dadiscricionari** **idade** **dos** **juizes**. **HERMENÊUTICA, NEOCONSTITUCIONALISMO E “O** STRECK, Lenio Luiz. **HERMENÊUTICA, NEOCONSTITUCIONALISMO E “O** Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf>. P. 30.

26

Art. 932. Incumbe ao relator:

I - dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, bem como, quando for o caso, homologar autocomposição das partes;

proferidas nos julgamentos de recursos repetitivos e de demandas repetitivas, e repete a previsão do velho Código de Processo Civil em relação à súmula.

Não são necessários grandes aprofundamentos teóricos para entender a problemática que se encontra intrínseca na súmula – principalmente a súmula vinculante –, que há muito vem adquirindo posição de destaque no ordenamento jurídico. Em que pese a súmula tenha surgido sob o discurso de que solucionaria o problema da inefetividade e da morosidade no Judiciário, “trata-se de rescaldo da cultura iluminista, como se o direito fosse tão demonstrável como um teorema matemático e não construído à luz do processo cultural. Por ser assim, funciona mais ou menos como o *quebra-cabeça* de Thomas Khun”²⁷.

Com efeito, a súmula vem sendo aplicada sob o manto do método da subsunção, como se fosse uma premissa maior de onde seria possível extrair um sentido geral, mostrando um positivismo sob uma roupagem de um ideal de eficiência quantitativa. Outrossim, jamais a tarefa do intérprete pode resumir-se a desvelar um sentido oculto no texto. Texto e norma não são possíveis de ser compreendidos isoladamente, posto que “o texto só será compreendido na sua

II - apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal;

III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

VI - decidir o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, quando este for instaurado originariamente perante o tribunal;

VII - determinar a intimação do Ministério Público, quando for o caso;

VIII - exercer outras atribuições estabelecidas no regimento interno do tribunal.

Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível. BRASIL, 2015, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 03 abr. 2015.

27

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade**

do direito processual civil - A sumariiedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011. P. 412.

norma, e a norma só será compreendida a partir do seu texto. E não há textos “sem coisas”²⁸.

Necessário, assim, mencionar a inserção do capítulo VIII no novo Código de Processo Civil, o qual cria o instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). Logo no primeiro artigo do capítulo, o artigo 976²⁹, em seu inciso I, há menção à instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma “questão unicamente de direito”. Não obstante contradições deste nível, a doutrina que vem se formando em torno do novo Código de Processo Civil tende a comemorar o advento do incidente de demandas repetitivas, por estar

[...] em inteira harmonia com dos objetivos do novo sistema:

Agilizar a prestação jurisdicional, sem perda de qualidade, desafogando o Poder Judiciário;

Gerar uniformidade na jurisprudência, dando sentido prático ao princípio da isonomia e à necessidade de previsibilidade, criando segurança jurídica.³⁰

Embora a doutrina venha comemorando a criação de novas técnicas como esta, inseridas no novo Código de Processo Civil, com o intuito de uniformizar e estabilizar a jurisprudência³¹, a realidade é que esses institutos promovem um evidente “encurtamento” da atividade interpretativa. Tentativas como esta, de

28 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 337.

29 Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

§ 1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente.

§ 2º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

§ 3º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado.

§ 4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

§ 5º Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas. BRASIL, 2015, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 03 abr. 2015.

30 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 1396.

31 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 1327.

simplificar a atividade interpretativa, sempre atenderão aos anseios do racionalismo, ou seja, promoverão a generalização e a fuga do mundo empírico, pois a realidade é muito complexa para comportar universalizações de sentidos.

Veja-se a previsão do artigo 985³², do novo Código de Processo Civil, que prevê que a tese jurídica estabelecida no incidente será aplicada à “todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito”. A par de novamente constar o equívoco de cindir questão de fato e questão de direito, o presente artigo pretende que, realmente, um sentido seja acoplado ao caso concreto, como se o sentido ficasse à disposição do intérprete e como se o processo de compreensão-interpretação-aplicação pudesse ser cindido. Não há como separar questão de fato de questão de direito, tampouco é possível hermeneuticamente aplicar sentido sem previamente haver compreensão e interpretação.

Defende-se que o novo Código de Processo Civil possivelmente auxiliará a corrosão da atividade interpretativa. Essa premissa pode ser fortalecida pelo entendimento acerca da

[...] necessidade de superação da existência de conceitos-em-si-mesmos-de-textos-normativos, para acatar a ideia de que a aplicação dos institutos e regras do direito processual, desvinculados da realidade histórica e do contexto dos direitos materiais, faz a tarefa do intérprete algo estéril, reduzido ao cômputo de formalidades e termos inúteis e abstratos.³³

Sustenta-se assim que o IRDR, além de ser instituto que marcadamente favorece o *establishment*, trata-se de mais uma previsão que glorifica os Tribunais de Recurso em detrimento da jurisdição de primeiro grau. Neste ponto, é importante a crítica feita por Adalberto Hommerding no sentido que “o primeiro grau é somente uma “fase de espera”: uma “antecâmara extenuante e penosa” para chegar por fim à

32

Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

§ 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.

§ 2º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada. BRASIL, 2015, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 03 abr. 2015.

33

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade**

do direito processual civil - A sumariedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011. P. 405.

fase de apelação, sendo esta, sim, um “juízo verdadeiro”³⁴. O ápice da problemática revela-se no fato que a jurisdição de primeiro grau é a única que pratica (alguma) oralidade e que – salvo raras exceções em que se produz prova nos Tribunais recursais – colhe a prova; porque quando se julga um caso sem ter colhido a prova, opera-se a cisão entre fato e direito

[...] porquanto o intérprete do caso (o juiz) têm a (inviável) missão de interpretar (compreender) o fato a partir de um verdadeiro discurso previamente apresentado nos autos. Lembre-se que o magistrado naquela nova situação prática é um ser a-histórico na medida em que não participou do andamento do processo, não ouvindo partes, testemunhas, peritos, etc. [...]

A questão está em que o juiz-instrutor, através da linguagem, é quem tem melhores condições de deslocar a legitimidade de suas conclusões (apostas textualmente sob o crivo do contraditório) ao momento derradeiro de colheita da prova em processo, missão praticamente inviável por quem não se faz/fez presente nesse contexto, que acabará tendo que reportar à sua consciência a verificar se “tal” elemento corresponde ou não às pretensões deduzidas no litígio, operando-se uma espécie de cotejo entre sua “adjucação de sentidos” e o que restou apostado textualmente no processo, indo “pra além do texto” ao recorrer à sua subjetividade para descobrir os valores escondidos pelo mesmo.³⁵

Conclui-se, assim, que os institutos referidos podem resolver processos em menor tempo, cumprindo supostamente o direito à razoável duração do processo, todavia, colocam em risco o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada. Paralelo a esses mecanismos que favorecem a uniformidade decisional, o artigo 489³⁶, do novo Código de Processo Civil - em que pese o relativo avanço que

34 HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. P. 119.

35 ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica**: a metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em direito: faticidade e oralidade. Curitiba: Juruá, 2010, p. 92-93.

36 Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

promoveu em seu § 1º - positiva o instituto da ponderação em seu § 2º. É sabido que a ponderação, no Brasil, é carregada de discricionariedade e subjetividade devido a uma recepção teórica equivocada.

Afinal, a par de sua fórmula original desenvolvida por Robert Alexy ter critérios objetivos bem definidos (necessidade, adequação e proporcionalidade *stricto sensu*)³⁷, a teoria foi recepcionada como se fosse um princípio, que se constitui em procedimento para confronto entre princípios; essas duas concepções são equivocadas, assim como equivocado o modo que vem sendo utilizada³⁸. Nesse sentido, importante crítica tece Lenio Luiz Streck

[...] a proporcionalidade é a “chave” para resolver a ponderação, a partir de quatro características de todos conhecidas. Ou seja, na medida em que a proporcionalidade só “é chamada a colação” quando necessário um juízo ponderativo para os casos difíceis – uma vez que para os casos simples “basta” a dedução/subsunção – caberá ao intérprete a tarefa de “hierarquizar” e “decidir” qual o princípio aplicável no caso do conflito/colisão.

Ora, se, ao fim e ao cabo, cabe ao intérprete hierarquizar (e escolher) o princípio aplicável, a pergunta inexorável é: qual é a diferença entre “intérprete ponderador” e o “intérprete do positivismo”, que, discricionariamente escolhe qual a “melhor” interpretação?³⁹

A ponderação é uma das teorias mais utilizadas pelos Tribunais, mas a teoria alexyana vem servindo como álbi teórico (inautêntico) para posturas decisionistas dos julgadores, pois “pela ponderação abre-se espaço à vontade do intérprete na escolha dos princípios que serão colocados em colisão”⁴⁰. Afinal, não raras são as decisões judiciais que, embora fazendo referência à ponderação de Alexy, não enunciam o modo como restaram trabalhos os critérios da necessidade, adequação e proporcionalidade *stricto sensu*.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé. BRASIL, 2015, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 03 abr. 2015.

37 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

38 TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. P. 114.

39 STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 54.

40 TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. P. 114.

Ademais, é importante destacar o ápice que atingiu a subjetividade dos julgadores nas decisões judiciais, a ponto de ser necessário inserir no novo Código de Processo Civil um artigo que estabelece um “parâmetro de qualidade” para satisfazer a garantia de fundamentação das decisões judiciais. Tendo em vista que tal garantia tem *locus* constitucional no artigo 93, inciso IX, não seria necessária uma previsão infraconstitucional prever que a decisão deve ser minimamente fundamentada.

O artigo 489, § 1º, com efeito, esbanja obviedade - em que pese necessária frente à excessiva subjetividade nas decisões judiciais – ao poder ser resumido na premissa de que é imprescindível o *link* entre a fundamentação e o caso concreto decidido. Resta vedado, portanto, a decisão “vestidinho preto” – expressão corrente que se remete a algo que pode ser usado em todas as ocasiões sem incorrer em erro grave –, devido à fundamentação dever ser expressa e especificamente vinculada ao caso concreto⁴¹.

Dessa forma, a conclusão do presente trabalho se forma no sentido que, em que pese trate-se de um novo Código, que deveria ter sido construído sob os princípios da Constituição – em especial ante ao redimensionamento perpetrado na teoria do direito pelo advento do Constitucionalismo Contemporâneo em 1988 –, não apreendeu muito de seus pressupostos e ainda permanece alheio as influências necessárias da hermenêutica filosófica.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista o contraponto entre a complexidade do tema (e os múltiplos ângulos em que a questão pode ser trabalhada) e os limites do trabalho proposto, entende-se possível retirar algumas conclusões, que de forma alguma podem ser pontuadas de finais. Da mesma forma, salienta-se que o novo Código de Processo Civil ainda não entrou em vigor, de modo que a análise levantada na presente pesquisa ainda é *prima facie*.

É importante ressaltar que a pesquisa partiu do pressuposto que o direito fundamental à tutela adequada só seria cumprido com a inserção do intérprete-juiz no contexto da controvérsia, condição de possibilidade para uma decisão pautada

41

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 795.

por uma coerência interna (com o caso concreto) e externa (com o direito enquanto integridade). No entanto, restou demonstrado que o modelo predominante acaba por solapar esse modelo ideal de prestação jurisdicional, sucumbindo com a própria legitimidade do Judiciário enquanto poder de um Estado Democrático de Direito.

Inobstante essa conjuntura, verificou-se que o novo Código de Processo Civil, em que pese surgido sob a vivência de um Constitucionalismo Contemporâneo, não apreendeu a mudança paradigmática (da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem), ao manter o afastamento entre juiz e caso concreto e a aposta em mecanismos de uniformidade decisional. Ambos os fatores colocam em risco o direito à tutela jurisdicional adequada, em especial, em um contexto de Estado Democrático de Direito.

5 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BARRETO, Vicente de Paulo. Fundamentos morais do Estado Democrático de Direito. *In*: STRECK, Lenio Luiz. **Constituições, Sistema Sociais e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Lei em vacatio legis até 07 mar. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 03 abr. 2015.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica**: A crise do processo ordinário e o redesenhar da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. **Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica**: a metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em direito: faticidade e oralidade. Curitiba: Juruá, 2010.

NUNES, Dierle. **Curso de direito processual civil**: fundamentação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil** - A sumariedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2011.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Hermenêutica, neoconstitucionalismo e “o problema dadiscricionariade dos juízes”**. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf>.

_____. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.