

UNIVERSIDADE PARANAENSE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO PROCESSUAL E
CIDADANIA

VINÍCIUS GONÇALVES ALMEIDA

**A FORÇA VINCULANTE DA TRADIÇÃO JUDICIAL NO PROCESSO CIVIL
BRASILEIRO COMO EXERCÍCIO DE ARGUMENTAÇÃO E HERMENÊUTICA
NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

UMUARAMA

2017

VINÍCIUS GONÇALVES ALMEIDA

A FORÇA VINCULANTE DA TRADIÇÃO JUDICIAL NO PROCESSO CIVIL
BRASILEIRO COMO EXERCÍCIO DE ARGUMENTAÇÃO E HERMENÊUTICA NA
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Mestre, pelo
programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em
Direito Processual e Cidadania da Universidade
Paranaense.

Orientação: Prof. Dr. Celso Hiroshi Iocohama

UMUARAMA

2017

Ficha Catalográfica

A447f Almeida, Vinícius Gonçalves.

A força vinculante da tradição judicial no processo civil brasileiro como exercício de argumentação e hermenêutica na jurisdição constitucional / Vinícius Gonçalves Almeida – Umuarama : Universidade Paranaense – UNIPAR, 2017. 203 f.

Orientador: Dr. Celso Hiroshi Iocohama.
Dissertação (Mestrado) - Universidade Paranaense – UNIPAR.

1. Processo civil. 2. Isonomia. 3. Segurança jurídica. 4. Precedentes. 5. Jurisdição constitucional hermenêutica. 6. Fenomenologia. 7. Coerência. 8. Integridade. 9. Argumentação. I. Universidade Paranaense – UNIPAR. II. Título.

(21 ed) CDD: 341.46

Bibliotecária Responsável Inês Gemelli CRB 9/966

VINÍCIUS GONÇALVES ALMEIDA

A FORÇA VINCULANTE DA TRADIÇÃO JUDICIAL NO PROCESSO CIVIL
BRASILEIRO COMO EXERCÍCIO DE ARGUMENTAÇÃO E HERMENÊUTICA NA
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre pelo programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Dr. Celso Hiroshi Iocohama

Prof. Dr. Carlos Antônio Bonamigo

Prof. Dr. Rafael de Oliveira Guimarães

Prof. Dr. Cristian Marcelo Contreras Rojas

Umuarama, 17 de agosto de 2017.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo fôlego de vida, por me trazer moderação nos momentos mais insanos e assustadores, e por me conceder o coração dos inconformados.

À minha família, tão calorosa e tão amada, que a todo momento me motiva a continuar, apenas por existir.

Aos meus pais, heróis verdadeiros do meu coração, e sonhadores contumazes de todos os meus sonhos. Vocês são a prova legítima do amor incondicional.

À minha esposa Maria Luiza, pelo companheirismo nas horas de paz e nas horas de lutas. Em você encontro a mistura ideal de minha razão com a dose de emoção que me conserva a lucidez. Você é a minha maior conquista.

Aos meus sogros, verdadeiros incentivadores desse projeto, que não me negaram seu apoio, respeito e admiração.

À toda equipe de trabalhadores envolvidos com este programa de Mestrado, pessoal de qualidade profissional irretocável, e que mantém um genuíno olhar de amizade.

Ao corpo docente deste valoroso programa de Mestrado, por sua inspiração, capaz de nos fazer questionar até mesmo as nossas máximas mais pulsantes.

Ao meu orientador, professor Celso Hiroshi Iocohama, por sua postura sempre compreensiva e gentil, e por acreditar nesse projeto ao ponto de investir seus esforços e suas horas de trabalho para cumprimento de nossos objetivos.

Neste longo caminho de sinuosidades, preocupações, esforços e transformação acadêmica, as contribuições inestimáveis desses muitos personagens, cada um com sua particularidade, foram essenciais para que a realização do trabalho tenha se tornado possível. Por honra a essa memória é que manifesto a minha gratidão. O maior consolo às aflições é saber que não estou, e nunca estive sozinho nessa empreitada.

Deve haver alguma coisa que ainda te emocione

Uma garota, um bom combate, um gol aos 46
deve haver alguma coisa que ainda te emocione

Te vejo sentado no banco dos réus

Pra falir a banca bancando o coitado

Quanto mais culpado melhor o advogado

Deve haver alguma coisa que ainda te emocione

Um cavalo em disparada

Pijamas...nada pra fazer

Deve haver alguma coisa que ainda te emocione

(Humberto Gessinger)

RESUMO

O Processo Civil brasileiro tem encontrado nos argumentos de isonomia e segurança jurídica suas maiores bandeiras para a consolidação de um modelo jurídico inclinado à estabilidade e à previsibilidade do comportamento jurisdicional. Diante de tal objetivo, o novo Código de Processo Civil descreveu um número significativo de dispositivos que, de alguma maneira, colocam vigor sobre a dotação de efeitos vinculantes a algumas espécies de provimentos judiciais. A segurança jurídica e a isonomia são valores essencialmente relacionados ao Estado Democrático de Direito. As expressões de direito com atenção aos precedentes judiciais são marcas do novo arquétipo desejado para a prática processual. Resignados com esses achados, permanece a indagação quanto à teoria do conhecimento que subordina habitualmente os intérpretes de nossos tempos, mesmo que essa postura filosófica já tenha perdido legitimidade ao longo da história, especialmente a cada nova investida totalitária. A adoção de decisões firmadas em precedentes não afasta do julgador o seu ônus argumentativo, devendo para tanto identificar no caso em julgamento os fundamentos fáticos do caso pretérito, como verdadeiro exercício hermenêutico. O precedente judicial não pode representar apenas um método mecanizado e automático de produção de decisões. Por isso, é necessário identificar alguns problemas na utilização dos precedentes para extrair a maior racionalidade e efetividade possíveis do sistema processual. Assim, é necessário localizar os aportes à hermenêutica constitucional que permitam ao jurista transitar com eficiência entre a dogmática dos postulados e sua apreensão a partir dos fatos. A compreensão do direito é fenomenológica e, assim, ficam perdidos os intentos de neutralidade científica. Coerência e integridade do sistema jurídico passam a constituir os pilares da submissão argumentativa do intérprete aos postulados da tradição judicial. A leitura constitucional é o crivo necessário para que a prática do direito de precedentes não seja transformada em alento ao voluntarismo. O sistema jurídico processual, por esse caminho, deve preservar os mecanismos capazes de tornar possível a distinção ou a superação de precedentes. A preservação das vias dos recursos para argumentação com esse teor, deve ser encorajada.

Palavras-chave: Processo Civil. Isonomia. Segurança Jurídica. Precedentes. Jurisdição Constitucional. Hermenêutica. Fenomenologia. Coerência. Integridade. Argumentação.

ABSTRACT

The Brazilian Civil Procedure has found in the arguments of isonomy and juridical security its greater flags for the consolidation of a juridical model inclined to the stability and the predictability of the jurisdictional behavior. Faced with this objective, the new Code of Civil Procedure has described a significant number of provisions that, in some way, put force on the endowment of binding effects to some types of court proceedings. Legal security and isonomy are values essentially related to the Democratic State of Law. The expressions of law with attention to judicial precedents are marks of the new archetype desired for the procedural practice. Resigned by these findings, there remains the inquiry into the theory of knowledge that routinely subordinates interpreters of our times, even though this philosophical stance has already lost legitimacy throughout history, especially with each new totalitarian onslaught. The adoption of decisions made in precedent does not remove from the judge its argumentative burden, which must, in order to do so, identify the factual foundations of the past case as a true hermeneutic exercise. The judicial precedent can not only represent a mechanized and automatic method of producing decisions. Therefore, it is necessary to identify some problems in the use of precedents to extract the greatest possible rationality and effectiveness of the procedural system. Thus, it is necessary to locate the contributions to the constitutional hermeneutics that allow the jurist to move efficiently between the dogmatics of the postulates and their apprehension from the facts. The understanding of law is phenomenological and, thus, attempts at scientific neutrality are lost. Coherence and integrity of the legal system become the pillars of the interpretive submission of the interpreter to the postulates of the judicial tradition. The constitutional reading is the necessary sieve so that the practice of the right of precedents is not transformed into a breath to voluntarism. The procedural legal system, in this way, must preserve the mechanisms capable of making possible distinguishing or overruling of precedents. The preservation of appeals for argumentation with this content should be encouraged.

Keywords: Civil Procedure. Isonomy. Legal Security. Precedents. Constitutional Jurisdiction. Hermeneutics. Phenomenology. Coherence. Integrity. Argumentation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 OS PROVIMENTOS VINCULANTES NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	12
1.1 An die Nachgeborenen: a lição dos tempos sombrios	12
1.2 Os primeiros traços da argumentação proposta	16
1.3 Os ecos de um novo arquétipo constitucional	19
1.4 A jurisdição constitucional e os vetores dos precedentes obrigatórios.....	26
1.5 O vetor de Isonomia.....	31
1.6 O vetor de Segurança Jurídica	36
1.7 Aspectos gerais dos provimentos vinculantes no processo civil brasileiro	40
2 O APORTE DA CRÍTICA HERMENÊUTICA E A NECESSÁRIA DESLEITURA DO VOLUNTARISMO PARA A APLICAÇÃO DO DIREITO DE PRECEDENTES.....	48
2.1 Entre a prudência objetivista e o voluntarismo do intérprete: o juiz marginal e os errantes critérios de justiça	50
2.2 A questão da linguagem na metafísica clássica	55
2.3 Da natureza do ser à teoria do conhecimento	62
2.4 Os traços de subjetividade do sujeito cognoscente	72
2.5 A guinada ontológico-linguística.....	77
2.6 O ser no mundo.....	84
2.7 Fenomenologia hermenêutica	87
3 ARGUMENTAÇÃO, COERÊNCIA E INTEGRIDADE: AS CHAVES CONSTITUCIONAIS PARA A INTERPRETAÇÃO DOS PROVIMENTOS VINCULANTES NO PROCESSO CIVIL	98
3.1 Direito, linguagem e a diferença ontológica.....	98
3.2 O processo civil além do instrumento.....	111
3.3 O fenômeno-índice do caso pretérito: argumentação e motivação.....	119
3.4 Coerência e integridade do ordenamento jurídico	125
3.5 Relatos de experiências pátrias anteriores à Lei nº 13.105/2015.....	133
3.5.1 Diagnóstico sobre o processo de formação das súmulas nos tribunais superiores	133
3.5.2 Diagnóstico sobre a aplicação da súmula impeditiva de recurso	137
3.6 O panorama normativo do Código de Processo Civil.....	142
3.6.1 Uniformização e estabilidade da jurisprudência.....	142

3.6.2	Referenciais obrigatórios da decisão	144
3.6.3	Incidente de resolução de demandas repetitivas.....	146
3.6.4	Improcedência liminar do pedido	148
3.6.5	Decisão monocrática do relator	150
3.6.6	Motivação da decisão relacionada a enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente.....	151
3.6.7	Ação rescisória contra decisão que não observe a existência de <i>distinguishing</i> 154	
3.7	Estudo de caso	155
4	AS CRISES DE ARGUMENTAÇÃO E HERMENÊUTICA NO AMBIENTE DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS E A LEITURA CONSTITUCIONAL DOS PROVIMENTOS VINCULANTES.....	169
4.1	Argumentação e hermenêutica reféns do sistema defensivo	172
4.1.1	O julgamento liminar de improcedência independente de citação do réu.....	175
4.1.2	A decisão monocrática que não leve em consideração o argumento pela existência de <i>distinguishing</i> ou <i>overruling</i>	178
4.1.3	As contradições normativas: restrição recursal em oposição a hipótese de cabimento de ação rescisória.....	182
4.2	Coerência, integridade e a leitura constitucional dos provimentos vinculantes	186
4.3	Os provimentos vinculantes entre a dogmática e compromisso com a realidade....	189
	CONCLUSÕES	198
	REFERÊNCIAS	203

INTRODUÇÃO

A pesquisa empreendida, que orienta a apresentação deste trabalho, teve proposta de análise a locução do método de submissão aos precedentes judiciais tratado pelo Código de Processo Civil de 2015. A proposta permeia assuntos de complexidade considerável, em especial o contexto informativo da valorização da tradição judiciária instituída como postulados dos tribunais superiores, sempre em benefício dos anunciados vetores de isonomia, segurança jurídica, e previsibilidade do direito aplicável. Logicamente, a melhor compreensão do tema requer a abordagem capaz de oferecer razoável medida de aptidão teórica, capaz de prevenir a incoerência das acepções simplificadas e desconexas com os reais compromissos da prática jurídica.

O novo código de ritos brasileiro aumenta significativamente a gama de dispositivos indutores dos efeitos vinculantes sobre o histórico jurídico dos precedentes, indicando, por exemplo, novos parâmetros de processamento dos recursos, e a supressão do primeiro juízo de admissibilidade recursal, afastando a possibilidade de trancamento dos recursos neste primeiro momento sob a justificativa de adequação às disposições sumulares. Em contraponto, diante das novas perspectivas de vinculação das decisões aos precedentes judiciais, é importante a análise dos fenômenos, e a transposição dos prejuízos verificados nas experiências anteriores sobre o mesmo tipo de influxo. O direito de precedentes não pode ficar limitado à repetição de enunciados de súmulas, como argumentos puros das decisões judiciais, sem a devida adaptação ao caso concreto.

Sobre o destacado objeto de pesquisa, intentamos a analítica dos parâmetros argumentativos mais adequados constitucionalmente para que a prática do direito de precedentes no processo civil brasileiro, em respeito aos vetores de coerência e integridade, e com a convicção acerca da responsabilidade política e social de nossas instituições jurisdicionais; tenha minimizado os seus riscos de subversão para o direito dos *standards*, automatizado e hermético à realidade, que se conforma com os critérios estatísticos para validar as suas ações mais arbitrárias.

Por essa impressão preliminar, temos observado certa fragilidade na construção das ferramentas para desconstrução dos precedentes, sob a perspectiva das partes litigantes. É certo que em relações tão dinâmicas com as de direito, o congelamento de posições jurisprudenciais seria temerário e prejudicial ao efetivo acesso à justiça.

Procura-se com este trabalho a contribuição para o desenvolvimento do sistema brasileiro de precedentes, sem negar a sua relevância, mas com a necessária resignação perante

as possíveis ameaças que o silêncio da jurisdição pode provocar no contexto das relações sociais. A construção destes valores deve voltar-se aos argumentos para prática argumentativa das decisões inspiradas em precedentes judiciais.

Assim, nossa análise tem em seu capítulo inicial a importante tarefa de contextualizar a inserção do objeto de pesquisa à coletânea jurídica que o tem instituído. Abertura discricionária, combatida por aqueles que intentam a adoção de precedentes obrigatórios no espaço da jurisdição constitucional, sempre com retomada aos pilares de isonomia e segurança jurídica e com atenção ao perfil constitucional que fomenta o uso de provimentos judiciais de caráter vinculante no processo civil pátrio.

Aborda-se nessa etapa os componentes relatados historicamente do que temos hoje como crítica ao modelo lógico-subsuntivo de interpretação do direito. O ambiente teórico erigido a partir do segundo pós-guerra tem seu espaço de destaque, porque esse componente leva a uma outra unidade de crítica, que rejeita a abertura discricionária desmedida do intérprete, que em tese, esse perfil constitucional teria margeado. Os precedentes obrigatórios anunciados pela sistemática do processo civil brasileiro têm se escorado na verticalização das posições jurídicas a partir dos tribunais superiores, que passariam a constituir Cortes de Vértice, orientadoras da interpretação adequada ao direito. A ressalva contra deduções reducionistas como essa pode ser evidenciada desde os argumentos iniciais de nossa proposta.

Após a contextualização que antecede qualquer argumento de nossa construção, o segundo capítulo do trabalho busca suporte na crítica hermenêutica, clamando pela desleitura voluntarista como pilar constitucional para a aplicação do direito de precedentes. Partimos, assim, de uma referência literária alegórica, que nos lembra da fluidez inevitável das concepções de justiça, de modo que esse valor não pode sujeitar o jurisdicionado às decisões desconexas com o direito posto.

Outro ponto de essencial abordagem é a analítica da linguagem que nos leva à compreender o Direito a partir da guinada ontológico-linguística, deixando pra traz a filosofia de essências (ontologia) e também a filosofia da consciência (centralidade da teoria do conhecimento). Na hermenêutica fenomenológica encontramos o vigor necessário para que a argumentação construída no trabalho tenha seu conteúdo valorizado.

Mantendo-se o foco hermenêutico fenomenológico, a formação e aplicação do precedente judicial, bem como a disciplina de provimentos vinculantes do novo código, ocupam atenção em nosso terceiro capítulo. Nessa etapa, renovamos o nosso compromisso com o direito esclarecido pela guinada ontológico-linguística e convicto da distância ontológica que separa o “ser” e o “ente” direito.

A discussão quanto à instrumentalidade do processo também tem seu espaço assegurado, assumindo em nossa defesa a aceção de que esse objeto não se resume ao atributo instrumental. A partir desses ensaios, compreendemos que a argumentação e a fundamentação, com a melhor locução de coerência e integridade do ordenamento jurídico, são os caminhos metodológicos adequados à hermenêutica constitucional para a construção do direito brasileiro de precedentes.

A parte final do capítulo é reservada para apresentação de alguns relatos e diagnósticos observados na experiência pátria em matéria de provimentos vinculantes, e para a contextualização dos principais indicadores normativos com esse objeto, localizados no Código de Processo Civil de 2015. Ressalte-se que parte dos achados preocupantes na prática pretérita, lançam riscos também pela inserção dos novos dispositivos.

Finalmente, em nosso capítulo derradeiro, evidenciamos os alertas quanto ao sistema defensivo, potencialmente continente da sistemática de provimentos vinculantes, que proclama um réquiem à argumentação e à hermenêutica. Em sequência, tratamos dos dispositivos processuais ameaçadores do sistema que, de maneira mais evidente, retomam nossas alegações de submissão argumentativa do intérprete como caminho para a dotação genuína de efeitos vinculantes à tradição judicial. Cientes de que seria fundamental a preservação do acesso à justiça para pleitear as distinções e revogações dos mandamentos interpretativos instituídos por nossas instituições judiciárias, os vetores de coerência e integridade, e submissão argumentativa do intérprete ocupam os últimos tracejos do que temos sustentado.

A prática processual civil não pode perder de vista o equilíbrio dos tensionamentos entre segurança jurídica e a efetividade do direito. Descrever o caminho teórico que possibilite a adaptação do direito de precedentes às garantias fundamentais firmadas pela Constituição Federal, é etapa indispensável para legitimidade dos efeitos vinculantes instituídos por via legislativa. Tudo isso ganha valor quando inseridos em um sistema jurídico que idealmente valorize a superação das desigualdades e a proteção da dignidade da pessoa humana. O mais básico princípio do devido processo legal recobra da comunidade jurídica essa responsabilidade.

1 OS PROVIMENTOS VINCULANTES NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

1.1 *An die Nachgeborenen*: a lição dos tempos sombrios

Uma pequena faísca à posteridade acende dos homens em tempos sombrios¹, quando se expurgam das mazelas e tragédias as suas requintadas vestes de legalidade e legitimidade. Os piores momentos de intolerância e degradação que se relatam na trajetória da civilização não precisavam de segredo algum, ao contrário, eram visíveis a todos, bastando-lhes as camuflagens de ordem, segurança e justiça. Essas são as promessas repetidas à exaustão pelas diversas manifestações de *status quo* que inundam a história humana. A mínima luminosidade extraída da escuridão importa para que as mesmas promessas não iludam os intérpretes dos novos tempos.

A camuflagem à barbárie está no retrato do acusado², que ao ouvir as odiosas acusações que pesavam sobre ele, entre as quais “crimes contra o povo judeu, crimes contra a humanidade e crimes de guerra”, estando sujeito à pena capital, declarou-se “inocente, no sentido da acusação” (ARENDDT, 1999, p. 17). O acusado não impugnava objetivamente os fatos a ele atribuídos, mas contestava os aspectos subjetivos anunciados por seus acusadores, encontrando na divergência sobre o “sentido da acusação” alcance suficientemente inteligível para escusar sua própria consciência das condutas desumanas que praticara.

O tratamento dispensado pelo Estado nazista à comunidade judaica passou pela expulsão dos judeus da vida pública, pelo seu confinamento em campos de concentração e pela transformação dos campos de concentração em campos de extermínio (BAPTISTA, 2015, p. 5). *Eichmann* exercia atribuições importantes na estrutura governista nefasta que subsidiava essas condutas. Mas, investido como um burocrata no papel que lhe era atribuído legalmente pelo Estado, o acusado não se considerava culpado “no sentido da acusação”, sendo capaz de escusar-se do rótulo de criminoso, porque embora responsável pelos fatos a ele imputados pela acusação, julgava estar em pleno exercício de suas obrigações funcionais enquanto os praticara.

¹ A expressão “à posteridade” alude ao poema “An die Nachgeborenen” do alemão Bertolt Brecht. A obra é utilizada por Hannah Arendt em seu livro “homens em tempos sombrios” para contextualizar o seu título (tempos sombrios) com os seguintes relatos: “a desordem e a fome, os massacres e os carneiros, o ultraje pela injustiça e o desespero ‘quando havia apenas o erro e não ultraje’, o ódio legítimo que no entanto conduz à fealdade, a ira fundada que torna a voz rouca”; momento em que “Tudo era suficientemente real na medida em que ocorreu publicamente; nada havia de secreto ou misterioso sobre isso”. (ARENDDT, 1999).

² O acusado era “Otto Adolf, filho de Karl Adolf Eichmann e Maria, em solteira Schefferling, capturado num subúrbio de Buenos Aires na noite de 11 de maio de 1960, voou para Israel nove dias depois, foi levado a julgamento na Corte Distrital de Jerusalém em 11 de abril de 1961 [...]” (ARENDDT, 1999).

Sob sua perspectiva, ele seria não mais que um cidadão fiel ao seu Estado e cumpridor da lei vigente.

A favor do acusado, apenas não ser cúmplice dos hipócritas, que diziam ser possível agir de outro modo, e fingiam sempre ter sido contrários àqueles atos, quando na realidade estiveram sempre propensos a cumprir irrefletidamente o que lhes ordenavam (ARENDDT, 1999, p. 19). Obvio, no entanto, que desculpar o acusado por sua sinceridade, ou pelo simples fato de portar-se como um funcionário, cumpridor de atribuições que poderiam ser realizadas por qualquer outro em seu lugar; seria equivalente a perdoar um criminoso por critérios estatísticos, que ao cometer o crime estaria fazendo não mais do que aquilo que dele era esperado naquela circunstância (ARENDDT, 1999, p. 173).

A filósofa alemã sofreu na pele os menoscabos do antissemitismo, e conhecia muito bem a tragédia humana provocada pelo totalitarismo nazista. Seria compreensível que alguém que vivesse aqueles tempos tivesse em *Eichmann* a figura do pior dos monstros, porque apesar de tratados como atos de Estado, suas decisões tiveram como consequência direta o extermínio de seres humanos em escalada genocida. Mas a imagem do burocrata era tão perceptível que, mesmo inserida naquele contexto, Hannah Arendt conseguia entender a perspectiva do mal com sedução irresistível, difundido sem filtros morais e éticos, como política estatal, que permitia ao carrasco ser leal aos seus dirigentes fazendo da morte de pessoas uma habilidade profissional como qualquer outra.

Essa espécie de “tudo é possível” em obediência à lei, que as experiências totalitárias sustentam, levou “pessoas a serem tratadas, *de jure* e *de facto*, como supérfluas e descartáveis” (LAFER, 1997, p. 55). Trata-se, como o relato de Hannah Arendt deixou evidente, de uma ruptura total ao plano jurídico, surgida quando a lógica do razoável não é capaz de suportar a falta de razoabilidade que classifica como totalitária a experiência. A ruptura, ressalte-se, não resulta de ameaças externas, mas emerge no âmbito da própria modernidade, derivando de maneira surpreendente e não razoável de seus próprios valores (LAFER, 1997, p. 57).

A confortável posição de poder é campo fértil para que as injustiças se reproduzam sem qualquer pudor, de forma banal. A confusão entre legalidade e legitimidade alimenta todo tipo de insensatez³. Este é o retrato da banalidade do mal, que “desafia as palavras e os pensamentos” (ARENDDT, 1999, 152), e reduz mesmo a pior das atrocidades a um simples “cumpra-se”, em nome do Estado:

³ Paula (2011, p. 71) afirma “[...] retoricamente poder-se-ia dizer que a ordem jurídica nazista era legítima, eis que condizente com o sistema jurídico vigente na época, o que é simplesmente repugnado pela história do direito”.

Eichmann não era nenhum Iago, nenhum Macbeth, e nada estaria mais distante de sua mente do que a determinação de Ricardo III de ‘se provar um vilão’. A não ser por sua extraordinária aplicação em obter progressos pessoais, ele não tinha nenhuma motivação. E essa aplicação em si não era de forma alguma criminosa; ele certamente nunca teria matado seu superior para ficar com seu posto. Para falarmos em termos coloquiais, ele simplesmente nunca percebeu o que estava fazendo (ARENDR, 1999, p. 172).

Entre as lições que a tragédia nazifascista confere à posteridade está a compreensão de que o viés irresistível de sedução que o *status quo* alimenta causa uma espécie de cegueira naqueles que detém espaço na posição dominante, gravame que adquire perfil endêmico. A alusão à epidemia de “cegueira branca” contada por José Saramago torna-se inevitável. O autor português descreve uma epidemia de cegueira que aflige a população de um local indeterminado⁴. Curioso que a cegueira não apresentava causas físicas aparentes, diferindo-se de toda a técnica científica disponível, até mesmo pela percepção atípica que era repetida pelos enfermos. A descrição anunciada à exaustão era de uma “cegueira branca”, como se o enfermo repousasse imerso em um mar infinito de leite.

Logo no início dos relatos, um sujeito teve a iniciativa de auxiliar um homem que subitamente cegara ao dirigir seu automóvel. A gentileza, no entanto, acaba subvertida pela oportunidade que faz o ladrão, e o sujeito não resiste à sedução, usando da fragilidade do cego para roubar-lhe o carro. Em sequência, tomado por uma angustia sem igual, talvez pelo resquício de humanidade e empatia que lhe restava, o sujeito passou a temer a cegueira que afligia aquele homem. Irremediavelmente, contudo, o ladrão é atingido pela epidemia, tornando-se cego.

Aquele mal é tão contagioso que se difunde pelo mínimo contato com pessoas infectadas, e acaba sendo espalhando rapidamente por toda aquela sociedade, levando-os a um panorama distópico. O autor utiliza da alegórica epidemia como uma grande crítica à sociedade moderna, que é alimentada por discursos de racionalidade e eficiência, mas se torna insensível às mazelas, acolhendo de bom grado a cegueira sempre que a conveniência lhe abra as suas portas.

A gênese da pesquisa e do trabalho remete ao julgamento de *Eichmann* e à distopia de Saramago para afirmar o intento de fuga desesperada das insensibilidades quando da aplicação do Direito. É certo que a postura de racionalização e apropriação do mundo pelo homem, especialmente quando revestida da asserção filosófica que mantém a consciência transcendental humana em seu núcleo de construção, e proporciona a cisão inoportuna entre o sujeito e seu objeto científico; acaba fomentando equívocos irremediáveis.

⁴ A história fictícia é contada na obra “Ensaio sobre a cegueira” de José Saramago.

Através do positivismo das escolas exegetas⁵, adotou-se os produtos do parlamento, especialmente dos códigos, como referencial científico de mensurabilidade. A aplicação do direito, sob o crivo em questão, dar-se-ia pela aderência entre os fatos e os elementos mensuráveis contido nos códigos (STRECK, 2011, p. 31). No entanto, a premissa que orientava esse perfil de direito subsuntivo acabava conduzindo à clássica confusão entre legalidade e legitimidade⁶. A identidade entre legalidade e legitimidade ecoa como consequência do formalismo jurídico, que requer o respeito ao processo legislativo como critério único de legitimidade. A validade da norma jurídica, sob tal perspectiva, seria medida somente em razão das formas de sua produção, não importando o seu conteúdo (CAMBI, 2016, p. 111). Como sabemos, esse grave deslize teórico-metodológico amparou diversos dos atos legalmente praticados pelo ente estatal germânico que levaram a humanidade ao holocausto.

Não se propõe aqui, por óbvio, um viés comparativo histórico entre os contextos totalitários e a realidade do direito brasileiro contemporâneo. Vivemos em um Estado Constitucional que clama institucionalmente pelo atributo democrático desde o preâmbulo de sua norma fundamental. De fato, desde a Constituição Federal de 1988, “o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração” (BARROSO, 2015, p. 3). A lembrança é importante justamente porque na ruína nazifascista, a escusa de consciência seria ao menos razoável ante a violência e o descontrole do poder, mas o mesmo argumento não teria margem no paradigma democrático (STAFFEN, 2014, p. 2). Os problemas relacionados à interpretação e à aplicação do direito, pelos quais a prática forense tenta se erigir, por vezes escondem fragilidades metodológicas das mais diversas⁷. Mesmo ausentes dos ambientes totalitários, os assombros da epidemia de insensibilidade e da banalidade do mal ainda vigem, tolhendo muitas das expectativas de paz e equilíbrio social:

No mundo contemporâneo continuam a persistir situações sociais, políticas e econômicas que, mesmo depois do término dos regimes totalitários, contribuem para tornar os homens supérfluos e sem lugar num mundo comum. Entre outras tendências, menciono a ubiquidade da pobreza e da miséria; a ameaça do holocausto nuclear; a

⁵ Streck (2011, p. 31) explica: “[...] o positivismo é uma postura científica que se solidifica de maneira decisiva no século XIX. O ‘positivo’ a que se refere o termo positivismo é entendido aqui como sendo os fatos [...]. Evidentemente fatos, aqui, correspondem a determinada interpretação da realidade que engloba apenas aquilo que se pode contar, medir ou pesar ou, no limite, algo que se possa definir por meio de um experimento”.

⁶ Cambi (2016, p. 111) afirma que como consequência do formalismo jurídico, atributo positivista, a legitimidade estaria presente quando o processo legislativo fosse respeitado, noção que acaba por identificar legalidade com legitimidade. Sob essa perspectiva, a validade da norma jurídica seria medida somente em razão das formas de sua produção, não importando o seu conteúdo.

⁷ A esse respeito, Luiz (2013, p. 35): “[...] a aplicação do direito é realizada por um sujeito solipsista, proprietário dos significados, que, julgando conforme sua consciência, acredita – de forma alienada – estar decidindo corretamente (com justiça) as questões que lhe são postas”.

irrupção da violência, os surtos terroristas, a limpeza étnica, os fundamentalismos excludentes e intolerantes (LAFFER, 1997, p. 56).

As dificuldades de nossos tempos são habitualmente achadas em intervalos de transição. É certo que a mudança de paradigma não apaga de plano todos os vestígios deixados pelas práticas anteriores, ou na lição de Santos (2002, p. 41): “[...] temos a sensação de estar na orla do tempo, entre um presente quase a terminar e um futuro que ainda não nasceu”.

Ainda em busca de rupturas, há a compreensão de que em certa medida o paradigma epistemológico dominante na comunidade jurídica ainda reside na mesma construção racionalista que a gênese da modernidade sugerira, vitimando a todos os jurisdicionados com uma postura cognoscitiva baseada na filosofia da consciência, atitude que condiciona a emancipação ao domínio do mundo por meio da racionalidade científica. A transformação de todo o conhecido em objeto, inclusive o direito, é a asserção elementar do conhecimento moderno. Tratando-se o direito como objeto dissociado dos homens e também dos fatos⁸, esses elementos seriam identificados em separado e contrapostos através da operação silogística, método que avaliza a base metodológica da subsunção (CARNEIRO, 2005, p. 1-2).

A convicção acerca da qualidade da prestação jurisdicional deve assumir a responsabilidade de enfrentar os aludidos problemas, delatando todas as máculas escondidas na postura subsuntiva e na pseudo apropriação da racionalidade científica para aplicação do direito. A prática do direito, em ambiente da jurisdição constitucional e do atributo democrático assumido pelo Estado brasileiro em sua norma fundamental, requer o escoramento em uma postura hermenêutica que leve em conta a tradição judicial, sem com isso cogitar qualquer alento à subsunção acrítica, com toda a sua bagagem destrutiva. O grito de Bertolt Brecht nos tempos mais sombrios, e o alerta que confiou de herança à posteridade, ainda retinem com grande vigor.

1.2 Os primeiros traços da argumentação proposta

A vigilância desejada, que mesmo preambularmente se coloca em oposição às posturas filosóficas especulativas e à famigerada conformação subsuntiva na interpretação e aplicação do direito, adquire maior substância em vista da tendência assumida pelo direito processual

⁸ Carneiro (2005, p. 2) define a subsunção como pilar de toda metodologia jurídica construída na modernidade, inspirando uma série de postulados: “questões de fato ao lado de questões de direito dissociadas uma da outra; uma hermenêutica metódica que viabilizava adequações na norma jurídica (questões de direito), permitindo um resultado extensivo ou restritivo, apenas para viabilizar a subsunção ao fato; da analogia, recurso utilizado para suprir lacunas e, ao mesmo tempo, manter a ideia de que há algo que pode se subsumir ao fato e assim por diante”.

brasileiro após a Constituição Federal de 1988, de verticalização dos provimentos judiciais e uniformização jurisprudencial, com privilégio às decisões dos tribunais e às decisões de causas repetitivas. As múltiplas reformas com esses conteúdos inundam a jurisdição brasileira e mantém o substrato da lógica aritmética, legando implícita a rejeição ao exercício hermenêutico-interpretativo. Isso tudo graças a um giro linguístico que utiliza a segurança jurídica como bandeira e institucionaliza uma espécie de império da previsibilidade das decisões, ainda que em preterição à própria Constituição Federal (STAFFEN, 2014, p. 2). O jurista acrescenta em congruência:

Bem verdade que a atividade jurisdicional não pode ser um metalatifúndio decisório, o qual as sentenças variam conforme o humor da bÍlis. Isso, porém, não permite a mutação do sistema para o outro extremo, lócus de mera gestão, alheio a qualquer juízo de cognição, bem como da hermenêutica (STAFFEN, 2014, p. 2).

O clamor da comunidade jurídica por integridade e coerência das decisões judiciais⁹, sob argumentos alusivos à isonomia, à segurança jurídica¹⁰ e até mesmo à razoável duração do processo, não são desacreditados de plano, nem se despreza o potencial de sucesso que as novidades legislativas têm apresentado em favor desses argumentos. Ainda assim, a hesitação é justificável porque o grave problema da falta de coerência e integridade tem raízes muito mais profundas, que tocam a interpretação e a aplicação do direito. Sem que sejam enfrentadas as amarguras mais relevantes da atividade jurisdicional, corremos o risco de potencializar a fragilidade do sistema.

Com esses ingredientes, as expectativas intentadas sobre os elementos de segurança jurídica, previsibilidade e estabilidade contempladas pela disciplina da Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil de 2015) adquirem maior relevo na construção deste trabalho. Como há o desejo de resistir à tentação da subsunção irrefletida entre fatos e normas, e nessa essência, tratamos também das normas compreendidas a partir dos enunciados linguísticos do Judiciário, em alguns momentos as conclusões acabam destoando do habitual.

⁹ Marques (2016, p. 202) clama por uma espécie de unidade orgânica na compreensão do mundo e dos fenômenos sociais, acessível a partir das manifestações culturais e dos enunciados, que alçam à jurisprudência o potencial de “unidade de entendimento”.

¹⁰ Considera-se a segurança como valor essencial para estruturação e funcionamento da ordem jurídica, vez que a distribuições de situações jurídicas (direitos, deveres, faculdades, ônus) entre os jurisdicionados é atribuição do Direito (CAMBI; ALMEIDA, 2016, p. 279-280). Com esta compreensão, é exigível do sistema a definição de condições aptas a oferta de confiança e tranquilidade nas pessoas e grupos acerca de seus direitos, deveres e obrigações, podendo exercê-los e cumpri-los tranquilamente, e ainda antever as possíveis consequências de sua violação (DINAMARCO, 2010, p. 237).

Aliás, o viés crítico é o caminho adequado para que as impressões colhidas da pesquisa não reduzam a realidade apenas ao que existe¹¹ e ao paradigma que predomina na doutrina. O pressuposto da análise crítica é a convicção de que o campo de possibilidades da existência é mais abrangente que o feixe conhecido daquilo que existe, razão por que “o desconforto, o inconformismo ou a indignação perante o que existe, suscita impulso para teorizar a sua superação” (SANTOS, 2002, p. 23).

O equívoco lógico e factual que manifesta o anunciado paradigma sujeito-objeto tem potência de acomodação na perspectiva de vinculação do julgador aos precedentes judiciais e de restrição da via recursal para confrontação das teses anteriormente assumidas pelos provimentos judiciais. Esses elementos (provimentos vinculantes e restrição da via recursal) e a própria crítica epistemológica aludida fazem parte do objeto central desta pesquisa.

Muitos dos vestígios apresentados terão maior espaço na sequência do trabalho. Mas antes que seja possível inferir qualquer convicção, é importante a acolhida da dúvida, desde a gênese elementar da qual deriva. O primeiro passo nessa caminhada é a apresentação do objeto de pesquisa sobre o qual as expectativas dessa edificação argumentativa lançam vazão. Precisamos saber o perfil normativo manifesto pelo direito processual civil brasileiro que nos leva às indagações propostas, e nesse mesmo caminho descrever os problemas constantemente achados na prática do processo civil que induzem ao argumento pela vinculação de precedentes. Outro ponto a ser observado é medida de aptidão que o caminho legislativo exhibe para coibir os defeitos da aplicação e interpretação do direito.

Além disso, para fortalecer as bases da argumentação proposta, urge-nos localizar as raízes da postura filosófica especulativa que aqui se critica, a mesma que, continente do intento de neutralidade científica e do afastamento transcendental do sujeito consciente, manteve sob suas arestas a mecânica subsuntiva do positivismo exegético e também a abertura discricionária *kelsiana*; e que mesmo em tempos dos repetidos valores do que se rotula por *neoconstitucionalismo*, ainda repousa incólume. Em contribuição à crítica:

[...] a partir de Descartes, com a máxima do cogito ergo sum, toda consciência acerca das coisas e do ente em sua totalidade acaba reportada à autoconsciência do sujeito humano, tido este como fundamento inabalável de toda certeza. Com isso, a certeza da realidade é projetada como uma objetividade concebida pelo sujeito moderno (cartesiano), exatamente como aquilo que é lançado e mantido em oposição a ele. Numa palavra, a “realidade do real” é o ter-sido-representado pelo sujeito

¹¹ Uma teoria crítica, na acepção de Santos (2002, p. 23), seria toda aquela que não reduz a realidade apenas ao que existe, visto que: “A realidade de qualquer que seja o modo como é concebida é considerada pela teoria crítica como um campo de possibilidades e a tarefa da teoria consiste precisamente em definir e avaliar a natureza e o âmbito das alternativas que está empiricamente dado”.

representador e para este, e justamente por isso é que na Modernidade é onde surge o paradigma da filosofia da consciência (STRECK, 2017, p. 73-74).

A filosofia da consciência deixou heranças temerárias aos intérpretes do Direito, e seus defeitos devem ser constantemente rememorados para que a lógica enganosa não se repita na construção de um modelo constitucional que se pretenda democrático. A premissa de angústia retorna potência em vista da assunção do direito de precedentes e da verticalização processual em prostre aos tribunais superiores. Ciente dessa responsabilidade, a pesquisa deve também necessariamente deixar evidente os traços que ressaltem a importância da virada ontológico-linguística, conduzindo nosso entendimento a uma crítica hermenêutica de maior vazão e compatibilidade quando em adição de faticidade, consequência natural imposta pela prática jurídica. Afinal de contas, importa-nos a compreensão das razões pelas quais seria preciso respeitar a tradição judiciária, e como fazê-lo sem que isso represente afronta aos direitos mais básicos dos jurisdicionados. O desafio é, sem dúvidas, de grande dificuldade, mas proporcionalmente estimulante.

A argumentação, por sua própria natureza persuasiva, inevitavelmente denuncia as premissas seguidas por seu emissor. Por isso, talvez o caminho adequado para evitar a traição do explícito pelo implícito seja justamente escancarar os componentes primários daquilo que se suscita como discussão, evitando assim imperfeições desnecessárias. Justamente essa premissa orienta o primeiro e o segundo capítulos do trabalho. Voltamo-nos desde logo às indagações fundamentais envoltas em questões como a abertura discricionária e a aplicação dos precedentes judiciais na jurisdição constitucional, sob a égide dos vetores de isonomia e segurança jurídica, com a devida contextualização ao perfil constitucional que incita o manejo de provimentos judiciais de caráter vinculante no processo civil brasileiro.

1.3 Os ecos de um novo arquétipo constitucional

As experiências totalitárias do século passado abalaram substancialmente a edificação do constitucionalismo moderno, rompendo uma marcha de progresso que já era visível desde o século XVIII. É irrefutável que a acepção extensiva acerca de um desenvolvimento constitucional não contempla todas as nuances e complexidades desse fenômeno, nem alcança os caracteres de todas as tradições jurídicas erigidas no período¹². Ainda assim, entre os ecos

¹² Sarlet (2013, p. 53) descreve: “muito embora a história das constituições escritas tenha início com o processo de independência das ex-colônias inglesas na América do Norte, que resultou, em 1987, na promulgação da Constituição Federal dos Estados Unidos da América, bem como com a Revolução Francesa, cuja primeira Constituição no sentido moderno do termo data de 1791, a afirmação do constitucionalismo foi relativamente *lenta*

mais visíveis do período pós Segunda Guerra está a localização de um arquétipo constitucional que reafirma valores democráticos e reivindica proteção à dignidade da pessoa humana. Em sentido complementar:

A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2a. Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. (BARROSO, 2007, p. 2)

A perspectiva europeia anterior à Segunda Guerra conservava, a sua maneira, uma silhueta cultural jurídica “essencialmente *legicêntrica*”, que tinha na lei editada pelo legislativo como fonte jurídica primeira (até mesmo exclusiva) e não reconhecia força normativa às constituições, tratando-as como programas políticos a inspirar a atuação do legislador. Passados os tempos mais sombrios¹³, o Direito Constitucional assimilou vigorosamente o discernimento de que “as maiorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie”, tal qual ocorrido no nazismo alemão, sendo por isso indispensável o fortalecimento da jurisdição constitucional e da proteção aos direitos fundamentais mesmo confrontando o legislador (SARMENTO, 2009, p. 96).

Inserto na conjuntura alemã do segundo pós-guerra, transcorridos apenas quatro anos da rendição plena das forças armadas germânicas e da efetivação da ruína da ditadura nacional-socialista passou a vigorar a *Grundgesetz*¹⁴, que consignava o comprometimento do Estado alemão do novo paradigma com os direitos inalienáveis e invioláveis da pessoa humana. Ficaria à mostra a reação contra um superado modelo positivista, resgatando-se sob os novos prismas a importância de uma ordem de valores não necessariamente adstrita ao direito formalmente positivado (SARLET, 2013, p. 56).

A linha progressista pode ser comprovada por uma decisão do tribunal constitucional datada de 23/10/1951, em que o *Bundesverfassungsgericht*¹⁵ empunhou o controle abstrato de constitucionalidade para certificar a necessária adequação constitucional das leis promulgadas,

e muito heterogênea, mesmo no âmbito do Ocidente e ainda que limitado ao espaço físico da Europa Ocidental e das Américas”.

¹³ Após a Segunda Guerra, a concepção de Constituição na Itália e na Alemanha faz uma espécie de aproximação ao existente nos Estados Unidos, que já praticava há tempos o controle de constitucionalidade. Retoma-se assim a aspiração primordial do constitucionalismo que é a limitação do poder estatal, nesse caso, limitação ao Poder Legislativo (SARMENTO, 2009, p. 96).

¹⁴ A expressão remete a “*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*”, Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, promulgada em 1949

¹⁵ O *Bundesverfassungsgericht (BVerfG)* é o Tribunal Constitucional Federal alemão, instituído pela Lei Fundamental (*Grundgesetz*) como guardião constitucional.

com nulidade e efeitos *ex tunc* daquelas normas nas hipóteses de inconstitucionalidade. A decisão indicava ainda que as decisões declaratórias de nulidade de lei adquirem força de lei e tornam vinculante a decisão e seus fundamentos a todos os órgãos constitucionais do Estado, com efeito tal que seria impeditivo a promulgação de uma lei federal de idêntico teor (SCHWABE, 2005, p. 152). A postura manifesta por um ente investido do título de guardião da constituição, com avanços tão significativos em matéria de legitimidade das leis e interpretação jurídica, em período tão próximo ao fim do Estado nazista, ilustra com primor a epifania do novo delineamento constitucional.

Esse protótipo constitucionalista do pós-guerra na Europa ocidental, especialmente na Alemanha e na Itália, seria o grande marco histórico do novo direito constitucional. A inspiração dali derivada também foi transmitida ao processo de redemocratização vivido pelo Brasil que teve seu ápice com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (BARROSO, 2007, p. 2). A vigente carta constitucional brasileira abriu compromissos com perspectivas profundas de realização social, pela prática dos direitos sociais e pelo exercício dos instrumentos colocados à disposição da cidadania, sempre com alicerce na dignidade da pessoa humana¹⁶ (SILVA, 2005 p. 120). A retomada das limitações aos poderes do Estado e a afirmação da nova proposta de interpretação jurídica que rejeita a métrica silogística e formula sua convicção a partir dos ditames constitucionais é perceptível.

Investido desse delineamento, Barroso (2007, p. 3) indica que o marco filosófico do novo perfil constitucional seria encontrado no “pós-positivismo”, situando sua concepção na confluência entre *jusnaturalismo* e positivismo, correntes que oferecem paradigmas opostos, mas por vezes complementares. O panorama atual ocupar-se-ia da “superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo”. Busca-se uma superação da legalidade estrita sem desprezar o direito posto; uma leitura moral do Direito sem recorrer às categorias metafísicas. O autor acrescenta que inseridas na coletânea abrangente e heterogêneas que o paradigma pós-positivista oferece, aproximando o Direito da Filosofia, colocam-se por exemplo a aquisição de normatividade pelos princípios¹⁷, a razão prática da argumentação jurídica, a formação de uma

¹⁶ A Constituição Federal de 1988 anuncia em seu artigo 1º os fundamentos institucionais do Brasil, tendo como um de seus pilares a “dignidade da pessoa humana”. A perspectiva também pode ser visualizada no artigo 2º, que trata dos objetivos fundamentais do país, entre os quais estão incluídos: “construir uma sociedade livre, justa e igualitária”, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação”.

¹⁷ Considera-se desde logo que o reconhecimento de poderio normativo aos princípios reverbera pelo marco filosófico do novo direito constitucional (pós-positivismo). Alexy (2008, p. 90) afirma como ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios a noção de que princípios são normas conducentes a realização de algo pela máxima medida possível diante das possibilidades de fato e de direito apresentadas, tratando-se assim de

hermenêutica constitucional atualizada, e a prosperidade de uma teoria dos direitos fundamentais pautada pela dignidade da pessoa humana¹⁸.

O novo marco filosófico impõe razão prática ao texto legal, passando a norma a inexistir enquanto ente abstrato previamente dado, mas a ser constituída na formulação do caso concreto (NERY JUNIOR; ABBOUD, 2013, p. 4). Em conformidade a essa ordenação, a norma jurídica perde a sua identificação plena com o texto legal, podendo ser compreendida como resultado semântico da interpretação aplicada e do resultado prático aferido. Em melhores palavras:

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte (ÁVILA, 2005, p. 22).

A distinção entre texto e norma com rejeição ao sentido semântico pré-estabelecido torna indispensável o espírito hermenêutico para delimitação do direito aplicável. Entre os motivos comumente apontados para essa transposição paradigmática é possível listar a incompletude do ordenamento jurídico¹⁹, a possibilidade de confronto entre normas, a imprecisão da linguagem jurídica e, até mesmo, a possibilidade, ao menos em tese, de que ocorram decisões contrárias ao texto legal (ALEXY, 2001, p. 18).

Sob o prisma do novo constitucionalismo, o plano teórico ressalta a insurreição ao conhecimento tradicional da aplicação do direito constitucional a partir do reconhecimento de força normativa à Constituição²⁰, da expansão da jurisdição constitucional e do

“mandamentos de otimização”. Em sintonia à proposta *alexynana*, Barroso (2007, p. 5-6) entende que os princípios consagram determinados valores ou apontam fins públicos a serem cumpridos por meios diversos, razão que transfere ao interprete uma dose de discricionariedade para a definição de seu sentido e alcance.

¹⁸ A dignidade da pessoa, na leitura de Sarlet (2002, p. 62), seria definida como “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.

¹⁹ A incompletude do ordenamento jurídico é explicada de maneira preliminar e singela por Alexy (2001, p. 18) pela aceção de que “[...] é possível haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, que não caibam sob nenhuma norma válida existente [...]”.

²⁰ A respeito do reconhecimento de força normativa a Constituição: “Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição” (BARROSO, p. 3).

desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional (BARROSO, 2007, p. 3). A superação da qualidade simplória de proclamação política rendeu à Constituição posição central das considerações jurídicas e filosóficas contemporâneas, subordinando uma infinidade de assuntos de interesses dos jurisdicionados à filtragem constitucional, o que torna improvável localizar respostas aos problemas jurídicos que não tenham a respectiva referência constitucional (CORTUCCI, 2015, p. 1).

O constitucionalismo do segundo pós-guerra, na concepção de Ferrajoli (2006, p. 114), representa um sistema de vínculos substanciais, ou seja, de proibições e obrigações impostas pelas cartas constitucionais e essencialmente pelos princípios e direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos. A garantia jurídica de efetividade desse sistema situa-se na rigidez constitucional, que impõe procedimentos especiais para a sua reforma, mas em paridade presta reverência ao controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. O resultado desta complexa equação é o modelo de direito e democracia de um Estado constitucional de direito, em imponente mudança paradigmática em nível de cultura jurídica e política quanto ao modelo de Estado legislativo²¹. Em presença deste aporte, a interação entre constituição e jurisdição constitucional torna-se elemento condicionante do próprio perfil democrático do Estado de Direito:

A compreensão acerca do significado do constitucionalismo contemporâneo, entendido como o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito, a toda evidência implica a necessária compreensão na relação existente entre constituição e jurisdição constitucional. [...] enquanto a Constituição é o fundamento de validade (superior) do ordenamento e consubstanciadora da própria atividade político-estatal, a jurisdição constitucional passa a ser a condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito. (STRECK, 2002, p. 27)

A existência de uma constituição normativa estruturante e de uma ordem jurídico-normativa fundamental que vincule todos os poderes públicos são pressupostos próprios do Estado de Direito, justamente por isso o seu adjetivo constitucional. Por meio da Constituição é que a ordem estatal e os atos dos poderes públicos adquirem forma e dimensão, razão porque a lei constitucional não pode ser tida como ordinária integrante do complexo normativo estatal, tratando-se em verdade da fundante ordenação normativa, devidamente encoberta de

²¹ “O conceito de direito, herdado dos positivistas, está em crise. De um lado, a produção legislativa cada vez mais abundante, caótica, continuamente modificada, repleta de fórmulas indeterminadas, obscuras e compromissórias, abre margens mais amplas de “criatividade” por parte dos juízes. De outro lado, a inflação legislativa e a opacidade do direito minam o conceito de certeza jurídica. Hoje, a maior parte dos cidadãos, e às vezes os próprios especialistas, não estão em condições de conhecer todo o direito em vigor e, conseqüentemente, de prever valorações jurídicas de seus comportamentos. Porém, a crise do direito, sob a forma da lei, pode ser superada modificando a relação entre o juiz e a lei, pela aplicação da Constituição” (CAMBI, 2016, p. 193).

supremacia. Essa é a supremacia da lei constitucional em que o primado do direito estatal identifica sua expressão primária e decisiva. Os demais elementos constitutivos do Estado de Direito são deduzidos a partir dos princípios da constitucionalidade e da supremacia da constituição (CANOTILHO, 2003, p. 246).

O traçado democrático que o Estado de Direito assimila exige uma coletânea de cláusulas invioláveis por ocasião da pronúncia sobre o direito aplicável. Barroso (2007, p. 4) descreve que a nova fórmula abrange a constitucionalização de direitos fundamentais, que adquirem imunidade perante o processo político legislativo, ao passo que a sua proteção possa ser exercida pelo Judiciário.

Entre os tópicos exigidos pelo atributo democrático podemos listar a convivência social em uma sociedade livre, justa e solidária; a participação popular nas decisões e formação dos atos de governo; o respeito à pluralidade cultural, ética, e de pensamento; a limpeza contra qualquer forma de opressão; e a preservação de condições políticas, sociais e econômicas que favoreçam o exercício da proteção à dignidade da pessoa humana (SILVA, 2005, p. 119-120).

Tratar a jurisdição constitucional como ingrediente condicionante de possibilidade do Estado Democrático de Direito faz sentido sob o prisma do constitucionalismo contemporâneo. A inviolabilidade daquelas cláusulas são essenciais a integridade do sistema que as constitui. Por derivação lógica, a violação à jurisdição constitucional em qualquer de seus pontos de incidência revelaria uma ruptura ao atributo democrático do Estado. Em outras palavras, rememorando parte do objeto da pesquisa a transgressão a um princípio constitucional como a isonomia, com admissão de comportamentos instáveis e dissonantes da atividade jurisdicional agride a jurisdição constitucional e por consequência rompe a insígnia democrática que legitima a própria Constituição.

O embrião conceitual descrito demonstra a forte tendência de oposição ao positivismo exegético, com a oferta de negativas veementes às suas principais asserções, assim desnudando-as e deixando-as obsoletas. As pistas da mudança paradigmática podem ser exemplificadas pelo pretenso expurgo ao rigor das formas e à legalidade como identificação plena do direito com a lei, e a rejeição do império do silogismo judicial, com complemento da racionalidade da jurisprudência. O movimento constitucional que aspira tantas consequências teóricas e práticas costuma ser tratado sob a alcunha de “*neoconstitucionalismo*”²². Schier (2005, p. 5) adverte que a designação citada, apesar da insistência no uso do prefixo “*neo*” não substancia uma nova

²² Cambi (2016, p. 106) afirma o *neopositivismo* como uma das consequências filosóficas do *neoconstitucionalismo*, tratando-se de um novo modelo, marcando a superação dos modelos *jusnaturalistas* e *positivistas*.

teoria constitucional ou um movimento doutrinário delimitado, aparentando tratar apenas de um “momento teórico em que os constitucionalistas buscam a superação de modelos jurídicos positivistas e formalistas projetados ao discurso e dogmática constitucionais”. O intento dessa localização teórica seria a procura por soluções mais adequadas para as questões constitucionais ante a insuficiência das respostas positivistas. Certamente a denominação não é inequívoca, adquirindo feições diversas na doutrina constitucional, e até mesmo críticas quanto a sua classificação e utilização²³, contraponto que não relativiza o grau de importância que o perfil constitucional dos descritos marcos (histórico, filosófico e teórico) representa. Como bem ressalta Barroso (2007, p. 2), por efeito desse contexto jurídico constitucional emerge o ideário transformador²⁴ que tem incitado a doutrina e a jurisprudência nas últimas décadas, estimulando a nova percepção da Constituição e de seu papel hermenêutico.

O enquadramento é importante para a pesquisa, não para ratificar de início qualquer das bandeiras do chamado *neoconstitucionalismo*, ou mesmo para negar preliminarmente alguma de suas premissas, mas porque o método para utilização de precedentes judiciais assimilado no processo civil brasileiro encontra nesse momento jurídico constitucional boa parte de seus argumentos. A perspectiva de provimentos vinculantes como solução às divergências de interpretação na atividade jurisdicional procura guarida nas mesmas divisas que enunciam como pretensão a superação ao formalismo jurídico-processual e ao império subsuntivo. A postura da pesquisa aponta até mesmo a crítica como solução ao colocar-se diante de alguns paradoxos, como a tentativa de remediar a abertura discricionária dos julgadores com o levantamento do papel dos tribunais para delimitação de uma suposta interpretação pacificadora de controvérsias²⁵, perspectiva que será mais bem explorada quando do enfrentamento à problemática da interpretação e aplicação do direito.

De qualquer sorte, desde já é possível reconhecer que sob a égide da jurisdição constitucional é que a aplicação de precedentes na experiência brasileira localiza seu mais profundo alicerce²⁶. A norma jurídica “pré-interpretada” pelos tribunais adquire na ordem

²³ Streck (2011, p. 35-37) não reconhece sentido à designação “*neoconstitucionalismo*”, criticando desde a terminologia empregada até as balizas ofertadas pela doutrina constitucional com tal insígnia. Assim o autor rejeita o emprego do termo como aporte à “construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma Constituição normativa e da integridade da jurisdição”.

²⁴ O ideário transformador é descrito poeticamente por Schier (2005, p. 4): “Após a escuridão de um longo período, a luz se acende! Veio mostrar a clareza, apontar os caminhos, evitar os choques, permitir o início de um novo momento em que podemos olhar o que outrora estava escondido nas sombras de um quarto fechado”.

²⁵ Canotilho (2003, p. 25-26) já alertava que entre as “modas” e as práticas do “novo” direito constitucional estaria a “viragem jurisprudencial do direito constitucional”, com a assertiva imprecisa e incongruente de que “o direito constitucional é aquilo que os juízes dizem que é”.

²⁶ Segundo Taranto (2010, p. 56): “No Direito brasileiro, todo precedente judicial válido decorre da Jurisdição Constitucional. Em outras palavras, os precedentes não se excluem do fenômeno da constitucionalização. É a

prática valor proporcional ou superior à própria norma legal. Mancuso (2010, p. 52) aduz que a jurisprudência representa a norma adicionada ao seu resultado interpretativo e à aplicação aos casos vertentes, o que potencializa a eficácia da norma pela melhor elucidação de seu conteúdo garantido maior concretude. Nesse arcabouço contextual localiza-se o viés de protagonismo judiciário e a concepção de segurança jurídica a partir da sintonia entre a norma do caso concreto e os referenciais provenientes dos tribunais, elementos sobre os quais a pesquisa focaliza sua construção. A redoma da jurisdição constitucional determina que a adição de resultados interpretativos apriorísticos, tomados em uso abstrato de fatos especulados para o futuro, tenham as suas intempéries reduzidas a partir da postura crítica hermenêutica.

1.4 A jurisdição constitucional e os vetores dos precedentes obrigatórios

Os reflexos dos tempos sombrios do silogismo aritmético e da legitimidade fundida à legalidade ressaltam o predicado político do Poder Judiciário, e abrem caminho para a construção do direito conforme o caso concreto, inspirado em uma ordem constitucional de direitos e garantias fundamentais. O formalismo jurídico e processual fica vencido pelo protagonismo judiciário. A esse respeito, Cambi (2016, p. 193) lembra que a crise do direito sob forma de lei pode ser dominada com a transformação da relação entre o magistrado e a lei, pela aplicação dos ditames constitucionais, mas como contrapartida à ameaça de instabilidade é essencial a atuação dos Tribunais Superiores para uniformizar a aplicação da lei e da própria Constituição, com a indicação dos princípios e regras prevaletentes na interpretação das questões controversas.

Por esse caminho, Oliveira (2006, p. 9) rejeita a aplicação mecanicista do direito, considerando que o julgador não opera como uma “maquina silogística” nem o processo se presta a “soluções de matemática exatidão”, tratando-se antes de um fenômeno cultural. O autor acrescenta que o processo de aplicação do direito deve operar como uma obra de acomodação do geral ao concreto, exigindo-se do juiz o incessante trabalho de adaptação e até de criação, mesmo porque o legislador não é capaz de prever todas as inúmeras possibilidades oferecidas pelos fatos cotidianos, e ainda:

Por essa via, o rigor do formalismo resulta temperado pelas necessidades da vida, assim como o conflito entre o aspecto unívoco das características externas e a racionalização material que deve levar a cabo o órgão judicial, entremeada de

Constituição que determina ao Poder Judiciário editar normas judicadas, especialmente pelo teor dos artigos 102 e 105, quando provocado pelo jurisdicionado. Ademais, os precedentes são expressões da isonomia e da segurança jurídica dirigidas ao Poder Judiciário pelo próprio Poder Judiciário”.

imperativos éticos, regras utilitárias e de convivência ou postulados políticos, que rompem com a abstração e a generalidade (OLIVEIRA, 2006, p. 9).

Essa acomodação do geral ao concreto, com o temperamento do formalismo pelos espectros éticos e políticos, confere ao Poder Judiciário posição de destaque na concepção da norma aplicável. Souza Netto (2015, p. 22-23) acrescenta que em razão da incorporação de direitos e princípios fundamentais pela coletânea constitucional e da concepção de justiça a partir do caso concreto, “a jurisdição, instrumentalizada pelas aspirações sociais, apresenta-se prestigiada em relação à lei como fonte reveladora do direito”. Importa a ressalva, no entanto, de que o privilégio à jurisdição não confere poderes absolutos ao magistrado para criar livremente o direito, motivado por suas próprias paixões. Essa postura temerária induziria à “total imprevisibilidade e ao incremento do arbítrio, com potencial prejuízo à igualdade substancial das partes e a o princípio da certeza jurídica”.

A amplificação do feixe de possibilidades para delimitação do direito aplicável ao caso concreto, efeito natural da constitucionalização do direito²⁷ e do vigente contexto jurídico constitucional, que enuncia entre outros elementos o conteúdo de princípios jurídicos, cláusulas constitucionais abertas e poderio normativo à própria Constituição, com rejeição ao formalismo e sem esquecer do intermitente papel de controle jurisdicional de constitucionalidade; majora também a preocupação quanto a preservação de coerência, isonomia e previsibilidade na distribuição dos provimentos judiciais.

O imaginário assimilado habitualmente pelo perfil teórico *neoconstitucional* confere ao magistrado um papel valorativo, com vias à discricionariedade, manifesto na interpretação e aplicação do direito. Ilustrando essa percepção, Cambi (2016, p. 385) assevera que a responsabilidade do julgador não estaria esgotada pela identificação da regra aplicável para resolução do caso concreto, visto que quando não persista regra a prever solução, quando a regra se coloque em oposição aos ditames constitucionais, ou quando a resposta requeira análise dos comandos de princípios jurídicos ou cláusulas abertas, o magistrado tornar-se-ia “coparticipante do processo de criação do direito, ao lado do legislador, fazendo valorações próprias, realizando escolhas e atribuindo sentido às cláusulas abertas”. Certamente a entrega

²⁷ O processo de constitucionalização do Direito pode ser descrito tem como consequência a irradiação de valores albergados nos princípios e regras constitucionais a todo o ordenamento jurídico por meio da jurisdição constitucional, em seus diversos níveis. O resultado seria “a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e o alcance”. Ainda com este viés, “a constitucionalização, o aumento da demanda por justiça por parte da sociedade brasileira e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais” (BARROSO, 2007, p. 17).

de discricionabilidade ao julgador acaba conferindo grau de instabilidade ao sistema, pois catalisa a ocorrência de decisões contraditórias e agressivas aos pilares de isonomia e segurança jurídica.

A divergência a respeito do que seja o melhor juízo assimilado a partir do texto legal não é necessariamente ofensivo ao Direito. Trata-se, na realidade de ocorrência natural relacionada à própria natureza dialética do discurso jurídico²⁸, incidindo o dissenso tanto no plano teórico quanto na prática forense. As divergências interpretativas sobre as normas se manifestam sobre os seus mais variados espectros, como a extensão de seu conteúdo, a formulação verbal, a incidência temporal e territorial, ou mesmo o seu grau de eficácia diante dos perfis social e jurídico vigentes (MANCUSO, 2010, p. 157).

Sob a mesma premissa, ante o componente hermenêutico citado, Mancuso (2010, p. 162) afirma que a ocorrência de decisões judiciais conflitantes tornar-se-ia previsível e inevitável, tanto que a própria lei processual costuma manejar recursos com base em dissonância jurisprudencial, seja no interior de um mesmo órgão fracionário, seja em tribunais distintos.

O contraponto imediato possível é que mesmo que a ocorrência de decisões diferentes em casos idênticos derive da própria interpretação e aplicação do direito, não sendo fenômeno necessariamente patológico no sistema processual pátrio, esse evento acaba por relegar o jurisdicionado a certa vulnerabilidade (CAMBI, 2001, p. 3). A ausência de “constantes” absolutas, com remissão à comparação com as ciências exatas, quando da interpretação e aplicação do direito, não deve servir de fundamento transcendental para negar efeito a princípios tão caros ao atributo democrático da sociedade civil, como a isonomia e a segurança jurídica.

A propósito, a doutrina pátria já denunciava há tempos a realidade brasileira como campo fértil para a ocorrência de decisões com indicativos conflitantes entre si, por vezes proferidas pelo mesmo tribunal, situação que ameaça frontalmente a legalidade e a igualdade nas relações entre o Estado-Juiz e os jurisdicionados²⁹. Esses princípios estão, na realidade, no

²⁸ Mancuso (2010, p. 157) indica que a compreensão sobre a natureza dialética do discurso jurídico pode ser observada a partir de sua diferença com as ciências exatas: “[...] enquanto as ciências exatas constatarem, espelham a realidade ontológica (donde o termo ‘especulativas’, de *speculum*, espelho), revelando-a sem indagações valorativas, já o Direito é uma ciência social, que pressupõe análise a avaliação de fatos, condutas e interesses, chegando à formulação de normas de diversa qualidade: permissivas, repressivas, regulamentadoras”; e assim “[...] enquanto uma lei científica descreve a relação necessária e constante que resulta da natureza das coisas, já a norma legal agrega um *quid* ao fato, à conduta ou ao interesse considerados, consistindo esse *plus* exatamente num juízo de valor donde a conhecida equação da *nomogênese*: fato + valor = norma”.

²⁹ Entre as causas comumente apontadas para essa malformação, podemos considerar a seguinte: “A ausência de respeito aos precedentes está fundada na falsa suposição, própria à tradição de civil law, de que a lei seria suficiente para garantir a certeza e a segurança jurídicas. Frise-se que esta tradição insistiu na tese de que a segurança jurídica

eixo fundamental da própria ideia de Estado de Direito, que procura respostas jurídicas capazes de gerar segurança aos cidadãos, evitando surpresas e arbitrariedades. A legalidade somente encontraria sentido prático quando concretizada sob a égide do princípio da isonomia, conservando a previsibilidade do sistema (WAMBIER, 2012, p. 32). De fato, desde a impressão mais rasa, o comportamento imprevisível e instável do pronunciamento jurisdicional, que oferece posicionamentos distintos em casos idênticos, não deve ter espaço no ambiente democrático.

Acrescenta-se também a inferência de que o cultivo de decisões conflitantes nos tribunais brasileiros estaria alicerçado em uma noção deturpada de autonomia funcional do magistrado, em aplicação prática da metáfora *kelsiana* (TARANTO, 2010, p. 50), que pode ser explicada pela ideia de que a interpretação da lei não levaria necessariamente a uma única solução, mas deixaria um leque de possibilidades, todas adequadas à moldura imposta pelo legislador. Com essa percepção, o Direito aplicável ao caso representaria, em qualquer das hipóteses, uma moldura dentro da qual restariam muitas possibilidades de aplicação, “pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro desse quadro ou moldura em qualquer sentido possível” (KELSEN, 2003, p. 390).

Esse argumento denota a abertura de discricionariedade ao julgador quando da aplicação do direito. A liberdade para interpretação do Direito frequentemente atribuída aos juízes margeia o fenômeno da “jurisprudência lotérica”, comprometendo a legitimidade do poder jurisdicional (CAMBI, 2001, p. 3). A abertura discricionária alimenta a instabilidade do sistema e a cultura das decisões imunes à tradição judicial.

A aplicação do direito à “moldura” está há tempos superada pelas demais experiências civilistas (*civil law*) que exibem controle jurisdicional de constitucionalidade, mas ainda vige em grande medida nos tribunais brasileiros. O contexto de transição é facilmente constatado, estando a prática brasileira tardiamente aditada ao momento de crise e superação do normativíssimo, sem ainda contar com um novo referencial epistemológico (TARANTO, 2010, p. 50), ou seguindo a expressão de SCHIER (2005, p. 5): “o velho morreu, o novo já nasceu, mas a intensidade da vida, ainda tenra, impede que este novo fale por suas próprias palavras. Daí tanta confusão e incompreensão”.

apenas seria viável se a lei fosse estritamente aplicada. A segurança seria garantida mediante *a certeza advinda da subordinação do juiz à lei*. Contudo, é interessante perceber que a certeza jurídica adquiriu feições antagônicas no *civil law* e *common law*. No *common law* fundamentou o *stare decisis*, enquanto no *civil law* foi utilizada para negar a importância dos tribunais e das suas decisões” (MARINONI, 2016, p. 80).

As vozes que se conformam com o poderio valorativo subjetivista do julgador colocam-se perplexas diante da proporção amplificada que as controvérsias jurisprudenciais adquirem. A reação contra a discricionariedade e derivada deficiência da prestação jurisdicional encontra alívio na atribuição de efeito vinculante aos precedentes judiciais. Com este sentido, os precedentes seriam normas úteis no arco do processo de democratização do direito para reduzir o poder discricionário dos magistrados, vinculando-os às suas próprias decisões, único sentido em que seriam constitucionais. A assertiva não confere poder legislativo aos juízes, antes, submete-os ao “ônus argumentativo de um processo democrático no qual os direitos fundamentais são contramajoritários e vinculam também os seus interpretes” (ZANETTI JUNIOR, 2014, p. 2).

Procura-se firmar através do histórico judiciário a consolidação de uma constante interpretativa suficientemente coerente e estável para conduzir o intérprete, mesmo que este esteja inserido em ambientes decisórios tão recheados por caracteres volitivos para a prescrição do direito aplicável. No direito brasileiro, segundo Mitidiero (2015, p. 1) ocorre uma espécie de aproximação ao sistema jurídico consuetudinário (*common law*)³⁰, que opera como reação à necessidade de superar a discricionariedade diante do controle difuso de constitucionalidade e do emprego crescente de formulações textuais com técnica legislativa aberta. O ponto de intersecção apontado entre tradições jurídicas tão distintas estaria colocado no reconhecimento de normatividade às interpretações adotadas pelos tribunais superiores, que resiliariam a instabilidade do sistema e privilegiariam o princípio da igualdade. Agindo ao contrário disso, “o princípio da igualdade se esfumaça em uma abstração irritante em um sistema indiferente à imensa maioria de casos concretos idênticos ou semelhantes cotidianamente julgados de maneira diferente”.

À parte a conclusão que procura constantes interpretativas nos provimentos dos tribunais, a ideia de aparente aproximação das tradições judiciais civilistas e consuetudinárias não parece coadunar com a realidade. Temos que o significado dos precedentes nos sistemas jurídicos de *common law* se afirma sobre fundamentos muito distintos, transmitindo inspirações meramente superficiais para edificação do método pátrio de provimentos vinculantes. A diferenciação poderá ser ponderada em momento oportuno, mas independentemente de haver ou não um grau relevante de interação entre os sistemas jurídicos descritos, é inegável que na jurisdição constitucional, a tradição jurídica inscrita nos precedentes passa a ocupar espaço de

³⁰ Marinoni (2016, p. 56) afirma não haver dúvida que o *civil law* tenha passado por um processo de transformação das concepções de direito e de jurisdição. Assim, “se o direito não está mais na lei, mas na Constituição, a jurisdição não mais se destina a declarar a vontade da lei, mas a conformar a lei aos direitos contidos na Constituição”.

atenção inescusável quando da interpretação e aplicação do direito. O prévio conceito assumido pela jurisdição e sustentado como referencial para o caso sucessivo, embora oponível em dimensões distintas quando em sistemas de *civil law* ou *common law*, não perde vigor mesmo em contextos civilistas de direito.

Restringindo o foco ao contexto brasileiro, uma etapa importante para a construção da análise intentada com a pesquisa é justamente a atenção aos argumentos que costumam servir de sustentáculo ao perfil normativo vigente e à tendência de verticalização instaurada no processo civil brasileiro pós Constituição de 1988 e amplificada a partir do Código de Processo Civil de 2015. Tais argumentos fomentam o culto à estabilidade e previsibilidade em oposição à discricionariedade deturpada dos julgadores. Cumpre-nos aferir se o método pátrio de vinculação legal de provimentos judiciais mantém compatibilidade com a coletânea constitucional e, de fato, confere o respeito necessário ao histórico decisório, privilegiando qualitativamente o papel jurisdicional. Para tanto, podemos lançar lume sobre dois vetores essencialmente inscritos na necessidade de se respeitar precedentes, quais sejam a igualdade e a segurança jurídica.

1.5 O vetor de Isonomia

A história humana não se aparta de valores como igualdade e justiça, mesmo que sobre eles parem as mais diversas abstrações. Longe da proposta deste trabalho apresentar alguma teoria que ampare materialmente a compreensão satisfatória acerca desses elementos, mas temos que levar em conta minimamente o papel que exercem perante o Direito, sobretudo porque se manifestam como promessas inexoráveis da modernidade. Segundo Streck (2014, p. 150), a própria noção de Estado Democrático de Direito, muito mais do que uma simples variante de sua evolução histórica, aparece da síntese das fases anteriores com a evolução capaz de agregar as condições para realização das promessas da modernidade, como justiça social e igualdade³¹. Podemos assim dizer que o atributo “democrático de direito” apenas adere ao Estado quando este seja capaz de exibir condições para o cumprimento daquelas promessas.

³¹ Seguindo a expressão do jurista: “[...] a noção de Estado Democrático de Direito está indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de plus normativo do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma classificação de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social, e a garantia dos direitos humanos/fundamentais e sociais” (STRECK, 2014, p. 150).

A Constituição Federal brasileira consigna em seu artigo 1º a natureza institucional pátria de Estado Democrático de Direito. A assunção institucional desse lastro complexo e progressista de sociedade civil, todo o sistema jurídico e a atividade jurisdicional devem vigor em conformidade aos parâmetros democráticos, único caminho possível para que o viés de transformação social proposto pela carta constitucional mantenha as mínimas chances de concretização e subsistência. Como sabemos, a origem dogmática da figura do Estado representava um alento ao poder e à dominação, muito mais que a mítica fuga do caos generalizado e favor á mutua proteção. Por isso, a compreensão social sobre este elemento exige uma utilidade comum ao Estado, para que em verdade sejam palpáveis a minoração de conflitos, a distribuição equitativa de direitos e o enfraquecimento das tensões de poder e dominação.

Revestindo-nos da utilidade social apetente ao redimensionamento do papel estatal, é imperioso a edificação de um sistema processual pautado pelos valores constitucionais, permitindo-se aos jurisdicionados acessar efetivamente os direitos que lhe são franqueados institucionalmente. A construção da sociedade que ressalta os valores éticos e emancipatórios contidos no texto constitucional, requer que o processo seja pensado sob a luz de uma cidadania ativa e solidária (CAMBI, 2016, p. 150).

O desenvolvimento de um sistema processual que harmonize com o perfil democrático estatal tem seu eixo estruturante levantado em função do princípio do devido processo legal, pilar sobre o qual são construídos os demais princípios processuais (NERY JUNIOR, 2016, p. 105-106). Com este conteúdo se exhibe a salutar expressão constitucional de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (Art. 5º, LIV). Considera-se que a sistemática constitucional confere ao devido processo legal a insígnia de garantia-sínteses do direito ao justo processo³², integrado pelos meios e efeitos a serem minimamente garantido para que ocorra a efetivação de justiça (CAMBI; ALMEIDA, 2016, p. 285).

A limitação oponível pelo procedimento atinge o particular, que se sujeita ao monopólio estatal para resolução dos conflitos. Por outro lado, o poder do Estado também recebe restrições, para que o manejo dos interesses conflitantes seja conduzido com parâmetros mínimos de confiabilidade. Uma vez que a relação processual seja capaz de lançar efeitos sobre a liberdade, patrimônio ou ainda sobre direitos civis e políticos, a condução do processo pelo viés democrático será seu pressuposto de validade (PAULA, 2014, p. 68). O almejado viés democrático opera pela atenção aos pilares do devido processo legal.

³² Por vezes a doutrina utiliza a denominação de direito fundamental ao processo justo, delimitando um perfil mínimo pelo qual o processo deva caminhar (MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 702-703).

Não há uma expressão que abarque minimamente a amplitude do conceito de devido processo legal ou de processo justo, sem a prescrição dos demais princípios componentes. Por essa razão, a compreensão mais eficaz se realiza justamente pela listagem dos seus elementos constitutivos ou, como referido, do perfil mínimo exigível de garantias processuais para a consecução do direito ao devido processo legal:

A soma das garantias processuais de proteção aos interesses individuais e coletivos (como as da inafastabilidade da jurisdição, do juiz natural, da isonomia, do contraditório e da ampla defesa), que limitam o poder do Estado na atividade jurisdicional, tem como resultado o devido processo legal (CAMBI; ALMEIDA, 2016, p. 285).

A isonomia está entre os elementos mais caros aos que se sujeitam ao crivo do Estado enquanto porta-voz do Direito³³, acepção válida ainda que não sejam enfrentados todos os componentes dogmáticos e ideológicos relacionados à concepção de Estado, ou que fosse oposta a “gênese histórico-social do direito” em crítica à “estatalidade do direito”³⁴. O pilar de igualdade é o que aproxima o devido processo legal do vetor de isonomia.

O tratamento isonômico significa “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”, esta é a leitura correta do artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 (NERY JUNIOR, 2016, p. 128). A isonomia tem matriz constitucional (CF/88, art. 5º, *caput*) e também se projeta no plano do processo civil, em perspectiva não apenas formal, mas especialmente substancial (NERY JUNIOR; NERY, 2014, p. 229). Mancuso reafirma a atenção ao equilíbrio quando do pronunciamento jurisdicional, visto que “a desejada isonomia não pode ser buscada apenas em face da lei enquanto norma geral, abstrata e impessoal, mas deve sê-lo igualmente em face da lei julgada, ou seja, da norma após interpretada e aplicada pelos Tribunais” (MANCUSO, 2010, p. 135).

Exige-se do Estado mais do que a igualdade perante a lei, a máxima medida de equilíbrio entre os seus destinatários, quando na emissão de seu pronunciamento. A coerência entre aquilo que a manifestação jurisdicional concede a um ente e aquilo que fora concedido a outro em circunstâncias congêneres, é elemento essencial para entendimento do sistema como justo e previsível. Afinal, como bem explica Dworkin (2002, p. 176):

³³ Marinoni e Mitidiero (2013, p. 723) afirmam que “o direito à igualdade perante o Estado Constitucional é pressuposto básico de toda e qualquer concepção jurídica de Estado. Estado Constitucional é Estado que há juridicidade e segurança jurídica”.

³⁴ Coelho (2003, p. 399-400) argumenta que o Estado não passaria de uma abstração mítica, concebida historicamente para legitimação de um tipo de controle social, convencionalmente denominado direito, sob domínio daqueles que conservam a hegemonia da sociedade. O autor rejeita a concepção de que o direito único seria o produzido pelo Estado (princípio da estatalidade do direito), utilizando como contraponto o princípio da gênese histórico-social do direito.

A força gravitacional do precedente não pode ser apreendida por nenhuma teoria que considere que a plena força do precedente está em sua força de promulgação, enquanto uma peça de legislação. Contudo, a inadequação de tal abordagem sugere uma teoria superior. A força gravitacional de um precedente pode ser explicada por um apelo, não à sabedoria da implementação de leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo. Um precedente é um relato de uma decisão política anterior; o próprio fato dessa decisão, enquanto fragmento da história política, oferece alguma razão para se decidir outros casos de maneira similar no futuro.

Os jurisdicionados não podem ficar abandonados à mercê da insensata vontade do julgador. A distribuição da matéria a determinado magistrado, ou a determinada turma de tribunal, não poderia ser tão preponderante para a manifestação decisória em um, ou outro sentido. É salutar a busca por patamares razoáveis de congruência entre os entendimentos sobre determinado argumento ou fato jurídico³⁵. A noção de submissão aos precedentes judiciais representa um viés de racionalidade para a decisão que será adotada. O precedente trata de uma exposição de conhecimento pré-constituído sobre determinado contexto, que poderia favorecer a decisão em determinado sentido (TARANTO, 2010, p. 6).

Quando se trata de uniformização e estabilidade jurisprudencial procura-se a adoção de soluções jurídicas similares a casos similares. A ideia de uniformidade indica que sobre uma mesma controvérsia não parem posicionamentos jurisdicionais conflitantes, indutores de normas concretas contraditórias. A consolidação de uniformidade, em caminho regular e duradouro, oferece margem à isonomia das controvérsias.

Seria oportuna a aceção de Alexy (2001, p. 259) de que a coerência natural deste exercício analógico, que é a adoção de precedentes para orientação dos casos sucessivos, antecederia a justiça como qualidade formal, em uma espécie de princípio de universalizabilidade, a exigência de que os casos iguais sejam tratados de modo semelhante.

Os precedentes submetem os julgadores aos “ônus argumentativos de um processo democrático no qual os direitos fundamentais são contra majoritários e vinculam também os seus interpretes” (ZANETI JUNIOR, 2006, p. 2). A vinculação de precedentes, portanto, alinha-se ao ônus argumentativo do julgador, ou seja, da necessidade de localização racional das inspirações encontradas nos fatos pretéritos, que levaram a tomada de determinada decisão, sobre os fatos identificados no novo caso em análise.

³⁵ “Se o governo de uma comunidade obrigou o fabricante de carros defeituosos a indenizar uma mulher que se feriu por causa desse defeito, então este fato histórico deve oferecer alguma razão para que este mesmo governo exija, de um empreiteiro que causou prejuízo econômico devido ao trabalho malfeito de seus empregados, que compense os danos decorrentes. Podemos testar o peso dessa razão não perguntando se a linguagem da decisão anterior, devidamente interpretada, exige que o empreiteiro pague indenizações, mas perguntando se é justo que o governo, depois de intervir do modo como fez no primeiro caso, recuse sua ajuda no segundo (DWORKIN, 2002, p. 176-177).

A localização racional dos recortes encontrados no caso pretérito é ponto elementar de afastamento entre precedente e jurisprudência³⁶. A distinção entre jurisprudência e precedente não contempla apenas o nível semântico, abrangendo também os aspectos quantitativos de indicadores. O precedente faz normalmente referência a uma decisão de um caso particular, enquanto a jurisprudência costuma abranger uma pluralidade de decisões de casos concretos. Ainda assim, frequentemente a quantidade condiciona a qualidade, permitindo identificar também uma diferença qualitativa entre as duas figuras (TARUFFO, 2011, p. 2).

O precedente não se resume a tratar de “várias decisões exemplificativas da opinião dos tribunais, mas de decisões racionalmente vinculantes, antes de tudo, para o próprio órgão que decidiu nos casos análogos futuros” (ZANETI JUNIOR, 2006, p. 4). Não se pode esconder o uso de precedentes sobre linhas meramente quantitativas ou enunciativas, mas sobretudo o fenômeno deve ser encarado sob iluminação da argumentação jurídica. A submissão argumentativa do processo ao precedente judicial consolida democraticamente a filtragem isonômica do provimento a ser ofertado e protege a confiabilidade da distribuição dos benefícios e responsabilidades pela atuação estatal.

A regra universalizável suscitada pelo precedente é útil como critério decisório no caso posterior, pela afinidade entre os fatos em análise e os fatos extraídos daquele referencial. Esta analogia deve ser afirmada ou excluída pelo juiz do caso em análise, conforme sua avaliação sobre os elementos de afinidade ou diferenciação do caso pretérito³⁷ (TARUFFO, 2011, p. 2). A compreensão do precedente só é possível à luz dos fatos, e o seu respeito depende da congruência do caso em análise aos mesmos fatos que sustentam as decisões pretéritas (CAMBI, 2016, p. 192). A isonomia é o que permite essa leitura comparativa.

Sobre determinada incerteza jurídica é possível construir processualmente uma certeza, a mediada que o comportamento jurisdicional adquira previsibilidade e isonomia, e para isso a vinculação de precedentes tem potencial ímpar de utilidade. Sem esquecer de que há um importante tracejo argumentativo a ser erigido, a nova disposição processual civil estampa o fito de moderação ao tentar empreender caminhos para coerência e integridade jurisprudencial em respeito aos precedentes judiciais.

³⁶ Ao que se chama jurisprudência, refere-se a uma espécie de coletânea constante e uniforme dos tribunais sobre determinado ponto de Direito, elemento que auxilia o trabalho do interprete sem o substituir ou dispensar. Apresenta assim valor relativo, à medida que os arestos se subordinam aos princípios jurídicos e não o contrário (MAXIMILIANO, 2011, p. 144-150).

³⁷ Nesse sentido: “[...] a estrutura fundamental do raciocínio que sustenta e aplica o precedente ao caso sucessivo é fundada na análise dos fatos. Se esta análise justifica a aplicação ao segundo caso da *ratio decidendi* aplicada ao primeiro, o precedente é eficaz e pode determinar a decisão do segundo caso. Note-se que, quando se verificam estas condições, um só precedente é suficiente a fundamentar a decisão do caso sucessivo” (TARUFFO, 2011, p. 2).

1.6 O vetor de Segurança Jurídica

A Constituição Federal de 1988 não manifesta previsão específica do princípio da Segurança Jurídica, contudo, essa percepção é facilmente obtida pela análise contextual do diploma. Em âmbito preambular, a segurança já é anunciada como relevante valor institucional; compreensão que se estende à disposição do artigo 5º, que lista este ideal entre os direitos fundamentais³⁸. O ideal de segurança clamado institucionalmente equipara-se aos demais valores listados pelo artigo 5º (vida, liberdade, igualdade, propriedade), projetando-se sobre as mais diversas matrizes, como a segurança pública, a segurança nacional, e especialmente a segurança jurídica sob o prisma processual.

Há necessidade nos indivíduos de segurança para condução das relações sociais, entre estas as relações jurídicas. Segurança jurídica e proteção da confiança caminham com intimidade latente. Considera-se que a segurança jurídica estaria ligada aos elementos objetivos da ordem jurídica, voltados à garantia da estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito; enquanto a proteção da confiança estaria submetida mais aos componentes subjetivos da segurança, como a previsibilidade dos indivíduos quanto aos efeitos dos atos (CANOTILHO, 2003. p. X).

A estabilidade do sistema jurídico, e a previsibilidade do seu comportamento são critérios que aproximam segurança jurídica e proteção da confiança da noção de dignidade da pessoa humana. Com vistas à proteção da dignidade, seria indispensável o clamor por um perfil mínimo de segurança e previsibilidade para que as pessoas tenham confiança nas instituições sociais e estatais, como o Direito, e em certa estabilidade de suas próprias posições jurídicas (SARLET, 2006, p. 5). Por conseguinte, a desejada segurança jurídica esta também implícita nos fundamentos da República Federativa do Brasil, onde se insculpe a dignidade da pessoa humana (CF/88, Art. 1º, III).

Em ambientes democráticos, a busca pelos patamares ideais para tutela dos interesses faz emergir os valores relacionados à segurança da ordem jurídica. O Estado de Direito tem como pauta uma disciplina jurídica à qual ele mesmo se submete (WAMBIER, 2014, p. 319). Tal premissa impõe ao Estado o respeito à estabilidade desejável quando em exercício de sua

³⁸ Os direitos fundamentais seriam aquelas “normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico” (MARMELSTEIN, 2008, p. 20).

atividade legislativa, ao apresentar os regramentos projetados aos participantes da sociedade; e especialmente, pelo exercício de seu poder jurisdicional.

A noção de segurança alçada idealmente sobre as relações jurídicas, necessariamente implica em grande responsabilidade da jurisdição. Entende-se a atividade jurisdicional como uma manifestação do poder estatal, atividade pública e exclusiva pela qual o Estado toma o lugar dos interessados e assegura a pacificação dos conflitos entre eles, por meio da prescrição da vontade do direito sobre os casos concretos (DINAMARCO, 2010, p. 290).

Através da jurisdição o Estado registra seu posicionamento sobre determinado embate. Sempre que os regramentos firmados pela ordem jurídica não sejam atendidos espontaneamente, resiste a necessidade de identificação, declaração e garantia de efetividade ao que fora disposto (LIEBMAN, 2005, p. 19). A estabilidade processual será alcançada, quando a tutela jurisdicional operar de maneira isonômica e razoavelmente previsível.

A compreensão do direito fundamental à segurança jurídica processual perpassa pela listagem constitucional de seus pilares, assumindo-se como exemplos as indicações do artigo 5º, como o Princípio do Devido Processo Legal (inciso LIV); Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa (inciso LV); Princípio do Juiz Natural (incisos XXXVII e LIII); Princípio da Legalidade (inciso II); Princípio da Razoável Duração do Processo (inciso LXXVII); ou a Proteção ao Direito Adquirido, à Coisa Julgada e ao Ato Jurídico Perfeito (inciso XXXVI).

Melhor explicando, existe segurança jurídica nas relações processuais que sejam harmônicas com os citados preceitos basilares, sem excluir a atenção a outras estacas relacionados à estabilidade; oferecendo uma expectativa válida aos jurisdicionados sobre os possíveis resultados da atividade jurisdicional.

Advirta-se que quando se refere a resultados esperados, não se trata, a priori, de uma certeza a respeito do direito materialmente pretendido; mas especialmente do comportamento do sistema jurídico diante daquelas circunstâncias fáticas, de acordo com as normas e instituições vigentes. A esse respeito, Souza (1996, p. 26-27) ressalta que a segurança se revela sob o aspecto objetivo por meio das normas e instituições do sistema jurídico (como os princípios processuais), já a certeza do direito somente se constitui nos destinatários destas normas e instituições.

A decisão judicial deve traduzir a teoria da norma à realidade concreta. Em melhor expressão: “julgar quer dizer valorar um fato do passado como justo ou injusto, como lícito ou ilícito, segundo o critério de julgamento fornecido pelo direito vigente, enunciando-se, em consequência, a regra jurídica concreta destinada a valer como disciplina do caso em exame” (LIEBMAN, 2005, p. 20-21). Esta regra jurídica concreta é o que se deseja pela segurança

jurídica processual, firmando-se entendimentos uniformes sobre as situações jurídicas aproximadas em forma e conteúdo.

O direito à segurança jurídica no processo pode ser entendido como o direito à certeza, à estabilidade, à confiabilidade e à efetividade das situações jurídicas processuais; tocando não apenas a segurança no processo, mas também a segurança pelo processo; e exigindo-se o respeito à preclusão, à coisa julgada, à forma processual, e ao precedente judicial (MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 756). Tais elementos são conteúdo do desejável valor de segurança às relações processuais. Este viés de segurança oferta aos indivíduos a proteção da confiança no direito, disponibilizando o contexto necessário para a pacificação das relações conflitante.

A preclusão representa sinteticamente a perda de alguma faculdade processual sobre determinado ato, pela superação dos limites estabelecidos para sua fruição. Manifesta-se sobre diferentes aspectos, como o decurso de prazos (preclusão temporal), incompatibilidade com um ato anterior (preclusão lógica), ou pelo ato já ter se consumado anteriormente (preclusão consumativa).

A noção de preclusão deriva da conjuntura adquirida pelo processo, como sucessão de atos ordenados por fases lógicas a fim de se obter a prestação jurisdicional precisa e ágil; e a ausência do instituto, ordenando os atos sob o viés temporal tornaria interminável a disputa entre as partes, e insustentável a relação processual. A justificativa da segurança sob este ângulo está na certeza e segurança implícitas, que processualmente costumam ser mais relevantes até mesmo que o ideal de justiça pura ou abstrata (THEODORO JUNIOR, 2009, p. 532). O julgador não deverá reapreciar, como regra, as questões já decididas em uma mesma lide, como preconizava o artigo 471 do CPC/73, leitura mantida pelo correspondente dispositivo do CPC/2015 (Art. 505). A vedação também incide sobre as partes, que não devem rediscutir no curso processual as questões já decididas e preclusas (CPC/1973, Art. 473; CPC/2015, Art. 507). Inspira-se segurança na relação jurídica processual, porque o assunto tratado se solidifica pela preclusão, evitando-se a possibilidade de retroação.

Também se relaciona ao princípio da segurança jurídica o fenômeno da coisa julgada (Art. 5º, XXXVI, CF/88). Enquanto a matéria decidida judicialmente esteja vulnerável à reforma, não pode ser considerada sólida, mas tão somente uma situação jurídica ainda perecível. A configuração de coisa julgada material torna imutável e indiscutível a decisão de mérito, quando esta não mais se sujeita a recurso (Art. 502, CPC/2015). A sentença somente gera plenamente seus efeitos quando a situação supere a sujeição aos recursos (THEODORO JUNIOR, p. 523). Couture (1993, p. 401), por sua vez, conceituou coisa julgada como “a autoridade e eficácia de uma sentença judicial quando não existam contra ela meios de

impugnação que permitam modificá-la”. A própria democracia desejável à ordem pública que institui a relação jurídica estaria ameaçada pela inobservância à coisa julgada³⁹. Quando a matéria colocada à apreciação do Judiciário esteja revestida dos efeitos da coisa julgada, os jurisdicionados serão conduzidos organicamente à segurança jurídica daquela relação processual, posto que a posição jurídica sobre o mesmo objeto se tornará estável.

A seu turno, as formas processuais baseiam-se na segurança jurídica, para que os atos processuais sejam conduzidos linearmente, livrando as partes de arbítrios no manejo das regras colocadas à sua disposição. Tratamos neste ponto dos elementos procedimentais, como os prazos e instrumentos processuais para efetivação das pretensões. Por óbvio, não se pugna pela irrestrita limitação jurídica às questões formais dos atos. Salutar, entretanto, seria o manejo da forma processual de maneira a não ameaçar a segurança jurídica, valor de contato irrenunciável com o mínimo de previsibilidade e estabilidade procedimental.

Finalmente, a segurança jurídica processual passaria pelo respeito ao precedente judicial. O processo manuseado com segurança em sua estrutura lógica e formal seria inútil sem que houvesse segurança pelo processo, ou seja, a segurança no resultado da prestação jurisdicional pretendida. Por isso, com reverência à segurança jurídica, à equidade e à necessidade de coerência da ordem jurídica, o provimento jurisdicional deve harmonizar-se aos precedentes judiciais (MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 758).

Em observação da realidade da justiça civil brasileira, acrescenta Marinoni (2001, p. 1) seria fácil constatar com certa facilidade a sujeição do jurisdicionado a grande dificuldade em antever como uma questão jurídica relevante poderia ser resolvida. O motivo apontado pelo jurista para essa convicção residiria sobre a ausência de cautela dos juízes e dos tribunais para cumprimento de modelos mínimos de racionalidade quando da tomada de sua decisão. Sem esquecer que a disponibilidade elementos clássicos de abertura discricionária, como as cláusulas gerais e o uso de princípios constitucionais para a leitura do regramento legal, por sua natureza ampliaram significativamente a latitude do poderio do julgador, ou melhor descrevendo, majorou a sua margem de subjetividade na atitude de definição dos litígios. Ainda por esse sentido, de maneira ambivalente, o magistrado é chamado a descrever o direito aplicável a um caso, mesmo desacompanhado do detalhamento legislativo, mas por outro lado, em vista de outro caso, pode assumir o poder para negar validade ao regramento, ou mesmo

³⁹ Nesse sentido: “A segurança jurídica trazida pela coisa julgada material, e a manifestação do Estado Democrático de Direito (CF, Art. 1º. caput). Entre o justo absoluto, utópico, e o justo possível, realizável, o sistema constitucional brasileiro, a exemplo do que ocorre optou pelo segundo (justo possível), que também se consubstancia na segurança jurídica da coisa julgada material. Descumprir-se a coisa julgada é negar o próprio Estado Democrático de Direito [...]” (NERY JUNIOR; NERY, 2013, p. 817).

para lhe alterar o sentido, em obediência à Constituição. Assim, a necessidade de valoração e decisão para aplicação de determinada regra acabaria condicionando a atuação do magistrado, sendo fundamental para tanto o delineamento do raciocínio argumentativo carregado de racionalidade, única esguelha apta para constituir a justificativa aceitável da decisão.

Complementando a questão, temos que a incerteza interpretativa sobre determinado texto legal ou sobre a solução mais indicada para uma questão de direito, acabam por diluir o sentimento de responsabilidade pessoal. A sensação de responsabilidade pela conduta seria atenuada na presença de dúvida sobre sua ilicitude. Dessa maneira, a insegurança demonstrada pelo próprio Estado, por meio dos órgãos encarregados pela aplicação do direito, quando mantém posicionamentos dissonantes, aleatórios e contraditórios, decresce a possibilidade de desenvolvimento de uma consciência social que seja moderada pela responsabilidade e pelo respeito ao direito (MARINONI, 2001, p. 9).

A conclusão com esse teor realça nossa percepção sobre a indissociável interação que segurança jurídica mantém com os pilares democráticos. Com atenção à tradição jurídica subscrita nos precedentes, o erguimento de uma compreensão prévia razoável dos possíveis resultados do processo judicial depende da subscrição argumentativa aos casos antecedentes apreciados processualmente. Essa consideração faz germinar a noção de que o efeito vinculante não é o único critério de subscrição argumentativa à tradição, mas outros resultados, até mesmo negativos à regra anterior seriam possíveis desde que cumpridas as etapas de justificação.

1.7 Aspectos gerais dos provimentos vinculantes no processo civil brasileiro

Os atributos da previsibilidade, da estabilidade e da segurança jurídica são desejáveis pelo componente democrático do Estado de Direito. Entre os seus captadores consta a absorção do conhecimento previamente adquirido pela tradição judicial, necessário para que o sistema não induza a soluções dissonantes em circunstâncias análogas de fato e de direito. Segundo Taranto (2010, p. 2), uma parte importante do saber jurídico pré-constituído, especialmente necessário ao provimento jurisdicional, emerge das soluções assumidas em casos pretéritos, aptos a servirem de paradigma para a adoção de determinado argumento de decisão.

O clamor pelo respeito ao ingrediente da tradição judiciária, sob as insígnias da previsibilidade, estabilidade, segurança jurídica, isonomia e razoável duração do processo, alimenta muitas das alterações legislativas no histórico recente de nossa coletânea processual. Esse tom é perceptível na Lei 8.038/1990, que ofereceu a determinação, em âmbito do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, da negativa de seguimento a recursos

contrários a súmula do respectivo tribunal em decisão monocrática do relator (art. 38). A lógica da negativa de seguimento pelo relator diante de paradigmas sumulares ou jurisprudenciais teve seu espectro ampliado pela Lei 9.756/1998, que modificou o artigo 557 do Código de Processo Civil de 1973, dando ao *caput* a seguinte redação: “O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior”⁴⁰.

Seguindo a linha de exemplos, a Emenda Constitucional nº 45/2004, entre as muitas mudanças propostas, adicionou ao texto constitucional a figura das súmulas vinculantes⁴¹ (CF/88, art. 103-A) e da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário (CF/88, art. 102, § 3º)⁴², além de conferir efeito vinculante às decisões de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade (CF/88, art. 102, § 2º). Importa também a menção à Lei nº 11.276/2006, que previu a denominada “súmula impeditiva de recursos” (CPC/73, art. 518, § 1º), ampliando ainda mais o critério das sumulas do STF e STJ como parâmetros para inadmissão recursal, caso a decisão recorrida estivesse em conformidade com aqueles referências.

Sob tais indicativos nota-se a crescente valorização de algo que se poderia chamar de “racionalização da jurisprudência” (CAMBI, 2016, p. 181-220). Todas essas reformas impuseram paradigmas de atenção obrigatória para a formação da decisão judicial. O processo civil ganhou pela perspectiva da Lei nº 13.105/2015 um objeto expressivo dos traços de racionalidade dos precedentes judiciais⁴³, merecendo boa dose de análise para melhor proveito de suas potencialidades.

⁴⁰ Em comentário ao artigo 557 após a reforma da Lei nº 9.756/1998, Nery Junior e Nery (2013, p. 1146) sustentavam: “Nada obstante o teor imperativo da norma (‘negará seguimento’), o relator não fica obrigado a indeferir o recurso que foi interposto contrariando a súmula do próprio tribunal superior. Trata-se de faculdade que a lei confere ao relator. Com não há procedimento legal para revisão da súmula de tribunal seria cercear a defesa do recorrente (CF. 5.º LV) negar-se a examinar sua pretensão recursal, sob o fundamento de que é contrária à súmula da jurisprudência dominante do tribunal. A jurisprudência é dinâmica e, quando necessário, deve ser revista”.

⁴¹ As súmulas podem ser conceituadas como “o conjunto de teses jurídicas reveladoras da jurisprudência reiterada e predominante no tribunal”, sendo apresentada como verbetes sintéticos numerados e editados, com objetivo de fixar teses jurídicas *in abstracto*. A súmula vinculante difere-se porque “vincula todos os órgãos do Poder Judiciário do País e os órgãos da administração direta indireta nas esferas federal, estadual e municipal” (NERY JUNIOR; NERY, 2014, p. 1146).

⁴² A reforma processual referente a matéria (repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário) foi realizada pela Lei nº 11.418/2006, que acrescentou os artigos 543-A e 543-B ao CPC/1973.

⁴³ Em expectativa ao novo sistema, Marinoni (2016, p. 81) destaca: “espera-se, contudo, que o novo Código de Processo Civil – marcado pela ideia de respeito aos precedentes – possa iluminar e pavimentar o caminho em busca da racionalização do nosso sistema de distribuição de justiça, garantindo-se, conseqüentemente, a igualdade e a segurança jurídica, indispensável para o homem poder se desenvolver e para a economia ter condições de frutificar”.

Afinal, seria possível argumentar que o novo código de ritos consubstancia um sistema próprio de precedentes judiciais⁴⁴, ou com maior propriedade, um sistema processual que não se aparta do conhecimento prévio adquirido pelas manifestações jurisdicionais. Sob outra vertente, argumenta-se que o método brasileiro representaria não um sistema de precedentes, mas um prescritivo de provimentos judiciais dotados de efeito vinculante, lógica muito distinta da que sustenta o precedente do sistema do *stare decisis* (STRECK; ABOUD, 2015, p. 105).

Pois bem. Entre as disposições do novo código consta a imposição aos tribunais da uniformização da própria jurisprudência, com a preservação de sua estabilidade, integridade e coerência (Art. 926). O mesmo artigo (§ 2º) determina⁴⁵ que a edição de enunciados de súmula seja realizada com atenção dos tribunais às circunstâncias fáticas que motivam a criação do precedente. O artigo 927 impõe aos julgadores a observância dos seguintes elementos: “decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade” (inciso I); “enunciados de súmula vinculante” (inciso II); “acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos”; dos “enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional”; e da “orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados” (inciso V). O intento mais perceptível desta interação processual é o fomento à segurança jurídica e à isonomia.

Os vetores de segurança jurídica e isonomia também estão inseridos no contexto da resolução de demandas repetitivas (Art. 976). A figura tem como norte a estabilidade dos posicionamentos judiciais e a celeridade processual, possibilitando que incidentalmente ao processo sejam identificadas situações congruentes em fatos e fundamentos, para que o tratamento jurisdicional, desde então, seja ofertado com isonomia. Esse mecanismo busca a racionalização e eficiência dos meios processuais para tratamento de demandas repetidas (MENDES, 2015, p. 2).

Outro ponto grande relevância é a utilização da motivação como filtro democrático para a aplicação de precedentes. O artigo 489 (§1º, V e VI) indica que as decisões que tenham

⁴⁴ O sistema de precedentes do novo código encontra margem no conceito de Taranto (2010, p. 8), que explica o precedente judicial como instrumento do Poder Judiciário que, como instituição e no exercício da Jurisdição Constitucional, edita normas jurídicas a serem aplicadas em decisões posteriores, atribuindo-lhes racionalidade na medida em que o julgador expressa as razões de decidir.

⁴⁵ A disposição do artigo 927 do CPC/2015 é tratada como imperativa, ou seja, seguindo a expressão de Nery e Nery Junior (2015, p. 1837): “O texto normativo impõe, imperativamente, aos juízes e tribunais que cumpram e apliquem os preceitos nele arrolados. Trata-se de comando que considera esses preceitos como abstratos e de caráter geral, vale dizer, com as mesmas características da lei”.

inspiração em precedentes judiciais ou enunciados de súmula devem estar amparadas por fundamentação que engate fidedignamente o caso concreto aos conceitos previamente estabelecidos por aquelas manifestações. O simples apontamento de precedente paradigmático não bastaria para atender à motivação do ato decisório.

Nota-se na que a perspectiva pátria indica a dotação de efeito vinculante pela via legislativa, não constituindo produto da evolução histórica de determinada comunidade jurídica, ao contrário do que ocorre na tradição consuetudinária (STRECK; ABOUD, 2015, p. 111). A risco é que o desapego à construção histórica possa representar um convite à arbitrariedade e ao engessamento do sistema. Seguindo ainda a esteira dos citados autores:

Esse é o grande risco da utilização irrefletida de provimentos vinculantes, ou seja, com o intuito de assegurar uma aplicação isonômica e uniforme da legislação, ignora-se a individualidade e as particularidades de cada caso concreto, solucionando-se diversas demandas de forma automática, impedindo que os juízes e os tribunais locais examinem pormenorizadamente as particularidades do caso concreto. (STRECK; ABOUD, 2015, p. 106).

Possivelmente a experiência extraída dos componentes processuais anteriores à vigência do novo código poderia fornecer subsídios a análise dos riscos e a construção fática do novo panorama. Como exemplo, enquanto a previsão da súmula impeditiva (CPC/73, Art. 518, § 1º) restringia o recebimento do recurso no primeiro juízo de admissibilidade sob a alegação da existência de matéria sumulada no STJ e STF; na perspectiva do novo código o relator pode negar provimento por decisão monocrática ao recurso que se oponha a (Art. 932, inciso IV): súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; ou entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. Podemos verificar quais patamares de sucesso foram alcançados pela disposição revogada⁴⁶, e também os riscos incidentes constados, prevenindo prejuízos aos jurisdicionados diante espécies de provimento legalmente vinculantes.

Conforme a lição de Streck e Abboud (2015, p. 14) o efeito vinculante atribuído por imposição legal não teria poder para, isoladamente, reformar o sistema judicial brasileiro e

⁴⁶ A esse respeito, ressalta-se a pesquisa promovida pelo CNJ sobre a “força normativa do direito judicial” que, em análise à aplicação da súmula impeditiva de recursos (Art. 518, § 1º, CPC/73) constatou: “[...] , sob o ponto de vista prático, a aplicação do art. 518, § 1º, do Código de Processo Civil não reduz a demanda recursal pois, como observado em quase a totalidade dos casos analisados, a parte que não tem o recebimento de sua apelação interpõe agravo, que em sua maioria é provido, fazendo que o tribunal tenha de julgar tanto o agravo quanto a apelação. Assim, uma técnica que tem por objetivo a celeridade, acaba proporcionando uma demora ainda maior na prestação jurisdicional” (BUSTAMANTE, et al, 2015).

reduzir significativamente a litigiosidade da população; sendo impossível encontrar uma receita única de solução judicial diante dos processos complexos. Na realidade, em qualquer decisão jurídica, e especialmente a que se utilize de precedentes (na acepção generalista do termo), seja para ratificá-lo ou para negá-lo efeito, o julgador que não avalia criteriosamente a justiça envolvida com os fundamentos jurídicos consolidados, e que não efetua legitimamente a tradução ao caso concreto, torna do instrumento vinculativo um catalizador de injustiças⁴⁷.

Em diagnóstico sobre o tema, publicado pela Fundação Getúlio Vargas, foram apontadas causas diversas para o aumento de litigiosidade e morosidade da atividade jurisdicional brasileira, tanto internas quanto externas ao Poder Judiciário⁴⁸. Entre as causas internas, a falta de uniformização das decisões prejudica o conjunto, mas está longe de ser o único dos problemas a limar a celeridade processual.

Os indivíduos não podem ser amarrados, sem a devida cautela, às estruturas propostas pelos precedentes. Em determinadas matérias, o que pode se fazer de maneira uniforme e estável no entendimento dos tribunais é difundir a injusta interpretação sobre determinada situação jurídica. A decisão judicial fundamentada sobre esta linha acéfala, ainda que estável, não atenderia com primazia a solução da demanda.

O direito de precedentes não se conforma com a repetição inveterada de enunciados de súmula, sem que ocorra a devida adaptação ao caso concreto. A jurisprudência pode auxiliar o interprete, mas não pode substituí-lo jamais, sendo observado de acordo com a doutrina (MAXIMILIANO, 2011, p. 150). O novo código colaborou com esta compreensão ao indicar hipóteses em que a fundamentação, embora aparente, não atende ao requisito legal (Art. 489, § 1º).

Mas, toda a estabilidade manifesta como intenção desde a Exposição de Motivos do Anteprojeto do novo código minguará com a propagação de injustiças, e com a utilização

⁴⁷ A afirmação tem inspiração na lição de Wilhelm Reich (1999, p. 181), assim transcrita: “Se você vir um tribunal que não julga primeiro a própria lei a ser aplicada a um caso que envolva a sorte de um homem, que não abre inquérito sobre a história, a função, o autor, as razões de aplicação na situação atual da lei, você está diante de um instrumento potencial ou efetivo da peste, decidido a cometer outro Assassinato de Cristo”.

⁴⁸ A pesquisa denominada “Diagnóstico sobre as causas de aumento das demandas judiciais cíveis, mapeamento das demandas repetitivas e propositura de soluções pré-processuais, processuais e gerenciais à morosidade da Justiça”, encomendada pelo Conselho Nacional de Justiça e realizada pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas apresenta considerações relevantes sobre as causas para o aumento de litigiosidade e morosidade da atividade jurisdicional brasileira. Sob suas conclusões: “Fora do Judiciário, as causas estão relacionadas à regulação administrativa e legislativa, que criam ou que restringem o exercício de direitos (zonas cinzentas regulatórias), aos marcos institucionais, às questões socioeconômicas, às práticas de gestão empresarial, dentre outras. Dentro do Judiciário, as causas, por sua vez, estão relacionadas aos impactos da judicialização dos conflitos, ao gerenciamento do volume de processos, à falta de uniformização das decisões, à gestão de recursos humanos, à organização judiciária, conduta das partes, dentre outras. As causas podem ser esporádicas, sazonais ou permanentes, e uma causa interna pode repercutir sobre uma causa externa, e vice-versa” (CUNHA; GABBAY, 2010, p. 157).

asséptica dos precedentes em seu viés instrumental, por exemplo, para diminuição dos recursos admitidos. Ora, a decisão dos juízes e dos tribunais, atos humanos que são, estão sujeitas a erros e injustiças. O que se pede democraticamente é que se mantenham alternativas para evitar a prevalência das injustiças, diminuindo gradativamente sua incidência. A via recursal, assim, tem grande relevância para que as teses adotadas pelos tribunais sejam frequentemente colocadas à prova das transformações sociais, por isso também o alerta às restrições recursais embasadas em precedentes.

Como dito, entre as promessas difundidas pelos novos ventos do processo civil, figuram a previsibilidade e a estabilidade do comportamento jurisdicional que, ao menos pretensamente, confirmam aos jurisdicionados patamares mais elevados de segurança jurídica. Também se depositam sobre as mudanças legislativas muitas das expectativas relacionadas à duração razoável do processo e ao valor de isonomia. As reformas com esses conteúdos intentam oferecer respostas aos problemas que habitualmente são achados na prática forense. Como usuários e destinatários do direito e do processo, mesmo que constem nas regras processuais pistas de todos os mencionados componentes finalísticos; cumpre-nos o intermitente papel de aferir a medida de equilíbrio entre o fator deficitário e a respectiva resposta normativa, atribuição que também orienta a pesquisa em relato.

Ainda que o traço legislativo comum de submissão dos jurisdicionados aos precedentes judiciais possa ser visualizado sem maiores dificuldades, é importante considerar que os indicadores relacionados ao tema (previsibilidade, estabilidade, segurança jurídica, isonomia e duração razoável do processo) dependem da confrontação entre as expectativas alçadas sobre a norma e as realizações possíveis no plano concreto, para que assim, tenham seu nível de convergência aferido. Afinal, o embate entre teoria e realidade previne com maior austeridade a especulação metafísica sobre a essência e conceito universal daqueles valores, por, como afirma Coelho (2003, p. 49):

[...] um conceito como o de liberdade transforma-se em categoria abstrata quando se torna objeto da especulação metafísica sobre sua essência e seu conceito universal. A filosofia passa então a ocupar-se desse conceito universal da liberdade, em vez de ocupar-se dos homens livres e dos escravos. É o que ocorre com os conceitos jurídicos, que passam a constituir fim em si da atividade científica e mesmo da experiência profissional, em vez de tornarem-se instrumentos da efetiva realização dos valores jurídicos, de integrarem o comércio da igualdade e justiça reais.

A tese elementar dedutível seria que à medida que a jurisprudência seja uniformizada, traçando paradigmas que serão inexoravelmente propagados aos casos sucessivos; seria alcançado um grau relevante de estabilização das controvérsias com impulso geométrico à segurança na relação jurídica processual. Sobre as circunstâncias fáticas que guardem

semelhanças entre si, e sobre as quais circundem os mesmos fundamentos de direito, penderiam cada vez menos posicionamentos conflitantes. O sistema processual poderia ganhar assim também agilidade na entrega da prestação jurisdicional.

Tratamos *a priori* daquilo que idealmente se projeta sobre os novos dispositivos processuais. A exposição de motivos do anteprojeto do novo código (2010, p. 17) já anunciava que a existência de posicionamentos diferentes e incompatíveis nos Tribunais, acerca da mesma norma jurídica teria como consequência relegar jurisdicionados em situações idênticas à regra de condutas diferentes. O tratamento do novo código, segundo a sugestão de Streck e Abboud (2015, p. 106) seria do precedente enquanto “decisão dos Tribunais Superiores, em perspectiva de verticalização vinculante, com provimentos que passam a ser vinculantes”.

As promessas anunciadas, obviamente, não podem ser acreditadas desde logo porque alheias à uma investigação minimamente eficaz. Justamente pelo contrário, uma parte importante à edificação dos novos rumos é que sejam denunciadas as vicissitudes potencialmente escondidas no sistema de provimentos vinculantes descrito pelo código de ritos. Afinal, como bem ressalta Staffen (2014, p. 2), debater horizontalmente a uniformização dos julgados é importante para que não seja restaurado no magistrado a consciência de *Eichmann*, capaz de executar ordens das mais desprezíveis contra a humanidade sob crença de estar agindo corretamente. Conforme a lição de Streck e Abboud (2015, p. 12), “nossa distopia é a materialização de um modelo jurídico fundado na estabilidade e na eficiência, ainda que isso implica uma supressão de constitucionalidade e qualidade”.

O processo não deve revestir-se cegamente de todas as armas possíveis para que as controvérsias jurídicas se tornem estáveis, com o preço de negligenciar o seu verdadeiro papel que é trazer aos jurisdicionados a tutela consoante à justiça (CAMBI; ALMEIDA, 2016, p. 12-13). Reforçando o alerta aos perigos da subsunção na aplicação dos precedentes: “saímos, portanto, do perigo da inconveniência do juiz *boca da lei*, para ingressarmos no incógnito juiz *boca dos tribunais*” (NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 1836). A construção dos valores do sistema processual brasileiro que leve em consideração a força dos precedentes requer certa medida prudência, para que a técnica argumentativa e atividade hermenêutica do julgador sirvam de contraponto à sedutora subsunção.

A nova tendência do processo civil tem a expectativa de adaptar os elementos reformados às necessidades não contempladas pela estrutura anterior. Seguindo a promessa anotada na Exposição de Motivos do Anteprojeto do NCPC: “o novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo” (BRASIL, 2010, p. 14). Essa singela acepção motiva a

comparação entre os problemas que se procuram solucionar e as soluções propostas para aqueles problemas.

O adágio perceptível é que, diante da inevitável falência da postura silogística para a aplicação do direito, a doutrina anuncia a prevalência da atividade criativa dos juízes em detrimento ao rigor das formas e, almejando equilíbrio, os mesmos pilares teóricos que esteiam o protagonismo judiciário tentam solucionar a abertura discricionária com a imposição pelos tribunais de marcos referenciais aptos a suplantar as controvérsias interpretativas, verticalmente, por critérios hierárquicos. De qualquer sorte, o que se espera é que a nova disciplina processual, especialmente a adoção de provimentos com vinculatividade, responda adequadamente aos problemas enfrentados pelos jurisdicionados. Em todo modo, caso as reformas não supram às adversidades quantitativas e qualitativas manifestas pelo sistema, talvez alimentem ainda mais as chamas da arbitrariedade e o espírito de *Eichmann*.

2 O APORTE DA CRÍTICA HERMENÊUTICA E A NECESSÁRIA DESLEITURA DO VOLUNTARISMO PARA A APLICAÇÃO DO DIREITO DE PRECEDENTES

Em meio às múltiplas concepções sobre o “justo” localiza-se um vasto mundo de possibilidades, com argumentos e teorias das mais erráticas e voláteis que o imaginário humano pode suportar. Ainda preambularmente admite-se a inexistência de uma partícula elementar irrefutável, que universalize cientificamente alguma dessas teorias justificadoras. Há um paradoxo em *Diké*, porque a sua balança somente ganha equilíbrio com a pronúncia do direito e realização da justiça, mas utilizar a justiça como fiel da balança, diante de sua personalidade fugaz, torna impreciso o almejado ponto de equilíbrio.

O dilema é talvez tão antigo quanto narra a história da ciência ocidental. Ainda no período pré-socrático (século V a.C.) a escola atomística representada especialmente por Demócrito remetia a existência de uma causa única em todas as coisas⁴⁹, pequenos elementos (átomos), que em movimento perene oporiam forças e energias capazes de criar estabilidade (ROCHA, 2014, p. 32). A indagação acerca da essência das coisas incita sobremaneira o desenvolvimento científico, e representa um marco importante, por exemplo, para a física de partículas. Há muito sabemos que não é o átomo a partícula fundamental da matéria, nem mesmo os prótons, elétrons e nêutrons. Essa origem comum entre física e filosofia não aproxima suas percepções atomísticas, apenas ressalta a sua distinção insuperável. A subjetividade inexorável das ciências sociais impede o seu esteio em constantes absolutas que, com exatidão matemática, solucionem todas as equações ente direito e justiça.

As teorias atomísticas já exibiam as raízes de um padrão sofista de justiça e como tal, voluntarista e nitidamente relativista. Convencido da impossibilidade da conjunção de forças e energias senão pela necessidade e inteligência humana, Demócrito passou a descrever a busca por uma resposta à justiça não derivada da “essência das coisas”, mas do “espírito humano”, o “sentido de justo, belo e prazeroso, cuja finalidade é alcançar felicidade”. Ao abrigo dessa raiz metafísica, a justiça fica dependente da “superioridade do homem sábio”, de sua sabedoria perante a “vulgaridade e ignorância” dos demais, conferindo hierarquia e senso de justiça de maneira a induzir os homens à obediência (ROCHA, 2014, p. 32). O pequeno recurso à filosofia adverte que a ausência de constantes interpretativas compele o intérprete a não olvidar os

⁴⁹ Os sofistas, que tinham em Demócrito um de seus principais expoentes, ofertavam como problema de fundo “onde buscar a unidade e a harmonia das leis e das regras gerais e morais da sociedade, uma vez que na essência tudo se compõe de elementos e forças em permanente movimento” (ROCHA, 2014, p. 33).

componentes históricos, sociais e ideológicos que constituem qualquer teoria sobre o direito ou sobre a justiça.

Aliás, as interações dos valores de “justiça” com as teorias de igualdade e com o próprio Direito, também erráticos, abstratos, voluntaristas, tornam ainda mais difícil a tarefa do jurista. Afinal, justiça é equidade? Justiça é o Direito? A justiça pode ser encontrada fora do direito? Qual o padrão de igualdade esperado para que ocorra justiça? Lógico que, sem assumir algum paradigma teórico, essas perguntas não perdem o seu caráter retórico. A famosa frase atribuída ao jurista uruguaio Eduardo Juan Couture ilustra caprichosamente o tensionamento entre elementos de compreensão tão vacilante: “[...] teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça [...]”. A locução soa fascinante, como um alento à impossibilidade clássica de se albergar pelo Direito todas as múltiplas possibilidades de contendas naturais da sociedade civil, com toda a sua complexidade. Talvez por esse “encantamento” arrebatador, a citação seja repetida à exaustão nas epígrafes de trabalhos acadêmicos. A sedução que a metafísica e o voluntarismo impõem ao Direito é quase irresistível aos seus intérpretes.

O fascínio somente desaparece, substituído pelo espanto, quando compreendemos que a justiça está no sujeito, e não no objeto. A justiça não existe em si mesma, mas revela-se como uma formulação do sujeito, fatalmente maculada por seus filtros personalíssimos. Por isso que neste trabalho não persiste a falsa esperança messiânica em um grau elementar absoluto de interpretação que torne precisa a aferição da justiça, de maneira a conformar sem prejuízos a relativização ao Direito democraticamente assumido. Como parte do objeto deste trabalho, clamando pelas mínimas possibilidades de previsibilidade (constantes), retornamos à inquietude da sujeição a qualquer comando, como a “justiça”, que possa ser preenchido pela pura subjetividade do intérprete.

Em sentido óbvio, sabemos que a crítica sobre determinado caractere da atividade jurisdicional não pode ser apartada do crivo paradigmático sobre o qual repousa o objeto de crítica, uma vez que “denunciar os problemas existentes, passa necessariamente, pela superação dos paradigmas (da metafísica clássica e da filosofia da consciência) em que se baseia a atuação do Poder Judiciário” (LUIZ, 2013, p. 21-22).

A compreensão dos problemas exige atenção aos pilares epistêmicos e metodológicos que os originam, para que a persuasão rememore a necessidade de superação de alguns daqueles dogmas em benefício à concepção de um perfil mais condizente com a realidade. Mas antes ainda da conclusão dos argumentos, é possível perceber que a “constante” desejada por esta obra se afasta das teorias voluntaristas. As razões para essa rejeição prévia ao voluntarismo na

interpretação e aplicação do direito podem ser explicadas com primazia pela representação do juiz *Azdak*. Em concordância à Trindade (2015, p. 4), no cenário da jurisdição constitucional como parte da engrenagem estatal, em que os olhares se voltam ao papel do juiz e ao protagonismo judicial, a literatura e o imaginário social que dela deriva, com suas narrativas, personagens e dramatizações, podem ser desfrutados para entendimento do direito.

2.1 Entre a prudência objetivista e o voluntarismo do intérprete: o juiz marginal e os errantes critérios de justiça

O “Círculo de Giz Caucásico”, obra teatral de Bertold Brecht, escrito em 1944, revela alegorias de valor inestimável para a compreensão crítica dos argumentos que tentam trocar “direito” por justiça”, merecendo ocupar algumas linhas de destaque. A cidade de *Grusínia* não se esquivava das inquietudes sociais habituais, dos duelos entre poder e dominação e das contradições entre ricos e pobres. Além disso, passava por um contexto de ruptura, com violentos duelos políticos e bélicos rondando suas portas, e até mesmo adentrando aos seus espaços.

Azdak era o escrivão da aldeia, e exibia astúcia e insolência como seus principais atributos. Era também sujeito rude, grosseiro, egoísta, e revelava grande desilusão com o mundo que vivia. Não tinha qualquer pudor em anunciar seu ódio aos ricos e poderosos. Por ironias do destino, *Azdak* acaba (a contragosto) salvando a vida do Grão-Duque da região, que fora deposto em uma espécie de golpe de Estado, mas que em ação posterior acaba retornando ao poder. Durante a revolução, foram enforcados o juiz da cidade, o Governador, e todos os líderes da administração local, ruindo por completo aquela estrutura política. *Azdak* celebrava aqueles acontecimentos: “Irmãos, de vocês era isso que eu esperava” (BRECHT, 1977, p. 88). Fato é que as sucessões de eventos posteriores ao encontro com o Grão-Duque acabaram, ironicamente, levando o odioso *Azdak* a ser designado como novo juiz⁵⁰. A sua própria expressão realça comicamente o escárnio do novo papel que ocuparia: “Se os Juizes sempre foram uns vagabundos, porque é que um vagabundo não pode ser Juiz também?”. (BRECHT, 1977, p. 98)

O novo juiz levava consigo para o tribunal os ressentimentos e o desprezo que nutria contra as castas dominantes, desequilibrando a balança por critérios imprevisíveis de justiça.

⁵⁰ “Enquanto o grande incêndio ia lavrando / E as cidades em sangue se afogando, / Saíam dos buracos mais escuros / Aranhas e esfaimadas sanguessugas. / No castelo um magarefe mandava, / À frente do templo um herege estava, / E o velho *Azdak*, de toga e barrete, / era quem a justiça interpretava” (BRECHT, 1977, p. 98).

Era conhecido pela alcunha de “juiz dos pobres”, sem qualquer romantismo ou heroísmo em sua figura, mas porque era tão ignorante e vulgar que, com ele julgando, os pobres tinham alguma chance de ganhar: “Um beberrão que não sabe de nada. Os maiores ladrões já foram absolvidos por ele. Como ele mistura tudo, e os ricos nunca dão a ele dinheiro bastante, às vezes um de nós pode sair ganhando” (BRECHT, 1977, p. 111).

O juiz tinha um curioso apreço pelas normas legais: “Me traga aquele livro grosso, que eu sempre faço de almofada para sentar! [...] Isto aqui é o Código de Leis, e você é testemunha de que eu sempre fiz uso dele” (BRECHT, 1977, p. 109). Fica evidente que o julgador não desprezava a utilidade da lei para o conforto de seu assento, mas apenas para essa finalidade.

Em certo momento levaram perante *Azdak* a disputa jurídica de três fazendeiros ricos contra a “Camponesa Velha”. A camponesa detinha uma vaca pertencente ao primeiro fazendeiro. Em sua posse também foi encontrado um presunto roubado do segundo fazendeiro. O terceiro fazendeiro, ao seu turno, sofreu prejuízos com a morte de algumas de suas vacas, fato ocorrido logo após intimar a acusada a pagar a cerca de um pasto. Fica nítido pela narrativa que a camponesa era culpada das acusações, cúmplice de seu cunhado, o temido bandido *Irakli*, ladrão de gado e incendiário. A camponesa em sua defesa atribuía todos aqueles fatos aos milagres de “São Bandido”. *Azdak* julgou o caso com vigor, mas ao invés de sancionar a camponesa e o bandido, condenou os fazendeiros por heresia, considerando provado que eles não acreditavam em milagres.

O julgamento mais importante ainda estava por vir. Diante do juízo de *Azdak* colocava-se a disputa entre a senhora *Natella Abaschvilli*, viúva do Governador, e a *Grusche*, antiga criada da família *Abaschvilli*. No tempo do golpe de Estado, com os avanços das tropas revoltosas, a viúva fugiu levando seus mais preciosos vestidos, mas deixando para trás seu filho Miguel, à mercê de sua própria sorte. A *Grusche*, pessoa humilde e de nobre coração resgatou o menino e o levou em fuga para as “Montanhas do Norte”, criando a criança como filho seu.

Após a retomada de poder pelo Grão-Duque, que surpreendentemente manteve *Azdak* no posto de juiz, a viúva do Governador desejava reaver seu filho, sob pretensões financeiras, para apoderar-se do patrimônio da família. A *Grusche*, por sua vez, amava genuinamente o menino, tendo-o por seu filho, não aceitando de forma alguma deixá-lo partir daquela forma: “A mãe legítima queria agora de volta o menino, e a mãe adotiva faz-se valer da força do direito. Quem vai decidir a questão? Com quem é justo que fique o menino? O juiz será bom, será ruim? A cidade era incêndio infernal. E *Azdak* era o Juiz do Tribunal” (BRECHT, 1977, p. 83).

Acomodando-se sentado em cima do Código de Leis, o juiz ocupou o seu posto para início do julgamento, e a *Grusche* e seus apoiadores celebravam a chance da imprevisibilidade

que aquele bêbado em potencial lhes oferecia: “Espero que não tenha havido nada com esse Juiz. Com outro, para você ter alguma chance, só depois que a galinha criar dentes” (BRECHT, 1977, p. 112). Diante da técnica jurídica não haveria dúvidas que a pretensão da senhora *Natella Abaschvilli* era legítima, afinal nada obstaría o seu reconhecimento como verdadeira genitora do menino. A resposta adequada ao direito posto levaria a criança aos braços de sua mãe biológica. Restava a esperança no anti-herói *Azdak*. Passados os debates acalorados, o juiz determinou o método “infalível” para resolução do conflito:

Da reclamante e da reclamada! O Tribunal ouviu todos os argumentos, e ainda não chegou a nenhuma conclusão clara quanto a quem seja a verdadeira mãe do menino. Em minha qualidade de Juiz, tenho a obrigação de descobrir alguém que seja uma mãe para ele. E vou fazer uma prova. Schauwa, arranje um pedaço de giz e trace um círculo no chão! (*Schauwa traça no chão um círculo, com o giz.*) Ponha o menino dentro do círculo! (*Schawa põe o Menino dentro do círculo, o Menino sorri para Grusche.*) Agora a reclamante e a reclamada tomem posição perto do círculo! (*Grusche e a Mulher do Governador aproximam-se do círculo.*) Segurem o menino pelas mãos! A verdadeira mãe há de mostrar força bastante para tirar o menino de dentro do círculo (BRECHT, 1977, p. 124-125)

A “prova de maternidade” foi disputada em duas etapas e, em ambas, a *Grusche* deixou de fazer força e soltou a mão do menino, preocupando-se com a integridade física do pequeno *Miguelzinho*. A mãe biológica, ao contrário, impunha em suas mãos todas as suas forças para vencer a batalha, não cogitando receio em prejudicar o menino. Em desespero, *Grusche* lamentava profundamente aquele método de resolução, e resmungava insistentemente ao magistrado: “Eu, que fiz tudo por esse menino, agora vou ser obrigada a machucá-lo? Não posso!” (BRECHT, 1977, p. 126). Diante desta aparente derrota da mãe adotiva, o juiz fez jus a sua fama, e proferiu a impensável decisão:

Por essa prova, o Tribunal chegou à conclusão e quem é a verdadeira mãe. (*A Grusche:*) Pode pegar o menino e levar com você, mas aconselho a não ficar com ele nesta cidade. (*À Mulher do Governador:*) E a senhora, desapareça da minha vista antes que eu a condene por falsos testemunho! Os bens da família Abaschvíli passam à propriedade do Município, que se encarregará de custear com eles a construção de um parque para as crianças: elas estão precisando, e eu determino que se denomine “Jardim Azdak” (BRECHT, 1977, p. 126).

A loucura de *Azdak* representava alento e esperança aos desesperados: “O povo de Grusínia, todavia, não esquece jamais: por muitos anos as sentenças dele ficaram na lembrança como marcos de uma idade de ouro em que a Justiça era quase perfeita”. A singela concepção de justiça *azdakiana*, no entanto, não sobrevive ao fechamento das cortinas da peça teatral. O juiz que condena por critérios de “heresia” e toma decisões através do “círculo de giz” apenas brinca com a sorte dos envolvidos e com a balança da justiça, enquanto opta sem freios pela

decisão que mais lhe diverte. A falta de “constantes” nesta seara acaba frustrando as mínimas expectativas de previsibilidade e segurança no Direito. A justiça pretensamente realizada que se sobrepõe ao Direito é apenas a que responde ao umbigo daquele cômico e trágico magistrado. Depositar expectativas sobre os caricatos heróis ou anti-heróis impede qualquer chance de equilíbrio nas relações sociais e na atividade jurisdicional.

A alegórica proposição de Brecht revela através de *Azdek* uma substância singular da conjuntura histórica, política e social que inundava a percepção do autor. A postura lógico-subsuntiva de aplicação da lei mostrava vícios graves e irreparáveis, denunciando a falência da exegese positivista e limando a esperança de efetiva realização de justiça através do direito positivo. A população de *Grusínia*, especialmente a parcela de cidadãos que não compunham a oligarquia política da região, e por isso não exerciam domínio sobre os instrumentos estatais mantenedores da ordem, demonstravam grande descrédito nas fontes jurídicas tradicionais, e no funcionamento do Poder Judiciário. O incauto e imprevisível julgador socorre esse vazio existencial, justamente por ignorar as fontes jurídicas tradicionais, dando chance de direito a quem nunca vislumbrava oportunidade pelo outro método. A contrapartida, no entanto, torna-se igualmente temerária, porque o voluntarismo sem freios agride a regulação e a segurança jurídica, pilares importantes de sustentação às instituições estatais. O déficit de confiança nas instituições que legitimam a figura do Estado causa instabilidade tão marcante quanto era percebido em *Grusínia*, que reiteradamente manifestava ruptura na ordem política instaurada.

A transição paradigmática em que estamos insertos, coloca o rigor do formalismo jurídico, da identificação plena entre o direito e a lei, e da confusão entre legalidade e legitimidade, em constante oposição aos valores do messiânico novo modelo constitucional, pautado sobretudo na proteção da dignidade da pessoa humana; e encontra na abertura discricionária um obstáculo de difícil superação, mas que antes de ser vencido, impede a consolidação dos alicerces democráticos do Estado de Direito.

Essa trajetória, logicamente, não deve retroagir, sob risco de devolvermos a *Eichmann* as chaves de nossa liberdade. Solucionar os problemas da discricionariedade com o objetivismo positivista pretérito retiraria dos jurisdicionados as conquistas entalhadas a base de muita luta, lágrimas, e sangue humano derramado. Por outro lado, a falta de convicção no direito aplicável e a imprevisibilidade do comportamento jurisdicional tolheriam a consolidação do novo paradigma, ameaçando até mesmo o conteúdo emancipatório comumente anunciado pelas constituições modernas, como a brasileira de 1988.

A esse respeito, Streck (2011, p. 243-244) localiza uma crise de paradigmas que tem açoitado o direito nos tempos de pós-positivismo, no panorama pátrio especialmente a partir da

CF/88, e que revela duas faces distintas. A primeira é que o modelo de direito estaria em crise, porque estaria preparado somente para o enfrentamento de conflitos interindividuais, não tendo o condão de suprir as complexidades das demandas de uma sociedade sobrecarregada de conflitos transindividuais. A outra face consiste na “crise dos paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência”, que leva o autor a afirmar sem qualquer hesitação que ainda estaríamos reféns do esquema sujeito-objeto. Acrescenta-se que a crise de dupla face (modelo de direito e filosofia da consciência) serviria de amparo ao *modus operandi* positivista de fazer e interpretar o direito, e ainda:

[...] se, de um lado, parte considerável da doutrina e jurisprudência do direito ainda sustenta posturas objetivistas (em que a objetividade do texto sobrepõe-se ao intérprete, ou seja, a lei “vale tudo”, espécie de consolidação do “paraíso dos conceitos do formalismo” de que falava Hart), de outro, há um conjunto de posições doutrinário-jurisprudenciais assentadas no subjetivismo, segundo o qual o intérprete (sujeito) sobrepõe-se ao texto, ou seja, sustenta-se que “a lei é só a ponta do iceberg, isto é, que o que vale são os valores ‘escondidos’ debaixo do iceberg”, com o que a tarefa “crítico-revolucionária” do intérprete seria a de “descobrir” esses valores “submersos”! O aspecto “crítico” que o jurista estaria manejando residiria no fato de que o barco do positivismo bateria contra os “valores submersos”! (STRECK, 2011, p. 244)

Em outras palavras, tanto a objetividade que sobrepõe o texto ao intérprete, quanto a subjetividade que coloca o intérprete em superioridade ao texto, denunciam posturas positivistas e a deficitária separação entre sujeito e objeto. A discricionariedade, portanto, não é a solução para transição paradigmática, mas a retomada do próprio alicerce que se pretende derrubar (positivismo). O que ilude a percepção sobre essas figuras é justamente a matriz epistemológica da filosofia da consciência, ruído ainda dominante na comunidade jurídica, apesar de corrosivo à jurisdição constitucional.

Urge-nos encontrar os referencias qualificados para equacionar esses tensionamentos, garantido ao intérprete a estabilidade que conduza democraticamente a compreensão do direito aplicável ao caso concreto. Diga-se de passagem, que o proposto método pátrio de provimentos vinculantes busca responder a esse tipo de problemática, qual seja, localizar constantes interpretativos em meio a abertura discricionária que o novo perfil constitucional costuma alimentar. Parte do intento alçado sobre o direito de precedentes é que o julgador seja submisso à experiência assumida pelos tribunais, reduzindo gradativamente a equivocidade da conformação entre fatos e normas na consumação do direito aplicável.

A medida precisa sobre a aptidão desse método para resolver a anunciada inquietação entre a posturas objetivistas e subjetivistas, devolvendo aos jurisdicionados a previsibilidade apetente ao enredo democrático, não deve negligenciar a abordagem da teoria do conhecimento

e do necessário rompimento paradigmático. A mera releitura da postura cientificista vulgarizada pelo positivismo, enquanto continente gnosiológico dos *standards* judiciais e do esteio vinculante dos precedentes, não responde minimamente aos anseios democráticos e acoberta uma série de arbitrariedades. Acreditar no direito de precedentes como insígnia objetivista sem despir-se adequadamente da filosofia da consciência e do subjetivismo, recoloca o intérprete no *looping* que anuncia superar a mecânica lógico-subsuntiva entre fatos e normas, sem de fato superá-la.

2.2 A questão da linguagem na metafísica clássica

A identificação de um sistema de direito que não se conforme com os antidemocráticos rompimentos de legalidade, isonomia e segurança jurídica, e que leve a sério o histórico de sua tradição judiciária para equacionar a aplicação do direito na análise do caso concreto, sem que isso retire dos jurisdicionados as conquistas constitucionais que os permitem derrotar o Leviatã e assumir o Estado Democrático de Direito; depende de uma série de rupturas com as posturas subjetivistas para interpretação do direito. Tudo isso precisa ocorrer sem devolver legitimidade ao objetivismo da aplicação mecanicista da lei positiva aos fatos, ou mesmo sem permitir a simples reciclagem desse ponto de vista com o assentimento irrefletido dos arestos judiciais como novo referencial subsuntivo para enquadramento dos fatos. Tal proposição beira o romantismo inveterado, enquanto presentes as vestes da filosofia da consciência, tão habituais na chamada modernidade, mas encontra níveis razoáveis de possibilidade com a assunção de um novo paradigma epistemológico.

O caminho para o reenquadramento interpretativo tem como imposição indubitável a confrontação dos obstáculos a serem superados. Para que seja possível argumentar por uma ruptura de padrões e por certa reconstrução paradigmática, antes de qualquer coisa importaria precisar justamente aquilo que se deseja despir e os motivos que nos conduzem a desejar essa transição. Sem a vaidade de abordar com suficiente densidade os pilares filosóficos e o seu histórico no desenvolvimento da sociedade civil, até para que não fiquemos apartados demasiadamente do objeto central deste trabalho, ou seja, os provimentos vinculantes no processo civil brasileiro; a contextualização filosófica permanece indispensável. Com a devida salvaguarda por essas advertências, o início do aporte tentado leva em consideração a questão da linguagem a partir de sua interação com a denominada metafísica clássica.

A compreensão da linguagem e a de sua interação com os objetos que ela identifica instigam teorias das mais diversas e antagônicas, que tocam intrinsecamente a filosofia humana

e o que se tem por conhecimento de mundo. A relação entre a linguagem e a ciência do Direito propulsionam a necessidade desse tributo conceitual pois, assim como Haft (2002, p. 304), podemos perceber que a linguagem não é tratada por nenhuma outra profissão de maneira comparável ao que ocorre na prática jurídica. O jurista é adjetivado por constantes oscilações dos códigos linguísticos e da formulação abstrata das leis e doutrinas, com incidência mais ou menos concreta sobre as situações fáticas e, por tal motivo, a filosofia do direito acaba habitualmente creditando a temática da linguagem.

Os avatares mais rudimentares de uma reflexão relacionada ao melhor enquadramento da linguagem, diante da complexa especulação sobre a edificação do saber, estão presentes nos achados antigos da metafísica clássica. Já era perceptível desde “O Crátilo” que a preocupação com a “justeza dos nomes” sustentaria grandes debates e contraposições teóricas. A obra de Platão (1973, p. 119) descreve o convencionalismo sofista em duelo contra o naturalismo de Crátilo, através do diálogo entre Sócrates, Hermógenes e Crátilo. Hermógenes representa a teoria sofista e o Crátilo denota inspiração de Heráclito⁵¹. Inicialmente Sócrates parece acolher as duas teses, mas foca-se na sequência com maior energia em denunciar a inconsistência de cada uma delas (GARCIA-ROZA, 1990, p. 67-68). O escrito pode ser visto como um tratado sobre da linguagem e uma discussão crítica a respeito desse tema (STRECK, 1999, p. 97).

A propósito, para enquadramento da alusão pré-socrática do Crátilo, enquanto Parmênides é apontado comumente como filósofo do imobilismo, Heráclito é conhecido como o pensador do devir. Mas para ambos a palavra mantém uma relação essencial com o enigma e com o silêncio, e também para ambos persiste a reflexão sobre o estatuto da palavra e da verdade. Em Heráclito assimilamos que se a palavra é *logos*⁵², o *logos* não se resume apenas a palavra, mas a excede e se decompõe como palavra e como coisa, nomeando o devir e o ser do devir. Sob o mesmo prisma, não se distingue completamente as palavras das coisas, ocorrendo certa cumplicidade entre as figuras, de maneira tal que os caracteres das coisas são refletidos nas palavras, visto que estas integram a *physis*⁵³(GARCIA-ROZA, 1990, p. 47-53).

⁵¹ O pré-socrático filósofo Heráclito, assim como Parmênides inaugura a discussão sobre o “ser” e o “pensar”, e sobre o *logos* superando o *mythos* (STRECK, 1999, p. 97).

⁵² *Logos* é a palavra sobre a qual orbitam primordialmente os comentários de Heráclito, conduzindo ao sentido de *logos* como “aquilo que aparece, que se estende diante de nós e que ao mesmo tempo se recolhe” (GARCIA-ROZA, 1990, p. 51).

⁵³ A *physis* costuma ser traduzida como “natureza”, mesmo que isso represente mera aproximação. Essa tradução perde um pouco de seu vigor no contexto atual, pois o termo assimila ressonâncias físicas e biológicas, e torna-se portador de um passado metafísico. Uma posição distinta apontada por Heidegger seria a tradução da *physis* como “emergência” (“surgimento”), com a vantagem de ressaltar que a *physis* de Heráclito representa “o emergir enquanto tal e não algo que emerge” (GARCIA-ROZA, 1990, p. 49).

Retornando ao diálogo platônico (1973, p. 119-120), a tese sustentada pelos sofistas indicava uma origem convencional para os nomes, ou seja, a denominação das coisas era fruto de uma decisão humana de enquadrá-las com aquela designação. Em sentido oposto, o Crátilo rejeitava a inspiração convencional das palavras e afirmava um grau abstrato para compreensão dos nomes, indicando que cada coisa teria por natureza um nome apropriado. A ilustração denota a oposição que Platão nutria sobre os ideais sofistas, nesse caso, especialmente ao convencionalismo da linguagem, pela qual a verdade deixaria de ser prioritária no enquadramento das denominações. Se a defesa sofista permitia declarar a palavra como pura convenção arbitrária, descompromissada com as leis da natureza ou mesmo com as leis divinas, poderia admitir facilmente a sua reinvenção e fragilizar as verdades estabelecidas (STRECK, 1999, p. 99).

Mas por outro lado, a tese naturalista acaba também ficando encurralada e fragilizada ao final do diálogo, tal qual a convencionalidade sofista. Se pelo convencionalismo não restariam critérios legítimos para orientar a delimitação da verdade e, por conseguinte, a possibilidade do próprio conhecimento; por outro lado, a defesa de que os nomes imitariam realidade e seriam a condição de acesso ao seu conhecimento, perde coerência, ao confrontar a celeuma dos primeiros delimitadores dos nomes, que não dispõem de referência alguma para lhes permitir conhecer a realidade que passariam a denominar (MONTENEGRO, 2007, p. 368). Nesse sentido:

[...] conforme mostra o desenrolar da discussão travada entre Sócrates e Crátilo, seguir esse curso de argumentação não nos conduz à tese de que seja possível ter acesso às essências pelos nomes; antes, leva-nos à constatação de uma precariedade inerente aos mesmos e, por conseguinte, à linguagem em geral, em seu papel de ferramenta a ser utilizada para o conhecimento. Com efeito, faz-nos deparar com aquela série de aporias já mencionadas, seja relativa à impossibilidade de criar nomes a partir de outros elementos que não os próprios nomes, seja à inescrutabilidade dos protoelementos (MONTENEGRO, 2007, p. 375).

A tentativa de solução das incongruências das duas teorias, sugerida por Sócrates, seria a busca por entidades diversas dos nomes, que mostrem qual dos grupos seria verdadeiro, a realidade como fluxo ou a realidade como permanência, conferindo maior clareza a verdade dos seres (MONTENEGRO, 2007, p. 368). Talvez por isso o diálogo seja finalizado sem a indicação de um posicionamento claro sobre a prevalecente entre as teses contrapostas⁵⁴,

⁵⁴ “O Sócrates platônico (aparentemente) não rompe inteiramente com Crátilo nem com Hermógenes, mas defende uma posição que concilia as precedentes. De fato, se os nomes são criados pelo nomoteta (ou o onomaturgo de Platão), eles são uma convenção, como pretendiam os sofistas. Mas se existe uma adequação natural entre o nome e a coisa, é porque de alguma forma ambos participam de um referencial comum, tese defendida por Crátilo” (STRECK, 1999, p 100).

ressaltando somente as dificuldades de sustentação plena de ambas as posições em confrontação com a realidade.

Rejeitar o convencionalismo não representa, portanto, aderir plenamente à explicação abstrata, mesmo que essa opção parecesse menos custosa em uma primeira impressão. Diante das contradições colocadas, o naturalismo semântico seria igualmente temerário e insuficiente para traduzir coerência à realidade. O traçado teórico que, de fato, assume Platão, acaba revelado por dedução contextual do diálogo:

Entre os dois polos (Crátilo e Hermógenes), deliberadamente postos no diálogo para propiciar a apresentação de uma tese intermediária – a sua, Platão começa a esconder o ser, ao trabalhar com a concepção de que é possível saber o que seja a coisa sem o uso da linguagem. Segundo a tese platônica, a palavra é tomada como representação da coisa. Quando onomateta ou onomaturgo (dador de nomes) estabelece os nomes para as coisas, ele não o faz segundo sua própria vontade, mas segundo um modelo ideal (inato) ao qual ele não tem acesso direto, e que orienta de alguma maneira, suas escolhas. (STRECK, 1999, p. 100).

A versão platônica confere negativa às teorias descritas porque demonstra uma espécie de síntese da tese convencionalista e da antítese naturalista. Essa percepção da linguagem não nega de maneira absoluta efeito ao que se tem por “escolha das palavras” e, com ainda maior vigor, não deixa de buscar um valor essencial e imutável sobre os objetos; de maneira que a alternativa lógica contempla a convenção isenta de arbitrariedades, mas como caminho único a seguir por força do valor transcendente implícito em cada objeto. Em linhas gerais, a designação de palavras para identificar objetos acontece independente do voluntarismo, mas ocorre como resultado inato de sua compreensão.

A palavra passa a ser tomada como representação da coisa, de acordo com um modelo ideal que o *nomoteta* não tem domínio direto, mas que subordina de alguma maneira suas escolhas, o que comprova a concepção platônica de uma ordem universal acessível ao homem apenas de forma incompleta, por sua inteligência. O mundo de essências universais é conhecido pela alma antes de seu aprisionamento pelo corpo, que passa a limitar suas percepções e possibilidades de recordar plenamente aquilo que conhecera enquanto alma livre. Mesmo como uma vaga lembrança, a verdade está incrustada no interior da alma e pode ser melhor atingida pela busca de conhecimento. A verdade implícita conduz a percepção do sujeito em tudo o que este intenta, cenário em que se consolida a formulação linguística. Seguindo a toada platônica, “o significado precede o significante e o determina”, achando-se uma relação de semelhança entre as ideias e as coisas e entre as coisas e as palavras (GARCIA-ROZA, 1990, p. 69-70).

Pensando dessa maneira, a palavra não condiciona a natureza das coisas, mas assume um atributo instrumental, para comunicação daquilo que intrinsecamente foi assimilado do

mundo⁵⁵. O posicionamento de uma causa primeira das coisas que induza até mesmo a percepção linguística sobre elas traduz para o tema com confiabilidade a metafísica platônica e a noção de transcendência da alma. Esse contágio pode ser ilustrado pela lição de Sacadura Rocha (2014, p. 46): “Afinal o que é a essência dos homens? O espírito, a alma. Mas a alma precisa do corpo para se desenvolver. A alma em Platão tem duas características: ela é preexistente (existente antes do corpo) e subsistente (existirá após o perecimento do corpo)”. Se a alma é preexistente ao corpo e subsistente ao seu perecimento, a linguagem exerce o papel de instrumento sem condicionar a existência das coisas ou mesmo a possibilidade de conhecimento da verdade inata⁵⁶.

O argumento quanto ao desvelamento de causas primárias das coisas com o devido posicionamento dos princípios básicos regentes do mundo, progride pela perspectiva de Aristóteles, mesmo que este ofereça uma abordagem mais empírica, contrastando com o idealismo platônico. Aristóteles compartilha a convicção em “certa estrutura ontológica na base da natureza humana e do cosmo”. A exigência de Aristóteles é que a essência das coisas seja procurada, mas que tal atribuição não decorra da simples postulação de que tudo seria reflexo de alguma ideia ou essência pura; mas que a natureza essencial das coisas seja determinada através do modo que operam os processos naturais do mundo, a realidade prática. Por essa razão, o filósofo recorre a técnicas de observação da realidade (empirismo), sutilmente inspiradas em estudos da biologia (MORRISON, 2006, p. 48-49).

O recurso empírico evidencia a dissidência que Aristóteles assume em relação a teoria de Platão, em especial no que toca sua percepção sobre a natureza do ser. A distinção ocorre no campo filosófico e decorre da densificação teórica e do progresso científico empreendido por Aristóteles. Não há necessariamente um confronto quanto à postura de Platão, limitando-se a oposição aristotélica à diferença interna do espaço discursivo. Não é o mesmo tipo de confronto que se verifica perante os sofistas, grupo a quem se dirigia a crítica mais severa de Aristóteles. A compreensão é que, diferente de Platão com quem divergia nas conclusões apesar de manter o idêntico fito de utilizar a filosofia para desvelar a verdade, repudiava-se a atitude atribuída aos sofistas de impor discursos de legitimação sabidamente infundados, dissimulando a

⁵⁵ Em passagem do diálogo é atribuído a Sócrates o seguinte dizer: “o nome, por conseguinte, é instrumento para informar a respeito das coisas e para separá-las, tal como a lançadeira separa sua teia” (PLATAO, 1973, p. 126). Streck (1999, p. 101)

⁵⁶ A teoria do conhecimento assumida por Platão denota baixa complexidade, tendo como ponto de partida os elementos considerados requisitos básicos para um conhecimento criterioso (rigoroso) do mundo, identificado pelos pontos de *unidade, identidade, imutabilidade, inteligibilidade e universalidade* (CARNEIRO, 2002, p. 18).

compreensão da verdade, em postura diametralmente contrária ao que os pensadores de inspiração platônica defendiam como papel da filosofia (GARCIA-ROZA, 1990, p. 77-79).

Divergindo estritamente no campo filosófico, continente da compreensão sobre a natureza do ser, enquanto a acepção ontológica platônica buscava uma explicação fora do mundo para a essência das coisas, com a formulação teórica de um outro mundo, atemporal, guardião da realidade concreta das coisas, e ausente das estruturas espaciais que temos precisão quando estabelecemos nossa interação com as coisas; sob o prisma aristotélico as respostas passam a ser procuradas dentro dos limites daquilo que conhecemos como mundo, observando como as coisas funcionam “neste mundo à nossa volta” (MORRISON, 2006, p. 9). Por isso a necessidade de observação dos indicadores empíricos para construção filosófica. O valor transcendental das coisas localiza-se no mundo vivente e não em planos cósmicos como a especulação anterior anunciava.

A questão da linguagem também ocupa espaço nessa discussão. Aristóteles acaba compartilhando com os sofistas o grau de relevância alçado sobre a linguagem, mas assimila a defesa platônica de que a ciência reside fundamentalmente no campo ontológico. Independente da vertente que explique a origem da natureza das coisas, como a defesa platônica do mundo abstrato depositário das essências ou o perfil aristotélico de localização das essências pela observação da realidade do mundo conhecido; seria esta essência das coisas que permite às palavras a aquisição de sentido⁵⁷. A linguagem exerceria a função de significação da essência das coisas, ainda que a explicação para essa origem não se conformasse com a abstração cósmica idealista (GARCIA-ROZA, 1990, p. 85).

A apreensão pode ser resumida pela afirmação de que o papel da linguagem para Aristóteles continua secundário, sendo as palavras apenas signos, e sua relação com a coisa não ocorre por semelhança ou mimetismo, mas tão somente por significação. A linguagem não manifesta, mas significa as coisas, sendo que as palavras só encontravam sentido definido por justificativa das coisas que possuíam uma essência. O porte de ambiguidade pela linguagem não ocorre apenas pela limitação natural do discurso, mas precipuamente porque as coisas não se revelam facilmente de forma cristalina. A palavra pode apontar para uma profusão de significados distintos, mas aquilo para o qual ela de fato aponta seria o significado em sua essência universal (STRECK, 1999, p. 103-104).

⁵⁷ Streck (1999, p. 104) afirma que tanto o “idealismo platônico” quanto o “essencialismo realista aristotélico”, apesar de dissonantes em vários aspectos, convergem num ponto considerado por ambos como fundamental: “seja qual for a sua sede ou o seu lugar de origem, a verdade está enquanto tal preservada da corrupção e da mudança para sempre.

Esse ponto comprova a divergência de Aristóteles quanto a teoria mimética de Platão, que tratava a palavra como ícone da ideia, como imitação linguística da própria ideia localizada no plano metafísico. Nada obstante, a oposição de Aristóteles é ainda mais impetuosa diante da aceção sofista que depositava sobre a linguagem convicção mais absoluta, de maneira a elevá-la a posição de ciência universal. A ciência do discurso, por si só, poderia subjugar a ciência das coisas, visto que o discurso teria aptidão para distrair as evidências sobre coisas, confundindo as percepções sobre o que seria verdadeiro ou falso nessa construção de significados. Não estava presente nesse manifesto de dissimulação a função significante da palavra, ou quando presente, esta era meramente acessória, desprezada pelos mestres sofistas em conduta notadamente retórica. A eloquência esvaziada do discurso sofista, pela ótica de Aristóteles, encontraria na ciência das coisas o seu principal antagonista, um guia confiável para preservação do intento filosófico de revelação da verdade e desconstrução da dialética viciada sofista (GARCIA-ROZA, 1990, p. 82-84).

A mesma espécie de relação existente entre a linguagem escrita e a linguagem falada ocorre também na relação da linguagem com os estados de alma (essência ontológica), por definição simbólica e não natural. A passagem pelos estados de alma torna mediata a relação entre a linguagem e as coisas, diferente da imediata interação entre linguagem e a essência. Os seres apresentam relação de semelhança com seus estados de alma, enquanto há apenas relação de significação entre a linguagem e a essência das coisas (NEVES, 1981, p. 59).

Nessa alçada temos que a importância dada à linguagem por Aristóteles não incorpora feições herméticas, mas corresponde precisamente à prerrogativa que o atributo comunicativo assume para significação das coisas. Tudo isso acontece sem que as palavras sejam isentas de ambiguidades, justamente pela enganosa percepção humana sobre a verdade dos seres (estados de alma). Não se pode perder a noção de que pela locução aristotélica a própria significação do ser (ontologia) contempla o que de mais importante existe para a filosofia. Essa linha de posicionamento reafirma a abstenção do discurso de conformação com a origem naturalista da linguagem e especialmente do discurso de legitimação exclusivamente dialética, natural do juízo sofista, que o Crátilo já denunciava.

O conceito de símbolo aristotélico renega por completo o vínculo natural que supostamente conectava a palavra e a coisa. Por consequência, a preocupação com a conformidade entre a linguagem e o ser ganha superfície. O critério para definição da verdade, sem que a palavra seja vista como uma manifestação precisa do ser, nem mantenha com ele um encadeamento de naturalidade, desafia a compreensão da linguagem. A resposta de Aristóteles

estaria na formulação da cisão entre o discurso em geral (significação) e esse outro discurso suscetível de verdade e falsidade que é a proposição (GARCIA-ROZA, 1990, p. 86-87).

O discurso em geral seria significativo, mas a significação não resultaria em um juízo, ao passo que não afirmaria nem negaria a existência da coisa significada. A proposição “imita” ou “reproduz” as coisas, não pela mesma marcha que reproduz a qualidade das coisas, mas sob o ritmo da reprodução ou imitação das qualidades (atributos) da coisa, sendo por isso a proposição o lugar privilegiado em que o discurso se esvaziaria de si mesmo, do simples viés significante, passando a capturar as coisas em sua vinculação recíproca, e por esta em sua existência⁵⁸ (AUBENQUE, 1981, p. 108-109). Ainda a respeito da distinção entre significação e proposição:

A distinção que Aristóteles estabelece entre significação e proposição rompe com a relação termo a termo que em Platão ligava as palavras e as coisas sem, contudo, fazer da verdade algo que se reduza à significação. A verdade não habita o termo considerado isoladamente, mas também não habita a significação pelo simples fato desta significar (GARCIA-ROZA, 1990, p.88).

A função significativa tem vazão quando há separação entre o símbolo e a coisa que ele identifica. Através da *proposição* seria possível suprimir essa distância e alcançar a revelação e, assim, não seria a função significativa a mantenedora da relação de verdade com as coisas, mas a expressão dos juízos que garantiria à proposição esse benefício (NEVES, 1981, p. 61). A adequação entre o discurso e as coisas não ocorre naturalmente, apenas porque a linguagem é significativa, mas principalmente pela aferição da verdade sobre o discurso apresentado, ou como afirma Garcia-Roza (1990, p. 90-91), o discurso, ou mais especificamente a proposição judicativa, propicia o encontro entre as palavras e as coisas, sem que esse encontro implique para Aristóteles na transparência da verdade, refutando por derradeiro tanto a tese de que a linguagem teria o condão de revelar integralmente a coisa quanto a formulação de que a ambiguidade retiraria da linguagem a capacidade de portar a verdade.

2.3 Da natureza do ser à teoria do conhecimento

O tratamento conferido à linguagem no terreno da filosofia clássica, como visto, retorna constantemente ao seu desígnio primário, qual seja, a teoria sobre a natureza do ser. A atribuição platônica de correspondência mimética entre palavras e objetos, considerados em seu

⁵⁸ O autor acrescenta: “Em términos modernos, se diría que el juicio es a um tempo síntesis de conceptos y afirmación de esta síntesis em el ser” (AUBENQUE, 1981, p. 109).

perfil de verdade ideal sobre os seres; ou a proposta aristotélica da interação de significação entre objetos e palavras, a partir da essência das coisas localizada pela experimentação da realidade; comprovam a centralidade da ciência colocada sobre o campo ontológico. Reale (1999, p. 44) afirma que o exame da filosofia clássica, tal qual o da filosofia medieval; ainda que seja possível reconhecer que nesses amplos acervos teóricos localizam-se também indagações não adstritas apenas à metafísica; leva-nos a constatar como problema prevaemente nesses espaços a conta do “*ser como ser*”⁵⁹.

O objetivismo ontológico também se utiliza do espanto como força motriz, mais especificamente do espanto com o “estar aí” em um mundo não projetado pelo sujeito, que leva à consciência de que nada é sabido a seu respeito. Ante essa confissão, a indagação sobre a “razão por que o sendo é e nada mais” é o que tenta responder a ontologia (KAUFMANN, 2002a, p. 37). Também é possível perceber certa consistência e estabilidade nas épocas em que a confiança ontológica representava o elemento primário da filosofia, como ponto de convergência entre os diferentes períodos e matrizes filosóficas. A esse respeito:

A ontologia é baseada na confiança do ser, parte do princípio de que alguma coisa é, que existe independentemente do nosso pensamento. Ela não se dirige à consciência do homem na medida em que respeita leis implantadas no ser (na natureza). Compreende-se que uma tal filosofia, que repousa na confiança no ser, que se orienta pela realidade objetiva, só seja possível numa época consistente em si mesma, alicerçada em fundamentos estáveis; que, sobretudo, também tenham confiança em si própria. Por isso, é nas épocas de maior fulgor intelectual e cultural que a ontologia representa a corrente de pensamento dominante: no esplendor da Antiguidade Clássica com Aristóteles, na alta escolástica com S. Tomás de Aquino, no auge do idealismo alemão com Hegel (KAUFMANN, 2002a, p. 37-38).

Acrescenta-se que o problema do conhecimento humano embora presente no panorama filosófico descrito, não era considerado um dilema logicamente anterior aos demais, ao contrário, ficaria subordinado àqueles elementos que ocupavam atenção de maior relevo para a ciência daqueles tempos, especialmente a sua compreensão ontológica. Sob esse espectro, o conhecimento adquire o atributo de problema de ordem metafísica, ocupando posição secundária, complementar ou implícita, por simples derivação da teoria adotada acerca do ser; razão pela qual não se reconhece na filosofia clássica ou na filosofia medieval uma teoria autônoma do conhecimento (REALE, 1999, p. 45).

A ocupação teórica prioritariamente submissa às “essências” (ciência do ser), por razões óbvias, deposita expectativas universalizantes sobre o conhecimento das coisas. Afinal,

⁵⁹ A esse respeito, Reale (1999, p. 44) destaca: “A Filosofia dos gregos, assim como a Filosofia da Idade Média, foi, acima de tudo, uma Ontologia, empregado este termo no seu sentido lato ou tradicional, ou seja, na acepção de teoria do ser em geral, ou parte geral da Metafísica, e não na significação estrita [...]”.

se existe um valor inato e imutável sobre tudo, a resposta a qualquer indagação somente apontaria para uma única resposta perfeita, apenas cognoscível quando da revelação da essência, seja qual for o caminho a ser seguido para tanto. Habermas (1990, p. 39) afirma que a filosofia teria herdado do “mito” essa visão de conhecimento universalizante, distinguindo-se do panorama mitológico no nível conceitual apenas quanto as origens do conteúdo de essências; visto que, diferente do mito, a filosofia antiga não recorria às narrativas plásticas, mas aceitava a transformação abstrata das dimensões de espaço e tempo em um elemento primeiro que, dotado de infinitude seria oponível ao mundo dos finitos ou compreendido como implícito nestes⁶⁰.

Tanto na locução abstrata do ser quanto na concepção de um deus criador transcendente em relação ao mundo, que fundamentasse a essência da natureza, o caminho que retornaria ao sujeito seria aquele que lhe permitiria contemplar “a variedade das coisas e acontecimentos intramundanos” com o devido distanciamento, e ainda assim compreendê-los isocronamente como entidades singulares e como partes de um único todo (HABERMAS, 1990, p. 39). A essência ontológica ou a abstração mitológica igualmente condicionariam o conhecimento sobre as coisas, apenas com a distinção apontada sobre os critérios em que se localizam as fontes primárias desses valores implícitos.

A percepção é que a teoria sobre o conhecimento encontrava na essência ontológica seu mais vultuoso condicionante, visto que a genuína ciência somente seria alcançável com a revelação da verdade intrínseca dos objetos. Acreditar em um conteúdo metafísico como continente dos valores elementares das coisas impede o sujeito de discutir a origem do conhecimento por caminhos distintos do esse conteúdo exhibe. Não haveria, portanto, uma rejeição teórica à questão gnosiológica, mas uma impossibilidade prática de adentrar nesse espaço sem questionar o critério metafísico ontológico e retirar seu protagonismo. Em uma posição diametralmente oposta, a assunção da origem do conhecimento como critério central teria como consequência a aptidão de condicionar o entendimento sobre a natureza das coisas.

A transição da questão gnosiológica de coadjuvante à protagonista encontra na filosofia da modernidade seu marco substancial. Esse ambiente teórico renega a tradição ontológica clássica e apresenta desde as suas bases a preocupação central e acentuada com os

⁶⁰ “No mito, a unidade do mundo era produzida de modo diferente: como contato ininterrupto do particular com o particular, como a correspondência do semelhante com o dessemelhante, como o espelhar-se de brilhos e reflexos, como o encadeamento concreto, entrelaçamento e mistura; o pensamento unitário da filosofia idealista rompe com o concretismo desta visão de mundo. O uno e o múltiplo, delineado abstratamente como a relação de identidade e diferença, constitui a relação fundamental, que o pensamento metafísico interpreta como sendo lógica e ontológica ao mesmo tempo: o uno passa a ser ambas as coisas – proposição fundamental e fundamento do ser, princípio e origem” (HABERMAS, 1990, p. 39).

limites das possibilidades de conhecimento, sobretudo do conhecimento científico. A filosofia moderna acaba por desenvolver-se com maior vitalidade como uma crítica do conhecimento (REALE, 1999, p. 45-46). Essa inversão de papéis entre a ciência do ser e a teoria do conhecimento denotam um estágio de afastamento da percepção de uma causa primeira nos objetos do mundo, ou seja, de rejeição à metafísica.

A estabilidade teórica que ambienta a confiança ontológica já não exhibe vigor com a atitude voltada à origem do conhecimento. Em sentido distinto, a atitude da filosofia passa a orientar-se prioritariamente ao sujeito⁶¹. Enquanto o espanto e a confiança são os propulsores da filosofia objetivista, a desconfiança e dúvida são os elementos que fomentam a filosofia do mundo como subjetividade (KAUFMANN, 2002a, p. 38). O pensamento filosófico que parte da dúvida e não se dirige aos objetos, mas ao sujeito que interpreta os objetos:

A atitude face ao mundo altera-se quando se começa a filosofar com a dúvida. O olhar não se dirige às coisas tal qual elas se apresentam, mas ao sujeito pensante. A consciência, não o ser, é a origem. O ser é qualificado com um produto da consciência. O homem torna-se a medida de todas as coisas, com já ensinava Protágoras. A filosofia torna-se absolutamente subjetivista, torna-se filosofia da consciência. E, conseqüentemente, a questão filosófica fundamenta é a seguinte: como sair da minha consciência para passar a um conhecimento do mundo exterior? Isto é, como posso chegar a ter conhecimento de alguma coisa? Já não está, prioritariamente, em causa a coisa, o objeto, o ser, mas antes o conhecimento, a consciência, o método. A prima filosofia já não é a ontologia, mas a teoria do conhecimento. (KAUFMANN, 2002a, p. 39)

O enquadramento histórico daquilo que efetivamente possa ser chamado de filosofia moderna, sobre o qual eram levantados os novos delineamentos teóricos, tinha como bloco emergente a racionalidade científica em substituição à leitura teológica. Carneiro (2002, p. 28) lembra que a passagem da Idade Média para a Idade Moderna não ocorria como evento espontâneo, mas por determinação da conjuntura antecedente ao movimento. O autor acrescenta que o humanismo renascentista revelado à época, embora recuperasse boa parte dos fundamentos gregos clássicos, possibilitava o ambiente consentâneo para o realce de uma nova racionalidade, desassociada dos padrões teológicos predominantes no período medieval, e apta para oferecer respostas aos problemas do novo mundo que era observado. Era necessário localizar um saber mais produtivo, com atributo transcendental, diferente do que há muito fora retirado do homem e abreviado à figura divina.

⁶¹ Kaufmann (2002a, p. 38) acrescenta: “Porque não é certo que os sentidos não nos enganem; porque experimentamos demasiadas vezes que o nosso pensamento se enreda em contradições insolúveis, tudo aquilo que julgamos apreender e conhecer tem, antes do mais, de ser posto em causa, para que se evidencie aquilo que resista a este cepticismo radical e, como tal, prove valer verdadeiramente como certeza”.

O panorama intelectual dominante até então não subsistiria aos avanços vigorosos das ciências naturais e à instauração do capitalismo inicial, no que poderia ser chamado de princípio da modernidade (KAUFMANN, 2002b, p. 83). A complexidade social desse novo ambiente histórico ofereceria uma visão reformulada do mundo. A certeza e a estabilidade que favoreciam o objetivismo das “essências” já não prosperavam, e a filosofia também passaria a demonstrar seus traquejos de reconstrução.

O reformulado paradigma científico estaria separado do saber aristotélico e medieval não apenas por uma melhor observação dos fatos, mas especialmente por uma visão reconstruída do mundo, em que os protagonistas conduziram uma luta aficionada contra qualquer forma de dogmatismo e de autoridade. Esse panorama transformaria progressivamente a ciência. Diferente do que ocorria na ciência aristotélica, a modernidade científica desconfiaria sistematicamente das evidências obtidas pelas experiências imediatas. O privilégio à dúvida teria residência sobre a distinção fundamental que a ciência moderna focalizava, entre o conhecimento científico e o conhecimento vulgar (senso comum). Os achados da experiência, colhidos rudimentarmente pelos sentidos limitados humanos, seriam ilusórios, porque estariam apenas na base do conhecimento vulgar. Pautado por tais pressupostos, “o conhecimento científico avançava pela observação descomprometida e livre, sistemática e tanto quanto possível rigorosa dos fenômenos naturais” (SANTOS, 2008, p. 24-25).

A aspiração por essa espécie de isenção teórica do intérprete, que o permitiria formular sua conclusão com base apenas nos elementos mensuráveis de seu objeto de pesquisa, desconstrói a utilidade da especulação sobre o plano espiritual de essências e virtudes. O que importa para a ciência é a confrontação teórica com a prática, que partindo da dúvida, consiga conduzir uma confirmação ou negação do que se deseja aferir.

Em congruência, Gadamer (1983, p. 92) afirma que a mecânica de Galileu e a propagação de seus processos a todo o âmbito da experiência, teriam dado margem a uma noção de ciência dissociada substancialmente dos fundamentos da primeira filosofia, de uma teoria de substância como o verdadeiro ente. A submissão da natureza à construção matemática teria como efeito a emersão de um conceito reestruturado de lei natural e, assim, a renúncia ao “conhecimento das substâncias” seria a contrapartida da postura da descrição e análise matemáticas dos fenômenos, que teriam conduzido Galileu, por exemplo, à formulação das leis da mecânica.

A ciência da modernidade afirma credibilidade ao conhecimento apenas quando cumpridas as etapas de experimentação e asserção métrica, passando esse conteúdo a partir de então a constar na coletânea de informações tidas como científicas. Com maior precisão:

A investigação das leis naturais sobre a base da abstração matemática, e sua verificação através do medir, do pesar e do contar, se encontra na origem das ciências naturais modernas. Ela possibilitou a plena aplicação da ciência para a reelaboração técnica da natureza voltada para fins humanos, que caracteriza nossa civilização atual, numa medida planetária. Foi, especialmente, a ideia do método, ou seja, o assegurar a via do conhecimento, através do ideal superior de certeza, o que deu validade a um novo conceito de unidade de saber e conhecimento, que já não se encontrava em uma conexão evidente com nosso antigo conhecimento do mundo. (GADAMER, 1983, p. 92)

Se a confiança na sensibilidade humana não poderia dar conta de apresentar uma compreensão científica fidedigna, o caminho da melhor ciência dependeria de um certo rigor metodológico, que conduzisse o sujeito a portar-se, ao menos em tese, de maneira isenta das amarras impuras do senso comum. A origem do conhecimento não parte do universo de essências ou da inação humana em face ao divino, mas da possibilidade de experimentação e validação. O respeito ao tracejo metodológico contemplaria em seus resultados o sentido do conhecimento científico e, por isso, o anunciado cântico da filosofia moderna à confiança em uma teoria sobre o conhecimento.

As correntes teóricas capitaneadas por René Descartes e por Francis Bacon comprovam a centralidade da indagação gnosiológica. Reale (1999, p. 46) afirma que o *racionalismo* (Descartes) e o *empirismo* (Bacon) representavam direções paralelas, características de dois ambientes culturais distintos, o francês e o inglês, respectivamente, que como ponto comum se voltavam mais atentamente ao método do conhecimento científico. Apesar de seguirem orientações díspares, complementa o autor, “ambos se preocupam com o problema relativo às bases do conhecimento certo, na conquista da natureza graças às leis descobertas metodicamente pelo espírito humano”.

O *empirismo* de Bacon contemplava uma distinção sólida entre o conhecimento inspirado pela revelação divina e aquele proveniente dos sentidos, único verdadeiramente habilitado para refinar as condições deste mundo. O precursor empirista absorvia a herança de Platão e Aristóteles de que a mente estaria contaminada pelo equívoco das falsas crenças, sustentando que a fonte do conhecimento válido seria a natureza em si, não sujeita a equívocos. As acepções independentes e especulativas perdiam relevância e eram minimizadas em benefício a compilação de fatos através da observação sistemática e organizada da realidade, que resultaria na criação de hipóteses. Por tais motivos, era exigido a higienização da ciência, afastando do sujeito as suposições, conjecturas e ambições continentais de impurezas das mais diversas; devendo o sujeito cognoscente observar o mundo de maneira a isentar sua mente das interpretações parciais da natureza (MORRISON, 2006, p. 95).

Oportunamente, o *racionalismo* proposto por Descartes pretendia a refundação da ciência com uma nova metodologia para a construção do conhecimento seguro, apontando como caminho a edificação de estruturas de conhecimento como base dos elementos sobreviventes ao teste do “ceticismo absoluto”. Esse ceticismo era intransigente, não admitia a experiência mística ou a apreensão do “outro”. Pela narrativa cartesiana, ao lançarmos sobre tudo o que nos rodeia a dúvida absoluta, adentramos a um traçado introspectivo voltado a compreensão das constantes, cuja existência não seria mais questionável. Esse seria o ponto da absoluta convicção, instância última em que chegaríamos à base de nossa própria consciência, ou como exprime o refrão: “penso, logo existo”. Ao passo que tudo estaria eivado pela insegurança e por isso sujeito ao ceticismo, a certeza única adviria prioritariamente da consciência do sujeito sobre sua própria existência (puro ego consciente). Estabelecida essa constante primária, poder-se-ia erigir a desejada estrutura racional de certeza (MORRISON, 2006, p. 95).

A suscitada crise ontológica representa a crise do próprio fundamento em que repousava o conhecimento. A busca por um novo alicerce epistêmico faz com que os problemas do conhecimento metafísico sejam substituídos pela metafísica do conhecimento. A postura cartesiana faria eclodir categoricamente as interrogações há tempos adormecidas, relacionadas a subjetividade como elemento fundante do conhecimento. A realidade transcendente foi colocada em cheque e, inicialmente, a ontologia do real objetivo passaria a ser concebida a partir do problema do próprio conhecimento. O sujeito, sob essa percepção, ocupa posição central, condicionando a possibilidade de conhecimento da realidade (STEIN, 2005, p. 75).

A indagação humana sobre as possibilidades de seu próprio pensamento progredia como elemento central, a partir do racionalismo e do empirismo, e ganhava densidade a cada nova evolução teórica⁶². Hobbes (1588-1679), por exemplo, garantiu continuidade ao empirismo, desenvolvendo os seus problemas metodológicos, com fito de elucidar não apenas a gênese do conhecimento humano, mas as condicionantes lógicas das ciências naturais⁶³.

⁶² “A grande obra de Leibniz reforça mais ainda a tendência do pensamento moderno, no sentido de dar importância fundamental à teoria do conhecimento. Nem se diga que Espinosa (1632-1677) representa uma fulgurante exceção à tendência dominante, pois a sua problemática do ser é posta em bases que pressupõem, ou melhor, envolvem a problemática do conhecer. Aponta-se com razão a unidade essencial entre a sua Ética e o seu Tratado da Reforma do Entendimento” (REALE, 1999, p. 47).

⁶³ “O naturalismo aceita uma orientação religiosa como parte da psicologia humana: para Hobbes, a religião tinha por base o reconhecimento da existência de uma causa primeira e um sentido de assombro e temor reverencial diante do poder de tal causa em gerar o universo. No *Leviatã*, Hobbes chocou seus leitores ao argumentar, aparentemente, que não existe nenhum vínculo inevitável ou lógico entre essa orientação religiosa natural – o sentimento de assombro e o temor diante de nossa falta de conhecimento e poder quando confrontados com o absoluto – o teísmo convencional. Não podemos conhecer a natureza da causa primeira e, quando examinamos diferentes sociedades, nelas encontramos diferentes convenções relativas à expressão de assombro e temor

Abrindo um pequeno parêntese, Hobbes é também o responsável por dar ao Estado a personalidade jurídica ou personalidade moral, em sua obra intitulada “Leviatã”. John Locke (1632-1704) também adiciona força a questão gnosiológica, como anunciava o próprio título do “Ensaio sobre o Entendimento Humano” (REALE, 1999, p. 46-48).

Habermas (1990, p. 41) indica que a descoberta das contradições do princípio metafísico e o aproveitamento dessas descobertas são méritos do *empirismo*, tal qual do *nominalismo*; e que essa relação do sujeito cognoscente consigo mesmo (autoconsciência) ofereceria, a partir de Descartes, a chave para o âmbito interno, absolutamente consciente, das representações que temos dos objetos. Kaufmann (2002b, p. 84), a seu modo, afirma que o adágio “*clara et distincta perceptivo*” (conhecimentos claros e distintos) suscitado por Descartes permanece ainda como princípio mais elevado para a ciência. A substituição da velha filosofia teórica (metafísica) pela filosofia experimental era reclamada para que fosse possível ao homem tornar-se dominador e possuidor da natureza.

A via confiável para o progresso da moderna ciência empírica, capaz de suportar uma medida fiel de certeza e controle sobre os seus conhecimentos, necessariamente imporia a renúncia aos saberes de essências inflexíveis, universalizantes. A metafísica da ciência antiga oferecia um todo de orientação do mundo, sugestivo de uma conclusão unívoca, da experiência natural do mundo e da linguagem como significante interpretativo desse resultado científico unitário; padrão que seria insustentável para a ciência moderna. As amaras do “saber total” da filosofia aristotélica foram liberadas gradualmente, utilizando-se como ferramenta uma postura crítica consistente. Assim como o homem não contempla a si próprio como elemento central do universo, a ciência moderna não estaria resumida à derivação da experiência humana do mundo, mas passaria a manifestar uma organização própria, interventiva e condutora de uma parcial dominação da natureza. A submissão do método quantificante matemático à experiência, levou o conceito de lei natural a ser absorvido e difundido, com a concepção de que o conhecimento científico estaria submisso ao experimento e à hipótese em suas múltiplas direções e possibilidades (GADAMER, 1983 p. 82).

Sob esses ditames, o rigor do método assume posição medular na ciência moderna, passando a condicionar a aferição da verdade sobre os objetos, rejeitando a impressão transcendental prévia sobre os mesmos e permitindo a transição da resposta unívoca somente para a hipótese que isoladamente alcançasse aprovação na experiência. Não seria mais a essência ontológica condutora do entendimento de correição dos achados, mas a filtragem do

reverencial – em outras palavras, diferentes estruturas institucionalizadas para julgar o sentido dado a nossos sentimentos religiosos naturais” (MORRISON, 2006, p. 94).

método de experimentação e validação das hipóteses. Por conseguinte, a filosofia, assim como as ciências naturais, não é mais percebida como um indicativo passivo, fluido da natureza das coisas, mas como porte ativo de dominação sobre tudo o que possa ser racionalmente conhecido pela inteligência humana. O mesmo fio condutor vige desde aqueles tempos e ainda exhibe grande aptidão de aderência na comunidade científica.

A tradição empirista seguiria sua marcha pelo posicionamento racional do sujeito, supostamente livre de concepções não recepcionadas pelo método científico. Quando ao espaço do direito, a inspiração *hobbesiana* o indica como elemento capaz de tornar possível a estrutura da ordem social moderna, levando-se em conta o domínio do soberano e a compreensão racional dos indivíduos de que o poder central correria por imposição irremediável, em vista da indeterminação da subjetividade perante a condição natural humana. Em perspectiva desse ambiente, o que constituiria a unidade básica seria o indivíduo racionalmente providente, senhor de sua própria existência e de tudo o que possui. Estando a modernidade a orientar-se pelos desejos, pelo raciocínio e pela felicidade dos indivíduos componentes do corpo social, o direito serviria de pacificador das dissidentes ilações entre esses integrantes, estruturando a base constitucional que possibilite a integração social desse espaço (MORRISON, 2006, p. 123-124). Revela-se assim a qualidade instrumental do direito, acessível ao sujeito que intenta primordialmente o domínio racional do mundo:

O direito é o instrumento do poder humano, a ferramenta de um sujeito humano que começa a assenhorear-se do mundo e a submetê-lo à análise racional, confiante em seu poder de raciocínio, capaz de criar uma estrutura social, uma sociedade, através da modernidade de direito – privado e público, civil e criminal -, tudo interligado. O mundo torna-se um domínio de oportunidades infinitas a ser controlado pela legalidade: especificamente, contrato, propriedade, individualidade e defesa das relações jurídicas por meio da sanção criminal (MORRISON, p. 124).

O atributo instrumental do direito para pacificação e controle social ratifica a necessidade de legitimação do ente político central, que passa a ser compreendido como guardião da ordem pública e continente do legítimo direito. Utilizando-nos de um abreviado paralelo, no contexto dos tempos modernos em que o arqueamento gnosiológico domina a filosofia, ressaltando a posição medular da teoria do conhecimento, pautada no eixo de racionalidade experimentação-validação; a teoria jurídica também se locupleta dos dizeres sobre a origem do conhecimento, e os derivados indicativos de experimentação-validação passam a ser localizados naqueles que a figura estatal tenha aptidão para capitanear. Em outras palavras o direito legítimo é aquele produzido e sustentado pelo Estado em suas muitas nuances, respeitando-se o crivo de racionalidade que a origem publicista e a incumbência de

manutenção da segurança e da ordem impõem; sintetizado pelo citado encargo jurídico instrumental.

A locução instrumental *hobbesiana*, que serve de recurso à orientação difusa da modernidade, relacionada aos desejos individuais e à racionalidade no corpo social; encontra oposição acentuada em David Hume. Sem despir-se da inclinação empírica, mas sim reafirmando-a, Hume refuta a supremacia da razão como instrumento do conhecimento e eleva seu pensamento para o trilho da reconstrução do conhecimento humano com base nos sentidos; razão porque o seu empirismo é entendido como reação contrária ao extremo racionalismo daqueles tempos (ROCHA, 2014, p. 104). O filósofo inglês reconhece a falibilidade mais evidente do pensamento⁶⁴ e do instinto sensorial humano⁶⁵: “Nada, à primeira vista, pode parecer mais iluminado que o pensamento humano, que não apenas escapa a todo poder e autoridade dos homens, mas está livre até mesmo dos limites da natureza e da realidade” (HUME, 2004, p. 35). A existência dos seres somente seria colocada à prova por meio de argumentos de causa e efeito, totalmente calçados pela experiência. A experiência seria a legítima instrutora sobre a natureza e as interações de causa e efeito suficientes para contemplar a existência de um objeto a partir da observação de outro (MORRISON, 2006, p. 121).

A confiança lançada sobre a ideia de modernidade emergente, depositária de uma esfera de possibilidades para “os desejos do eu” e também de aptidões para conduzir-se pelo “eu racional livre”, não ilude o ceticismo de Hume. Embora sua teoria negue qualquer influência remanescente da tradição escolástica ou do conhecimento de essências, contribuindo para o processo de modernização científico; a lição de Hume teve também como efeito a desestabilização da expectativa de segurança pautada nas estruturas do racionalismo cartesiano. Sob essa perspectiva, não seria possível o entendimento da totalidade da existência apenas por uso da razão, mas a explicação sugerida a partir de uma vazão estrutural-funcional do corpo social, onde a experiência e a tradição seriam aspectos relevantes do progresso social,

⁶⁴ “[...] Aquilo que nunca foi visto, ou de que nunca se ouviu falar, pode ainda assim ser concebido; e nada há que esteja fora do alcance do pensamento, exceto aquilo que implica uma absoluta contradição. [...] Mas embora nosso pensamento pareça possuir essa liberdade ilimitada, um exame mais cuidados nos mostrará que está na verdade, confinado a limites bastante estreitos, e que todo esse poder criador da mente consiste meramente na capacidade de compor, transpor, aumentar ou diminuir os matérias que os sentidos e a experimentação nos fornecem” (HUME, 2004, p. 35).

⁶⁵ “[...] Parece evidente que os homens são levados a depositar fé em seus sentidos por um instinto ou predisposição natural, e que, sem nenhum raciocínio, e quase mesmo antes de fazermos uso da razão, sempre supomos um universo externo que não depende de nossa percepção, mas existiria ainda que nós e todas as outras criaturas sensíveis estivéssemos ausentes ou fôssemos aniquilados. [...] Também parece evidente que, quando os homens seguem esse cego e poderoso instinto da natureza, sempre tomam as próprias imagens apresentadas pelos sentidos como os objetos externos e nunca alimentam qualquer suspeita de que as primeiras não sejam senão representações dos segundos” (HUME, 2004, p. 206).

contemplaria três passos fundamentais, quais sejam: a separação entre o conhecimento dos fatos, o conhecimento das ideias e as relações entre as ideias; a desconstrução das alegações de racionalidade; e a desconstrução da “ideia do eu”, privilegiando a experiência e a tradição social em detrimento do individualismo metodológico (MORRISON, p. 124-127). O apego ao método científico, antes indispensável, exibe pelo perfil de Hume postura menos rígida, reconhecendo a impossibilidade de interpretação absoluta do mundo apenas pelo critério racional de experimentação e validação.

2.4 Os traços de subjetividade do sujeito cognoscente

A resposta à imprecisão da arbitrariedade dogmática da metafísica racionalista, em perspectiva *kantiana*, seguiria por caminhos diferentes da apontada pelo conjunto empirista antecedente. A propósito, a explicação da verdade a partir dos conhecimentos apriorísticos suscitados pela experiência, não encontra margem na filosofia de Kant, mas paralelamente o filósofo também não se conforma com o ceticismo empirista. A solução pretendida confere ao sujeito transcendental a tarefa de regulação do conhecimento, com base no conhecimento *a priori* dos objetos (CARNEIRO, 2002, p. 40), explicitando o atributo paradigmático à obra de Kant. A partir de tais ilações a formulação antropocêntrica de filosofia ganha corpo e a subjetividade passa a dominar a construção filosófica. Ressalte-se que a imprecisão habitual quanto a localização das fronteiras históricas e ideológicas da chamada filosofia da modernidade, conforme indicação de Stein (2005, p. 147), não nos impede de saber que a filosofia desses tempos é aquela que se volta essencialmente à subjetividade.

Ao abrigo da preleção kantiana não restariam dúvidas de que a totalidade de nosso conhecimento teria derivação da experiência. Essa convicção decorre da ausência de elementos outros capazes de despertar e movimentar a aptidão pelo conhecimento a não ser aqueles que são notados pelos sentidos humanos. Os objetos que afetam os sentidos atingem por eles próprios as representações da realidade e por outra margem movimentam a faculdade intelectual do sujeito, conduzindo à interação suficiente para transformar a matéria bruta das impressões sensoriais em um conhecimento a ser designado como experiência. Em perspectiva cronológica, conhecimento algum precederia a experiência na percepção do sujeito, sendo esta (a experiência) o verdadeiro propulsor do entendimento. Isso não significa, contudo, que o conhecimento em sua totalidade seja pautado na experiência, porque as impressões sensíveis podem ser superadas pela capacidade do sujeito de conhecer e produzir conhecimento por sua própria subjetividade. O acréscimo à matéria prima empírica somente é possível quando a

atenção do sujeito desperte através de um processo complexo e estruturado o suficiente para permiti-lo distinguir os graus sensoriais e subjetivos de percepção (KANT, 2001, p. 60).

Em sequência, Kant (2001, p. 60-61) acrescenta que ao menos uma questão basilar não poderia ser solucionada em impressão preliminar, demandando maior patamar de zelo, qual seja a existência de algum conhecimento independente da experiência e da inspiração sensorial. Esse conhecimento antecedente (*a priori*) distinguir-se-ia do conhecimento empírico pela própria ordem de emersão, visto que o segundo é erigido *a posteriori*, pela experiência. A distinção semântica, logicamente, não contempla a exibição de todo o sentido da questão apresentada. Para que não se caia em contradição, o que Kant tem por conhecimento *a priori* não pode ser confundida por tão somente uma regra geral não derivada imediatamente da experiência, mas extraída de forma mediata a partir do prévio conhecimento empírico⁶⁶. Os ditos juízos *a priori* não prestam reverência à experiência, revelando absoluta independência de toda e qualquer apreensão dessa natureza.

Neste jaez, o juízo apresentado com rigor de universalidade, de modo a não comportar exceções em suas asserções, seria aquele não derivado da experiência e, como tal, absolutamente válido *a priori*. Em sentido contrário, a universalidade empírica seria uma extensão arbitrária da validade, que conformaria a transferência da validade da maioria dos casos à sua totalidade, por dedução notoriamente imprecisa. (KANT, 2001, p. 62). A universalidade, de fato, seria possível apenas nas concepções apartadas da experiência, apreendidas inicialmente das ciências exatas. O filósofo assumiu o pressuposto de validade das ciências exatas modernas (STEIN, 2005, p. 152)

Aquilo que em Kant poderia se denominar de “revolução copernicana”⁶⁷ compreende que os objetos do conhecimento objetivo não se exibiriam por si mesmos, devendo ser desvelados pelo sujeito transcendental, razão porque não seriam considerados já como coisas subsistentes em si, mas entendidos por sua natureza fenomenológica (HÖFFE, 1986, p. 54). Assim, os “juízos sintéticos *a priori*” seriam estabelecidos como fundamentos de todo conhecimento válido, sem os quais não seria possível conferir a validade da apreensão empírica (STEIN, 2002, p. 152). Em reconhecimento da finitude do conhecimento, a correção possível

⁶⁶ Kant (2001, p. 61) utiliza-se de uma alegoria para destacar o que não pode ser confundido com o chamado conhecimento *a priori*, visto que sua percepção aponta um afastamento mais significativo entre a apreensão sensorial e a compreensão antecedente implícita: “[...] diz-se de alguém, que minou os alicerces da sua casa, que podia saber *a priori* que ela havia de ruir, isto é, que não deveria esperar, para saber pela experiência, o real desmoronamento. Contudo, não poderia sabê-lo totalmente *a priori*, pois era necessário ter-lhe sido revelado anteriormente, pela experiência, que os corpos são pesados e caem quando lhes é retirado o sustentáculo”.

⁶⁷ A expressão “revolução copernicana” atribuída à Kant é repetida por autores como Höffe (1986, p. 51) e Stein (2005, p. 152).

sobre os objetos residiria em sua manifestação fenomenológica, apreendida pelo sujeito, em meio a síntese do aprendizado empírico e dos juízos preexistentes à experiência.

A explicação fenomenológica kantiana indica que a intuição humana receberia, por instrução dos seus sentidos, a matéria bruta e imprecisa derivada das categorias apriorísticas do entendimento. O entendimento não seria conduzido pelos objetos, pois estes não comportariam a moldura precisa do conhecimento inteligível; mas em sentido oposto, os objetos seriam informados pelas formas do entendimento preexistentes no sujeito, único processo pelo qual seria possível substanciar o conhecimento objetivo. Essa percepção eleva a filosofia a um patamar de confissão da finitude do próprio conhecimento, que não pode ultrapassar a intuição sensível trazida pela matéria às categorias (STEIN, 2002, p. 152). Em complemento:

Uma intuição inteligível, que poderia eventualmente trazer matéria para um conhecimento puramente inteligível, somente é possível num entendimento infinito e, nesse, a intuição estaria ligada à criação. É por isso que os conhecimentos da metafísica tradicional são, na verdade, apenas pensamentos sem conteúdo. Liquida assim o modelo absoluto do conhecimento humano. Toda passagem para um conhecimento puramente inteligível está barrada. Essa a razão para Kant introduzir a distinção entre fenômeno e a coisa em si (STEIN, 2002, p. 153).

Amarrado o conhecimento aos limites que lhes são impostos pelos juízos sintéticos *a priori* e, impossibilitado o sujeito de compreender o objeto senão pelas formas que lhe são dirigidas pelas máximas antecedentes, a compreensão sobre as coisas fica resumida a percepção do fenômeno. Não é a coisa que é conhecida, mas a manifestação da coisa que o sujeito apreende. Há um nítido afastamento dessa teoria do conhecimento em relação à tradição metafísica, passando a imperar a finitude das possibilidades de conhecimento. Diferente do que a fé em essências ontológicas apregoaria, a condição humana não permite o socorro a planos metafísicos não contemplados pela síntese sensorial.

Observa-se na perspectiva *kantiana* a ingenuidade do pensamento tradicional em insistir nos conceitos puros inteligíveis. Por outra banda, as formas fundamentais do conhecimento, devidamente categorizado, são aquelas que aproximam a ciência do que lhe é absorvido e informado. Não resiste mais o processo de intuição e abstração do plano da inteligibilidade. O conhecimento inteligível tem a espontaneidade como adjetivo, pois a autoconsciência é o espaço da produção constante dos conceitos elementares. Chama-se de “apercepção” essa autoconsciência orgânica de juízos básicos puros (STEIN, 2002, p. 155).

A tradição clássica da metafísica nutria o modelo infinito do conhecimento inteligível, resultando o homem da imagem ou realização inferior desse impecável conhecimento. Ante o imperativo kantiano o conhecimento humano se prostra em frente a sua finitude irremediável.

O homem não é capaz de atingir a essência do conhecimento sobre algo sem que esteja influenciado pela preconceção. Em igual passo à finitude do conhecimento revela-se a finitude humana, que não se explica pela simplória aceção biológica de mortalidade, mas especialmente porque o homem é o representante único capaz de entender os seus limites e utilizar essa percepção a seu favor. Por isso, os esforços que aparentam objetivar a renúncia da condição da finitude pela transcendência revelam-se, na realidade, a assunção da tentativa de dotar de experiência a própria finitude⁶⁸ (STEIN, 2002, p. 156-160).

A regulação do conhecimento em sua finitude, em protagonismo do sujeito transcendental, ainda que em ambiente bastante distinto da ontologia rudimentar, segundo Carneiro (2002, p. 40) comprovaria a inserção da teoria kantiana no modelo cognitivo sujeito-objeto. Na tentativa de rasgar a metafísica dogmática e despótica antecedente, o filósofo teria inaugurado uma forma alternativa de metafísica, pautada nas representações solipsista do sujeito. A metafísica do sujeito solipsista revela o enquadramento do que se poderia chamar de filosofia da consciência⁶⁹. O esquema sujeito-objeto significa sem objeções “[...] a superação do projeto que busca na filosofia um fundamento para o conhecimento a partir do discurso em que se impera a ideia de juízo, a ideia de síntese na subjetividade em que se fundaria o enunciado” (STRECK, 2017, p. 64). A esse respeito, ainda em atenção a obra *kantiana*, Gadamer discorre:

Por mais que Kant rejeitasse como “metafísica dogmática” e a refutasse, através de sua crítica, a síntese leibniziana e o ideal de um conhecimento, a partir dos conceitos, não deixava de entender-se a si mesmo, dentro do horizonte de questões da metafísica. Não se trata apenas de que sua filosofia moral fizesse valer novamente os conteúdos essenciais da metafísica da natureza, ou seja, de uma ciência racional pura que deveria desenvolver os conceitos fundamentais da natureza. Isto continuaria conservando seu sentido para ele. (GADAMER, 1983, p. 94)

O atributo metafísico e o ingrediente de subjetividade também são sentidos com energia no campo da filosofia jurídica a partir de Kant. O pretensioso plano de racionalidade que tenta abstrair da experiência a percepção de validade sobre as coisas e encontrar juízos

⁶⁸ Na melhor expressão de STEIN (2002, p. 160): “A transcendência não é fuga da finitude, mas, antes, uma penetração nas possibilidades que ela oferece. Ela é o campo possível de toda experiência de transcendência. Por isso, toda transcendência é, sempre novamente, uma experiência da finitude, isto quer dizer, uma tentativa de penetrar em seus fundamentos. Transcendência não pode ser vista espacialmente como fuga para algo superior e destituído de resistência. Pelo contrário, transcendência é uma certa ‘rescendência’, uma descida ‘para dentro’, ‘para baixo’, para a exploração positiva da condição da finitude”.

⁶⁹ Considera-se que na modernidade, a metafísica tenha recebido o nome de “teoria do conhecimento”, também conhecido pelo adjetivo de “paradigma epistemológico da filosofia da consciência”, apresentando como característica a permanência do esquecimento da distinção ontológica entre ser e ente. A filosofia da consciência tem direta relação com o sujeito do esquema sujeito-objeto, aporte de construção moderna em que é tomada como premissa a aquisição de posse do conhecimento pelo sujeito (STRECK, 2017, p. 73-74).

puros na cognição do jeito manifesta-se na atenção do direito como objeto. Nesse ponto, Warat e Pêpe (1996, p. 30) ressaltam a aspiração kantiana de pautar uma filosofia do direito pautada no exame das condições de possibilidade do conhecimento jurídico, procurando o conhecimento não eivado pela mistura empírica, em um ponto de vista puro como critério de contemplação do objeto jurídico. A filosofia do direito, sob esses ditames, compreenderia o Direito separadamente de qualquer elemento a ele estranho. O conceito almejado de Direito escora-se na noção de que por sua forma, e não por seu conteúdo concreto, estaria a percepção de seu real sentido.

A locução do mundo exsurge a partir de um conhecimento antecedente, presente no sujeito e projetado sobre o objeto. O aprendizado empírico funciona como elemento sensível ao sujeito, que induz sua percepção sobre o objeto (fenômeno) mas não o permite conhecer a realidade sobre ele. Tudo que o sujeito formula resulta da colocação dos fenômenos nas molduras preparadas pelo seu conhecimento *a priori*, aquele que por natureza não deriva da experiência, mas do perfil transcendental desses juízos sintéticos. Esses caracteres reproduzem-se na teoria jurídica derivada da metafísica *kantiana*, que ganhava corpo no desenvolvimento sucessivo e exibe vestígios na prática do direito ainda corrente. O embrião do subjetivismo que revelado pelo positivismo jurídico em acepção genérica, e do que seria posteriormente tratado por Kelsen em sua Teoria Pura do Direito, localizam-se na intenção kantiana de localização dos juízos apriorísticos imaculados.

A filosofia da consciência recorre ao sujeito idealmente isento em sua interação com seu objeto científico e justamente por isso, quando adicionados os ingredientes de facticidade, colapsa sem maiores embaraços. Desde os traços preliminares e ainda superficiais do problema, a explicação para a inevitável ruína desse modo de pensar a ciência jurídica (filosofia da consciência), em uso de uma crítica hermenêutica, pode ser encontrada na impressão de que a lógica do sujeito cognoscente clamado pela filosofia da consciência se debruça em uma espécie de “coisificação” das formas da vida e relacionamentos, que comprime toda a matéria imanente em uma relação sujeito-objeto, situando esse sujeito em frente a um mundo idealizado exposto a absoluta objetificação. O contraponto é que o mesmo sujeito cognoscente denotaria habilidade para estabelecer em caráter objetificante as condições de interpretação e aplicação, desconsiderando a sua própria condição essencialmente humanada de jazer continuamente no mundo (STRECK, 2017, p. 74-75). O sujeito embora inseparável do mundo por sua própria natureza e subjetividade, colocar-se-ia em posição ideal de afastamento das influências que esse mundo de impressões objetificadas lhe proporciona, adágio insubsistente ao perfil teórico assumido por esse trabalho.

Importa a pequena lembrança de que a crítica construída neste trabalho revela inquietude com o pedante subjetivismo do intérprete do direito. Lógico que sem a tolice de tentar propor uma postura qualquer de filosofia que expurgue todos os traços de subjetividade, o que instiga a falta de confiança no sujeito transcendental preceptor dos sentidos não é o axioma em si, mas a ausência de critérios para identificar o quanto o sujeito pode ser influenciado pelas variáveis históricas, ideológicas, sensoriais e volitivas que orbitam sobre ele, e assim da necessidade de proteção do sistema por constantes apartadas especialmente daquelas influências volitivas. A transformação do sujeito por essas variáveis enquanto age e interpreta o mundo não pode ser ignorada pela teoria do conhecimento ou pela filosofia do direito. Essa centelha é acendida posteriormente por Martin Heidegger, e encontrará seu espaço na sequência do trabalho.

2.5 A guinada ontológico-linguística

O aludido sustento da filosofia da consciência e da clivagem inconveniente entre o sujeito cognoscente e o seu objeto científico, extraídos da metafísica kantiana, difunde-se em caráter endêmico pelo padrão de filosofia da modernidade, ingerindo suas partículas na teoria jurídica habitualmente professada desde então. Por essa razão a doutrina costuma visualizar em Kant um importante marco paradigmático para a ciência do direito, alegação profícua, mesmo que para negar lucidez ao seu projeto de racionalidade⁷⁰. A recusa a essa postura etérea de ciência, em aderência ao giro linguístico-ontológico, faz parte da estrutura teórica continente desse trabalho.

O anseio ostentado pela metafísica clássica, tanto quanto pela metafísica moderna (*kantiana*), estaria depositado em um “*fundamentum absolutum inconcussum veritatis*”; ou seja, em uma espécie de verdade absoluta, que ora era encontrada em uma essência ontológica (metafísica clássica), ora na sacralização da consciência e do caráter transcendental do sujeito (filosofia da consciência). Há um pesar insuperável, decorrente justamente da inexistência de uma causa última fundante do conhecimento. Aliás, o esvaziamento do conteúdo ontológico, velado e afastado da temporalidade, elemento esse tido como condição de possibilidade do ser,

⁷⁰ “O pensamento de Kant tornou-se o divisor de águas da filosofia moderna. Recolheu do passado os elementos mais decisivos em gestação e abriu caminho para as primeiras experiências do futuro da filosofia ocidental. A sua revolução copernicana, a afirmação da espontaneidade do eu transcendental, o reconhecimento da necessidade de a filosofia partir da análise do homem, para responder às questões mais prementes, em suma, a superação do dogmatismo objetivista da filosofia acadêmica até seu tempo, fazem de Kant a vertente das grandes filosofias dos séculos 19 e 20” (STEIN, 2005, p. 163).

fatalmente negligencia a impossibilidade de definição do ser pela finitude da própria representação, evento conduzido hermeticamente no sujeito. Esses são os principais motivos da derrocada do projeto kantiano de ciência e racionalidade (LUIZ, 2013, p. 34). Com esse esclarecimento, é importante que os traços de subjetividade atribuídos pela metafísica ao sujeito cognoscente, em evolução necessária à ciência jurídica, sejam substituídos por uma postura menos especulativa e mais adequada à inserção do sujeito no próprio objeto científico e dos influxos antes esquecidas que a interação sujeito-objeto proporciona.

A obra *kantiana* identifica dois segmentos em certo ponto antagônicos, mas complementares. O primeiro segmento teve sua exploração empreendida por Hegel e o segundo por Heidegger. A exploração *hegeliana* ratifica a soberania do sujeito perante objeto, aderindo à máxima do “eu transcendental” como caminho para possibilitar a explicação do conhecimento. O avanço de Hegel deposita autonomia definitivamente sobre esse sujeito. O sujeito autônomo (absoluto) seria origem de toda reflexão filosófica e, assim, toda a esfera da coisa em si seria eliminada como sobra do dogmatismo ingênuo da tradição. O sujeito transcendental passaria a ser estatuínte de todo o conhecimento, não se reduzindo ao trabalho com a experiência e com a explicação intentada pelos juízos sintéticos apriorísticos. Os temas da tradição são reformados e reutilizados por essa teoria, passando “deus”, “homem” e “mundo” a assumir o lugar hegemônico em seu pensamento especulativo. Essa percepção não vislumbra mais o entendimento como faculdade hegemônica para o conhecimento filosófico, buscando socorro na primazia da razão (STEIN, 2005, p. 163-164).

Sobre a clivagem *kantiana* continuada e amplificada por Hegel, acrescenta Stein (2005, p. 164) a superação do pensamento da finitude anunciado por Kant, sem admissão, no entanto, da devolução ao homem do conhecimento absoluto objetivo inspirado na tradição. Aquilo entendido pela alcunha de “absoluto” passa a demonstrar uma dependência singular do contingente, mediando o “finito” pela ação do “infinito”. A ultrapassagem de Kant seria encontrada por Hegel na recuperação do que o primeiro expurgara da filosofia enquanto atividade humana, aceitando a filosofia enquanto tarefa humana, mas ampliando os limites (até o infinito) ao aglutinar o pensamento grego clássico com a construção conceitual do mundo cristão. Ressalta-se ainda que a teoria *hegeliana* não renuncia à transcendentalidade *kantiana* enquanto conjuntura dialética especulativa.

A outra clivagem, contudo, impõe-nos necessariamente maior atenção para o momento, porque sob inspiração de Heidegger encontram-se os germens da crítica hermenêutica depositária do critério de respeito à tradição judicial ora afiliado. Lembra-nos Stein (2005, p. 166-167) que Hegel e Heidegger tomaram caminhos diametralmente opostos,

apesar de inspirar-se em coincidente ponto de partida, na filosofia kantiana. A separação é possível porque a filosofia que os influenciou contempla a fundação, por assim dizer, da filosofia da subjetividade como aporte do pensamento ocidental; mas paralelamente interpelou as possibilidades de partida em uma analítica humana, em busca dos fundamentos que levam o homem ao fado de “fazer metafísica”.

O desenvolvimento de Heidegger é conduzido em foco do segundo trilho kantiano⁷¹, e apresenta uma postura global divergente dos enfoques da tradição. A nova posição é destacável especialmente pela inovação da linguagem⁷² que se apresenta como entorno revolucionário da interpretação original e própria da finitude. A revolução se localiza “na criação de modos novos de dizer ou na transformação semântica e hermenêutica da linguagem em voga” (STEIN, 2005, p. 178). O intento científico retoma assim a questão da linguagem, com o vigor necessário à sua ascendência sobre as possibilidades de compreensão humana sobre as próprias possibilidades de conhecimento, em necessária retomada da problematização linguística que o *Crátilo* há tantas eras evidenciara⁷³.

Em *locus* de uma teoria hermenêutica, a linguagem do direito jamais seria liberta da imensidão e complexidade da realidade. Em outros dizeres, a comunicação humana, súdita de suas limitações naturais, não atende minimamente à abrangência que o universo de formas e conteúdos infindáveis oferece; ficando restrita apenas a dita parcela cognoscível da realidade. A linguagem do direito, assim permanece refém da linguagem em geral, em sua impossibilidade de alcance íntegro da realidade. Ao ocupar-se daquela infinitude de possibilidades que o mundo revela, com instrumentos tão limitados, como a linguagem, para qualificar seu conteúdo com

⁷¹ STEIN (2005, p. 178) acrescenta: “Até Heidegger, todos os filósofos, ainda que não fossem cristãos ou não aceitassem explicitamente a teologia grega, movimentavam-se dentro de um horizonte de temas e linguagem filosóficos marcados pela ontoteologia. Em nenhum deles observou-se uma atitude consciente, buscando a libertação de cargas da tradição filosófica típicas da metafísica: Deus, causalidade, intuição-abstração, intelecto agente, finito-infinito, etc. Em todos eles predominam modelos de pensamento marcados por aspectos pseudofilosóficos teológicos, tomados de áreas não exploráveis pelo simples esforço humano de reflexão”.

⁷² “O homem fala. Falamos quando acordados e em sonho. Falamos continuamente. Falamos mesmo quando não deixamos soar nenhuma palavra. Falamos quando ouvimos e lemos. Falamos igualmente quando não ouvimos e não lemos e, ao invés, realizamos um trabalho ou ficamos à toa. Falamos sempre de um jeito ou de outro. Falamos porque falar nos é natural. Falar não provém de uma vontade especial. Costuma-se dizer que por natureza o homem possui linguagem. Guarda-se a concepção de que, à diferença da planta e do animal o homem é o ser vivo dotado de linguagem. Essa definição não diz apenas que, dentre muitas outras faculdades, o homem também possui a de falar. Nela se diz que a linguagem é o que faculta o homem a ser o ser vivo que ele é enquanto homem. Enquanto aquele que fala, o homem é: homem. Essas palavras são de Wilhelm von Humboldt. Mas ainda resta pensar o que se chama assim: o homem” (HEIDEGGER, 2003, p. 7).

⁷³ “[...] a filosofia se debruça sobre sob a busca pelo conhecimento e pela verdade. Afinal, ali, quatro séculos antes da era Cristã, já se discutia a ‘justeza dos nomes’. Isto é, quais as condições de possibilidade para que os objetos tenham determinados nomes e não outros? Como funciona a relação do sujeito com o objeto? qual o papel da linguagem? Verdade ou método? Essas perguntas atravessam os séculos, experimentando diferentes respostas, representadas por diferentes ‘princípios epocais’ que marcaram a longa travessia por dois grandes paradigmas metafísicos” (STRECK, 2017, p. 85).

as devidas valorações; o sujeito acaba cedendo em definitivo o atributo da univocidade em sua interpretação. O resultado objetivo dessa compreensão é que a linguagem jurídica acabará por definição às voltas com a equivocidade das múltiplas possibilidades de compreensão sobre um mesmo objeto (HAFT, 2002, p. 314).

A imprecisão linguística não tem necessariamente a ver com a falibilidade da comunicação humana em si considerada, mas com a capitulação humana essencialmente limitada sobre o universo que lhe serve de objeto, como a própria inteligência *kantiana* deixava transparecer⁷⁴. Inexiste conhecimento da totalidade, mas apenas da parte sensível que atinge o imaginário e a percepção do sujeito e, assim, a aptidão comunicativa de descrição da realidade, por derivação orgânica, não confere razão absoluta à identificação linguística. A existência de múltiplos significantes para um mesmo signo linguístico decorre justamente dessa realidade. A linguagem do direito, como efeito, se apresente como refém da limitação e falibilidade linguística, e como tal, deve ser analisada em sua interação com os aditivos conjuntivos da realidade, que são os necessários ingredientes de faticidade. Essa é o esclarecimento inicial para que seja expurgado do critério científico o método meramente subsuntivo de aderência entre fatos e normas.

Essa locução conceitual-realista de uma ontologia jurídica hermenêutica torna-se depositária de credibilidade, em vista da margem crescente de elucidação que esses critérios de investigação apresentam. Levando-se em conta a equivocidade da linguagem jurídica, a ciência hermenêutica desnuda o dogma da subsunção como insustentável. A aplicação do direito também impõe um trabalho criativo da norma, sendo a lei uma mera possibilidade do direito, e não o direito em si considerado. Essa impressão persiste porque o direito detém caráter histórico, e apenas na aplicação da lei ao caso concreto é que o direito formulado em teoria adquire concretude. Em sobressalto, o processo metódico de desvelamento do direito aplicável não comportaria a existência de uma correção objetiva do direito, partindo os conceitos jurídicos não de um pensar conceitual de “*sim-não*”, mas prioritariamente do pensar tipológico “*mais-ou-menos*”. O elemento criativo é nativo da aplicação do direito e, assim, a correção da

⁷⁴ “Em Kant, o conhecimento humano reclinase sobre sua condição finita. É de seu esforço próprio, sem auxílio e sem modelo exterior, que tal conhecimento deve constituir-se. Kant somente acentua a finitude, quando afirma que, através da teoria do ‘esquematismo do entendimento puro’, é fornecido ao conceito a realidade objetiva, pela intuição que lhe corresponde, e é realizada a conformação do conceito à intuição [...]. Kant procura realmente uma solução do conhecimento humano na finitude, pela teoria do esquematismo. É da força do próprio homem que ele tenta extrair o elemento de síntese do conhecimento humano que une conceitos com dados da sensibilidade. Não há conhecimento prévio da totalidade. Ela, aliás, nunca se dará plenamente ao conhecimento. Kant negase a apelar a uma ordem divinamente fundada para garantir a conquista do conhecimento da totalidade, assim como também se recusa a remeter tal conhecimento da totalidade a uma natureza. Enquanto conquista do trabalho humano, o conhecimento é sempre fragmentário” (STEIN, 2005, p. 156).

decisão jurídica somente seria aferível com base na argumentação e na possibilidade de consenso entre os interessados (HAFT, 2002, p. 315-316).

Sem olvidar os caracteres de cada período de organização conceitual filosófica, em perspectiva do abreviado delineamento histórico-ideológico considerado neste trabalho⁷⁵, Streck (2013, p. 12) nos lembra que em campo do direito as questões correlatas a existência de um fundamento absoluto da verdade permaneciam difusas, em miscelânea de objetivismos e subjetivismos, dicotomia presente nas teorias que pretendem a explicação do modo de conhecimento e compreensão do mundo. A esse respeito, o jurista acrescenta de forma categórica:

É possível dizer que, para a metafísica clássica, os sentidos estavam nas coisas (as coisas têm sentido porque há nelas uma essência). A metafísica foi entendida e projetada como ciência por Aristóteles e é a ciência primeira no sentido que fornece a todas as outras o fundamento comum, isto é, objeto ao qual todas se referem e os princípios dos quais todas dependem. Para aquilo que aqui interessa, a metafísica é entendida como ontologia, doutrina que estuda os caracteres fundamentais do ser: aquilo sem o qual algo não é; se refere às determinações necessárias do ser. Estas determinações estão presentes em todas as formas e maneiras de ser particular. É um saber que precede todos os outros e, por isso, é a ciência primeira, pois seu objeto está implicado nos objetos de todas as ciências e o seu princípio condiciona a validade de todos os outros princípios (STRECK, 2013, p. 12).

A manutenção da postura científica que, de maneira recorrente, circunda-se pela dicotomia objetivismo-subjetivismo, nos diferentes momentos teóricos apontados, comprova a dificuldade de transição paradigmática. Talvez por isso a recepção da pretendida guinada ontológico-linguística tenha se revelado de tão árdua execução, mesmo no ideário jurídico do tempo presente. Na realidade, ultrapassar a postura filosófica da consciência transcendental e protagonista do entendimento sobre o mundo é tarefa que exige um nível considerável de descompromisso com os critérios volitivos.

Por tudo isso, seria possível anotar que as alterações metodológicas verificadas no decorrer dos últimos séculos não empreenderam rupturas satisfatórias da base epistemológica da filosofia da consciência, conservando a sua essência metódica, qual seja, a subsunção. A força motora para a intenção de ruptura pode ser apontada essencialmente para a majoração da complexidade social em que a chamada modernidade se deposita. A aplicação do direito em uma sociedade simplificada, com ordenação jurídica centralizada a partir de um agente político

⁷⁵ Nos dizeres de Streck (2013, p. 12): “Cada época organizou sua concepção de fundamento. Fazendo um pequeno esboço histórico destes vinte séculos, a busca de um *fundamentum absolutum inconcussun veritatis* está já na ideia platônica, na substância aristotélica, no *esse subsitens* do medievo (última síntese da metafísica clássica), no *cogito* inaugurador da filosofia da consciência, no *eu penso* kantiano, no *absoluto* hegeliano, na *vontade do poder* nietzscheana e ‘no imperativo do dispositivo da era técnica’, em que o ser desaparece no pensamento que calcula (Heidegger).

soberano, encontraria seu pilar de regulação em certa unicidade axiológica, atendida pela técnica subsuntiva. Os avanços proporcionados pelo domínio das ciências e pelo pluralismo verificado nas sociedades seriam protagonistas da apontada complexidade e da necessidade de redimensionamento metodológico. Uma sociedade continente de pluralidades requer o manejo igualmente plural, em perspectiva axiológica de seu ordenamento jurídico, de maneira a constranger a aplicação do direito pelo crivo meramente silogístico (CARNEIRO, 2005, p. 3).

A doutrina aponta que a superação do objetivismo (realismo filosófico) alude novamente à denominada modernidade. Esse seria o momento contextual em que a ruptura histórico-filosófica, em busca de um entendimento mais verossímil sobre os fundamentos humanos, posição a partir da qual o homem não mais estaria amarrado às estruturas da iluminação divina, ou do crivo ontológico de essências. A partir dessa transição o novo paradigma encontraria fé na subjetividade, alterando a posição do sujeito filosófico para o centro, de maneira que lhe permita “assujeitar” o mundo que lhe rodeia. O esquema sujeito-objeto tem sua raiz fundada nesses espaços, com a explicação do mundo fundamentada na razão (STRECK, 2017, p. 86).

Fica a impressão de que a ruptura ontológica pelo subjetivismo tenha ocorrido de maneira menos traumática do que acontece na transição sucessiva, que a guinada linguística procura. O desvelamento das limitações do pensamento metafísico clássico e da escolástica ocorreu em paralelo ao desenvolvimento das ciências naturais, em consequência inevitável do avanço técnico que a modernidade proporcionava. A mesma facilidade, se é que a transição poderia ser acompanhada desse adjetivo, não é verificada quando se pretende a retirada do sujeito do altar transcendental. Uma explicação possível para isso é que a preservação do crivo subjetivista para a identificação do mundo favorece a posição de uma classe tida como dominante, e por derivação, as rupturas importariam em redução do poderio e do domínio dessa casta sobre a interpretação e aplicação do direito.

Ainda assim, seria possível localizar um momento paradigmático da pretendida transição. A intentada ruptura em relação à filosofia da consciência (paradigma da subjetividade) remete-nos ao século XX, berço do denominado giro ontológico-linguístico. A revolução achada pela inteção comunicativa seria responsável por libertar a filosofia das amarras invasivas do fundamento de essências (metafísica clássica) tanto quanto do fundamento subjetivista da consciência (modernidade). A virada representaria satisfatoriamente a aderência da filosofia ao mundo prático (STRECK, 2017, p. 86). Diante desse novo prisma:

O sujeito surge na linguagem e pela linguagem, a partir do que se pode dizer que o que morre é a subjetividade “assujeitadora” e não o sujeito da relação de objetos (refira-se que, por vezes há uma leitura equivocada do giro linguístico, quando se confunde a subjetividade com o sujeito ou, se assim se quiser, confunde-se o sujeito da filosofia da consciência (S-O) com o sujeito presente em todo ser humano e em qualquer relação de objetos) (STRECK, 2017, p. 86).

À guisa de uma conclusão, a principal revolução anotada a partir do anunciado giro ontológico-linguístico seria a de que o sujeito não mais comportaria o domínio do fundamento do conhecimento, perdendo totalmente o seu senhorio absoluto sobre os sentidos. Em vias dessa nova performance, a nossa presença em um mundo que por natureza se antecipa ao momento em que se teoriza sobre a sua compreensão. Rejeita-se, destarte, a linguagem privada para firmamento dos sentidos do mundo, persistindo tão somente a linguagem pública (STRECK, 2017, p. 87). Ainda em conveniência, é possível acrescentar:

[...] existem estruturas prévias que precedem o conhecimento. Isto quer dizer que o sentido não estará mais na consciência, mas sim, na linguagem pública, como algo que produzimos e que é condição de nossa possibilidade de estarmos no mundo. Não nos relacionamos diretamente com os objetos, mas com a linguagem, que é a condição de possibilidade desse relacionamento. (STRECK, 2017, p. 87)

Temos, assim, a posição da linguagem intrínseca à própria possibilidade de compreensão do sujeito. O conhecimento do mundo não é outra coisa senão a sua compreensão através da linguagem. Com essa inspiração, o direito já não é essência ou mesmo consciência, mas é linguagem⁷⁶ e como tal não confiará em significantes absolutos. A compreensão da linguagem, em seu desvelamento de sentido em vista dos fatos, é atitude necessária também para a compreensão do direito.

Ecoa desde logo, portanto, o anuncio de que o texto jurídico tem muito mais a dizer do que apenas a leitura que lhe atribui determinada interpretação, e isso não pode ser esquecido em vista de qualquer espécie de formulação normativa. A imprecisão da linguagem enquanto elemento de compreensão do mundo repousa sobre as erráticas possibilidades de aplicação da norma, seja qual for o referencial objeto da análise, como um enunciado legislativo ou mesmo um postulado judiciário sumulado. Mesmo que as súmulas como as conhecemos tenham por escopo esclarecer a leitura do texto legal de maneira a reduzir-lhe a complexidade e a equivocidade, formulações linguísticas que são, também apresentam seu grau de vulnerabilidade. Esse dito preambular deve ser retomando em circunstância oportuna na continuidade do trabalho.

⁷⁶ Carneiro (2005, p. 5) ressalta, com a devida referência: “[...] sendo o direito uma construção humana, ele não é, como afirma a J. J. Calmon de Passos, nem matéria nem energia condensada: é linguagem. Como a linguagem deve ser compreendida, o direito, portanto, deve ser compreendido”.

2.6 O ser no mundo

A “destruição” do projeto de “ser” da modernidade e da famigerada centralidade subjetiva (filosofia da consciência) importa para que ocorra a ascensão de uma proposta hermenêutica condizente com a identificação e interação do sujeito enquanto parte do mundo que pretende tratar como objeto, submisso às interações que sua consciência recebe de todas as variáveis que lhe atravessam. Enquanto interpreta o mundo, o sujeito já não é o mesmo que a formulação projetada de si. Assim como Heidegger pretendia (2006, p. 27), essa “destruição”⁷⁷ não descreve a plena ruptura histórica, ou mesmo a negação dos indicativos históricos, mas alude essencialmente à apropriação e transformação do que fora irradiado por aqueles impulsos. A tarefa é necessária para que a leitura do direito seja acompanhada de uma consciência sobre a equivocidade da consciência, que sirva para focalizar, sempre que possível, as constantes minimamente alheias à subjetividade.

De acordo com Kaufmann (2002b, p. 57), a filosofia do direito, qualquer que seja, têm como missão separa o direito do não direito (injustiça), respondendo a duas perguntas fundamentais: “o que é o direito correto?”; e “como reconhecemos ou realizamos o direito correto?”. A junção dos dois questionamentos levaria à indagação sobre a “justiça como critério valorativo para o direito positivo” e conseqüentemente a indagação a respeito da validade do direito. Seguindo ainda a leitura do autor:

Durante muito tempo acreditou-se – e não poucos acreditam ainda hoje – que as duas perguntas podiam ser tratadas e respondidas de formas completamente separadas. O direito correto – o que quer que isso seja, é concebido como um objeto substancial, que se confronta com o nosso pensamento; é, portanto, um objeto que deve ser compreendido pelo sujeito na sua pura objetividade, ou seja, sem a mistura de quaisquer momentos subjetivos. Este é o ideal científico da Modernidade, orientado pelo modelo das ciências naturais exatas. Conseqüentemente, ensinam-se e escrevem-se, até hoje, por um lado filosofias do direito, por outro lado teorias do método, que permanecem lado a lado, quase sem que entre elas se estabeleça algum contato. (KAUFMANN, 2002b, p. 57).

O afastamento entre direito e ciência do direito sob⁷⁸ pendão *kelsiano* representa a própria metástase de seu projeto teórico. Sob influxo de sua teoria do direito, o questionamento

⁷⁷ “Destruição não significa ruína, mas desmontar, demolir e pôr-de-lado — a saber, as afirmações puramente históricas sobre a história da filosofia. Destruição significa: abrir nosso ouvido, torna-lo livre para aquilo que na tradição do ser do ente nos inspira. Mantendo nossos ouvidos dóceis a esta inspiração, conseguimos situar-nos na correspondência” (HEIDEGGER, 2006, p. 27).

⁷⁸ Streck (2011, p. 33) afirma que haveria em Kelsen uma cisão entre direito e ciência do direito, fato determinante para o seu conceito de interpretação. Em complemento: “Essa parece ser a primeira advertência necessária para que se possam evitar equívocos na leitura e interpretação das especulações *kelsianas*; sua teoria representa por si só um purismo, porém não há em Kelsen a pretensão de alargar este purismo para que transforme o Direito, com acontecimento social, em fenômeno puro. Não se trata, portanto, de dizer que Kelsen afirmava a pureza do direito

a ser respondido seria exclusivamente “o que é e como é o Direito?”; não lhe importando mais a análise de como deveria ser o Direito, ou de como ele deveria ser feito, visto que a ciência que proclama é jurídica e não política (KELSEN, 2003, p. 1).

O motivo da derrocada desse projeto retoma precipuamente a questão metodológica, descompromissada com a invasão ontológico-linguística, e insensível a posição subjetiva sobre a qual invariavelmente repousa o intérprete. A metáfora da “moldura”⁷⁹ exemplifica coerentemente esse dilema.

A observação e julgamento do mundo por exclusivos critérios e categorias das ciências naturais deixa rastros de subjetividade no conhecimento produzido. Essa é a confissão característica da transição daquilo que se tem por modernidade para o pretendido novo posicionamento, incidindo especialmente sobre as “ciências da compreensão”, entre as quais a ciência do direito. Neste campo de batalha o esquema sujeito-objeto fracassaria desde o seu ponto de partida, visto que na ciência do direito não restam conhecimentos imaculados ante a subjetividade do investigador do direito (KAUFMANN, 2002b, p. 57-58).

Como parte do mundo que identifica, o sujeito está submisso às influências personalíssimas, ainda que sejam professados votos de neutralidade científica. A própria característica de neutralidade detém significantes obtidos a partir de uma compreensão preexistente no sujeito, e por isso seu viés personalíssimo. Essa convicção é fundamental para que não sejam reprimidos o simples *cogito* existencial ou a métrica *kantiana* do sujeito transcendental.

Antes de qualquer tentativa de compreender o direito fora do alcance dos impulsos da subjetividade, o revestimento de lucidez acaba por entregar que a própria intensão metodológica pura faz parte de uma formulação elaborada por um sujeito inseparável do mundo e de sua subjetividade. Simplificando a impressão, atribuir a algo o desígnio de “pureza” não é mais que assumir uma teoria subjetiva pré-existente a respeito do que signifique esse atributo. O sujeito está no mundo, e invade a percepção do mundo que observa, transformando-se ao passo que transforma a seu entendimento sobre esse largo objeto. Conforme a lembrança de Luiz (2013,

em si; a pureza é atributo da ciência que quer construir[...]. Seus intentos científicos não se voltam para a descrição deste ou daquele ordenamento jurídico. Não se trata de detectar, ou descrever, este ou aquele direito positivo (belga, francês, alemão, inglês), mas de descrever cientificamente o Direito, sem recorrer a pressupostos alheios à matéria jurídica e pertencentes a outras dimensões teóricas (sociologia, antropologia, ética, etc.) em outras palavras, a Teoria Pura, ou seja, a Ciência do Direito, para Kelsen, possui um objeto: o Direito Positivo. É deste que deve incumbir-se sem pretender penetrar nas ambições das outras ciências geometricamente delimitadas” (BITTAR, 2005, p. 341).

⁷⁹ Em leitura *kantiana*, em qualquer continente moral, político, filosófico, o Direito seria comparável a uma moldura dentro da qual restariam muitas possibilidades de aplicação, “pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro desse quadro ou moldura em qualquer sentido possível” (KELSEN, 2003, p. 390).

p. 80): “Heidegger redefine a questão do ser, fundando uma nova hermenêutica, que se afastará das questões metodológicas – que fizeram velar esta questão, fazendo inserir na filosofia a vida prática (faticidade) do existir”.

O resgate definitivo da compreensão ontológica em problematização à teoria dos saberes pode ser encontrado na filosofia *heideggeriana* e no aporte do sujeito como incumbência do *dasein*⁸⁰ (*ser-ai*). A compreensão seria pertencente ao *dasein*, ou seja, ao ser que não emerge entre os outros seres, mas “caracteriza-se onticamente pelo fato de neste modo de ser, no seu ser, este mesmo ser estar em causa”. Por esse caminho a compreensão seria convertida em existência, restando à interpretação o perfil instrumental de processo por meio do qual a compreensão se apropria do ser e atribui a ele compreensão. A tiragem *heideggeriana* requer, em reformulação ao problema do círculo hermenêutico, que “uma interpretação que pretenda oferecer compreensão tem de ter compreendido o objeto a interpretação” (SCHROTH, 2002, p. 383).

As tradicionais ontologias que o filósofo procurava desconstruir terminariam por representar apenas ontologia das coisas⁸¹. A adição do conceito de tempo, em conexão aos elementos de temporalidade e historicidade, permite a orientação da proposta desconstrução. A superação do caráter epistemológico das “ontologias da coisa” e, paralelamente, do dualismo nela inscrito por virtude da *ontoteologia*, debruça raízes no conceito de vida fática ligado à ontologia, que faz atravessar a historicidade e a finitude. Enquanto as teorias tradicionais do conhecimento ficavam reduzidas ao encaminhamento para a totalidade, em meio à reflexão e ao seu atributo transcendental, desde sempre ancoradas em uma faticidade e historicidade que as anteciparia; a compreensão de Heidegger sobre o “ser” alude a finitude do pensamento, condicionado a um conceito de “ser”, ou em melhor expressão: “tão finitos somos nós que precisamos do conceito de ser para pensar” (STEIN, 2014, p. 36-37).

Por isso tudo é que a ruptura entre “ser” e “ente” se torna caminho viável para a melhor localização do intérprete. O canal de diferenciação, que conduzirá a uma compreensão

⁸⁰ O termo “*dasein*”, alusivo à filosofia heideggeriana, é descrito por Carneiro (2005, p. 6) como originário da língua alemã e derivado da adição de dois outros signos: “*da*” + “*sein*”. “*Sein*” significaria “ser”, e “*da*” teria maior identificação com a preposição “*ai*” da língua portuguesa. Em conclusão lógica, o *dasein* (*ser-ai*) é o ser que se coloca em meio à linguagem, capaz de compreendê-la por que imerso na posição em que ocorrem as experiências comunicativas.

⁸¹ Na expressão de Gadamer (1983, p. 83): “É sintomático que a irrupção das ciências, enquanto rasgo determinante da época, embora haja posto ponto final à função clássica da filosofia, não tenha podido impedir sua persistência, sob forma modificada. O século XX foi o século das concepções de mundo, palavra que, até em seu conteúdo de significado originário, renova a promessa de uma interpretação do todo, que a ciência já não podia satisfazer. É justo pela defesa deste pensamento de concepções de mundo que a filosofia – na medida em que se manteve fiel à sua tarefa – se foi transformando, cada vez mais, numa filosofia da ciência, em seus fundamentos lógicos e epistêmicos”.

existencial do ser, é elementar para o avanço na proposta hermenêutica fenomenológica. Em perspectiva de Heidegger (2005, p. 29), a conclusão tirada da máxima universalidade sobre o “ser” é que seu conceito seria indefinível, impossível de ser compreendido como “ente”. Por isso não se admite inspirar o “ser” em conceitos superiores ou explica-lo por conceitos inferiores. Ainda assim, não seria pretendido inferir qualquer mínima conclusão que afastasse o “ser” da problematização. A concepção sustentada apenas reside na distinção fundamental entre as duas figuras (ser e ente), de maneira que seja possível concluir que a determinação do “ente” legítimo dentro de certos limites, apregoado pela lógica tradicional da antiga ontologia, não poderia ser aplicada ao “ser”⁸². Em suma, a impossibilidade nata de definição quanto a natureza do “ser” não dispensa a questão de seu sentido, mas em sentido oposto, exige esse enfrentamento. Importa ainda o seguinte destaque:

O “ser” é o conceito evidente por si mesmo. Em todo conhecimento, proposição ou comportamento com o ente e em todo relacionamento consigo mesmo, faz-se uso do “ser e, nesse uso, compreende-se a palavra “sem mais”. Todo mundo compreende: “o céu é azul”, “eu sou feliz” etc. Mas essa compreensão comum demonstra apenas a incompreensão. Revela que um enigma já está sempre inserido *a priori* em todo a-ter-se e ser para o ente, como ente. Esse fato de vivermos sempre numa compreensão do ser e o sentido do ser estar, ao mesmo tempo, envolto em obscuridades demonstra a necessidade de princípio de se repetir a questão sobre o sentido do “ser” (HEIDEGGER, 2005, p. 29).

A formulação existente na consciência (ser) não identifica o objeto fático (ente), mas a manifestação sensível dotada de historicidade e finitude, em representação do que seria o desvelamento de algo ao *dasein*. As noções de compreensão e existência, nesse ponto acabam entrelaçadas. O sujeito enquanto “ente” existe porque fisicamente está no mundo, mas o que temos consciência relaciona-se com o “ser”, resultado do desvelamento cognitivo⁸³. Portanto o “ser” apenas existe porque desvelado pelo *ser-aí*. Essa impressão é fundamental para que o método fenomenológico hermenêutico retome vigor.

2.7 Fenomenologia hermenêutica

⁸² “Para Hegel o objeto do pensamento é o ser sob o ponto de vista do caráter de pensado do ente, no pensamento absoluto enquanto tal. Para nós o objeto do pensamento é o mesmo, portanto o ser, mas o ser sob o ponto de vista de sua diferença com o ente. Expresso com mais rigor: Para Hegel o objeto do pensamento é o pensamento absoluto como conceito absoluto. Para nós o objeto do pensamento, designado provisoriamente, é a diferença enquanto diferença ” (HEIDEGGER 2006, p. 57).

⁸³ Em leitura de Streck (2017, p. 11): “O passado é selo histórico imprimido em nosso ser: faticidade; o futuro é o ter-que-ser que caracteriza o modo-de-ser do ente que somos (Ser-aí): Existência. Portanto, a hermenêutica é utilizada para compreender o ser (faticidade) do Ser-aí e permitir a abertura do horizonte para o qual ele se encaminha (existência). Aquilo que tinha um caráter ôntico, voltado para textos, assume uma dimensão ontológica, visando à compreensão do Ser-aí”.

A proposta de compreensão da fenomenologia hermenêutica, depositária da confiança de Heidegger e de Gadamer encontra eco no argumento crítico que se pretende alçar à lógica de provimentos vinculantes. Fica evidente, assim, a intenção de compreender o fenômeno processual sob crivo do delineamento hermenêutico, em alusão necessária à interpretação como desvelamento do objeto recepcionado pela cognição do sujeito, mas sem esquecer de sua própria colocação enquanto ente, com o desvelamento do ser que passa a existir quando conhecido (desvelado). A recepção ontológico-linguística é caminho necessário para que o anseio por estabilidade jurídica não devolva sentido a centralidade subjetiva da consciência, em absorção de neutralidade, que por característica intrínseca do fenômeno jamais adquire feições de plenitude, mas tão somente de interpretação limitada da realidade⁸⁴.

Assim, com a necessária licença metalinguística, o método da fenomenologia hermenêutica, na acepção de Carneiro (2005, p. 5), constitui método de compreensão que fatalmente conduz ao entendimento de que não existem métodos para que sejam compreendidos “o mundo-da-linguagem”. O método confere, em síntese, certa negação à existência de um método apto a conduzir o entendimento de maneira condizente com a consciência do *ser-aí*, porque na realidade o caminho seria o único possível pela locução existencial. Sendo essa a única forma de se estabelecer compreensão, o estudo do processo hermenêutico inevitavelmente recomendaria a atitude analítica:

Esse algo que se mostra ao *dasein* é o ente, aquilo que será nomeado, valorado, estigmatizado, enfim, humanizado. Esse ente, portanto, não entra no *dasein*, nem tampouco é reproduzido na consciência do sujeito do conhecimento. Esse ente apenas toca o sujeito provocando nele a compreensão, o desvelamento do ser. Vê-se, assim, que não há uma reprodução, mas um bombardeio ôntico no *dasein* que provoca uma reação no mundo da linguagem provocando compreensão (CARNEIRO, 2005, p. 6).

Por dedução necessária, o rigor desejado pela fenomenologia retira validade de outros delineamentos de compreensão hermenêutica porque se socorre à premissa da consciência da limitação e falibilidade da própria consciência. A compreensão do mundo como manifestação limitada desvelada pelo *dasein* leva-nos a perceber que qualquer outro argumento que negasse

⁸⁴ Heidegger, porém, não ficou preso ao esquema transcendental que ainda determinava o conceito de auto compreensão em Ser e tempo. Já em Ser e tempo a verdadeira questão não era de que maneira se pode compreender o ‘ser’, mas de que maneira a compreensão é ‘ser’. A compreensão do ser constitui a caracterização existencial da *pre-sença* humana. Já aqui não se compreende ser como o resultado de uma produção objetivadora da consciência [...]. Quando a pergunta pelo ser visa o ser da *pre-sença* que compreende a si própria, assume-se uma dimensão inteiramente diversa. Nessa pergunta, o esquema transcendental acaba fracassando. Assume-se no questionamento ontológico a contraposição infinita do ego transcendental. Nesse sentido, já em Ser e tempo se começa a superar aquele esquecimento do ser que Heidegger caracterizou mais tarde como a essência da metafísica. O que ele chama de “virada (*die Kehre*) nada mais é que o reconhecimento da impossibilidade de superar o esquecimento do ser na reflexão transcendental. Nesse sentido, todos os conceitos posteriores, o ‘acontecer do ser’, o ‘pré’ como a ‘clareira do ser’ etc. são consequências implícitas no primeiro enfoque de Ser e tempo (GADAMER, 2002, p. 150).

o círculo hermenêutico, estaria retomando a segmentação do sujeito em relação ao seu objeto científico. A denúncia reiterada dessas imperfeições, com capitulação nas mesmas apreensões que levaram a filosofia de Heidegger a rejeitar o sujeito hermético perante o mundo que identifica, de fato, conferem sentido ao proclamado atributo unívoco desse viés hermenêutico. A interação indicada também alude ao indicativo a seguir:

Heidegger opõe à fenomenologia eidética de Husserl, e à distinção entre fato e essência, sobre que ela repousa, uma exigência paradoxal. A facticidade da *pré-sença*, a existência, que não é passível de fundamentação nem de dedução, deveria representar a base ontológica do questionamento fenomenológico, e não o puro “cogito”, como estruturação essencial de uma generalidade típica: uma ideia tanto audaz como difícil de ser cumprida (GADAMER, 1997, p. 386).

Em consonância a Stein (2005 p. 93), a temática da fenomenologia *heideggeriana* estaria situada em três importantes pontos. Primeiro, o modo como se manifestam os “entes intramundanos” não contempla a esfera do simples objetivo; segundo a forma com que ocorre aquela constituição e seu ser não podem funcionar como seus pressupostos objetivos; e terceiro, com maior destaque, não bastaria a pergunta “como é possível o próprio dar-se”, mas a resposta principal atende ao chamado de “como é possível que algo esteja descoberto?”. Por derradeiro, o fato de algo estar manifesto e poder ser encontrado ocorre porque tudo o que a nossa percepção encontra detém experimentação enquanto “ente”. Em complemento, a indagação pelo sentido do ser e a outra indicada a abertura do *dasein* acabam coincidindo e, por inferência lógica, o sentido do ser e a facticidade do ser-aí tornam-se inseparáveis como problemas”.

Essa aproximação entre o problema lógico do sentido do ser e da adição de facticidade do *dasein*, em concordância a Carneiro (2005, p. 6), leva-nos a constatar que a fenomenologia hermenêutica não se restringe tão somente ao distanciamento ontológico, mas incide substancialmente sobre o modo com que o ente se manifesta. A exposição do ente ocorre sempre em um contexto que interage consigo, ou seja, sua manifestação depende de um fenômeno que atinge o espaço do ser. A junção do ente com outros entes no fenômeno, apesar da aparente dificuldade de compreensão, facilitaria esse processo dado que a associação dos diversos elementos beneficia o desvelamento do ser enquanto verdade. Acrescenta o autor que a associação entre a distinção ontológica e a natureza complexa do fenômeno propiciam e requisitam um “ir e vir do ente revelado ao desvelamento do ser”. Esse encadeamento não ocorre em um mesmo ponto interno à consciência, mas em pontos distintos. Com isso, esse “ir e vir” consolida a relação de circularidade denominada “*círculo hermenêutico*”. O desvelamento do direito demanda a catarse dos dois elementos constitutivos da fenomenologia hermenêutica, quais sejam o fenômeno e o círculo hermenêutico.

A circularidade da compreensão é ressaltada pela interação contextual dos muitos entes. Com atributo hermenêutico, a primeira deflagração necessária interage com a dimensão reflexiva sempre inscrita na compreensão. A compreensão não é apenas a reprodução de determinado ponto de conhecimento e, assim, não se conforma com a mera repetição (GADAMER, 2002, p. 146).

Ora, se o “ser” não corresponde linearmente ao “ente”, e se cada leitura do “ente” em sua posição contextual reformula a concepção sobre o “ser” pelo constante ir e vir da circularidade hermenêutica, de fato, o conhecimento não se erige da repetição, mas de cada adição fenomenológica empreendida. Seguindo essa linha de pensamento, destaca-se:

Esta formulação paradoxal resume as ideias da hermenêutica romântica, que tenha clareza sobre a estrutura reflexiva do fenômeno hermenêutico. A inteireza do compreender exige que se traga à consciência o componente inconsciente da compreensão. Nesse sentido, a hermenêutica romântica tem por base um conceito fundamental da estética kantiana, o conceito de gênio, que cria a obra paradigmática, “de modo inconsciente” – como a própria natureza -, isto é, sem o emprego consciente de regras e sem imitar modelos (GADAMER, 2002, p. 146).

Em colaboração ao círculo da compreensão, Gadamer (2002, p. 72) sustenta que o preceito hermenêutico que determina a compreensão do todo a partir do singular, bem como o singular a partir do todo, tem origem na retórica primitiva e teve sua transferência empreendida pela hermenêutica moderna, transitado “da arte de falar para a arte de compreender”. As duas hipóteses recolocam o intérprete naquela relação circular antecedente. A antecipação semântica que contempla o todo adquire compreensão explícita com o fato de as partes, estabelecidas pelo todo, também “determinarem por seu lado esse mesmo todo”.

A questão das possibilidades de compreensão são objeto da indagação de Gadamer, com o indicativo de que a compreensão seria possível apenas quando o intérprete se colocasse em uma abordagem do texto revestido por uma pré-compreensão. Esse significante, em uma parte, leva o intérprete a orientação do texto com base no mundo em que interage; ao mesmo passo, em outra parte, um interesse na compreensão conecta-se ao próprio processo, ressaltando a utilização do texto pelo intérprete com um anterior propósito em mente (SCHROTH, 2002, p. 383). Os dois aspectos devem ser recobrados sempre que o desvelamento seja requerido. O mundo que constitui o “ente” desvelado e entendido como “ser” também adquire essas feições (ente), e o desvelamento também contempla a aquisição de sentido que o produto constitutivo do intérprete lhe confere. O elemento volitivo da mesma maneira interfere no processo de compreensão (desvelamento) de maneira que o “ente” revelado já não é exatamente o mesmo que o revelaria outro sujeito.

Isso tudo, por óbvio, não compreende uma teoria sobre a impossibilidade de neutralidade, mas tenta explicar o único rito cognoscível possível em vista da limitação e falibilidade da consciência humana. Existe uma compreensão *a priori* (histórica e volitiva) que guiará a interpretação do mundo e, conseqüentemente, a interpretação dos textos. Essa conclusão retoma a negativa a outro método que não o fenomenológico para a compreensão hermenêutica. Não se trata de uma teoria metodológica entre muitas, mas de uma concepção de método que por sua estrutura lógica impede a sustentação de outro método.

Reforçando o argumento, por meio da compreensão antecedente que conduz a interpretação do texto, cada tentativa de interpretação textual denotaria a simultânea condição de “aplicação ao atual estado de consciência do intérprete”. Por esse motivo a convicção *gadameriana* sustenta o círculo hermenêutico como uma espécie de entrelace da parte fornecida ao texto pela tradição com a parte lá colocada pelo intérprete. Esse entendimento *a priori* do intérprete tem como consequência no processo de compreensão que o texto seja transformado progressivamente em um texto diferente (SCHROTH, 2002, p. 383-384). A circularidade permite que cada nova leitura do texto seja revestida de novas ilações pelo intérprete e, assim, que a interpretação já não conceba o mesmo resultado. A compreensão torna-se dinâmica à medida que o pensamento é reformado por influência das novas impressões sentidas pelo sujeito enquanto interpreta.

A hermenêutica de Heidegger comporta feições diferentes da relatada⁸⁵. Tendo em vista que esta condução não se volta diretamente para compreensão de textos, mas tem diligência à faticidade, o círculo hermenêutico resgata o perfil existencial, por meio do qual assumiria o “módulo existencial do *dasein*”. A própria possibilidade de compreensão do mundo está relacionada a previa ocultação no *dasein*, que pelo desvelamento erige uma compreensão suplementada por esse módulo existencial, ou etapas de existência do *dasein*. O módulo é cerrado com a compreensão, passando a fazer parte de um mundo linguístico transformado, e disponibilizado para outras novas compreensões; ou seja, ofertado em circularidade espiral para a formação de outros módulos existenciais (CARNEIRO, 2005, p. 7). Em adição ao senso de módulo existencial, destaca-se:

[...] estamos mergulhados em um montó que somente aparece (como mundo) na e pela linguagem. Algo só é algo se podemos dizer que é algo. Esse poder-dizer é linguisticamente mediado, porque nossa capacidade de agir e de dizer-o-mundo é limitado e capitaneado pela linguagem. Como diz Heidegger, todo o processo de

⁸⁵ “O círculo hermenêutico que estabelece a relação entre particular e todo, bem como o círculo heideggeriano que aponta a relação da pré-compreensão e a compreensão existencial não são, contudo, incompatíveis. Em verdade, são feições de um mesmo círculo que tem como máxima a relação da pré-compreensão com a compreensão” (CARNEIRO, 2005, p. 7).

compreensão do ser é limitado por uma história do ser que limita a compreensão. Gadamer, assim, eleva a linguagem ao mais alto patamar, em uma ontologia hermenêutica, entendo, a partir disto, que é a linguagem que determina a compreensão e o próprio objeto hermenêutico. O existir já é um ato de compreender e um interpretar (STRECK, 1999, p. 178)

A inteligência de uma circularidade estava contemplada na lição de “Ser e Tempo”. Heidegger (2005a, p. 33) sustentava que a colocação manifesta e translúcida da questão sobre o sentido do “ser” imporia uma explicação prévia adequada de um ente acerca de seu “ser”. Ainda assim, o filósofo indaga a determinação prévia do “ente” em seu “ser” e a colocação da questão do “ser” sobre essa base, em possível alocação circular viciada. A sua defesa sustenta que o “ente” seria determinável em seu “ser” sem estar condicionado à disposição prévia de um conceito explícito sobre o sentido do ser. Admitir o contrário seria ignorar que existem conhecimentos ontológicos.

Em complemento, atribui-se à compreensão um caráter eminentemente existencial, ou ainda, “sempre compreendemos; estamos condenados à compreensão”. Pelo mesmo viés, a estrutura analítica desse modelo compreensivo não teria aptidão para constituir sentido, apenas para demonstrar como o sentido se dá e quais as suas possibilidades e desvios. O modelo de “ser-no-mundo” teria sua residência na compreensão, sendo papel da analítica a exposição de como ela ocorre, e atribuição da fenomenologia explorar sua máxima potência, permitindo que a compreensão aconteça em sua plenitude e não apenas em nível superficial (CARNEIRO, 2002, p. 108).

A conclusão sobre essas alegações acaba conduzindo a defesa de uma compreensão antecedente à formulação do “ente”, originária do intérprete, mas que em nada se aproxima da tradição metafísica. A atitude de compreender, *per si*, já denota um conceito antecedente sobre o que represente essa designação linguística e quais os indicadores desejáveis para sua verificação de validade. Nesse jaez:

As consequências de maior radicalidade de Heidegger emergem de sua concepção hermenêutica da fenomenologia: o ser humano, quando se compreende como ser, já se interpretou, na medida em que sua compreensão implica a compreensão de ser. Essa circularidade é que envolve sempre a dimensão pré-teórica de uma arquiência que precede qualquer conhecimento (STEIN, 2014, p. 154).

A circularidade sob essas bases aponta que a posição do geral persuade o singular, nada obstante o singular também exerça esse influxo sobre o todo. O resultado dessa mútua interação que conduz à compreensão, recebe também a adição da compreensão prévia que passa a se integrar ao mundo do ser e a possibilitar outras compreensões. O que se tem por “módulo existencial” teria seu perfeito fechamento através da compreensão, possível apenas por meio da

descrita relação de ida e volta entre o singular e o geral. A circularidade encontra-se incrustada pelo perfil existencial (CARNEIRO, 2005, p. 8).

O primeiro sentido existente na pré-concepção do intérprete não confere a si próprio a qualidade transcendental, apenas recobra a relevância da experiência, mesmo que vulgar, e a modulação ontológico-linguística que a compreensão adquire. Quando da defesa desse caminho fenomenológico que considera a posição preliminar cognoscível *a priori*, o intento em muito se distingue da insuflação *kantiana* da consciência. O sentido prévio que influencia a interpretação se exhibe, ao passo da hermenêutica *heideggeriana* como um projeto do “ser” que se busca compreender.

Por esse caminho, apenas seria possível compreender a parte a partir da pressuposição sobre ela em um “projeto de todo”. Advirta-se, no entanto que a interação entre a parte e o todo não ocorre em relação ao objeto e o sujeito em posição dialética, mas pressupõe a distinção ontológica entre um ser projetado como todo e um novo ser que aparece como uma parte que se revela posteriormente e viabiliza novos projetos (CARNEIRO, 2002, p. 109). As complexidades dessas interações, na circularidade hermenêutica, levam Heidegger a formalizar a distinção entre compreensão e interpretação:

Na compreensão, a pre-sença projeta seu ser para possibilidades. Esse ser para possibilidades, constitutivo da compreensão, é um poder-ser que repercute sobre a pre-sença as possibilidades enquanto aberturas. O projetar da compreensão possui a possibilidade própria de se elaborar em formas. Chamamos de interpretação essa elaboração. Nela, a compreensão se apropria do que compreende. Na interpretação, a compreensão se torna ela mesma e não outra coisa. A interpretação se funda existencialmente na compreensão e não vice-versa. Interpretar não é tomar conhecimento de que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas na compreensão (HEIDEGGER, 2005a, p. 204).

Em filiação ao situado modelo hermenêutico, podemos conceber a compreensão com a antecipação (projeto) de todo, enquanto a interpretação representa a aferição sobre a validade das partes pressupostas desse projeto em confrontação com os demais aspectos cognoscíveis, ou seja, a execução do projeto sobre o todo que passo a passo intentava a própria compreensão⁸⁶. O projeto do todo, no entanto, constituindo-se em uma antecipação de sentido poderia se revelar equivocado perante novos fenômenos apresentados (CARNEIRO, 2002, p. 110). Essa ideia apenas ressalta o quanto os elementos fenomenológicos projetam efeitos no cumprimento do projeto, induzindo a concepção final a resultados inevitavelmente distintos dos que o senso inicial revelava.

⁸⁶ “A compreensão, portanto, é concebida por Heidegger como uma antecipação, ou seja, um projeto de todo. A interpretação representa a consecução desse projeto que, *step by step*, visava a própria compreensão (CARNEIRO, 2005, 8).

A confissão sobre a falibilidade do projeto seria importante para integração de uma revisão sobre o projeto. Conforme a defesa de Gadamer (2002, p. 75), a intenção de compreensão sobre um texto deve estar precedida pelo projeto, pela projeção antecedente de sentido do todo, assim que seja exibido um sentido primário no texto. O primeiro sentido aparece porque a leitura do texto contempla sempre expectativas do intérprete em determinado sentido. A compreensão do que consta no texto é a própria elaboração do projeto prévio, sujeito a revisões constantes em proporção à aquisição de profundidade e amplitude no sentido do texto. Cada emenda do projeto poderia impulsionar outro projeto de todo, assim como os projetos conflitantes poderiam colaborar para o levante de um modo mais congênere de sentido, tudo porque a interpretação parte de conceitos preliminares, mas os substitui posteriormente por conceitos mais adaptado. A projeção de novo arremata o manejo semântico de compreensão e interpretação.

Por dedução da circularidade hermenêutica temos que o fenômeno, concebido como aquilo que se exhibe, pode ser entendido somente por antecipação do *dasein* na compreensão do todo que o contém, dando impulso à interpretação pelos elementos singulares, susceptíveis de influências distintas e capazes de reformular o projeto tanto quanto seja necessário para o ponto alto da compreensão. As novas projeções não têm sua viabilidade garantida apenas pela possibilidade de revisão, mas substancialmente porque estas possibilitam outros desvelamentos, que na leitura *heideggeriana* revelariam o movimento fenomenológico. Com isso, a compreensão existirá mesmo que equivoca e suscetível de revisão. Melhor explicando, mesmo que o círculo permita a interação fenomenológica, a revisão do projeto e a operação de novos projetos, a compreensão, ainda que preliminar, estará se apresentando enquanto compreensão. Inexistem lacunas entre a interpretação e a compreensão, pois a compreensão precede a interpretação e não o contrário. O projeto inicial é a compreensão e a sua verificação é a interpretação, de maneira que a reformulação do projeto abre outras possibilidades de compreensão, mas não retira do *dasein* o projeto inicial como recordação, apenas o substitui pelo novo projeto. Sob a premissa relatada, existe uma interação nítida entre compreensão, interpretação e aplicação que, seguindo a intenção *gadameriana* poderia reiterar que a interpretação não ocorre senão para aferir a medida da compreensão antecedente. Ao mesmo passo, a compreensão ocorre quando a situação particular do intérprete demonstra uma possível aplicação a ser levada em conta. Por sua vez, a interpretação termina quando a compreensão não oferece outras indagações e, dessa maneira, adquire estabilidade (CARNEIRO, 2002, p. 110).

O modo de compreender o todo a partir de um projeto de sentido, sujeito ao influxo fenomenológico e às constantes revisões de traçado, favorece a projeção de um perfil menos

especulativo a respeito do conhecimento científico. A propósito, a apreensão de sentido a partir do reiterado ir e vir do projeto em debate com seus muitos agitadores conferem razão tanto à distinção ontológica ente “ser” e “ente” quanto à distinção semântica entre conhecimento e interpretação. As limitações biológica e cognitiva que impedem o homem de adquirir o pleno sentido sobre as coisas do mundo e resultam em convicção parcial formulada por indução da linguagem; da mesma forma aquiescem a impossibilidade de projeção preliminar plenamente assertiva sobre o todo.

Diz-se que a produção de sentido adquire feições não especulativas porque a fenomenologia hermenêutica ensina o trajeto para compreensão metodológica da aquisição de conhecimento, ao contrário de tentar socorrer-se a planos teóricos transcendentais, pautados por valores existenciais absolutos ou inatos. Não há verdades absolutas cognoscíveis pelo sujeito, porque até mesmo a sua formulação sobre esse adágio é maculado por seus conceitos personalíssimos⁸⁷. Ressalte-se também:

Aquele que quer compreender não pode se entregar, já desde o início, à casualidade de suas próprias opiniões prévias e ignorar o mais obstinada e conseqüentemente possível a opinião do texto – até que este, finalmente, já não possa ser ouvido e perca sua suposta compreensão. Quem quer compreender um texto, em princípio, disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si (GADAMER, 1999, p. 405).

Em breve passagem, temos que colher frutos em benefício da hermenêutica jurídica. O projeto de compreensão que se revela diante de um texto jurídico deve colocar-se em confrontação com os atributos fatos (fenômenos) para que a revisão do projeto se dê em todas as vertentes possíveis, de maneira que a interpretação atinja valores mais adequados a cada nova revisão. Esse ponto de abertura é essencial para que o método pátrio de vinculação de provimentos seja interpretado em associação com a faticidade necessária para possibilitar um reenquadramento sempre que necessário.

Não menos importante é o reconhecimento da atitude linguística que invariavelmente reduz a margem de isenção do intérprete perante o mundo que tenta identificar. O “ente” desvelado como “ser” não escapa das correntes que a inserção comunicativa coloca sobre o sujeito. Nesse sentido, STRECK (2009, p. 71) adverte que “o intérprete não interpreta do alto de uma relação sujeito-objeto”, estando antes inserido em uma circunstância hermenêutica que

⁸⁷ “Se verdade encontra-se, justificadamente, num nexó originário com o ser, então o fenômeno da verdade remete ao âmbito da problemática ontológica fundamental. Desse modo, já não se deveria encontrar esse fenômeno no seio da análise fundamental preparatória, na analítica da pre-sença? Que nexó ôntico-ontológico a “verdade” estabelece com a pre-sença e com sua determinação ôntica, que chamamos de compreensão do ser? Será que tomando isso por base poder-se-ia de-monstrar por que ser correlaciona-se necessariamente com verdade e vice-versa?” (HEIDEGGER, 2005a, p. 281).

torna o intérprete refém da linguagem. A admissão do sentido à “situação linguística” levaria a atividade interpretativa ao patamar eminentemente voluntarista. Em submissão plena à linguagem, a atividade hermenêutica se apresenta em decorrência do processo de auto compreensão contextual, em que o intérprete fala do Direito ou sobre o Direito com subsídio peremptório no que se poderia chamar de seu “desde-já-sempre, o já-sempre-sabido sobre o Direito, enfim, como o Direito sempre-tem-sido”. O sentido comum teórico acerca do Direito, que conduz a interpretação do fenômeno jurídico, está localizado em uma posição antecedente.

Por outras palavras, o intérprete compreende o Direito somente com os filtros personalíssimos que a sua posição de sujeito tenha captado a respeito do que seja o “ser” Direito, e da apreensão comunicativa que aquele objeto tenha adquirido no *dasein*. A compreensão do processo em que se dá o fenômeno hermenêutico adquire, portanto, mais relevância do que a compreensão de sua perspectiva ontológica. O cunho volátil dos sentidos que se desvelam ao *dasein* limita totalmente a oportunidade de compreensão do fenômeno em posição selada de ingerências subjetivas, porque até mesmo o conceito de neutralidade contemplaria uma percepção antecedente, e personalíssima, sobre o que esse conceito representa. Desse modo, a redução de equivocidade apenas é possível com o melhor posicionamento metodológico do conhecimento e, por dedução, do método adequado para desvelamento do fenômeno jurídico.

Aderindo ao que proclamavam Warat e Pêpe (1996, p. 7-8), preferimos a visão da filosófica do direito não violada pelas posturas especulativas e universalistas que, por natureza, mantém nuclearmente uma ambição fantasiosa de absorver a textura fundamental de tudo o que está no mundo. Necessitamos rejeitar a reflexão auto referenciada e descompromissada com a prática do Direito, que fecha o sistema e o reduz a uma coleção funcional de representações ideológicas, pois como os autores definem, as representações em questão “substituem a realidade do Direito pela ideia do Direito”, servido para justificar visões eminentemente tecnológicas e situadas em universos de valores abstratos e difusos que acabam por distanciar os juristas das indagações fundamentais da filosofia.

Em busca de uma melhor integração entre o direito e o universo de teorias humanas que lhe rodeia, a postura hermenêutica fenomenológica segue roteiro confiável para impulsionar a resolução do problema da falibilidade da consciência. O sujeito do mundo e no mundo, com sua consciência maculada por toda a oferta de possibilidades que o entorno e a vontade lhe conferem, deve aprender o passo a passo do desvelamento (conhecimento) com maior urgência do que a aquisição da verdade. A verdade buscada é na realidade a que permite o complexo processo de projeção e reformulação do projeto, e será sempre restrito aos

elementos sensíveis assimilados pelo sujeito. Retomando uma vez mais a reivindicação fenomenológica:

[...] a compreensão se dá no interprete como uma reação provocada no mundo-da-linguagem. Essa compreensão é a compreensão de um ente que se mostra em um fenômeno. O *dasein*, visando a compreensão do todo, estabelece um projeto e, a partir daí, em um ir e vir ao fenômeno, obtém, mesmo que pela consecução de um projeto modificado no curso do processo, a compreensão dos entes. Essa descrição representa o processo ou, como prefere Heidegger, o método fenomenológico hermenêutico (CARNEIRO, 2005, p. 9).

Em anuência à projeção da fenomenologia hermenêutica, a interpretação do direito acontece em leitura de verificação da projeção inicial alçada sobre determinado objeto jurídico, com os acréscimos que os fenômenos sejam capazes de conduzir. Entre esses acréscimos, os possíveis resultados práticos, ou seja, a possibilidade de aplicação do direito, representa um dos referenciais disponíveis para o novo projeto de todo, capaz de influir no resultado final da interpretação quando as possibilidades de arremedo sejam cessadas. Em leitura do sistema pátrio de provimentos vinculantes, temos que recobrar a todo custo o quanto a adição de faticidade pode reformular a projeção de conhecimento alçada inicialmente ou mesmo a que se revela ao sujeito no decorrer da revisão do projeto, e da circularidade que permite a interpretação e compreensão do todo.

Outro ponto que não pode ser esquecido é o quanto o produto comunicativo detém relevância para a própria aquisição de conhecimento, em consideração à equivocidade linguística e especialmente em respeito à falibilidade da consciência humana. Com essa convicção, a leitura do processo civil, especialmente do que se projeta como padrão decisório a ser seguido, deve estar acompanhada dos elementos da tradição e das melhores possibilidades de interação que os fatos possam revelar ao intérprete, para que o sistema não seja fechado em descompromisso com a realidade.

Todos esses pilares devem ser retomados na sequência do trabalho, quando serão construídos os argumentos pela superação do adjetivo instrumental do processo, em nova referência à posição da linguagem para compreensão do fenômeno jurídico. No capítulo seguinte, passaremos a tratar da formação e aplicação do denominado precedente judicial, com a descrição dos indicadores hermenêuticos que levam ao argumento pela atenção obrigatória à tradição, transitando por longo caminho até que seja possível descrever com razoabilidade os principais pontos contemplados pelo vigente código civilista de ritos voltados à previsibilidade e estabilidade da aplicação do direito.

3 ARGUMENTAÇÃO, COERÊNCIA E INTEGRIDADE: AS CHAVES CONSTITUCIONAIS PARA A INTERPRETAÇÃO DOS PROVIMENTOS VINCULANTES NO PROCESSO CIVIL

3.1 Direito, linguagem e a diferença ontológica

A projeção de referências judiciais para a consolidação de caminhos unificados, que colaborem com a redução da equivocidade discricionária na aplicação do direito, está contida no método pátrio assumido pelo Código de Processo Civil em vigor. O entendimento desse combustível em vista da fenomenologia hermenêutica e da rejeição à filosofia da consciência requer, entre outros passos, a acomodação da norma jurídica como elemento fenomenológico participe da circularidade hermenêutica e, por conseguinte, da tradição judiciária sob os mesmos predicados de referenciais fenomenológicos. Ressalte-se desde o princípio que a possibilidade de aplicação do direito conhecida pelo sujeito representa um dos possíveis indicadores, condutores do projeto de “todo”, capazes de suscitar novas interações e digressões no processo de conhecimento.

Em vista desse passo, importa a memória de que a complexidade do mundo não permite sua representação plena por incursão da linguagem. A possibilidade de amparo linguístico fica restrita a parcela que o imaginário humano, limitado por essência, tenha aptidão para acobertar, sempre com a oportunidade de indução sensorial que os rastros da experiência exercem sobre a interpretação. A compreensão do sujeito, em vista desses condutores, ocorre senão pelo meio linguístico, ou nos dizeres de Gadamer (1997, p. 566), “A linguagem é o *medium universal* em que se realiza a própria compreensão. A forma de realização da compreensão é a interpretação”. O filósofo acrescenta:

Essa constatação não quer dizer que não exista o problema particular da expressão. A diferença entre a linguagem de um texto e a de seu intérprete, ou o abismo que separa o tradutor de seu original, não são, de modo algum, uma questão secundária. Bem pelo contrário, os problemas de expressão linguística já são, na realidade, problemas de compreensão. Todo compreender é interpretar, e todo interpretar se desenvolve no *medium* de uma linguagem que pretende deixar falar o objeto e é, ao mesmo tempo, a linguagem própria de seu intérprete (GADAMER, 1997, p. 566).

A focalização no método pelo qual ocorre a compreensão, com reconhecimento da falibilidade da intenção de alcançar essências ontológicas, acaba por sublinhar os constituintes de faticidade que interagem com a interpretação teórica. A leitura do mundo, ou melhor, o desvelamento do “ente”, diante de tais orientações, se materializa com inclinação pautada nos

fenômenos. Por assim dizer, a aparência do “ser” remete seguramente a um conhecimento prévio de natureza fenomênica que traduz (interpreta) aquele “ente” para o *dasein*.

O intelecto da compreensão linguística em crivo fenomenológico, quando se aborda o “direito” como objeto, progride pelo mesmo trilho. O fenômeno jurídico tem seu desvelamento possível senão pelo domo da linguagem e da percepção antecedente do sujeito em vista de fatos por ele cognoscíveis. Assim, o direito conhecido seria aquele originário da formulação de normas que na leitura da experiência estariam a regulamentar determinadas interações de fatos. Com essa convicção, a melhor consciência metodológica sobre o fenômeno jurídico, ou seja, a melhor apreensão sobre como ocorre a compreensão do direito, denota maior importância que a integração de cunho ontológico que pretenda a identificação do que seja a substância do direito ou a verdade plena sobre o objeto jurídico.

Concordando, nesse ponto, com a expressão de Kaufmann (2002b, p. 58), nem mesmo seria possível falar-se de um “direito correto” sem cuidado com o “método do direito correto”, uma vez que está sempre presente um momento criativo no conhecimento do direito, visto que a forma concreta de existência do direito aparece apenas no processo de realização do direito. Isso faz com que as teorias processuais da justiça, de forma recorrente, tenham projetado o “direito correto” como resultado do processo de desvelamento do direito. A defesa fenomenológica empreendida no capítulo anterior, em sentido diverso, oferta proposta analítica a respeito do processo pelo qual ocorre o conhecimento, quando o “ente” se mostra ao *dasein* e em presença dos demais elementos que o influencia, torna possível a formulação do “ser”. Uma outra roupagem metodológica sem impõe, e essa acaba sendo a principal ocupação da hermenêutica jurídica:

Não se pode compreender hoje em qualquer modelo metódico-jurídico sem reflectirmos problemática e criticamente sobre a sua intencionalidade no quadro global do pensamento jurídico e aí também sobre os seus pressupostos constitutivos – o problema específico do método jurídico é actualmente, e porventura mais do que nunca, uma dimensão da problemática do direito do correlativo pensamento jurídico (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 9).

A filtragem da fenomenologia hermenêutica não comporta a locução de um “direito correto” que possa ser desvelado, porque o próprio método pelo qual o conhecimento se erige revela a impossibilidade de alcance ontológico íntegro do “ente”. A apreensão de como o conhecimento sobre o fenômeno jurídico ocorre limita cabalmente a chance de defesa dos argumentos de neutralidade que, em verdade, apenas fantasiam os atributos personalíssimos e recuperam o vigor da discricionariedade. Por outro lado, a melhor identificação desse traçado metodológico permitiria a redução da margem de vulnerabilidade do direito perante os

elementos de subjetividade do intérprete, apontando para um norte que poderia representar um “direito correto”, não por desvelamento de sua natureza, mas por constatação dos crivos adequados para a formulação do preceito.

A proposta analítica ressalta que a compreensão do direito ocorre quando determinados entes se mostram ao *dasein*, o que não significa de maneira alguma atribuir a esses entes a característica fundamental do que seja o direito. A sustentação de que “o direito é isso ou aquilo” seria reduzi-lo a condição de ente e ignorar o distanciamento ontológico, postura habitual das concepções metafísicas da filosofia da consciência (CARNEIRO, 2005, p. 10). O “ser” direito é volátil porque exsurge de um processo complexo de desvelamento da limitada parcela cognoscível pelo *dasein*, de maneira que a interpretação se confunde com a compreensão, constatação que torna instável qualquer acepção ontológica. Por isso tudo que a análise do processo de desvelamento do direito importa mais do que a plena identificação da natureza do direito.

Em breve parêntese, poderíamos lembrar da preambular lição hermenêutica que não permite a identificação entre “texto” e “norma”⁸⁸, sendo o primeiro referencial interpretativo que permite a formulação do segundo, em conjugação a outros elementos capazes de influir no resultado. Assim como o texto legal, os demais componentes do conjunto interpretativo não adquirem a feição própria do que seja a norma, apenas importam para que o produto (norma) seja desvelado na análise daquele conteúdo. Ressalte-se, no entanto, que mesmo que esses indicadores não sejam identificáveis com a norma, acabam em conjunto condicionando a sua própria possibilidade de existência.

O texto é uma formulação linguística que, tomada como índice, permite a formulação de determinada norma em projeção de possíveis fatos. Por essa simples acepção, poderíamos defender com pertinência que a norma independe do texto, ou seja, que o resultado interpretativo é possível mesmo que não exista uma lei positiva; mas essa defesa apenas apontaria para outro índice diverso do texto, que fatalmente denotaria a formulação linguística voltada a algum regramento. Esse outro índice poderia ser localizado a depender da teoria do direito assumida pelo intérprete, que poderia, por exemplo socorrer-se no costume ou no direito natural. O ponto fulcral diante dessas alusões seria que, independente do que seja tratado como

⁸⁸ “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte” (ÁVILA, 2005, p. 22).

índice hermenêutico, a melhor compreensão sobre o processo de desvelamento torna menos claudicante a possibilidade de apreensão do que seja o direito.

O início da tarefa analítica retoma o distanciamento ontológico e a máxima heideggeriana de que “não há ser sem ente e de que o ser é sempre o ser de um ente”. Em mesmo sentido, o “ser” direito apenas existe porque tenta identificar um “ente” com feições projetadas pelo sujeito e que também seria por vezes denominada “conduta humana”⁸⁹. A conclusão com esse teor não é depositária de uma vazão apriorística transcendental, mas se mostra a partir da analítica existencial do *dasein* em associação à atividade empírica-existencial. A compreensão do direito, que em perspectiva hermenêutica corresponde a sua produção e aplicação, somente acontece em vista de uma conduta humana identificável⁹⁰ (CARNEIRO, 2005, p. 10-11).

Em linhas gerais o direito demonstra a incursão linguística de significação de condutas humanas. Essa formulação da linguagem, mesmo que aparente a postulação teórica tem uma inclinação de maior disposição atividade prática. A conduta humana pensada teoricamente tem inspiração em um fenômeno que é assimilável porque originário de uma verificabilidade prática disponível na percepção do sujeito.

O entendimento do direito com recepção à guinada ontológico-linguística, que permite a diferenciação ontológica⁹¹ entre o objeto (ente) e o seu resultado interpretativo (ser), e focaliza a linguagem em direção ao seu potencial de desvelamento dos fenômenos práticos diretivos; comportaria diferentes postulados ontológicos, mas em qualquer desses postulados retornaria fatalmente a regulação de condutas⁹². As normas empreendem a sistematização dos possíveis

⁸⁹ “Em verdade, o direito só se desvela no *dasein* se, em sua clareira, surgir no fenômeno (“vulgar”) uma conduta humana que provoque, justamente, esse sentido de intersubjetividade” (CARNEIRO, 2005, p. 10).

⁹⁰ Complementando essa ideia, temos visto que “[...] o desvelamento do ser só é possível por força da pré-compreensão do *dasein*, que será sempre e necessariamente um ser-aí. Essa vivência, por si só, viabilizaria a compreensão do direito, afinal, conseguiríamos perceber as tradições de nossa comunidade, o que é certo e o que é errado da mesma forma que compreendemos o que é belo e o que é feio. Não seria inviável pensar a dimensão ética de nossa sociedade do mesmo modo que pensamos a dimensão estética” (CARNEIRO, 2005, p. 11).

⁹¹ A rigor, o melhor enquadramento do que diferencia “ente” e “ser”, ou mesmo do que afasta “texto” e “norma”, não contempla a ideia de ruptura, mas propriamente de distinção ontológica. A esse respeito: “A diferença ontológica (ontologische Differenz) é um dos dois teoremas fundamentais da hermenêutica [...]. Nem o universal nem o empírico. Nem objetivismo, nem subjetivismo. Nem conceitos sem coisas; nem coisas que assujeitam o sujeito. Na máxima de Heidegger, isso é traduzido pelo enunciado ‘o ser é sempre um ser de um ente’. Eis o enigma: os fenômenos se manifestam. Exsurtem. Põem-se à mão por intermédio da linguagem. O ente só é no seu ser. Por isso não há uma cisão entre ser e ente. E não há cisão entre palavra e coisa; entre fato e Direito. Dai a construção da relação texto-norma no contexto da diferença ontológica” (STRECK, 2017, p. 49).

⁹² A compreensão fenomenológica não está condicionada necessariamente a alguma teoria sobre a natureza do direito, porque a visualização do direito em sua vertente de linguagem exprime primordialmente a relação do processo de desvelamento do objeto “direito”, em assunção de humildade perante as impossibilidades de designação comunicativa da complexidade do mundo. Em congruência, podemos destacar “Fenomenologicamente falando, não há diferença entre a ficção das obras de Jorge Amado e a ficção dos dispositivos de autoria do legislador. A diferença está na imagem que eles produzem o no grau de institucionalização que eles encerram. Esse grau de institucionalização é percebido enquanto ser decorrente da dimensão fenomenológica em si mesmo que os dispositivos encerram” (CARNEIRO, 2005, p. 12).

fenômenos e possíveis resultados de sua ocorrência, de modo a reduzir, ao menos idealmente, a complexidade do mundo de possibilidades em que orbitam esses elementos.

A compreensão do direito por essa via adquire feições fenomenológicas, de modo que a norma pode ser entendida como “compreensão fictícia do fenômeno real”, ou seja, “aquilo cuja compreensão nos prepara para compreender fenômenos que ocorrem na realidade, em determinado dia, local e hora”. Justamente por isso é que a norma jurídica ocupa posição central nas teorias do direito e por vezes induz a sua confusão com o próprio direito (CARNEIRO, 2005, p. 12-13).

Em sentido oposto, em vista da crítica fenomenológica e da analítica do desvelamento do “ser”, a relação entre texto e norma, e entre esses elementos e o “ser” direito, apontam para uma obliquidade de significação e não de correspondência, mesmo que a figura normativa ainda aponte a uma teorização sobre elementos fáticos. Os referenciais normativos têm incidência pelo intento de redução da complexidade do sistema e melhor integração (previsibilidade) dos resultados produzidos pelo processo de conhecimento.

A tal complexidade do mundo também se relaciona à presença de um poder político concentrado em determinada figura institucionalizada (atribuição tomada usualmente pelo Estado), que opera como emissor do direito ao mesmo tempo que adquire feições de destinatário final desse conteúdo. Nesse mesmo panorama persistiria a valorização acentuada dos avatares de segurança jurídica e, assim, a exigência de um processo otimizado de compreensão do direito. Esse *upgrade* na compreensão do direito encontra vigor, por exemplo, na norma positivada (texto), que não representa *per si* a compreensão do direito, mas denota eficiência para catalisar a compreensão e pautar o desvelamento do “ser” direito de forma mais homogênea. Esse achado importa para indicar que a compreensão do direito em seu perfil originário tem ocorrência com a percepção do costume⁹³ necessário aditivo de faticidade. (CARNEIRO, 2005, p. 11).

A compreensão do direito, mesmo do direito positivo, deixando para trás a aparência meramente regulatória, não perde a sua natureza fenomenológica, argumento reforçado pela diferenciação ontológica *heideggeriana*. A norma é um “ser” revelado como “ser” somente porque existe um “ente” direito, apenas conhecido em seu resultado interpretativo, que por

⁹³ Nesse sentido: “A pre-sença (aqui a tradução de *dasein* é bem-vinda) percebe o costume e, por força dele, compreende a dimensão ética de um determinado fenômeno. O que hoje subjugamos em nome da segurança jurídica e reduzimos a algumas formas de relação jurídica – o chamado costume como fonte do direito – é, de fato, a representação nítida da hermenêutica jurídico-ontológica” (CARNEIRO, 2005, p. 11).

assim dizer também não corresponde ao “texto”, mas à conduta humana significada por aquela formulação linguística.

A esse respeito, Streck (2017, p. 50) afirma que a relação entre texto e norma, tópico precioso para a teoria do Direito, especialmente da que adere ao pensamento pós-positivista, auxilia a compreensão do sentido da distinção ontológica a que Heidegger se referia. Os dois elementos não podem ser compreendidos apartados um do outro, não restando ao interprete a atribuição de arrebatado um sentido implícito ao texto, como os postulados axiológicos pretenderiam. O que diferencia o texto da norma reside sobre o aspecto ontológico, relativo a natureza de cada elemento. Essa distinção, não se confunde de maneira alguma com a segmentação entre um e outro, porque o texto apenas será compreendido em conjugação à norma erigida sobre ele, ao passo que a compreensão da norma tem esteio no texto que a projetava; e por esse caminho, não existe “textos sem coisas”. Em complemento, mantida a referência autoral:

A diferença ontológica torna-se contraponto básico para as dicotomias metafísicas que ainda povoam o imaginário dos juristas (essência e aparência, teoria e prática, questão de fato e questão de Direito, texto e norma, vigência e validade, para citar apenas algumas que assumem uma relevância incomensurável no processo de aplicação do Direito), mediante as quais a doutrina e a jurisprudência passam a ideia de que o texto “carrega” consigo o exato sentido da norma, assim como se na vigência do texto já estivesse contida a validade da norma (STRECK, 2017, p. 50).

A história construída em direção ao encobrimento do “ser”⁹⁴ revela nada mais que a condução de uma ideia entificada da compreensão, que na sucessão de princípios de cada matriz filosófica tradicional, poderia ser tida como a saga do “esquecimento do ser em favor de um ente” (STEIN, 2006, p. 81). A propósito, em lócus da hermenêutica filosófica nunca seria possível uma operação silogística no direito, ao passo que a compreensão sempre se anteciparia ao delineamento lógico, seja ele dedutivo ou indutivo. A pretensão exegeta de colocar-se perante um fato para atribuir-lhe correspondência analógica desfalece antes mesmo de partir. Antes ainda que o sujeito procurasse sistematicamente uma resposta adequada para esse fato, sua compreensão já o teria antecipado, porque a compreensão da norma jurídica precede a análise do “sentido literal” de um texto normativo e, em vista dessa constatação, a decisão (ato volitivo fatalmente antecipa a submissão do fato à norma (CARNEIRO, 2002, p. 194). O resultado pronunciado, seja qual for o seu referencial interpretativo, termina por alcançar

⁹⁴ O “encobrimento do ser” é recorrente na história da filosofia, utilizando-se por medida, tempo a tempo, caracteres diversos que mantem esse núcleo duro metodológico. Essa ocultação do ser se dá: “[...] pela ideia em Platão, pela substância em Aristóteles, pelo *esse subsitens* no pensamento medieval, pelo *cogito* cartesiano, pelo *Ich denke* de Kant, pelo *absoluto* de Hegel, pela *vontade de poder* de Nietzsche e, afinal, pelo império do dispositivo da era técnica, em que o ser desaparece no pensamento que calcula” (STEIN, 2006, p. 81).

justificação dissociada da realidade do fenômeno, em conclusão que antecede a utilização desses referenciais.

Por essa direção, a focalização precisa da diferença ontológica existente entre texto e norma implica na denúncia compulsória de seu esquecimento pelo pensamento dogmático, que objetifica o Direito. Podemos assim considerar com pertinência: “pensar que existe um texto como texto (em si), separado da norma (sentido), é cair na armadilha da entificação, fenômeno que atravessa mais de vinte séculos, atrelado à busca de um *fundamentus absolutum inconcussum veritatis* [...]” (STRECK, 2017, p. 50). O modelo subsuntivo de aplicação do direito, tão criticado no primeiro capítulo, na lição tomada dos tempos sombrios, tem seu reduto formado nessas tênues linhas de ocultação do ser e esquecimento da diferenciação ontológica.

A subsunção tem como pressuposto a conexão de dois elementos - adesão entre fato e norma, por exemplo - e, justamente por isso, demonstra a segmentação do posicionamento entre as questões de fato e as questões de direito; adágio assimilado vigorosamente pelo modelo epistemológico da ciência moderna. As questões fáticas dispensariam a compreensão porque os seus dados objetivos são submissos a uma atividade descritiva adjacente, encargo que no mundo jurídico é exercido pela prova, a ser reunida na fase instrutória processual. Ao seu turno, as questões de direito, propriamente ditas, em vista de sua correlação e correspondência projetada com o próprio texto, admitiriam interpretação, a medida que esse texto não ofertasse suficiente lucidez. Em suma, o fato se explicaria como questão de prova, enquanto o texto seria aprendido como questão interpretativa (CARNEIRO, 2002, p. 195).

Neste ponto, a natureza fenomenológica da compreensão do Direito deixaria natimorto o pressuposto subsuntivo em todas as suas bases. A relação de diferenciação ontológica não denota rompimento entre os diferentes elementos, e ao mesmo tempo, impede o seu tratamento puramente silogístico. Cientes de que a prescrição teórica denominada texto, mesmo que seja focalizada em posição abstrata, apenas recobra a conduta prática idealizada sob aforismos éticos; ou seja, as questões de fato não se distanciam das questões de direito porque as assim chamadas “questões de direito” representam nada mais que projeções linguísticas de condutas práticas cognoscíveis.

O “fato” tido por jurídico não aparece isoladamente em panorama de absoluta neutralidade⁹⁵, mas sob influxo de um indicativo fenomenológico. Esse aporte tem como

⁹⁵ “A questão que se coloca aqui é o seguinte: o que é um fato? Ele surge isoladamente, como se estivesse disposto diante de um fundo verde, tal qual o utilizado para montagens cinematográficas? O Fato surge em meio a um fenômeno (no sentido vulgar) e percebê-lo na sua juridicidade envolve a elaboração do recorte fenomenológico, o que já pressupõe uma compreensão”. (CARNEIRO, 2002, p. 195).

pressuposto uma compreensão prévia do fenômeno em seu atributo de juridicidade. Diferente do que subsunção teria como cenário adequado, os fatos não prescindem de interpretação e, como tal, apenas terão importância para o direito aqueles que possam ser compreendidos com os suplementos de juridicidade. A posição que restante ao texto é a de resultado da compreensão sobre os fatos teorizados. A intentada renúncia à interpretação dos fatos demonstraria, em verdade, um fenômeno hermenêutico, uma “compreensão-aplicação que promove a aparente suficiência *ôntica*”, mas que apenas incrimina a subjetividade do intérprete. Em distanciamento da moderna ciência do direito, por caminho diametralmente oposto, a hermenêutica filosófica tende a demonstrar que na realidade apenas são compreendidos os fatos, mesmo quando esses fatos são compreendidos com base nos textos (CARNEIRO, 2002, p. 195). Mesmo a resignação textual contempla os significantes dos fatos projetados na percepção do intérprete, de maneira que a interpretação (desvelamento) do direito ocorre por compreensão desses fatos, antes de tudo como fatos, para apenas em decorrência dessa análise erigir uma norma de conduta.

Retomando essa ideia, a tradição positivista admitia apenas os conhecimentos objetivos, considerando a ciência como única medida válida de conhecimento. Esse é o viés de racionalidade que prevalecia na modernidade, a racionalidade científica e instrumental, orientada para o cumprimento de determinada finalidade. Essa racionalidade é tomada como medida de cálculo, ou “calculabilidade”, visto que as bases de organização do conhecimento pretensamente admitiam o cálculo dos fins a serem alcançados por meio de uma causalidade própria dos meios, ou por assim dizer, uma racionalidade suficiente para possibilitar o cálculo prévio da realização finalística, transformando o natural e o socialmente existente, em meio para as ações de controle e utilização objetiva de seus elementos (WARAT; PEPE, 1996, p. 12-13).

O elemento de fato que na acepção fenomenológica hermenêutica representa o único referencial efetivamente interpretado pelo sujeito e que conduz à compreensão do direito em intento à regulação da conduta; tomava no positivismo feições meramente instrumentais, não comportando interpretação a seu respeito. A aposta no texto como elemento de verificabilidade científica tem como contraponto a aporia dos fatos.

Por isso que sob a bandeira exegética do positivismo as indagações sobre o conhecimento já se encontravam definidas pela interjeição científica, e as condições do conhecimento apenas seriam entendidas sob aferição do cumprimento do método admitido como confiável pela comunidade científica. Nesse sentido, a realidade ficaria condicionada à coletânea de postulados aprovados pelo crivo científico, em uma “moldura férrea” que não abre espaço para questionamentos morais, políticos ou sociais, retornando sempre à citada razão

instrumental “meio-fim”. A filosofia jurídica que se escora por essa motivação padece de personalidade, pois fica condicionada ao interior da ciência jurídica e tem sua função reduzida a mera avaliação metodológica do conhecimento sobre o Direito. A interpretação do fenômeno jurídico em consideração a todos os seus informadores humanísticos (político, social, moral, histórico) seria necessário para que o desvelamento hermenêutico adquira vigor e consciência prática em confrontação com a realidade (WARAT; PEPE, 1996, p. 13-14).

A precarização do entendimento sobre o papel dos fatos no desvelamento interpretativo, mesmo diante do alegado isolamento das influências morais, políticas ou sociais; revela não mais que a adoção de um filtro interpretativo, subjetivo por natureza, que invariavelmente transita por todos esses elementos, mas tenta os dissimular em uso do rigor do método científico. A norma que se forma por esses argumentos jamais adquire a neutralidade que pretende, e impede os seus destinatários de avaliar os seus integrantes subjetivos.

Essa confiança no “texto” teria consequências marcantes na apreensão do direito, que passaria a clamar pela redução da ambiguidade textual. A necessidade de interpretação dos textos normativos conduzia a hermenêutica jurídica clássica, pautada pelo pressuposto da existência de um texto confortador de sentido implícito a ser desvelado, sentido esse atribuído a uma vontade transcendental, do “legislador” ou da “lei”, por exemplo. Por óbvio, dada a limitação própria da linguagem, os textos teriam sua falibilidade explicitada porque incapazes de atingir as múltiplas possibilidades de sua incidência, percepção que tornava necessária a hermenêutica metódica em benefício da preservação da lendária completude do sistema. (CARNEIRO, 2002, p. 195). Mais importante nesse momento do que a desventura de um melhor enquadramento sobre o processo interpretativo, a dogmática criava caminhos para prevalência desse atributo mítico, recheado de asserções volitivas, essenciais para driblar os tensionamentos de poder e dominação em favor dos grupos hegemônicos.

Os métodos tradicionais de interpretação, com essa percepção, acabam oferecendo combustível para a sacralização constitutiva do texto, conferindo potência ao aspecto resiliente de ruptura sujeito-objeto, e ao habitual esquecimento da diferenciação de nível ontológico que distingue o “ser” de seu “ente”. Em referência à Carneiro (2002, p. 195), esses critérios interpretativos teriam aptidão para mostrar no texto aquilo que, embora esteja nele contido, não seja notado com tanta obviedade; condição que supre não apenas o problema da ambiguidade semântica dos textos normativos, mas também a sua deficiência de amplitude. A hermenêutica desses contextos possui feições técnico-normativas, que se prestam ao adestramento da criatividade do intérprete e buscam soluções limitadamente pelos níveis semióticos da

linguagem (sintaxe, semântica e pragmática). Na expressão fidedigna do autor se visualiza a melhor impressão pontual sobre os ditos métodos tradicionais:

Para os problemas detectados no nível semântico, propuseram o método *literal*, que tinha como escopo o esclarecimento do sentido objetivo do texto; para o nível sintático, propuseram o método *gramatical* para o esclarecimento do sentido dos textos através da relação interna entre eles. Neste caso, poderiam ser também chamados de *lógico* ou *sistemático*. Embora distante do giro linguístico, os problemas pragmáticos já se apresentavam, embora mascarados pela incipiência das matrizes teóricas. As situações teratológicas de aplicação dos textos surgiam e, para justificar uma resposta compatível com o modelo da época, eram propostos métodos que equacionavam os desvios de ordem prática, travestidos de uma suposta incoerência *lógica* ou *histórica* (CARNEIRO, 2002, p. 196).

A tentativa de equilíbrio da equívocidade natural dos textos jurídicos pelas peneiras dos níveis semióticos linguísticos não costuma prosperar, porque esse tipo de filtragem coloca sobre a subjetividade do interprete a tarefa hermenêutica de desvelar o verdadeiro sentido do texto, sentido esse unigênito para solidificar a norma de conduta, ou seja, capaz de revelar o que seja o direito para além do texto. Essa posição esquece da diferença ontológica e que o “direito” formulado é tão somente “ser” de um ente que nunca será integralmente atingido. Acreditar na vontade de uma figura abstrata (legislador, por exemplo) é um caminho eficiente para ocultar a vontade do próprio intérprete.

A melhor denúncia dessa inconsistência lógica pode ser notada pela leitura de seu próprio argumento. Savigny (2001, p. 9) consagrou a lição de que “toda lei deve expressar um pensamento de maneira tal que seja válido como norma” e, por conseguinte, “quem interpretar uma lei deve analisar o pensamento contido na lei, deve pesquisar o conteúdo da lei”. O jurista sustenta que a interpretação corresponde a reconstrução do conteúdo alçado sobre o dispositivo legal, devendo para tanto o intérprete travestir-se de legislador⁹⁶ ao ponto de reprisar de forma sintética o seu pensamento originário quando da elaboração legal. A quebra da confiança no texto tem sua defesa acentuada nesta locução:

Já terá um sentido positivista, se o texto for compreendido em termos não apenas expressivos, mas constitutivos – se se entender que a significação é constituída exclusivamente pelo texto e que só no texto, no seu conteúdo significativo, deve ser procurada. É deste modo que o positivismo legalista postula que a lei é o seu texto, e implicará isso não só que o direito positivo se tenha por auto-suficiente e fechado em si (a excluir o recurso a critérios normativos além dele próprio para a sua determinação e sua realização), como do mesmo modo se entenda que o direito posto ou legalmente imposto encontrará unicamente sentido na sua formal expressão prescrita, no sentido incorporado na sua expressão textual, o seu interpretando sentido jurídico (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 96).

⁹⁶ “O intérprete deve se localizar no ponto de vista do legislador e, assim produzir artificialmente seu pensamento” (SAVIGNY, 2001, p. 9).

Com efeito, a insuficiência da concentração semiótica para interpretação normativa já encontrava oposição na crítica *kantiana*⁹⁷, sob o discernimento exordial de que os chamados “métodos de interpretação” seriam inaptos para qualificar (com revestimento do Direito positivo), entre as várias possibilidades semânticas de um texto normativo, uma resposta única a ser tratada como correta. Por essa crítica, os relatados esforços da jurisprudência seriam vãos quanto ao objetivo de dirimir a tensão entre “vontade e expressão” (KELSEN, 2003, p. 391).

Pois bem. De volta à questão preambular e à fenomenologia hermenêutica, o direito que nos importa é aquele “da diferença”, aquele que não oculta a distinção ontológica e assume modestamente a impossibilidade de revelação do direito, senão por ação da linguagem, que traz ao plano cognoscível o fenômeno tido como “direito” (o “ser”, e não o “ente”). Também reiterando o atributo fenomênico da norma jurídica, não se pode perder de vista que a interpretação das normas comprova na realidade a apreciação sobre a conduta descrita pelo texto, e a norma revelada pelo intérprete mantém o núcleo de faticidade.

Os dispositivos legais devem ser tomados como “fenômeno em si mesmos e compreendidos no seu todo”. A interpretação sistemática da hermenêutica metódica deixava transparecer apenas a irremediável circularidade hermenêutica, condutora da interpretação-compreensão na subjetividade do *dasein*. Por esse caminho, prevalece a conclusão de que a leitura do texto normativo enfatiza indiretamente a análise do caso concreto compreendido como jurídico⁹⁸ (CARNEIRO, 2005, p. 11-12). A analítica que leva a formulação da norma observa o fato projetado no texto, e não o texto desconexo do mundo e, essa convicção não se altera mediante qualquer argumento de separação entre questões de fato e questões de direito. Tudo o que envolve juridicidade faz referência a um organismo concreto de aplicação regulatória, de modo que a “questão de direito” é a própria “questão de fato” em sua essência.

À vista de todas essas considerações, uma etapa ainda nos importa para melhor assinalar a norma enquanto fenômeno. A norma jurídica apresenta por si mesma o caráter fenomenológico, mas subsiste uma diferenciação característica a seu respeito em relação ao fenômeno eminentemente prático, que favorece didaticamente o entendimento sobre o componente normativo. A evidência lógica sob esse questionamento teve seu espaço respeitado pela hermenêutica *heideggeriana*:

⁹⁷ “Fixar-se na vontade presumida do legislador desprezando o teor verbal ou observar estritamente o teor verbal sem se importar com a vontade – quase sempre problemática – do legislador tem – do ponto de vista do Direito positivo – valor absolutamente igual” (KELSEN, 2003, p. 392).

⁹⁸ “Isso quer dizer que, ao lermos um texto normativo, mediatamente, estamos diante de um caso concreto, do fato compreendido como jurídico. Ou seja, no final das contas, sempre estamos diante da compreensão do caso concreto, do fato” (CARNEIRO, 2005, p. 12).

O fenômeno, o mostrar-se em si mesmo, significa um modo privilegiado de encontro. Manifestação, ao contrário, indica no próprio ente uma remissão referencial e tal maneira que o referente (o que anuncia) só pode satisfazer a sua possível função de referência se for um “fenômeno”, ou seja, caso se mostre em si mesmo. Manifestação e aparência se fundam, de maneira diferente, no fenômeno. Essa multiplicidade confusa dos “fenômenos” que se apresenta nas palavras fenômeno, aparência, aparecer, parecer, manifestação, mera manifestação, só pode deixar de nos confundir quando se tiver compreendido, desde o princípio, o conceito de fenômeno: o que se mostra em si mesmo (HEIDEGGER, 2005a, p. 61).

A partir de tal análise, o segundo uso do sentido de “fenômeno” passa a chamar a atenção. O conceito de fenômeno como o “mostrar-se em si mesmo” deixa indefinido o “ente” que será tomado como fenômeno, pois não localiza se a aparência posta à mostra é um “ente” ou o seu “caráter ontológico e, por conseguinte, exibe-se o sentido puramente formal daquele do conceito. O conceito formal pode ser aplicado e, desse modo, aparece o discernimento entre o conceito vulgar (fato concreto) e o conceito fenomenológico (aparências e manifestações) do fenômeno⁹⁹ (CARNEIRO, 2002, p. 99).

A classificação do fenômeno enquanto aparência e manifestação é tratada por Stein (2016, p. 167-169) sob a denominação de “fenômeno índice”. Ainda na esteira do filósofo, o fenômeno índice seria preceptor de quatro sentidos. A princípio considera-se o indicativo de uma espécie de anúncio daquilo que não se manifesta, sentido confidente da estrutura fundamental formal do fenômeno índice de todos os sintomas, símbolos, indicações e apresentações. O segundo sentido pende para o anúncio enquanto próprio fenômeno (aquilo que em sua manifestação indica o que não se manifesta). Um terceiro significante está no uso do fenômeno índice para designação do sentido autêntico do fenômeno, tido como a manifestação de si mesmo. Finalmente, o fenômeno índice pode ser entendido como puro fenômeno, vigorante quando: “o anúncio fenomenal, que, na manifestação de si, indica o não-manifesto, é alguma coisa que surge ou emana do não manifesto de tal maneira que o não-manifesto é pensado enquanto aquilo que é essencialmente incapaz de manifestar-se”.

A atribuição do conjunto de sentidos abrange com maior êxito o tratamento da norma jurídica como fenômeno índice. Esse fenômeno contido da norma tem trajes de índice porque alude a um “puro fenômeno” que na realidade não ocorre naquele momento, mas é rascunhado pelo *dasein* em seu projeto reformulado de todo e, assim, potencializa uma aparência fictícia a respeito do real fenômeno. O fenômeno índice é índice porque se torna referencial da projeção de sentido antecipada pelo desvelamento na clareira do “ser”, adimplindo com a emulação de

⁹⁹ “Isso quer dizer que, ao lermos um texto normativo, mediatamente, estamos diante de um caso concreto, do fato compreendido como jurídico. Ou seja, no final das contas, sempre estamos diante da compreensão do caso concreto, do fato” (CARNEIRO, 2005, p. 12).

significantes que permitam o fechamento do círculo hermenêutico e consequente interpretação-compreensão do direito, mesmo antes da ocorrência do puro fenômeno.

Por essa definição, o intérprete nem sempre se coloca diante do fenômeno concreto para compreendê-lo, visto que a compreensão da norma jurídica decursiva do fenômeno índice precede a ocorrência concreta do fenômeno. Em âmbito da prática do direito, o intérprete se ocupa da tarefa de compreender fenômenos que já ocorreram em algum posicionamento físico, espacial e temporal. Considerando que o fenômeno concreto que deve ser compreendido pelo intérprete não pode exibir integralmente ao *dasein* porque não é presente, mas já aconteceu em outra posição temporal, a possibilidade de compreensão é costurada pelo processo judicial, que passa também a constituir um próprio fenômeno índice¹⁰⁰ (CARNEIRO, 2005, p. 13).

Buscando alicerce na caracterização do texto jurídico e do processo judicial como fenômenos índice do desvelamento do “ser” (Direito), algumas resultantes não podem passar despercebidas. Tomando por válida a alegação de que o conhecimento/interpretação da norma seja conduzindo pelo índice fenomenológico (fenômeno fictício) a que texto legal se dirige, sempre em uso da circularidade hermenêutica que dá abertura de conhecimento ao *dasein*; constatamos desde logo que a compreensão do caso concreto (fenômeno real) exigirá certa medida de estabilidade por parte do índice (norma) para que o resultado final da transcrição teórica não resulte em posições tão dissonantes a respeito do que seja o direito aplicável. Em sentido harmônico, o processo judicial tido por índice, também deve operar por caminhos de equilíbrio para não ameaçar a apreensão da norma do caso concreto.

Diante dessas reflexões, a nossa convicção acaba apontando para duas importantes evidências, que se dirigem especialmente ao melhor enquadramento do processo judicial. O primeiro indicativo não esconde do processo a sua atribuição de ferramenta para compreensão do direito aplicável, mas tem como implicação que a visualização do processo enquanto próprio índice (fenômeno) não permite que prevaleça sobre ele apenas o viés instrumental. A segunda evidência tende a reforçar a indagação pelas constantes interpretativas que possam ser disponibilizadas ao intérprete do Direito. Se a sua natureza humanamente limitada impede a localização das “essências” e, precisamente, proíbe a intelecção de um “ente” Direito, a busca por constantes acabará ressaltando na necessidade de estabilidade da norma jurídica em geral, situação que rogaria pela posição estável dos índices (texto, processos, jurisprudência, etc.). O

¹⁰⁰ “O processo é um meio para viabilizar a compreensão de um fenômeno que ocorreu no tempo e no espaço. Como o juiz, o escrivão, os oficiais de justiça não se colocavam no local do surgimento do fenômeno a ser compreendido, a única forma de viabilizar a compreensão é mediante o processo” (CARNEIRO, 2005, p. 13).

tributo das duas evidências e a sua confluência tem aplicação para a analítica pretendida sobre o direito de precedentes. Em sequência ao trabalho essas alegações terão seu espaço de análise.

3.2 O processo civil além do instrumento

A ciência jurídica consciente da diferença ontológica não se socorre aos pressupostos transcendentais de justiça para focalizar sua partícula elementar (constante) interpretativa, justamente porque já detém a lucidez desvelada pela impossibilidade de conhecimento pelo sujeito do “ente” Direito enquanto objeto. A pequena lição com essa temática teve seus parâmetros tracejados no decorrer do presente capítulo, levando-nos a indagação sobre como focalizar constantes interpretativas minimamente despidas das intempéries do saber absoluto ou da transcendentalidade de essências, sem abrir mão da distinção ontológica que conduz a categoria do “ser”, mas ainda assim capaz de induzir a algum patamar do que se possa chamar de estabilidade e isonomia. O outro questionamento correlato que persiste tem relação com a outorga de qualidade instrumental ao processo, nessa seara por critério didático, especialmente o processo civil.

O *ir e vir* do projeto de todo assumido pelo *dasein* imperiosamente se ampara nos índices (fenômenos) para locupletar as possibilidades de fechamento do círculo hermenêutico, e tomar ciência do direito aplicável, rememorando a feição fenomenológica que a apreensão jurídica acaba demonstrando. Apenas essa constatação seria suficiente para denotar que, de fato, existe um atribuo instrumental no processo judicial, visto que este exhibe por si próprio semblante de fenômeno índice e, como tal, tem potencial para acomodar o círculo hermenêutico e reduzir a equivocidade dos fatos interpretados/conhecidos.

Por isso, pelo melhor discurso quanto a possibilidade de constantes interpretativas, que sejam distanciadas do esquema sujeito-objeto, precede e necessidade de adentrar ao espaço do “instrumento” processo civil, mas também ultrapassar o atributo instrumental. Ora, se o processo é fenômeno índice, o conhecimento do processo representa o conhecimento do fenômeno por ele desenhado, logo, o conhecimento que aparece não é a revelação apenas do instrumento, mas do próprio Direito.

A ciência do processo (e neste âmbito, do processo civil) tem elo umbilical com o monopólio estatal do direito e da coerção¹⁰¹. Seguindo a expressão de Höffe (2005, p. 2), “[...]”

¹⁰¹ Nessa toada, considera-se que: “O Estado moderno, ao buscar a proteção jurídica de todos, para evitar o uso arbitrário da violência, que conduziria ao caos generalizado, precisa assegurar a segurança e a igualdade jurídicas

uma comunidade política possui, sob uma ou outra forma, mandatos para o exercício da coerção e se converte através deles em uma situação e dominação que pode assumir os traços ameaçadores de um Estado com carta branca, de um Estado onipotente e absolutista”. O processo tem margem, sob esse ponto de vista, para idealmente e prioritariamente suprir lacunas que a discricionariedade do poder político potencializaria, de maneira a minimizar a ingerência do Estado na liberdade do jurisdicionado¹⁰².

Como visto no decorrer do capítulo anterior, o Direito tomado como objeto puramente científico ou como fruto da condensação histórica linear poderia levar ao deslize mítico da neutralidade científica. Essa questão (neutralidade) poderia remeter à pretensão de neutralidade do sujeito quando em contato com seu objeto de análise, tanto quanto ao próprio postulado científico, lastreado por certos dogmas e molduras. O problema posto em destaque para ambas as direções de neutralidade recai precipuamente sobre a objetividade científica, partindo de seus componentes explicativos e isentos de qualquer valoração. Melhor explicando, as regras fundamentais para o crivo do método científico apontam para a exclusão dos juízos de valoração, aliada a explicação causal. O saber tido por científico depende da depuração das possíveis ingerências oriunda dos componentes subjetivos, de modo que a neutralidade poderia ser vista como o postulado metodológico para aquisição da razão científica (WARAT; PEPE, 1996, p. 14-15). O melhor balizamento do objeto “direito”, com a vivacidade da fenomenologia hermenêutica tem consequência outro tipo de esterilização, aquela que purifica a teoria jurídica do mito da neutralidade, em respeito a distinção ontológica e à circularidade na cadeia do “ser”, caminho único a promover o conhecimento do objeto. Essa memória nos importa porque o Estado comumente coloca-se como guardião da neutralidade sobre o Direito e, por essa justificativa, preceptor do monopólio da justiça e da coerção.

O movimento de autonomia do sistema jurídico, em vista da tradição religiosa ou da tradição epistêmica metafísica e, conseqüentemente, das garantias transcendentais – como Deus, a Natureza, o Bem, ou a Razão –, inegavelmente teve papel essencial para a construção do Estado emissor e mantenedor do Direito (Estado de Direito). Por meio da organização racional da sociedade e organização social o Estado moderno detém soberania, centraliza o poder e distribui burocracia. O Direito que é construído nesse paradigma é carregado de

para minimizar os conflitos de interesses, favorecer a distribuição equitativa dos direitos e atenuar as relações de poder e dominação” (CAMBI; ALMEIDA; 2016, p. 284).

¹⁰² “A soma das garantias processuais de proteção aos interesses individuais, que limitam o poder do Estado na atividade jurisdicional, tem como resultado o devido processo legal. Assim, a legalidade, o duplo grau de jurisdição, a boa-fé, a publicidade, o contraditório, a ampla defesa, entre outros atributos, ilustram as exigências para a consecução do referido direito fundamental” (ALMEIDA; GARCIA, 2016, p. 25).

formalidade e, assim, passa a instrumentalizar tecnicamente o comando das relações sociais, distribuindo um caráter normativo sobre tudo o que sua abordagem alcance. Por consequência dessa organização tecnicista o poder político institucionalizado na figura do Estado assume o monopólio e a justificação da violência (coerção) pela aplicação da norma jurídica que faz parte de sua agenda, com o resguardo de legitimação que as instituições burocráticas estatais proporcionam. Esse é o sítio do atributo instrumental do Direito e, por derivação, do processo judicial. O Direito fica limitado à simples condição de “meio de organização e aplicação das normas”, distanciando-se de ações legítimas que poderiam ser associadas com algum ideal de Justiça ou de caráter genuíno do Direito. (WARAT; PEPE, 1996, p. 15-16)

Lógico que esse discurso não pretende oferecer uma justificação da figura do Estado. Na realidade a nossa posição é bastante contrária a esse intento. O argumento a esse respeito não tenta conferir legitimação, negação, ou mesmo conformação perante a entidade estatal, mas procura descrever tão somente a analítica do Direito como o conhecemos em virtude dos monopólios ocupados pelo Estado. Tolera-se a figura do Estado desde que seja possível denunciar a qualquer tempo as suas inconsistências e que, em exercício de seu monopólio da virtude e da violência, suas instituições sejam capazes de resgatar as promessas da modernidade e cumpri-las com exatidão, desvirtuando objetivamente as retóricas habitualmente anunciadas em defesa da neutralidade científica. A abordagem mais profunda dessa temática, naturalmente, seria tarefa a ser cumprida em outra ocasião de análise, em submissão plena a complexidade que tal assunto proporcionaria. O que nos importa para o momento é convicção de que a institucionalização do Direito torna necessário o cumprimento de algumas etapas para que a ingerência dessa figura nada legítima (Estado) atinja seus patamares mínimos de legitimidade. Essa é a vazão instrumental indissociável do processo judicial.

Apenas *en passant*, o processo tem inscrições protetivas de liberdades, que na construção clássica do *due process of law* importariam no seguimento dos trilhos procedimentais legalmente admitidos, com atenção impreterível aos traquejos de contraditório e ampla defesa, como caminho monovalente para a admissibilidade da coerção estatal. Esse predicado aproxima o devido processo legal da chamada primeira dimensão de direitos fundamentais¹⁰³. A esse respeito, Sarlet (2009, p. 194-195) afirma que os direitos fundamentais,

¹⁰³ Em complemento, seguimos a seguinte lição: “[...] o reconhecimento da existência de direitos fundamentais de participação na organização e procedimento encontra-se, da mesma forma como os assim denominados direitos à proteção, vinculado aos desdobramentos da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais. Como ponto de partida, vamos retomar a concepção que constata uma íntima ligação entre as noções de organização e procedimento e os direitos fundamentais, admitindo-se, neste contexto, uma influência recíproca entre as três categorias, no sentido de que, se os direitos fundamentais são, de certa forma, dependentes da organização e do procedimento, sobre estes também exercem uma influência que, dentre outros aspectos, se manifesta na medida

na esfera generalista do reconhecimento adquirido pelas primeiras constituições escritas, teriam resultado do pensamento liberal-burguês do século dezoito, sob notório temperamento individualista, se erigindo e auto afirmando como “direitos do indivíduo frente ao Estado”, ou ainda pela dito dos “direitos de defesa”, subscritores da área de restrição ao intervencionismo do Estado e de autonomia individual perante esse poder político institucionalizado. Por derivação e complemento a essa máxima prefacial, dentro do leque de liberdades consecutórias do contexto democrático, localiza-se o direito de igualdade, e sendo assim, de igualdade perante a lei (igualdade formal) e de garantias processuais, elementos signatários do devido processo legal.

Efetivamente, a razão instrumental do processo judicial contempla responsabilidades importantes. No entanto a restrição de sua compreensão à essa diminuta gama de possibilidades deixa desguarnecida a chance de rompimento com a tradição da filosofia da consciência. Desde logo vale o registro, afinado com a lição de Warat e Pêpe (1996, p. 16), de que a redução da ciência jurídica à esfera de racionalidade simplesmente instrumental seria uma herança a ser superada. A defesa dessa alegação indica que o Estado de Direito teria causas maiores que apenas a formalização do sistema jurídico, devendo a sua atuação operar com sopesamento do espaço amplificado da sociedade, engenho em que a moral e a política não fiquem relegados ao plano personalíssimo da subjetividade. Essa argumentação, aliada à posição de índice fenomenológico que o processo ocupa em locução da hermenêutica filosófica, a conclusão que nos restará está fadada a desventura pela atmosfera mais elevada que a instrumentalidade.

A dita instrumentalidade do processo judicial germina especificamente da crítica contra o rigor das formas ou, por assim dizer, contra o formalismo excessivo que se deixa iludir por questões procedimentais e não completa o intento fundamental da norma jurídica quanto a efetivação do Direito. Para melhor precisar essa postura, o primeiro passo seguido pela defesa da prevalência do direito material em detrimento da formalidade excessiva, requer a demarcação do objeto criticado e do paradigma filosófico condutor desse espécime dialógico¹⁰⁴. Para capitanear a defesa instrumental, seguimos a expressão de Oliveira (2006, p. 8):

em que os direitos fundamentais podem ser considerados como parâmetro para a formatação das estruturas organizatórias e dos procedimentos, servindo, para além disso, como diretrizes para a aplicação e interpretação das normas procedimentais” (SARLET, 2009, p. 194).

¹⁰⁴ Para melhor compreender a pertinente vazão instrumental do processo, podemos considerar a leitura de Carneiro (2005, p. 13): “O processo é um meio para viabilizar a compreensão de um fenômeno que ocorreu no tempo e no espaço. Como o juiz, o escrivão, os oficiais de justiça não se colocavam no local do surgimento do fenômeno a ser compreendido, a única forma de viabilizar a compreensão é mediante o processo. [...] Em primeiro lugar, vale lembrar que a constatação quanto à dimensão instrumental do processo foi concebida aqui em face de um paradigma epistemológico diverso daquele sobre o qual se constrói a meta-linguagem processual clássica. Em segundo lugar, fenomenologicamente, o processo tem, de fato, uma dimensão instrumental. Na verdade, tudo tem uma dimensão instrumental. As nossas mães, por exemplo, enquanto entes dotados de uma determinada

Pode acontecer, contudo, e esse é o âmago do problema, que o poder organizador, ordenador e disciplinador do formalismo, em vez de concorrer para a realização do direito, aniquile o próprio direito ou determine um retardamento irrazoável da solução do litígio. Neste caso o formalismo se transforma no seu contrário: em vez de colaborar para a realização da justiça material, passa a ser o seu algoz, em vez de propiciar uma solução rápida e eficaz do processo, contribui para a extinção deste sem julgamento do mérito, obstando a que o instrumento atinja a sua finalidade essencial.

Temos nesse ponto já a apreensão de que a submissão ao Estado de Direito torna limitada a autonomia dos particulares, para a defesa de seus interesses. Ao passo que a liberdade privada seja restrita e o Estado detentor do monopólio coercitivo, a jurisdição tornar-se-ia a medida de compensação e meio condutor da aquisição de efetividade. Logicamente, para que o equilíbrio tivesse persistência, mesmo sem autonomia plena dos particulares, a acessibilidade à jurisdição deveria operar com plenitude. Sob essa perspectiva assenta-se o princípio da inafastabilidade da jurisdição¹⁰⁵ e, o processo judicial teria espaço para que o Estado, através da jurisdição, pudesse pronunciar-se sobre determinada questão; atribuição que, na ótica de Theodoro Junior (2009, p. 494), não estaria limitada à simples opção entre pretensões adversas, mas também relacionada ao interesse público da atuação da lei na composição dos conflitos.

O processo enquanto método, voltado à solução de conflitos e à tradução dos direitos ao plano concreto, proporcionaria certo grau de confiabilidade aos jurisdicionados, à medida que estaria registrando a posição institucional sobre a demanda em apreço, postulado que reafirma a característica instrumental do objeto. A afirmação de confiabilidade no procedimento remete a teoria de Luhmann (1980, p. 30), que compreendia o procedimento como verdadeiro instrumento de certificação do sistema jurídico. A noção de legitimidade, sob tal perspectiva, seria definida como uma “disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância”.

Como único porta-voz da tutela jurisdicional, torna-se essencial que o sistema processual mantenha harmonia perante a dignidade da pessoa humana, e consoante aos mandamentos constitucionais. Por esse caminho, o resultado da demanda judicial deveria ser alcançado pelos mecanismos aptos a proporcionar decisões justas, tempestivas e úteis aos jurisdicionados, assegurando-se de maneira precisa os bens jurídicos devidos a quem de direito

capacidade biológica acabam sendo um instrumento de reprodução responsável pela nossa criação, no entanto, creio que ninguém queira reduzir a imagem dos nossos genitores à sua inexorável dimensão instrumental”.

¹⁰⁵ A esse respeito, em atenção à doutrina processualista tradicional, a respeito da inafastabilidade jurisdicional: “Ao proibir a justiça de mão própria e afirmar que a ‘lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito’ (Art. 5º, XXXV, da CF), nossa Constituição admite a existência de direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva. Obviamente, a proibição da autotutela só pode acarretar o dever do Estado Constitucional de prestar tutela jurisdicional idônea aos direitos. Pensar de forma diversa significa esvaziar não só o direito à tutela jurisdicional (plano do direito processual), mas também o próprio direito material, isto é, o direito à tutela do direito (plano do direito material)” (MARINONI; MITIDIERO, 2013. p. 711-712).

(WAMBIER; TALAMINI, 2014. p. 75). A defesa da instrumentalidade caminhará pelo entendimento de que o processo não existe por si, mas tão somente para tornar exequível o bem jurídico protegido.

Esta é a noção genuína de que a importância vital do processo está nos resultados almejados, por isso a instrumentalidade das formas (DINAMARCO, 2005). Em complemento, Portanova (2003, p. 49-53) diria que a instrumentalidade, por natureza, “mantém o processo preocupado com a lógica do procedimento e sua celeridade, mas também busca ser mais acessível, mais público e mais justo” e que; pelo viés instrumental, o processo amplia seus propósitos, atingindo finalidades jurídicas, políticas e sociais; e busca maior efetividade, com acessibilidade ao Poder Judiciário e à justiça das decisões.

Por isso a locução da instrumentalidade processual que se opõe à rigorosa formalidade tecnicista habitualmente distribuída pela jurisdição parece sedutora em uma primeira impressão, especialmente sem a desconstrução do paradigma filosófico da modernidade (filosofia da consciência). Aliás, seguindo a lembrança de Carneiro (2005, p. 13-14), quando a atitude cognitiva perante o direito tem incidência em curso do esquema sujeito-objeto, nega-se a diferença ontológica entre ser e ente, relegando o direito à condição de objeto e, assim, a instrumentalidade seria plenamente defensável em vista daqueles ainda submissos ao modelo silogístico-subsuntivo de interpretação do Direito, posto que o processo seria o instrumento para que a aderência de fatos às normas pudesse acontecer. Nesse sentido, o autor acrescenta que diante do paradigma da filosofia da consciência, desacreditar a instrumentalidade teria por efeito alçar ao processo uma magnitude incompatível com a sua realidade, interferindo na dogmática instrumental e fomentando formalismos exacerbados. Esse contexto acabaria transferindo à lide para as questões eminentemente processuais em prejuízo à resolução do mérito envolvido, favorecendo até mesmo a amplificação dos conflitos. Desse modo, a construção doutrinária da instrumentalidade associa-se à deslegitimação do formalismo processual, finalidade que isoladamente seria pertinente.

O contraponto que encontra filiação em nossa defesa indica a insuficiência da vazão instrumental em melhor locução hermenêutica¹⁰⁶. Esse perfil dogmático oferece argumentos razoáveis para rejeição do rigor formalista, mas não se desobriga do paradigma subjetivista da

¹⁰⁶ O argumento apresentado encontra subsídio na defesa de Carneiro (2005, p. 15): “Portanto, se pensarmos sob o paradigma da filosofia da linguagem e, conseqüentemente, pelo método/processo fenomenológico, a forma de ser de fenômeno índice do processo acaba conferindo a ele, como a tudo que nos cerca, uma dimensão instrumental, no caso de “ser para compreender o caso concreto”. Essa dimensão se mostra em especial pela prova que deve ser compreendida enquanto fenômeno – quebrando a ideia de que os fatos não são interpretados quando na verdade somente eles são interpretados – mas que a sua compreensão nos leva, em última instância, a um fenômeno que ocorreu no tempo e no espaço. [...] Mas o processo não é só prova e descrição fática. O processo é muito mais”.

modernidade nem se reveste pela guinada ontológico-linguística. O problema do ressaltado à instrumentalidade processual seria a consequente redução desta figura à simples posição de instrumento, que renova o esquecimento da sua especial classificação fenomenológica. O processo tomado como índice é compreendido quando o fenômeno por ele descrito pode ser desvelado ao *dasein* e, assim, o entendimento formulado da norma aplicável não se dissocia do eixo processual sobre o qual é construído. É certo, portanto, que a fenomenologia hermenêutica nos cobra outra dimensão.

O necessário redimensionamento tem suporte na interação do direito teórico com a práxis, lembrando que mesmo os postulados teóricos têm sobre si nuclearmente a identificação de fenômenos. Nesse ritmo, o reconhecimento do caráter eminentemente humano do conhecimento não pode ser relegado¹⁰⁷ que, como tal, conecta-se umbilicalmente com a interação dos fenômenos (índice e concretos). Poderíamos assim dizer, em concordância à Passos (2000, p. 67) que “é na *praxis* que o saber se qualifica, fenomenaliza-se”, visto que ainda enquanto formulação teórica, a proposição não se confunde com o Direito em si, apenas se colocando como referencial de possível condução interpretativa. A dimensão referencial é inábil para prescrever todas as consequências e assegurar a uniformidade dos efeitos relacionados à sua interpretação¹⁰⁸. Por isso, o jurista acrescenta que os mais diversificados fatores, sob aspectos pessoais, axiológicos, sociais, políticos, econômicos, entre outros, proporciona que o mesmo enunciado formal teórico venha a determinar consequências fáticas absolutamente distintas. Destaca-se ainda:

Quando se afirma que o metal aquecido dilata-se, isto vale universalmente, presentes que estejam os pressupostos estruturadores da causa e seja adotada a técnica adequada para o êxito da experiência. Se dissermos, entretanto, que ao possuidor de boa-fé está assegurado o direito de não indenizar as benfeitorias realizadas no bem cuja devolução lhe é imposta, a aplicação desta singela norma está sujeita a interferências impossíveis de prévia e necessária determinação e de efetivo controle posterior. Tudo é fluido, flexível, polissêmico, até mesmo aquilo que parece imune a estes riscos. O que esta norma significa em termos práticos, que efeitos lhe podem ser associados no caso concreto, só o saberemos, em termos de certeza, com a decisão (PASSOS, 2000, p. 67-68).

Por esse caminho, a produção (processo) do direito tem na índole integrativa maior relevo do que o viés instrumental, porque o “ser” Direito apenas aparece no âmbito do dito “instrumento”, e o produto da interpretação se mostra indissociável de seu processo produtivo, influente sobre si acerca dos possíveis resultados. O Direito é também o processo que o

¹⁰⁷ “Todo saber é saber do homem e é um saber sobre o homem e para o homem” (PASSOS, 2000, p. 67).

¹⁰⁸ Warat (1995, p. 15) diria que “[...] as linguagens não se esgotam nas informações transmitidas, pois elas engendram uma série de ressonâncias significativas e normalizadoras das práticas sociais”.

possibilita, em constância das projeções e reformulações de projeto operadas na intelecção do sujeito, por isso “um permanente fazer, nunca um definitivamente feito”. A medida do processo em âmbito jurídico não pode se resumir ao puro “meio” mas deve abranger o primado integrativo do “ser”, nesse caso o ser Direito. A interação entre o direito dito material e o aspecto processual não será de fim (material) e meio (processual), mas por traçado integrativo, orgânico e substancial. (PASSOS, 2000, p. 68). Dizemos que o processo integra a compreensão do Direito porque localizado como índice, condiciona a apresentação dos fatos idealizados e dos fatos sob análise do intérprete, permitindo a sua revelação enquanto norma de conduta. A dogmática distinção entre o processo e o direito material já não encontra mais espaço, pois a compreensão de um equivale a compreensão do outro.

O processo acaba exalando o perfil de atividade de criação do direito, posto que não vige uma “ordem substantiva” suficientemente hábil e disponível para ser subsumida ao caso concreto; representando dessarte o entendimento do próprio fenômeno concreto¹⁰⁹. O processo, em si, possui qualidade de fenômeno, e por essa vereda, a compreensão do caso concreto nada mais é que a compreensão do próprio processo (CARNEIRO, 2005, p. 15). A adaptação da teoria normativa ao caso posto sob juízo do intérprete não é a finalidade da qual o processo seja meio, mas é produto da compreensão dos fenômenos subscritos pelos índices (fenômenos teóricos), sempre com a interjeição dos fatos e da incursão da linguagem. Em contribuição à essa leitura:

Se há a partir do processo uma produção de linguagem na medida em que a norma de decisão não representa algo velho, mas algo novo que foi produzido a partir da norma geral e se essa norma de decisão nada mais é que a compreensão do fenômeno processual, é possível concluir que no processo se produz direito e que essa produção nada mais é do que a compreensão de um fenômeno que damos o nome do direito (CARNEIRO, 2005, p. 16).

O melhor enquadramento proposto denuncia as posturas ideologicamente temerárias, que justificam as transgressões da forma processual por justificção finalística. A argumentação pela tutela jurídica como finalidade prioritária com decréscimo do processo à condição acessória de prestação da atividade jurisdicional não seria compatível com as conquistas

¹⁰⁹ Localiza-se importante contribuição no seguinte destaque: “Se há a partir do processo uma produção de linguagem na medida em que a norma de decisão não representa algo velho, mas algo novo que foi produzido a partir da norma geral e se essa norma de decisão nada mais é que a compreensão do fenômeno processual, é possível concluir que no processo se produz direito e que essa produção nada mais é do que a compreensão de um fenômeno que damos o nome do direito (CARNEIRO, 2005, p. 16).

democráticas institucionalizadas e subscritoras da convivência política¹¹⁰. Em consideração ao elemento jurídico como produto social humano, seria possível apontar o axioma da validade do direito subordinada ao seu processo produtivo, como triunfo valoroso da modernidade, caminho incompatível com a arbitrariedade¹¹¹ (PASSOS, 2000, p. 68-69).

A fé instrumental, conforme exposto, não resiste perante o distanciamento ontológico “ente e ser”, premissa estruturante da compreensão fenomenológica e rigorosamente honesta perante a limitação das possibilidades humanas de apreensão científica universalizante sobre os conteúdos mantidos por influxo da linguagem¹¹². Esse argumento é necessário para continuidade do trabalho, para que o rechaço à relativização do crivo processual seja ressaltado.

A medida que o processo civil integre, e não apenas instrumentalize, a compreensão do direito por ele subscrito, a sanha dirigida às formas processuais deve ser contida, mesmo que fundida às alegações de efetividade da tutela jurisdicional ou justiça da decisão. Logicamente que não se pretende a reconstrução de expedientes processuais altamente tecnicistas, burocráticos, e descompromissados com algum critério de efetividade, muito longe disso. A percepção é que a inteligência do papel integrativo pode solucionar até mesmo esses dilemas.

A compreensão do direito que não seja submissa ao devido processo legal não detém legitimidade e, com essa convicção, as transgressões à ordem processual maculam o direito do caso concreto a ser erigido. A análise da tradição judicial como conteúdo de influência hermenêutica recobra o importante papel do pilar de isonomia para condução do processo que possa ser dotado de vestes democráticas. A ruptura da ordem jurídica pretérita sem amparo nos traços constitucionais prejudica todos os elementos informativos da compreensão do direito.

3.3 O fenômeno-índice do caso pretérito: argumentação e motivação

O anúncio da submissão argumentativa do intérprete aos resultados pretéritos da atividade jurisdicional tem se repetido desde o primeiro capítulo de nosso trabalho. Uma vez

¹¹⁰ A aquisição democrática civilizatória pode ser ilustrada desde a formulação mais básica acerca do devido processo legal. A filtragem democrática se consolida com a prevalência dos indicativos de previsibilidade do comportamento jurisdicional e de preservação da dignidade humana a que esse conteúdo faz referência.

¹¹¹ Sob essa premissa, a legitimidade do direito está condicionada ao atendimento dos regramentos cogentes e previamente e constitucionalmente firmados, com respeito aos princípios fundantes do Estado Democrático Direito, ou por outros dizeres, a legitimidade exige “que sejam atendidas as exigências do devido processo legal, tanto do devido processo legal (devido processo constitucional, seria mais adequado dizer-se) legislativo, quanto do administrativo e do jurisdicional (PASSOS, 2000, p. 68-69).

¹¹² Seguindo a lição de Carneiro (2005, p. 21): “O reducionismo metafísico acaba camuflando a criatividade do juiz ao decidir e, conseqüentemente, legitima o discurso de que o Judiciário é apenas aplica o resultado do exercício do poder legislativo e que, portanto, não necessita de um controle social que proporcione legitimidade democrática ao exercício da magistratura”.

distribuída as inferências da fenomenologia hermenêutica, que seguem prioritariamente a guinada ontológico-linguística para compreensão de qualquer teoria jurídica, abre-se o espaço para o detalhamento da argumentação diante da profusão dos índices fenomenológicos sob as mais diversificadas gradações. Desde logo é possível sinalizar que a justificação deve ocupar posição central para a interpretação/compreensão dos precedentes judiciais.

Sob esses impulsos, importa-nos recapitular que a leitura hermenêutica eleva o processo a condição de fenômeno índice da compreensão jurídica, posição que supera a atribuição de meio para atingir a finalidade da aplicação do Direito. Outra memória importante seria a de que, tomado como índice, o processo requisitará do sistema jurídico uma medida de equilíbrio, para que as constantes interpretativas sejam minimamente erigidas. A via de estabilidade é necessária para que a dissonância de sentido não macule a compreensão jurídica acerca de cada fenômeno concreto posto diante do intérprete. O momento do trabalho determina, por assim dizer, a convergência da posição estável dos índices em absoluta subordinação argumentativa e hermenêutica do intérprete.

A compreensão do que seja o direito do caso concreto decorre da aproximação da conduta fática descrita teoricamente pelos fenômenos índices (textos) perante os elementos fáticos revelados pelo processo, também fenômeno índice. Reiterando também esta abordagem, a interpretação do texto jurídico aprecia a conduta por ele descrita e não um posicionamento transcendental monovalente sobre o que seja a norma. Com o discernimento da equivocidade linguística e do caráter personalíssimo que fatalmente invade a interpretação de condutas – aquelas a que o texto legal faz referência –, a defesa dos pilares democráticos reivindica a solução da fugacidade textual por outras vias de previsibilidade, idealmente competentes para determinar constantes interpretativas dos conceitos jurídicos.

O capítulo inicial do trabalho deixava vestígios de que a derrocada da interpretação silogística-subsuntiva alçava privilégios à atividade criativa dos juízes, teoricamente revestidos de legitimidade política para superar o rigor das formas e outros malefícios do positivismo exegético, ressaltando uma espécie de protagonismo judiciário. O efeito imediato desse dito protagonismo criativo, também descrito como temerário, reside sobre a abertura discricionária que o modelo constitucional do segundo pós-guerra proporcionaria. Nesse ponto, parte do pressuposto modelador do método pátrio de provimentos vinculantes intentaria a verticalização dos conceitos jurídicos a partir dos tribunais e a estabilidade jurisprudencial como solução de contrapartida à discricionariedade. Diante da construção teórica até aqui empreendida, podemos considerar que essa pretensão de redução do perfil discricionário tornar-se-ia puramente

retórica sem a desconstrução da filosofia da consciência sob consideração da compreensão do direito como fruto da linguagem e inacessível como “ente”.

O argumento precedentalista habitualmente repetido demonstra certa confiança nos modelos interpretativos em que os tribunais possam ocupar posição de vértice e, como tal, reduzir a equivocidade dos textos legais, prevenindo a discricionariedade do julgador quando em análise do caso concreto¹¹³. Mas esse pensamento, também por vezes, se esquece da inaptidão que a linguagem denota para identificar projetos interpretativos antecedentes aos fatos e deles dissociados. Por isso, a prudência da fenomenologia hermenêutica acabará denunciando as inconsistências desse tipo de enunciação.

Para ilustrar essa conclusão recorreremos à defesa de Marinoni (2014, p. 2), que afirma o impacto do constitucionalismo, a evolução da teoria interpretativa e o aprimoramento da argumentação, como canais condutores de uma mudança de paradigma funcional idealizada sobre os tribunais superiores, que deixariam de ocupar-se da atribuição de “declarar o exato sentido da lei para garantir uma ilusória uniformidade interpretativa”, passando a adquirir a fito de “atribuir sentido ao direito mediante a apresentação de razões racionalmente convincentes”. O autor acrescenta que nessa dimensão o direito seria “proclamado”, e não apenas “revelado” pela Corte Suprema, e o conteúdo da igualdade que antes fora legado à expressão legal, a partir dessa revisão estaria conexo ao direito instituído pelo tribunal, passando os seus precedentes a manifestar natureza imperativa. Melhor complementando essa leitura, considera-se:

[...] a Corte Suprema não se presta a estabelecer o exato sentido da lei, mas a definir o adequado sentido extraível do texto legal, argumentando mediante as “melhores razões” ou mediante as razões que evidenciem as opções do intérprete como racionalmente aceitáveis. Nesse sentido, ainda que se possa dizer que a decisão não escapa da ordem jurídica num sentido global, ela apresenta uma solução que constitui norma que se coloca fora ou ao lado da ordem legislativa. É exatamente aí que se encontra o pressuposto teórico da Corte cuja função é extrair um sentido da ordem legislada, tornando-o parte da ordem jurídica vinculante (MARINONI, 2014, p. 4).

Mantendo congruência de sentido, Mitidiero (2015, p. 2-3) reconhece ser característico do Direito, em plano lógico-argumentativo, a pluralidade significativa na interpretação dos textos jurídicos. Essa constatação exigiria a concentração institucional da elucidação semântica em “Cortes Supremas”, responsáveis por analisar o direito em tese e definir o caminho correto

¹¹³ A título exemplificativo dessa confiança em tribunais de vértice, podemos considerar a expressão de Marinoni (2014, p. 4): “O Judiciário, no contexto da dissociação entre texto e norma e de elaboração da norma a partir do caso concreto e da Constituição, tem na Corte Suprema o órgão com função de definir o sentido que deve ser extraído do texto legislativo. Definir o sentido extraível do texto está longe de significar expressar o sentido exato da lei. A Suprema Corte é o órgão que, dentro do Poder Judiciário, coloca-se ao lado do Legislativo para fazer frutificar o direito federal infraconstitucional ajustado às necessidades sociais. Vale dizer: a Suprema Corte é incumbida de outorgar sentido ao direito, propiciando o seu desenvolvimento”.

de interpretação a ser seguido. Por esse plano, a função dessas cortes estaria ligada ao exame dos possíveis significados dos textos jurídicos, finalidade interpretava essencial conduzida por meio do caso concreto. Os fatos em perspectiva dessas cortes seriam apenas instrumentos para a melhor opção interpretativa sobre o direito, mas a decisão não estaria compromissada com a interpretação do fato descrito. Sem que fossem sanadas as divergências interpretativas por esse tipo de corte, através da instituição de precedentes judiciais, a transitoriedade dos conceitos seria inevitável, por reconhecimento do “caráter equívoco da linguagem em que vazados os textos legislados”.

Também colaborando com a defesa teórica de precedentes obrigatórios, Mancuso (2010, p. 94) afirma que a jurisprudência somente poderia ser considerada fonte formal de Direito quando apresentada com força vinculante, oponível para o cumprimento de seus enunciados e operando como se fosse a própria norma. O motivo para tanto seria que o enunciado sumulado concentraria tanto o comando quanto a sua interpretação, pois diferente do texto legislado, a matéria sumulada adquire legitimidade “a partir de uma sucessão harmônica e reiterada de acórdãos sobre um dado tema, vindo emitida no ambiente técnico de um Tribunal”.

O projeto de provimentos vinculantes por expedientes hierárquicos, verticalizando a resolução das celeumas consecutórias da prática jurídica, partem de preocupações e de alegações legítimas¹¹⁴. A discricionariedade e os muitos combustíveis encontrados na jurisdição constitucional para aumentar a fugacidade dos textos jurídicos, que por natureza linguística já demonstrariam imprecisões e polissemias das mais diversificadas, por vezes tolhe dos jurisdicionados lastros protetivos importantes, como a segurança jurídica e a isonomia. A utilização de referenciais judiciais extraídos de casos pretéritos, ou mesmo de formulação geral pelos tribunais, como elemento a se considerar na aplicação do direito, por si, não merece de forma alguma o descrédito. Contudo, existe uma insuficiência lógica nesses postulados que impede a nossa adesão, sob risco de andarmos às voltas com a famigerada subsunção.

O reconhecimento da equivocidade linguística e da impossibilidade do intérprete de absorver a essência conceitual dos objetos, entre estes o Direito, é um estágio fundamental que fora atingido parcialmente pela defesa dos precedentes obrigatórios. O primeiro pecado que acaba delatado é novamente esquecer da tal equivocidade e da temerária subjetividade do

¹¹⁴ A pertinência preliminar da indagação pode ser verificada na expressão de Cambi (2001, p. 4): “Com a adoção do efeito vinculante das decisões desses Tribunais, o problema da *jurisprudência lotérica* seria remediado, porque, tendo sido a questão de direito sumulada, todos os órgãos judiciais teriam o dever de respeitar essa súmula, evitando que a parte que tem razão se obrigue a recorrer para obter a tutela jurisdicional e, destarte, diminuindo o número de recursos, reduzindo o serviço dos Tribunais e dando maior celeridade à prestação jurisdicional.

intérprete, para confiar em cortes de vértice. Ora, se a linguagem é polissêmica e possibilita a multiplicidade interpretativa, a mesma convicção restaria sobre os intérpretes que representam a voz daqueles tribunais. Outro pecado a ser confessado é que a prenúncia de posição resolutive de divergências interpretativas também manifesta caráter linguístico (textual), e como tal, insuficiente para impedir contradições. A esse respeito, buscamos subsídio na expressão de Streck (2017, p. 51): “As teorias que se contentam com o plano analítico da linguagem acreditam que os problemas dos textos (jurídicos) se resolvem com mais textos. Trata-se de uma espécie de eterno retorno a um *semantic sense*”.

Os precedentes tidos como provimentos dos tribunais superiores, posição que se revela nos enunciados de súmula e na jurisprudência, têm intentos de pré-interpretação da norma, mas não perdem seu caractere textual e se inserem no vasto latifúndio do descompromisso perante os fatos, mesmo que a interpretação, em verdade, resida tão somente sobre os fenômenos. Mas, se a rejeição ao efeito vinculante por critérios hierárquicos não socorre satisfatoriamente o dilema da abertura discricionária o mito da neutralidade do direito e da justiça, qual seria o panorama de maior valência para a recepção dos precedentes judiciais em âmbito do processo civil? A resposta a essa indagação terá de reiterar que o efeito vinculante se impõe em nível argumentativo, e por caminho hermenêutico, jamais distanciado dos componentes fáticos. Esta é asserção condutora da defesa ora apresentada.

Em suma, as espécies de paradigmas de observância obrigatória listadas pelo artigo 927 do CPC/2017¹¹⁵ representam formulações teóricas pretensamente voltadas à delimitação de uma interpretação sobre o direito considerada preferencial perante outras, mas que por natureza não identificam uma posição entificada sobre qualquer conceito. Esses postulados revelam a apreensão que os intérpretes qualificados hierarquicamente manifestaram, com a incursão da linguagem significadora dos fenômenos (índices e puros) que pretendem identificar. Esses elementos, dessarte, consubstanciam textos que não correspondem à identidade da norma, produto que será apresentado na interpretação do caso concreto e, por derivação óbvia, não manterá a mesma identidade do postulado.

Ora, se os indicativos da tradição judiciária são textos, também devem ser vistos enquanto fenômeno, e incluso na especial classificação de índice. A decisão judicial

¹¹⁵ “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

consubstancia também um componente normativo, identificável diante de fatos sucessivos e, por isso, fenômeno índice. O fenômeno índice do caso pretérito, quando lançado por via argumentativa, poderá influir na apreensão do intérprete em curso do círculo hermenêutico, e da construção e reformulação que o projeto de todo interpretativo antecipa à sua percepção.

Vimos que a compreensão ocorre na medida do que a nossa pré-concepção seja capaz de impulsionar, e que em vista da complexidade dos fenômenos, a compreensão do todo e a compreensão do particular sempre interagem. Por isso há uma antecipação de sentido de todo (projeto de todo) que pode ser revisada por fluxo das contradições verificadas na apreensão de cada parte do todo. A nossa compreensão, sob esses traços, se dá como um acontecer da nossa pré-compreensão e, mesmo que provisória, será sempre a antecipação de algo que já se encontra na consciência. Esse fato não reduz a importância da argumentação, pois mesmo que a antecipação de sentido aconteça, condicionada pela preconcepção, e que estejamos limitados em atingir termos outros que não aqueles guardados pela consciência, a argumentação possibilita a transformação do intérprete por meio da compreensão do argumento. Por outras palavras, argumentar é “tentar estabelecer no intérprete uma carga pré-compreensiva capaz de desvelar o ser que você quer ver desvelado” (CARNEIRO, 2005, p. 18-19).

Mantida a referência doutrinária, entendemos que o direito enquanto ser desvelado no *dasein* e, por isso, “ser da conduta”, a produção do direito corresponde à sua compreensão. A ocorrência de uma é a própria ocorrência de outra, pois a produção de linguagem tem vazão pela compreensão de um ente (que depois de compreendido corresponde ao ser). Tomando ciência de que a compreensão seja uma antecipação permitida pelo projeto de todo, que tem como expediente a compreensão apriorística do intérprete; a argumentação pode ser vista como a reconstrução do trilho já percorrido sob o aspecto de fundamento e como fenômeno que, uma vez compreendido, tem aptidão transformadora sobre o intérprete. A transformação alegada não quebraria o círculo hermenêutico, mas seria responsável por viabilizar outros círculos que, por conseguinte, levariam à outras compreensões (CARNEIRO, 2005, p. 21).

Podemos concluir que a argumentação focalizada nos fenômenos índices dos casos pretéritos, feição assumida pelos paradigmas decisórios emanados horizontalmente (juízos de primeiro grau) e verticalmente (tribunais), ocupara este tipo de encargo: a condução da pré-compreensão do intérprete que inevitavelmente lhe proporcionará uma antecipação de sentido, insuficiente como essência, mas suficiente para revelar-lhe o “ser” sobre o direito do caso concreto. A expectativa de vinculatividade, dessa maneira, exsurge de uma antecipação de sentido que assim empreende, e confia na asserção do fenômeno precedente como indutora obrigatória do caso presente. O encargo argumentativo, por essa definição, deve ser repartido

por todos os participantes do processo, até que seja possível ao julgador anunciar sua decisão, que também deve operar pela via argumentativa.

No caso do julgador, o credenciamento argumentativo capaz de demonstrar o traçado de propulsões indutores daquela decisão, pode ser confirmado com a justificação. Por isso que, no panorama de provimentos vinculantes, o esteio democrático vindicará a todo momento a submissão argumentativa da motivação, elemento necessário para credenciar a responsabilidade política da atividade jurisdicional. O precedente judicial, captado como fenômeno índice, apenas reitera que a interpretação, correspondente à própria compreensão do direito, se dá sob influxo dos fatos, e não dos postulados *in abstracto*.

3.4 Coerência e integridade do ordenamento jurídico

Temos considerado até aqui que o intérprete do direito está sempre subjugado por uma pré-compreensão que lhe antecipa os sentidos e, em curso da circularidade hermenêutica, do ir e vir do projeto de todo, reconstruído sob influxos fenomênicos da linguagem, condiciona a compreensão à moldura limitada do ser. Por essa mesma constatação, lembramos que a interpretação dos textos jurídicos correspondem em verdade à interpretação dos fatos que antecipam a percepção do sujeito como fatos, e não como postulado puramente teórico, não por sua vontade, mas por limitação natural da consciência. Assim, os fenômenos subscritos nos diversos referencias tidos como jurídicos, como o texto legal, as súmulas dos tribunais, ou mesmo o que se poderia chamar de precedentes judiciais, embora idealmente projetados como mandamentos *in abstracto*, são também componentes fáticos da interpretação, e designados como fenômenos índice.

Didaticamente retomando essa construção, podemos compreender que na aplicação do direito, a antecipação de sentido na cadeia do ser tem margem não apenas por adesão dos fatos contidos nos índices (fenômenos fictícios) aos fatos colocados sob apreciação do intérprete que, de alguma maneira levam a compreensão para determinado sentido; mas também todos os componentes subjetivos que possam influir sua convicção. Por isso que apontamos a vinculação em nível argumentativo, para que a influência dos fatos fique mais evidente do que a dos aspectos subjetivos. O contrário disso poderia restaurar valência à famigerada subsunção. O caminho de afastamento da subjetividade poderia ser cumprido, ao menos parcialmente, na locução dos precedentes, através da justificação, indicativo capaz de conferir vigor ao componente democrático capitaneado pela jurisdição constitucional.

Sob a égide dos precedentes judiciais em sentido *lato*, estaríamos diante de um ônus argumentativo que se impõe às partes do processo quando da apresentação de suas razões de direito, e ao julgador por meio da justificação. Esse é a proposta mais razoável para que a prática judiciária precedentalista não substitua o texto da lei pelo texto dos enunciados em continuidade solipsista da subsunção; e para que o efeito vinculante da tradição possa ser constituído sem ameaçar as garantias processuais mais básicas dos jurisdicionados.

A vinculação em nível argumentativo, a medida que se direciona a uma ordem de postulados antecedentes, por princípio, rejeita os critérios volitivos. Por assim dizer, podemos argumentar que a vontade e a subjetividade do intérprete perdem energia à medida que o Direito seja levado a transitar por uma ordenação coerente e íntegra de decisões. Esses adjetivos são integrantes estruturais aptos a diminuir as possibilidades de subversão dos conceitos para manipulação personalíssima dos resultados da interpretação.

Seguindo a explicação de Dworkin (2002, p. 176), a considerada força gravitacional assumida pelo precedente não poderia ser tomada por teorias conformadas à “força de promulgação”, ou seja, pela determinação institucionalizada de que aquele é o sentido correto da interpretação, como mera peça legislativa. Na realidade, a força de um precedente escaparia à linguagem do voto de quem a formulou, invalidando a asserção promulgativa. A vivência científica do autor teria lhe sugerido a necessidade de uma teoria superior, destinada a dissociar o intérprete dos acervos meramente formalistas sobre essa vinculação ao histórica judicial. Aliás, o precedente seria um verdadeiro fragmento da história política de determinado grupo social, e indicaria razões pertinentes para influenciar a decisão de outros casos futuros.

Dworkin representa o grande arauto de inteção precedentalista em que a coerência e integridade do ordenamento jurídico seriam indicadores compromissórios para a interpretação jurídica. A defesa com esse objeto se justifica pelo seu manifesto (2002, p. 50-56) em oposição à discricionariedade judicial, mas explique-se que a crítica se dirige a um “sentido forte” delimitado pelo jurista sobre esse conceito e correlacionado ao positivismo. O sentido forte compreende uma espécie de ausência de parâmetros derivados da autoridade da lei, e não se resume a tautológica proposição pela qual, inexistindo regra clara disponível, o juiz poderia usar de seu poder discricionário para chegar à decisão.

Esse tipo de discricionariedade desconsidera que as diversas situações e conjunturas de interação entre as pessoas ressaltam certos padrões de racionalidade, equidade e eficácia, potencialmente revestidos de juridicidade (padrões jurídicos), mas não atingidos por um regramento específico. Os padrões jurídicos que não sejam regras, pela doutrina exegética, não imporiam obrigações ao magistrado. Esse ponto é guardião da oposição de Dworkin (2002, p.

54-64), que passa a focalizar em princípios a saída para que a autoridade do direito continue a condicionar o intérprete mesmo quando a regra jurídica não lhe forneça indicativos suficientemente claros, como ocorre nos chamados *hard cases*.

A estratégia *dworkiana* concebe que o raciocínio jurídico habitual a respeito de direitos e obrigações jurídicas, especialmente nos *hard cases*, em que os problemas com os conceitos tornar-se-iam mais agudos, teriam de recorrer àqueles padrões jurídicos não correspondentes a regras, mas oponíveis enquanto “princípios”, “políticas” ou outros tipos de padrões. Argumenta-se também nessa direção, que o positivismo fracassa porque projetado “de e para um sistema de regras”, de maneira que a sua noção central de um único teste fundamental para o direito, nos forçaria a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões diferentes de regras (DWORKIN, 2002, p. 43-44). Essa interpretação faz o autor lançar discursos pela existência de respostas juridicamente adequadas a cada caso difícil, ou seja, respostas corretas mesmo quando ausentes as regras determinantes da matéria.

Para chegar até esse argumento é preciso aferir a distinção continente da inteligência do arauto sobre as regras e os princípios, e também a distinção na categoria dos indicadores jurídicos diferentes de regras, entre *principle* e *policy*. Iniciando com a categoria dos padrões não regulatórios, Dworkin (2002, p. 36) denomina política (*policy*) a espécie que compromissória, que firma um objetivo a ser alcançado, normalmente correlato a uma perspectiva econômica, política ou social da comunidade. A designação de princípio (*principle*) ao seu turno, aponta para o padrão a ser observado, não porque assegure uma situação econômica, política ou social tida como desejável, mas porque contém uma exigência de justiça, equidade, ou alguma outra dimensão de moralidade¹¹⁶.

Com maior relevo, trata-se da diferença entre princípios jurídicos (em sentido amplo, abrangente dos princípios e das políticas) e regras jurídicas, distanciamento focalizado sob natureza lógica. Ambos os padrões jurídicos indicam decisões particulares sobre certa obrigação jurídica em determinadas circunstâncias. No entanto, há disparidade a respeito do caráter da orientação. As regras têm sua aplicação na perspectiva do “tudo-ou-nada”, caso em que a resposta anunciada deve ser aceita, pois ao contrário não seria válida e, assim, não

¹¹⁶ Em complemento, o autor destaca: “Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio. A distinção pode ruir se interpretarmos um princípio como a expressão de objetivo social (isto é, o objetivo de uma sociedade na qual nenhum homem beneficia-se de seu próprio delito) ou interpretarmos uma política como expressando um princípio (isto é, o princípio de que o objetivo que a contém é meritório) ou, ainda, se adotarmos a tese utilitarista segunda a qual os princípios de justiça são declarações disfarçadas de objetivos (assegurar a felicidade para o maior número). Em alguns contextos a distinção tem usos que se perde, quando ela desmorona dessa maneira” (DWORKIN, 2002, p. 37).

contribuiria em nada para a decisão¹¹⁷. O mesmo não ocorre com os princípios porque, mesmo aqueles que mais se aproximam de regras, não oferecem consequências jurídicas seguidas instantaneamente em vista das condições dadas. Os princípios manifestam a dimensão de “peso ou importância” não encontrada nas regras. Quando ocorre uma colisão de princípios, o julgador deve levar em conta a força relativa de cada um desses princípios. Seria possível dizer que enquanto as regras são funcionalmente “importantes ou desimportantes”, os princípios agregam a dimensão do peso (maior ou menor) da importância por ele detida (DWORKIN, 2002, p. 39-42).

Em interpretação de Trindade (2016, p. 21), a medida que os princípios descrevem direitos destinados a um “estado político de coisas individualizadas”, enquanto as políticas descrevem metas voltadas ao “estado político de coisas não individualizado”, a conclusão da vertente indicaria que as decisões judiciais, em especial aquelas dos casos difíceis, o condutor da decisão deveria focalizar-se em argumentos de princípio em preterição aos argumentos de política¹¹⁸. Essa sobreposição meritória, pautada a partir dos princípios¹¹⁹, considera que esse elemento detenha conteúdo semântico lastreado pela tradição, de modo que, diferentemente do que ocorre na prática jurídica de nossos tempos, os princípios não constituem “curingas” argumentativos de conteúdo valorativo instável e subjogado pelos métodos de ponderação.

Novamente, o critério para que não se chegue reiteradamente ao paradoxo da abertura discricionária, no chamado “sentido forte”, aponta a solicitação de um afunilamento de sentido. A indagação que permita mensurar o peso de cada princípio (*principle* ou *policy*) e, em caso de conflito entre eles construir uma linha argumentativa que relativize a valência de ambos para indicar um caminho híbrido, deve estar subscrita por uma ordenação sólida de princípios dirigentes, compromissados com a integridade do sistema jurídico e com a coerência das decisões. Continuando no trilho de uma alternativa correta, extraível do emaranhado de princípios potencialmente conflitantes, o compromisso com a tradição será renovado a cada nova investida interpretativa. Esse é o manancial que pode explicar a força gravitacional dos

¹¹⁷ Para exemplificar a lição, considera-se a alegoria a seguir: “Se tomarmos por modelo as regras do beisebol, veremos que as regras do direito, como aquela segundo a qual um testamento é inválido se não for assinado por três testemunhas, ajustam-se bem ao modelo. Se a exigência de três testemunhas é uma regra jurídica válida, nenhum testamento será válido quando assinado por apenas duas testemunhas. A regra pode ter exceções, mas se tiver, será impreciso e incompleto simplesmente enunciar a regra, sem enumerar as exceções. Pelo menos em teoria, todas as exceções podem ser arroladas e quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra” (DWORKIN, 2002, p. 40).

¹¹⁸ “Não obstante, defendo a tese de que as decisões judiciais nos casos civis, mesmo em casos difíceis [...] são e devem ser, de maneira característica, gerados por princípios e não por políticas” (DWORKIN, 2002, p. 132).

¹¹⁹ “[...] ao definir a força gravitacional de um precedente específico, Hércules só deve levar em consideração os argumentos de princípio que justificam esse precedente” (DWORKIN, 2002, p. 179).

precedentes. O alegórico juiz Hércules¹²⁰, da expressão de Dworkin (2002, p. 177), tem validade para a representação da celeuma:

Hércules concluirá que sua doutrina da equidade oferece a única explicação adequada da prática do precedente em toda sua totalidade. Extrairá algumas outras conclusões sobre suas próprias responsabilidades quando da decisão de casos difíceis. A mais importante delas determina que ele deva limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões. Se se considerasse que uma decisão anterior estivesse totalmente justificada por algum argumento de política, ela não teria força gravitacional alguma. Seu valor enquanto precedente ficaria restrito à sua força de promulgação, isto é, aos casos adicionais abarcados por alguns termos específicos do precedente.

O intentado equacionamento principiológico que permita a aquisição de respostas corretas no direito transita, como vimos, sobre os indicativos de coerência e integridade e, a esse respeito, a melhor apreensão novamente nos aproxima do prognóstico *dworkiano*. Existe em sua concepção uma linha conectiva histórica ligando os conceitos jurídicos e a interpretação dos fatos em cada caso submetido ao crivo jurisdicional. Existe uma unidade de sentido a respeito de cada conteúdo que, mesmo sujeitando-se às alterações de sentido posteriores, deve manter coerência perante a coletânea semântica que a precede, a cada nova experiência.

Em reforço a essa alegação, Dworkin (2002, p. 179-180) afirma que a decisão favorável a determinada pessoa supõe que ela tenha um direito ao bem jurídico tutelado, e não apenas que paire sobre o caso uma regra a seu favor promovendo alguma meta coletiva; revigorando a valência da equidade sobre a qual se erige a prática do precedente. Pelo mesmo fundamento que o mesmo direito concreto não será automaticamente difundido, mas deverá respeitar as particularidades que cada novo caso eventualmente apresente, podendo a melhor solução apontar para uma medida conciliatória que não era exigida no precedente, ou por dissonâncias factuais que não eram consideradas na primeira análise. Em qualquer hipótese haverá necessidade de uma especial argumentação que suscite os direitos concorrentes e as dissonâncias fáticas para evidenciar que, na alteração de sentido, uma decisão diferente, de fato seria coerente e justa.

Em outras palavras, a interpretação a respeito de determinado fenômeno está sujeita a alterações, quando localizadas circunstâncias congêneres em oportunidades futuras, mas essas ocorrências imperativamente devem associar-se ao histórico construído até então, para não incorrer em transgressão à coerência. Toda essa ideia está circunscrita a noção de integridade

¹²⁰ “[...] Dworkin recorre à metáfora do juiz Hercules – um juiz imaginário, de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, que aceita o direito como integridade – a quem compete a árdua tarefa de decidir, resgatando, principiológicamente, a história institucional do direito e considerando, adequadamente, as pretensões jurídicas que marcam os casos concretos submetidos à sua apreciação [...]” (TRINDADE, 2016, p. 22).

que considera unívoca o sentido de Direito a ser pronunciado pelo Estado, não sendo admissível à conjuntura democrática a prevalência de decisões contraditórias entre si. Vige por essas linhas a submissão inalienável da jurisdição aos pilares de equidade.

Para explicar essa idiosincrasia, Dworkin (2001, p. 276) recorre à representação literária para comparar o papel do magistrado ao desempenhado por um romancista coautor de um “romance em cadeia”¹²¹. Nessa metáfora um grupo de romancistas é responsável pela escrita do romance seriado, passando cada partícipe a interpretar o compilado de capítulos que o antecede para formular o novo capítulo daquele conto. Por essas vias, cada coautor estaria inevitavelmente submisso ao que fora escrito antes de seu capítulo, pois em sentido contrário o romance perderia coerência, dificultando ou impedindo a sua compreensão como unidade. O cumprimento da tarefa teria como encargo do intérprete compreender o romance como se escrito por um único autor, por um único afluyente, e não como produto de muitas mãos e dissonâncias. Nesse sentido o intérprete adota um ponto de vista sobre a estória contada, que progressivamente vai se formando, trabalhando os elementos que fazem parte da construção, para que ao final decida o que considera como continuidade, e não como um começo desconexo.

Dworkin (2001, p. 239-240) adverte também que o raciocínio equivalente na literatura faz compreender que a interpretação jurídica não corresponde à licença para que o julgador descubra na história doutrinária qualquer coisa que lhe agrade os sentidos. O seu dever está condicionado a narrativa jurídica que encontrara, não sendo dirigido a construir um novo enredo. Ainda que não exista um algoritmo infalível para determinar se a interpretação é ajustável satisfatoriamente ao conteúdo disposto, para que esta seja excluída, as dimensões normativas (lei, constituição, costume) fornecerão limites e profusões que permitam ao intérprete chegar à correta decisão, nunca por pura opção de seu âmago¹²²; ou por seus dizeres: “[...] a escolha de qual dos vários sentidos, fundamentalmente diferentes, da intenção do falante ou do legislador é o sentido adequado, não pode ser remetida à intenção de ninguém, devendo ser decidida, por quem quer que tome a decisão, como uma questão de teoria política”.

¹²¹ “Os juízes, porém, são igualmente autores e críticos. Um juiz que decide o caso *McLoughlin* ou *Brown* introduz acréscimos na tradição que interpreta; os futuros juízes deparam com uma nova tradição que inclui o que foi feito por aquele. É claro que a crítica literária contribui com as tradições artísticas em que trabalham os autores; a natureza e a importância dessa contribuição configuram, em si mesmas, problemas de teoria crítica. Mas a contribuição dos juízes é mais direta, e a distinção entre autor e intérprete é mais uma questão de diferentes aspectos do mesmo processo. Portanto, podemos encontrar uma comparação ainda mais fértil entre literatura e direito ao criarmos um gênero literário artificial que podemos chamar de ‘romance em cadeia’” (DWORKIN, 2001, p. 275).

¹²² “[...] por mais que o julgado desgoste de determinada solução legislativa e da interpretação possível que dela se faça, não pode ele quebrar a integridade do direito, estabelecendo um ‘grau zero de sentido’ [...]” (STRECK, 2016, p. 156).

A prescrição desses ensaios empreende uma interpretação construtiva em que a justificação possa atender aos princípios de moralidade política informadores do Direito, rejeitando-se a oportunidade de incoerência dos intérpretes jurisdicionais em qualquer tentativa de “decisionismo”. Por outro lado, tal qual os escritores da *romance chain*, o julgador deve atentar-se à avaliação geral do que fora produzido no histórico que o antecede, mas esse indicativo não corresponde ao acorrentamento pelo que se encontra assentado na jurisprudência, sendo garantida a legitimidade até mesmo da alteração dos rumos da história, em vista das circunstâncias presentes (TRINDADE, 2016, p. 25). Logico que, essa alteração de rumos deve operar submissa ao encargo argumentativo, exercido de maneira coerente à tradição eventualmente rompida, com o apontamento das mudanças e principalmente dos fundamentos de mudança sob influxo dos novos elementos apresentados. Seguindo a expressão de Streck (2017, p. 33):

[...] sendo o Direito a prática social que garante legitimidade para o uso da força pelo Estado, a melhor interpretação será aquela que articule coerentemente todos os seus elementos (regras, princípios, precedentes, etc.) a fim de que a decisão particular se ajuste ao valor que é a sua razão de ser. Dito de outro modo, a divergência é resolvida com a melhor justificação (STRECK, 2017, p. 33)

Esse é o motivo que desconecta a defesa pela resposta correta de qualquer proibição interpretativa. Não há no argumento de coerência e integridade a tentativa de antecipar respostas aos problemas jurídicos, ou de descrever uma fórmula infalível para algumas controvérsias. A posição contrária é assumida por vezes pela figura das súmulas vinculantes na prática jurídica brasileira. A resposta *dworkiana*, por outra via, contempla a vinculação do julgador aos casos pretéritos e aos detalhamentos da controvérsia, pautado por esse intelecto também na abertura do intérprete para o fenômeno interpretativo de forma abrangente, reconhecendo que essa etapa é parte da condição humana natural. Há também um esforço para afirmar a existência de certa objetividade no Direito, o que poderia ser alcançado por um modelo de moralidade não relativista (moralidade política), pela responsabilidade política do julgador em promover igualdade, e pela própria interpretação circunscrita à tradição (STRECK, 2017, p. 33-34).

O ambiente em questão leva as noções de coerência e integridade à caracterização de condutores do conteúdo de igualdade. Na locução da decisão judicial, essa consciência indica que os muitos casos submetidos ao julgamento público desempenhem igual consideração por parte do ente legitimado para pronunciar o Direito. De maneira detalhada, podemos considerar que a coerência é adjunta à consistência lógica que o julgamento de casos similares deve comportar perante cada caso, ou ainda, que o postulado efetiva uma ajusta das circunstâncias

fáticas perante os elementos normativos que o direito, como integridade, oponha à sua repercussão. Por sua vez, a integridade contém a disposição de que os magistrados apenas edifiquem seus fundamentos com integração ao conjunto jurídico existente, em verdadeiro ajuste de substância¹²³ (STRECK, 2017, p. 34). Em continuidade a essa análise, os indicativos de coerência e integridade conferem aos jurisdicionados maior credibilidade à medida que sejam renovadas a cada novo enfrentamento:

Assim, haverá coerência se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição. A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão igual consideração por parte do Poder Judiciário. Isso somente pode ser alcançado através de um holismo interpretativo, constituído a partir de uma circularidade hermenêutica. Coerência significa igualdade de apreciação do caso e igualdade de tratamento. Coerência também quer dizer “jogo limpo” (STRECK; ABOUD, 2015, p. 117-118).

Finalmente, o conteúdo da integridade revela duas importantes feições, quais sejam um princípio legislativo, que orienta a edição dos legisladores para que a coletânea legal seja moralmente coerente; e um princípio jurisdicional, indutor da interpretação, que deseja tanto quanto seja possível a asserção de coerência na análise do conteúdo legal. Em vista desses aspectos, a integridade se contrapõe frontalmente ao voluntarismo do ativismo e da discricionariedade, utilizando essa comunidade de princípios como freios às inclinações solipsista-voluntaristas (STRECK, 2016, p. 156).

A resultante que podemos aproveitar sob todas essas alegações fortalecem os votos pela desleitura voluntarista para prática o direito de precedentes. A conexão exarada pela tradição jurídica não pode se dissociar do caso concreto, para que a legitimação democrática da isonomia confira o grau de rigor necessário para que prevaleça a vontade de uma coletividade de princípios, manifesta pelo emaranhado de influxos da tradição, em detrimento do crivo personalíssimo do intérprete. O imperativo de coerência exige a conexão lógica entre as decisões exaradas, para que o andamento das posições jurídicas não seja surpreendido por rompantes aleatórios. A cautela da integridade aponta para um caminho democrático em que a interpretação do direito seja uniforme, ou seja, considerando o Estado como porta-voz jurisdicional, a sua posição não pode ser vacilante e paradoxal, para que a distribuição de justiça adquira posições significativas de eficiência.

¹²³ Arrematando essa construção, Streck (2001, p. 275) exprime que “a integridade traz em si um aspecto mais valorativo/moral enquanto a coerência seria um *modus operandi*, a forma de alcançá-la”; e ainda que como “a ideia nuclear da coerência e da integridade é a concretização de igualdade”, sendo que a interpretação preferível do valor igualdade deva levar em consideração a convivência de um valor igualmente relevante, expresso em sua melhor posição pela noção de “liberdade”.

Coerência e integridade são conteúdos importantes, de grande amparo para a melhor edificação do método brasileiro de submissão ao histórico judiciário, em privilégio evidente ao teor democrático da jurisdição constitucional. A advertência que precede qualquer conquista, no entanto, incide sobre a imposição de provimentos vinculantes por determinação legislativa, que reduz a margem argumentativa em algumas circunstâncias (como na restrição recursal), e deixa a aplicação de fundamentos decisórios à mercê das atitudes reducionistas que renovam a subsunção, substituindo o enunciado legislativo pelo enunciado jurisprudencial para consolidar sua decisão, não firmando necessariamente um compromisso com a tradição fática e jurídica subscrita.

Por isso tudo, renova-se a alegação de que a submissão do intérprete ao precedente judicial deva ocorrer em nível argumentativo, e toda fundamentação descompromissada com as razões de decidir dos casos pretéritos, seria temerária em uso dos efeitos vinculantes. O compromisso com a coerência e integridade, sempre em nível argumentativo, são fundamentais para sustento democrático dos precedentes judiciais na prática do processo civil.

3.5 Relatos de experiências pátrias anteriores à Lei nº 13.105/2015

A consideração às importantes reformas processuais entregues a partir da vigência do Lei nº 13.105/2015 e, especialmente àquelas relacionadas a dotação de efeito vinculante a espécies de provimentos qualificados, recobram atenção ao histórico localizado sobre o tema na experiência pátria. Esse fio condutor pode nos proporcionar alguns alertas para o melhor enquadramento da sistemática vigente, prioritariamente para que a prática do processo civil não venha a incorrer nos mesmos equívocos por ventura achados em outros momentos. Esse objetivo preambularmente já era anunciado em nosso trabalho e, chegado o momento de cumprimento da promessa, nossa atenção deve se voltar a dois importantes relatos com conteúdos inspiradores: o processo de formação das súmulas nos tribunais superiores e a aplicação da súmula impeditiva de recurso.

3.5.1 Diagnóstico sobre o processo de formação das súmulas nos tribunais superiores

O volume considerável de indagações que levam à abertura de discussões centradas na previsibilidade da atividade jurisdicional, especialmente no tocante a coerência perante o histórico prévio das decisões judiciais, tem relação direta com as digressões de efetividade

prática que os casos jurídicos manifestam, quando expostos a uma estrutura de decisões contraditórias entre si. Esse panorama permite que as posições jurídicas afirmem e neguem direitos com o mesmo grau de certeza, mesmo que em sentidos opostos, de maneira até mesmo aleatória, confundindo a compreensão daquilo que de fato seja o direito aplicável.

A preocupação manifesta pelos destinatários do direito incide menos no plano lógico, e mais no plano prático, em que os resultados de construções deficitárias seriam efetivamente sentidos pelos usuários do sistema¹²⁴. Quando um comando judicial outorga um bem ou valor que outro comando judicial coexistente declina efeito, em igual ou superior posição hierárquica, instaura-se no plano prático a relatada inaptidão jurídica (MANCUSO, 2010, p. 426-427). Parte da resolução intentada para esse problema é continente das figuras sumulares (súmulas persuasivas e súmulas vinculantes), difundidas na prática jurídica dos nossos tribunais e, potencialmente, catalizadoras da ascendência vinculante sobre os objetos por elas expressos.

Nesse momento, pouco importando a defesa ou negação da técnica sumular como medida favorável a coerência e integridade do mandamento jurídico, trilha da previsibilidade, segurança jurídica e isonomia; não podemos perder de vista que as súmulas persuasivas e vinculantes, para o bem ou para o mal, confiam diversos efeitos à sistemática do processo civil. Apenas a título de exemplo, podemos citá-las como critério para improcedência liminar do pedido (art. 332), como elemento de atenção obrigatória na atividade de fundamentação (art. 489, § 1º), ou como paradigma de imposição vinculante (Art. 927). Com essa convicção, a preocupação que nos obriga aponta para o encadeamento lógico constitutivo dos enunciados de súmulas em relação aos casos concretos que impulsionam a parametrização sumular.

O encadeamento lógico citado faz parte do objeto da pesquisa promovida pelo Conselho Nacional de Justiça, denominada “A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário. Basicamente a análise empreendia buscava aferir a coerência entre os debates que precediam a elaboração da amostragem de súmulas¹²⁵ considerada na

¹²⁴ “Partindo da diretriz de que a solução outorgada através do processo deve resultar a mais aproximada possível daquela a que se chegaria se houvesse a resolução do conflito pela voluntária submissão dos interessados ao texto de regência, e considerando-se, de outro lado, que a garantia constitucional da isonomia deve abranger não somente a norma legislada (= enquanto produto da atividade parlamentar), mas igualmente a norma julgada (= após submetida ao contraste jurisdicional), segue-se que a eficácia da atividade jurisdicional depende de que os operadores do Direito se conscientizem da necessidade de que o ordenamento jurídico seja... justo, e não, apenas, formalmente jurídico” (MANCUSO, 2010, p. 428).

¹²⁵ Considerava-se na pesquisa como conteúdo de amostragem um total de 70 súmulas, entre persuasivas e vinculantes, precisamente as súmulas vinculantes de nº 1, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 19, 20, 21, 24, 26, 28, 29, 31, 32; as súmulas do STF de nº 20, 121, 283, 284, 286, 292, 387, 419, 528, 596, 598, 645, 659, 648, 687; e as súmulas do STJ de nº 7, 30, 33, 60, 72, 84, 93, 126, 148, 149, 154, 195, 211, 214, 233, 252, 258, 283, 285, 289,

pesquisa, e a confrontação de coerência lógica de tal amostragem perante espécies de casos decisórios resolvidos sob essas influências¹²⁶.

Registrava-se por ocasião da pesquisa o intuito de avaliar o grau de uniformização da jurisprudência a partir dos tribunais de segundo grau, os aspectos qualitativos dos enunciados de súmulas, e a fidedignidade destas aos casos concretos em que eram discutidos a temática sumulada. Entre os aspectos considerados para cumprimento da tarefa, levava-se em conta o grau de autoridade vinculante que as súmulas e precedentes judiciais das cortes superiores tinham reconhecido nos órgãos judiciários pátrios; a medida de eficácia das inovações processuais indutoras de diminuição do congestionamento do Judiciário; e a efetiva contribuição das súmulas para os pilares de segurança jurídica, previsibilidade, proteção da confiança, isonomia e razoável duração do processo (BUSTAMANTE, et al, 2015, p. 37). É possível ressaltar que as preocupações descritas naquela oportunidade permanecem ostensivas no quadrante do método de provimentos vinculantes indicado pelo vigente Código de Processo Civil, que condiciona uma série de providências às possibilidades de adesão do caso concreto à *ratio decidendi* condutora das súmulas e de outros espécimes qualificados de provimentos judiciais.

Uma das preocupações de necessária abordagem é localizada na prescrição de conceitos indeterminados, valorativos ou interpretativos pelos enunciados de súmula. Por uma compreensão bastante singela, a redução de equivocidade pretendida com a edição de normas judicadas, em assunção de interpretação preventiva sobre conceitos jurídicos, teria sua eficiência reduzida com a manutenção de conceitos meramente interpretativos em seus postulados. Reduzir a equivocidade de textos jurídicos com a adoção de abstrações conceituais pareceria antinômico desde a leitura mais superficial.

Esse ponto foi observado pela pesquisa do CNJ, com a indicação do achado de que, com propriedade, as súmulas do STJ em sua absoluta maioria, eram redigidas com a utilização de termos menos equívocos, com conceitos de interpretação considerada fechada e exaustiva. A posição benéfica não impede que naquela amostragem ainda restasse parte significativa de súmulas não comprometidas integralmente com esse encargo enunciativo. Aliás, a angustia dos

293, 294, 295, 296, 297, 306, 308, 314, 322, 375, 381, 382, 392, 421, 426, 430, 474, 482 e 596 (BUSTAMANTE, et al, 2015, p. 36).

¹²⁶ “Foram analisadas as súmulas (vinculantes ou não) do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que foram citadas quando de suas respectivas aplicações seja pelos Juízos de Primeiro Grau e pelos Tribunais de segunda instância, por meio da técnica prevista no art. 518, § 1º, do CPC, ou pelo STF no julgamento das Reclamações Constitucionais interpostas com fundamento no art. 103 A, § 3º, da Constituição. Dessa forma, todas as súmulas, tanto do STJ quanto do STF, que fundamentaram as decisões que negaram seguimento aos Recursos de Apelação coletados foram analisadas a partir dos debates (quando disponibilizados) e dos acórdãos que motivaram a criação de cada uma delas (BUSTAMANTE, et al, 2015, p. 36).

enunciados com carga valorativa mais elevada tinha margem de incidência maior na perspectiva das súmulas persuasivas e vinculantes do STF¹²⁷. Mesmo em menor parte da amostragem, uma parcela considerável de súmulas estava comprometida por vícios dessa natureza, em proporção próxima a metade das súmulas simples e a um terço das súmulas vinculantes. Essa constatação seria ainda mais preocupante nas hipóteses frequentes em que não seriam localizadas a publicação dos debates adimplidos pela sessão de aprovação das súmulas¹²⁸, situação repetida na totalidade das súmulas do STJ, em todas as súmulas simples do STF e em todas as súmulas vinculantes antecedentes à decima quarta (BUSTAMANTE, et al, 2015, p. 43).

Em aferição da compatibilidade entre os precedentes originários da súmula e os textos redigidos para os respectivos enunciados, foram encontrados outros sinais de inquietude. A maior parte das súmulas avaliadas denotavam correlação razoável de fidelidade perante a jurisprudência citada, mas o grau integral de compatibilidade não era representado em parcela significativa de súmulas tidas como mais restritivas em relação à coletânea de aspectos debatidos no precedente por elas subscrito. Ainda seria perceptível uma diminuta parcela de súmulas em que a enunciação acabava atingindo uma abrangência maior de temas do que o que restava no precedente. A convicção da pesquisa ressalta que as súmulas mais restritivas não seriam necessariamente prejudiciais à proposta sumular, porque esse efeito poderia, em tese, decorrer de opção do tribunal por fixar nos parâmetros de súmula apenas parcela da discussão empreendida. Contudo, a situação das súmulas mais abrangentes que o conteúdo discutido e resolvido no precedente, revelaria uma violação direta ao requisito legal da existência de reiteradas decisões sobre a matéria sumulada¹²⁹, implicando ainda na produção de uma *ratio decidendi* construída com desleixo à observância do contraditório (BUSTAMANTE, et al, 2015, p. 44).

Ainda que a localização de súmulas com as deficiências apontadas seja em menor proporção que aquelas consideradas adequadas à discussão do precedente, e sem máculas

¹²⁷ “Essa situação se torna preocupante, principalmente nos casos em que não existe a publicação, pelo tribunal, dos debates realizados na sessão em que a súmula foi promulgada, como ocorreu em todas as súmulas do STJ, em todas as súmulas não vinculantes e em todas as súmulas vinculantes do STF anteriores à Súmula Vinculante n. 14. (BUSTAMANTE, et al, 2015, p. 36).

¹²⁸ “A pesquisa constatou também que tanto o Superior Tribunal de Justiça, quanto o Supremo Tribunal Federal não disponibilizam os debates sobre a instituição das súmulas sem efeitos vinculantes, mesmo eles existindo e tendo previsão no Regimento Interno de ambas as Cortes. A ausência de publicação dos debates também tornou impossível a identificação do *leading case*, o que de certa forma prejudica o intérprete em sua tarefa de aplicar as técnicas do *distinguishing* e do *overruling*” (BUSTAMANTE, et al, 2015, p. 51).

¹²⁹ Por esse tipo de ocasião, o tribunal estaria fixando “uma regra geral e abstrata que não foi produzida de acordo com o princípio da vinculação ao debate (*‘mootness principle’*), o que pode levar a importantes dificuldades no momento de se aplicar a súmula vinculante no julgamento de outros processos (BUSTAMANTE, et al, 2015, p. 44).

relacionadas aos conceitos valorativos, a existência de vários exemplares com potencial de indução à equivocidade de aplicação alerta o interprete das possíveis imperfeições quando da aplicação da sistemática do código de ritos. Qualquer hipótese de parametrização decisória, em verticalização assumida com base em súmulas dos tribunais superiores, pode ser erigida sob equívocos flagrantes de aderência fática e com prejuízo à proteção constitucional do contraditório.

A apreensão é ainda maior no tratamento das limitações recursais, tanto as que fazem referência ao juízo de admissibilidade, quanto as que permitem a denegação preliminar de procedência, com amparo em matéria sumulada. Esses ingredientes são retomados no tópico seguinte, com a observação, ainda na vigência do CPC/73, das súmulas simples dos tribunais superiores como critério negativo de admissibilidade recursal.

3.5.2 Diagnóstico sobre a aplicação da súmula impeditiva de recurso

A expressão de provimentos qualificados dotados de efeito vinculante encontra na experiência da chamada súmula impeditiva de recurso algumas entrelinhas de destaque para a argumentação que temos construído. O termo remete à redação dada pela Lei nº 11.276/2006 ao artigo 518, § 1º, do Código de Processo Civil de 1973, nos seguintes termos: “O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”.

Essa alteração acabava por elevar o posicionamento das súmulas do STF e STJ ao patamar de impeditivos recursais, ou seja, caso a decisão recorrida denotasse congruência perante aqueles referenciais, configurava-se o requisito para inadmissão preliminar do recurso. Isso quer dizer que, uma vez interposta a apelação, o relator poderia realizar o primeiro juízo de admissibilidade para negar seguimento ao recurso, desde que a matéria impugnada apresentasse adesão aos conteúdos sumulados por aquelas cortes.

A intenção declarada à época da aprovação do referido dispositivo guarda certa similaridade com muitas das expectativas lançadas sobre a sistemática do novo código de ritos. Ilustrava-se uma regra lógica verticalizada de espécies qualificadas de provimentos judiciais, em que os juízos singulares e os tribunais hierarquicamente posicionados abaixo das cortes superiores estariam obrigados a manter parâmetros decisórios coerentes perante as divergências já enfrentadas e resolvidas por edição daquelas súmulas.

Esse intento idealiza posições razoáveis de submissão aos vetores de isonomia e segurança jurídica, isso é inegável. A contribuição para minorar o excessivo número de recursos

tidos como natimortos, porque nunca teriam chance de prosperar em vigência daqueles paradigmas jurisprudenciais também seria válida, proporcionando ganhos de razoabilidade na duração do processo e privilegiando a efetividade da tutela jurisdicional.

De fato, advogar contra as posições jurídicas solidamente definidas pelos tribunais não é opção confortável, pois os princípios subscritos ao devido processo legal impõe uma carga considerável de obrigações aos magistrados para exercício de seu poder decisório. O obste aos abusos recursais e à oportunidade de julgamentos dissonantes seria perceptível pela restrição recursal, e seduz a percepção de diversos benefícios aos jurisdicionados.

Contudo, a crítica leitura empreendida em nossa defesa e, especialmente, a deslegitimação do voluntarismo, nos impõem algumas ressalvas. Apenas como exemplo, podemos destacar que a eficácia da súmula impeditiva ficou exposta a inúmeras críticas, incidentes especialmente sobre as consequências que a hipótese de não admissão do recurso acabava provocando.

Além disso, seria perceptível uma falta de rigor constitucional para a aprovação do dispositivo. Nesse ponto Nery e Nery Junior (2013, p. 1032) alertavam que o acréscimo de efeito vinculante às sumulas meramente persuasivas ocorrera por via de lei ordinária, apontando para um vício de constitucionalidade da matéria, por considerar que esse tipo de reforma seria papel de emenda à Constituição. Esse diagnóstico encontra amparo na própria distinção entre as duas modalidades sumulares, tendo em vista que aquelas dotadas de efeito vinculante adquirem esse feitiço por vigor da Emenda Constitucional nº 45/2004.

O ponto de equilíbrio para que as ressalvas não incorram no vazio, e ganhem o reforço da confrontação com a realidade, pode ser encontrado também por atenção aos dados colhidos na pesquisa desenvolvida sobre o tema (“A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário”). Ao adentrar as indagações mais frequências a respeito da súmula impeditiva de recursos, a pesquisa acabou constatando graves problemas de justificação nas decisões operadas com respaldo no artigo 518, § 1º, do CPC/73. A fundamentação das decisões denegatórias de seguimento à apelação por existência de matéria sumulada nos tribunais era deficitária e por vezes apontava para elementos totalmente desconexos com a realidade dos casos julgados ou mesmo dos casos paradigma.

Uma das grandes preocupações apontadas tem relação a decisões por inadmissão recursal tomadas com fundamento no dispositivo em questão, sem que existisse, de fato súmula dos tribunais versando sobre a matéria em discussão. Esse fenômeno temerário era repetido em diversas situações, por falta de indicação pontual da súmula que amparava a decisão com esse

teor, o mesmo com a indicação de enunciados sumulares que não guardavam correspondência adequada ao caso concreto analisado. Podemos tomar como exemplo desse diagnóstico as reformas empreendidas em sede de agravo de instrumento, com os seguintes termos de ementário em seus acórdãos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – SÚMULA IMPEDITIVA DE RECURSOS – APELO NÃO CONHECIDO. 1. ADMISSIBILIDADE RECURSAL – Recurso de apelação não conhecido em primeiro grau, com fundamento no artigo 518, § 1º, do Código de Processo Civil – Inadmissibilidade – Ação que versa sobre diferença de correção monetária em caderneta de poupança – Planos econômicos – Inexistência de súmula sobre a matéria – Legislação restritiva de direitos que não pode ser interpretada extensivamente. DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO. (TJ-SP-AI: 21420465620158260000 SP 2142046-56.2015.8.26.0000, Relator: Sergio Gomes, Data de Julgamento: 18/08/2015, 37ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 20/08/2015)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECURSO DE APELAÇÃO NÃO RECEBIDO NA ORIGEM - ART. 518, § 1º, CPC - SÚMULA IMPEDITIVA DE RECURSO - INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA - RECURSO PROVIDO. O art. 518, § 1º, do CPC, que dispõe sobre a súmula impeditiva de recurso, em que pese ser justificado por postulados de celeridade e economia processual, representa, de certa forma, uma mitigação ao duplo grau de jurisdição, motivo pelo qual deve ser interpretado de forma restritiva. - Hipótese em que a matéria discutida nos autos não se subsume precisamente ao que dispõe a Súmula 392 do STJ. Recurso provido. (TJ-MG - AI: 10079073184172001 MG, Relator: Eduardo Andrade, Data de Julgamento: 10/06/2014, Câmaras Cíveis / 1ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 18/06/2014)

Os dois exemplos citados ilustram a preocupação relevante quanto a verdadeira submissão do julgador ao histórico judicial, em decisões que acertadamente foram reformadas quando da interposição de agravo de instrumento. Ao que parece, a postura denegatória de seguimento nessas hipóteses favorecia a subversão do instituto ao prisma meramente utilitarista de reduzir o volume recursal, em uso do que poderia ser classificado como “jurisprudência defensiva”. Apesar da aparente atribuição de efeitos vinculantes ao caso pretérito resolvido em âmbito dos tribunais superiores, o julgamento denegatório de seguimento não mantinha qualquer relação com as razões determinantes dos alegados paradigmas.

O quadro seria ainda mais grave com a indicação genérica de “existência de matéria sumulada”, sem que houvesse o apontamento da súmula correspondente a essa alegação, e sem a demonstração argumentativa da submissão do caso concreto aos predicados estabelecidos nos referências pretéritos. Diferentemente do encargo que nos é imposto pela locução fenomenológica do Direito, o descompromisso perante os fatos identificados nos índices mostra-se contrário a compreensão do direito envolvido, e agride sobremaneira os compromissos democráticos anunciados institucionalmente.

Retornando aos achados da pesquisa, constatou-se que, nas diminutas situações em que os juízes faziam uso da técnica processual (negativa de seguimento da apelação por existência de matéria sumulada no STF ou STJ favorável a decisão impugnada), era latente a falta de preocupação com a justificativa para aplicação daqueles referenciais como filtro ao recebimento do recurso. Muitas das vezes nem mesmo a indicação da súmula correspondente à alegação era localizada. O efeito imediato desse defeito de fundamentação era o prejuízo à parte prejudicada quanto ao conhecimento adequado dos componentes a serem considerados na formulação de seu agravo de instrumento, que fatalmente seria interposto (BUSTAMANTE, et al, 2015, p. 60).

Esse dilema nos introduz a outro achado importante da pesquisa. Em vista da amostragem de processos utilizada, constatou-se, de maneira franca, que a aplicação do artigo 518, § 1º, do CPC/73 não reduzia as demandas recursais com se pretendia. Na maioria absoluta dos casos analisados, a parte que tinha seu recurso inadmitido sob argumento de adequação da decisão às matérias sumulada pelo STJ ou STF, acabava interpondo agravo de instrumento. E ainda, o agravo de instrumento interposto, como regra, era provido, obrigando o tribunal a jugar tanto o agravo quanto a apelação¹³⁰. A conclusão sobre esse ponto manifesta a reiterada sobreposição da preocupação por celeridade em relação às demais garantias processuais, que acabava gerando mais recursos, ao invés de diminuí-los, por falta de adequada fundamentação dos juízos de inadmissibilidade da apelação (BUSTAMANTE, et al, 2015, p. 60).

Qualquer alegação de benefício à celeridade processual cairia por terra diante dessas informações. Nem mesmo o crivo utilitarista da jurisprudência defensiva passaria incólume diante da multiplicação dos agravos instrumentais tratando desses objetos. O mecanismo idealizado como apto para a pacificação de controvérsias e redução de litigiosidade, por operação de uma lógica restritiva à interposição recursal em uma espécie de automatização subsuntiva dos predicados sumulados; acabava na realidade induzindo à multiplicação das contradições de posicionamentos judiciais de maneira agressiva à coerência e à integridade do sistema, e conferia por consequência estímulo ao litígio e ao atraso para a resolução do caso.

O efeito demonstrado pela automatização das decisões, em vigência dos graves defeitos argumentativos relatados na experiência do CPC/73 com a súmula impeditiva de

¹³⁰ “Ademais, como reportado à equipe de pesquisa em todos os tribunais onde houve a realização de visitas, em entrevistas com magistrados e servidores, a técnica do art. 518, § 1º, se encontra praticamente em desuso, sendo extremamente difícil encontrar decisões que a apliquem. Os próprios magistrados são temerosos em aplica-la, pois têm plena consciência dos problemas relatados nesta pesquisa e, ademais, não querem atrair para si o encargo de prolar mais uma decisão trabalhosa e provisória, que na grande maioria das vezes será desafiada por meio de um recurso de agravo de instrumento cujo índice de procedência é extremamente elevado” ((BUSTAMANTE, et al, 2015, p. 60).

recursos, caso repetido em tempos do novo Código de Processo Civil, seria altamente prejudicial aos interesses dos jurisdicionados e à construção do método pátrio de precedentes conformado aos benefícios democráticos. As conclusões da pesquisa do CNJ são úteis para advertir a interpretação do método pátrio, para que os mesmos equívocos lógicos não sejam repetidos na construção do pretendido novo panorama, rejeitando-se frontalmente qualquer tentativa de redução quantitativa na incidência recursal alimentante de uma retórica improdutiva de uniformização jurisprudencial.

A conformação adequada do vetor de segurança jurídica, por meio de mecanismos efetivos de uniformização e estabilização dos posicionamentos jurídicos dos tribunais, não se dissocia do rigor desempenho da obrigação constitucional de atribuir às decisões judiciais motivação suficiente e conexa à coletânea jurídica disponível, inclusive aquela localizada nos casos precedentes (NERY JUNIOR; NERY, p. 1836).

O método assumido pelo direito processual brasileiro deve estar devidamente alicerçado na previsibilidade em relação aos possíveis comportamentos da decisão jurisdicional, em vista do histórico apresentado até então. Por esse caminho, tanto a automatização dos julgados por restrição da via recursal, quanto a simplificação exagerada da tentativa de resilir controvérsias, se mostraram infrutíferas nas experiências relatadas para os propósitos que lhes eram creditados¹³¹. A simplificação contumaz da aquisição de efeito vinculante, limitando a percepção do intérprete aos aspectos meramente quantitativos da utilização recursal, e ambiente propício para a decisão por mera citação de ementários, configura equívoco epistêmico inaceitável pela fenomenologia hermenêutica.

O cumprimento integral do ônus argumentativo por parte do julgador quando da prolação de sua decisão representa o traçado mais indicado para que a eficiência do sistema processual seja reforçada e para que o precedente, de fato, lance efeitos vinculativos aos casos sucessivos e potencialize a minimização da controvérsia a respeito de determinada matéria. Tudo isso, no entanto, não deve retirar do jurisdicionado a oportunidade de argumentar por uma mudança de posicionamento, quando persista circunstâncias favoráveis à distinção e à superação do precedente e, para tanto, a defesa das vias recursais com abertura à argumentação contrária é fundamental, mesmo que seja admissível algumas etapas de filtragem. O melhor

¹³¹ A esse respeito, Cambi (2006, p. 156-157) afirma que tampouco a vinculação de precedentes deve ter como meta fundamental a redução da inflação processual, que deve ser apenas uma consequência da aplicação adequada de um sistema vinculante baseado em argumentos jurídicos sólidos, que possam dar maior estabilidade ao direito a ser aplicado em casos semelhantes que envolvam questões jurídicas idênticas ou muito próximas.

equacionamento da questão recursal faz parte da discussão empreendida no capítulo derradeiro do trabalho.

3.6 O panorama normativo do Código de Processo Civil

O esteio democrático de submissão ao histórico jurídico, matéria que, em nossa defesa tem ganhado corpo por inteligência das asserções de coerência e integridade, encontra vazão significativa nas disposições do Código de Processo Civil vigente (Lei nº 13.105/2015). A dúvida quanto ao melhor enquadramento da proposta precedentalista encampada pelo novo código de ritos, entre a frequente alegação de implantação de um sistema brasileiro de precedentes, e a vertente que dissocia totalmente o método brasileiro da tradição consuetudinária para defini-lo como prescritivo sistemático de provimentos judiciais dotados de efeitos vinculantes; será resolvida por adesão à segunda postura, de maneira coerente ao que até temos sustentado neste trabalho.

Diante dessa constatação, importa-nos o melhor detalhamento dos principais elementos dessa conjuntura legislativa que aponta para a submissão do intérprete aos ingredientes de súmulas, jurisprudência e precedentes. Com esse objetivo, os tópicos seguintes devem abordar pontualmente esses indicativos, reforçando sempre os argumentos pela depuração democrática dos efeitos vinculantes, com rejeição à discricionariedade e ao crivo silogístico subsuntivo para aplicação do Direito, mesmo em ambiente que, em tese, considere irrenunciável a atenção aos casos pretéritos.

3.6.1 Uniformização e estabilidade da jurisprudência

O Código de Processo Civil aborda em seu artigo 926 a obrigação dos tribunais de uniformizar sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente. A imposição pretende evitar o posicionamento oscilante dos tribunais em questões jurídicas submetidas à sua apreciação, de maneira a privilegiar a melhor confiança jurisdicional sob patamares idealizados de previsibilidade.

Acrescente-se também o encargo direcionado à edição de enunciados de súmula correspondentes aos manifestos da jurisprudência dominante do respectivo tribunal, seguindo os pressupostos de seu regimento interno, conforme disposição do § 1º do mesmo artigo. Outro ponto importante corresponde à necessidade de submissão dos enunciados de súmula às

circunstancias fáticas dos precedentes que motivam a própria enunciação, na determinação do parágrafo seguinte. O processamento dessas questões nos tribunais tem como medida de equilíbrio a filtragem de coerência e equidade, e a associação aos fatos que movimentam as discussões.

A compreensão da norma jurídica como resultante interpretativo, desde o mínimo esclarecimento de que o discurso legislativo é inapto para guiar a conduta humana, abria espaço para que a demarcação a decisão judicial não estivesse limitada apenas a razão instrumental, mas demonstrasse abrangência para promover a unidade do direito. Esse compasso comporta critérios para que as razões de decisão, tidas como exercício do encargo de justificação, teriam valor para minorar a indeterminação discursiva do direito e até mesmo para lastrear “concretizações reconstrutivas de mandamentos normativos”. A lógica presente nessa construção teria despertado na doutrina pátria e influenciado a redação do novo código de ritos ao ressaltar dos precedentes judiciais, de tal maneira a consolidar o entendimento de legalidade sob enfoque amplificado. A conclusão apontada a esse respeito indica que o respeito à interpretação conferida à lei pelos órgãos institucionalmente habilitados (norma julgada) seria o verdadeiro significante do princípio da legalidade (MITIDIERO, 2015, p. 2).

As alegações a esse respeito subsidiam a formulação declarada pelo artigo 926. A nova sistemática induz a concepção de legalidade a um patamar diferente da habitual localização de postulados legislativos, como pretendiam as defesas exegéticas. A partir da assunção paradigmática das decisões qualificadas dos tribunais, fatalmente o princípio da legalidade redireciona seu enfoque ao produto da atividade interpretativa, que ultrapassa o enunciado e ganhando substância com a associação valorativa adimplida pelos órgãos jurisdicionais. Em outros dizeres, a norma jurídica pré-interpretada tornar-se-ia a verdadeira condutora do grau adesivo de legalidade.

Em atenção a esse panorama, Medina (2015, p. 1130-1131) reconhece que das decisões proferidas nos casos pretéritos não ocorre a imediata extração de precedentes que possam influenciar o julgamento dos casos sucessivos e, por conseguinte, a utilização de critérios vinculantes por imposição legislativa que induzem forçadamente a observância de questões sumuladas, estaria condenada à insucesso, sem que houvesse o devido respaldo de uma consistente prática jurisprudencial. Assim, o autor condiciona a aptidão do artigo 926 para contribuir com o equacionamento do estado de incerteza e falta de segurança jurídica verificado na prática do processo civil à ciranda da subordinação do intérprete ao modo de fundamentação das decisões judiciais indicado pelo artigo 489 do código.

Segundo Streck (2016, p. 171), os atributos de integridade e coerência na decisão correspondem a uma espécie de submissão da atividade jurisdicional ao direito fundamentado conferido ao cidadão de não ser surpreendido por uma postura volitiva do julgador, em busca de uma resposta única do direito frente à Constituição. Por essa razão, a afirmação enunciada pelo *caput* do artigo 926 seria tomada como “chave de leitura” do CPC/2015, com ainda maior valência para a interpretação dos provimentos vinculantes.

Advirta-se que a noção de estabilidade da jurisprudência não deve ser entendida como um engessamento sistêmico, mas como um indicativo para que jurisprudência não se torne aleatória a ponto de ser alterada sem propósitos ou sem compromisso com os componentes fáticos colocados à prova em cada caso concreto. O reforço à coerência e integridade do entendimento jurisprudencial não pode ser confundido com distorções de imutabilidade (NERY; NERY JUNIOR, 2015, p. 1832).

Como sustentado exaustivamente, a submissão argumentativa das partes e do julgador à tradição judiciária é suficiente tanto para que as partes possam influenciar eventual mudança de posicionamento sobre determinada matéria, quanto para que a eventual mudança aconteça em associação plena com o histórico, adimplindo o julgador com o encargo da justificação, que necessariamente deve enfrentar as razões de fato e de direito que conduzem a uma mudança por distinção ou mesmo por não prevalência dos indicativos suscitados quando da elaboração dos referenciais judiciais.

3.6.2 Referenciais obrigatórios da decisão

O dever de manutenção da ordenação racional e estável da jurisprudência, sob influxo das concepções de coerência e integridade, aponta para alguns referenciais de atenção obrigatória para a formação da decisão judicial. Esses elementos representam espécies de provimentos judiciais que, por imposição do artigo 927 do Código de Processo Civil, passam a exibir feições qualificadas. Esses provimentos judiciais qualificados condicionam a interpretação jurídica do caso concreto às razões de decisão adotadas na sinalização pretérita.

Dizemos aqui que essas espécies decisórias adquirem adjetivo de “qualificadas”, porque preservam em seu conteúdo dizeres potencialmente amplificados por dimensões sociais, políticas, econômicas ou mesmo ideológicas. Tratam-se de manifestações que por seu próprio fundamento pretendem a distribuição equitativa da interpretação sobre problemas de enfrentamento recorrente.

Nesse sentido, com referência ao texto legal do artigo 927, seriam de atenção obrigatórias os predicados assumidos por “decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade”; “enunciados de súmula vinculante”; “acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos”; dos “enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional”; e da “orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

Os prescritivos do referido artigo encontram crítica na leitura de Marinoni (2016, p. 284), que afirma as espécies de provimentos indicadas como desprovidas de qualquer relação de homogeneidade entre elas. A deficiência seria ressaltada por a norma focaliza-se com maior rigor na listagem, mas não mantém compromisso com as orientações relacionadas à noção de precedente, à *ratio decidendi* ou aos fundamentos determinantes da decisão. Outro ponto de ressalva é indicado por Mitidiero (2015, p. 4), com a alegação de que a sistemática adotada pelo artigo 927 fomentaria, de certo modo, a confusão rotineira entre as concepções de precedentes judiciais, súmulas e jurisprudência¹³², discussão que fora objeto de análise em nosso primeiro capítulo e que é comprovada pela redação do § 5º do mesmo artigo.

Essas impressões são suficientes para que não caiamos no vazio de acreditar que o rol de espécies decisórias indicadas pelo artigo 927, apenas pela dotação legislativa de efeitos vinculantes idealizada, contemplaria o enquadramento de coerência e integridade em patamares razoáveis. A propósito, concordando com a declaração de Nery e Nery Junior (2015, p. 927), nem mesmo haveria necessidade de o CPC determinar aos juízes e tribunais o cumprimento da compatibilidade perante aqueles referenciais, assim como seria frívola a determinação legal de cumprimento da própria lei e da Constituição. Por imposição dos princípios constitucionais legitimadores do atributo democrático, o respeito à isonomia e à segurança jurídica seriam suficientes para que o julgador não manifestasse oscilações interpretativas contaminadas por voluntarismos e descomprometidas com a coerência da unidade jurídica.

¹³² Seguindo a expressão do autor: “O novo Código imagina, porém, que os precedentes são oriundos apenas de súmulas (art. 927, II e IV), recursos repetitivos, assunção de competência (art. 927, III) e orientações de plenário ou órgão especial (art. 927, I e V). Os precedentes, porém, não são exclusivamente formais e quantitativos – inclusive muitas vezes sequer são quantitativos. São também materiais e qualitativos. Por essa razão, por exemplo, acaso um julgamento de recursos repetitivos não contenha razões determinantes e suficientes claramente identificáveis, não formará precedente, nada obstante oriundo da forma indicada pelo novo Código. O mesmo vale para as súmulas e para os julgamentos mediante incidente de assunção de competência. Daí que os arts. 926 e 927 fornecem apenas pistas – algumas delas falsas – a respeito de como os precedentes devem ser tratados na ordem jurídica brasileira (MITIDIERO, 2015, p. 4).

A defesa de que o crescimento do valor vinculante encontrado na tradição judicial encontraria margem em dimensão argumentativo, tão somente, ganha volume com a redação do § 1º do artigo 927. Para que a decisão seja tomada com amparo nos conteúdos descritos por essa amostragem de provimentos qualificados (rol do artigo 927), o julgador não se desincumbe do ônus argumentativo quando da prolação de sua decisão. A justificação em compromisso com a integridade e coerência (art. 489, § 1º) e sem maculada da decisão surpresa (art. 10), é a peneira da congruência aos piars do devido processo legal, especialmente o contraditório e a ampla defesa,

3.6.3 Incidente de resolução de demandas repetitivas

O rol de expressões judiciais tidas como qualificadas por inteligência do artigo 927 do CPC/2015 lista, entre as suas espécies, os acórdãos assumidos em incidentes de resolução de demandas repetitivas (III). Por essa afirmação, considera-se a figura processual prevista nos artigos 976 a 987 como parte importante na métrica da distribuição de efeitos vinculantes a índices considerados em seu potencial de resolução de controvérsias. A possibilidade de aglutinação de interesses de maneira a consolidar um único posicionamento, diante de uma multiplicidade de casos com identidade razoável de componentes fáticos, é o principal objetivo desse incidente resolutivo. O resultado do tratamento jurisdicional por esse enfoque, acaba reforçando as expectativas de previsibilidade, isonomia e segurança jurídica. A respeito do IRDR, podemos considerar:

O incidente de resolução de demandas repetitivas, técnica processual destinada a contingenciar litígios seriados, assenta-se em três pilares principais, quais sejam: o princípio constitucional da isonomia, que exige o tratamento uniforme dos litígios isomórficos, a segurança jurídica, estampada na previsibilidade e uniformidade das decisões judiciais e, por fim, a prestação jurisdicional em tempo razoável (MENDES, 2015, p. 4).

Por essa perspectiva, o mecanismo representa um indicador de confiabilidade para a estabilidade dos posicionamentos judiciais a que se refere o artigo 926 do código, bem como para privilegiar um padrão mais equacionado para a duração do processo judicial. A possibilidade de que, incidentalmente ao processo, ocorra a identificação de circunstâncias congêneres em fatos e substâncias jurídicas e, por conseguinte, a submissão dessa coletânea de interesses à mesma valoração jurisdicional, deixa pistas marcantes de fidelidade à isonomia. Mendes (2015, p. 2) ressalta também que mecanismos de resolução coletiva de demandas repetidas poderiam exemplificar técnicas diferenciadas e qualificadas para adimplir

juízos que envolvam direitos individuais homogêneos de uma coletividade significativa de indivíduos.

Seguindo a ressalva de Marinoni (2015, p. 285-286) os incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, bem como a técnica dos recursos extraordinários e especial repetitivos, manifestariam distinção considerável perante o sistema de precedentes. Por sua leitura, o sistema de precedentes seria responsável por conferir resposta às prerrogativas das Cortes Supremas de adicionar sentido aos textos jurídicos e manuseá-lo *pari passu* às necessidades sociais. Com a noção de que as decisões agregadoras de sentido ao direito passam a orientar de forma menos equívoca a sociedade, sua consecução expressaria critérios de observância obrigatória pelos julgadores. Não haveria nesse sentido a destinação de resolução dos casos repetitivos, ou de prevenção do aparecimento de casos conflitantes por virtude da relevância social da questão jurídica. O contrário seria verificado no IRDR, mais claramente destinado a regulação de casos presentes ou futuros que versem sobre objetos de ampla afetação e que por sua natureza apontam para a amplitude difusa.

Embora não resista em nossa defesa o discurso de verticalização por critérios hierárquicos, que atribui aos tribunais superiores insígnias de vértice para a resolução de controvérsias interpretativas, é pertinente a fala da diferenciação entre os incidentes processuais resolutivos de demandas repetitivas e os demais afluentes da tradição judiciária. As espécies decisórias tidas como paradigmáticas para a aplicação do direito (art. 927) tentam reduzir a equivocidade dos textos jurídicos por meio da imposição de uma interpretação antecedente pretensamente guardiã de fidedignidade, conquanto os instrumentos como o IRDR buscam o cumprimento da isonomia, da segurança jurídica e até mesmo da celeridade processual, em momento circunscrito à ocorrência da multiplicidade repetitiva de demandas. A possibilidade almejada aponta para a adoção de uma tese que seja inexoravelmente propagada pelos diversos casos repetitivos envolvidos na questão.

Como sinopse do procedimento do IRDR, existindo uma questão comum de direito replicada por um número significativo de processos (individuais ou coletivos), admite-se a instauração do incidente (art. 976), para que, tomando-se um ou mais processos como modelo do conflito repetitivo, as questões jurídicas da controvérsia sejam submetidas integralmente a apreciação do tribunal. Com efeito, para formar sua decisão e definir a tese jurídica que deverá parametrizar a aplicação do direito nos casos homogêneos, o tribunal deve respeitar o espaço de oitiva dos interessados. A contrapartida é que, durante o trâmite do incidente, os processos localizados com a temática repetitiva permaneceriam sobrestados, esperando pela delimitação da tese jurídica. Em sucessão ao julgamento definitivo, a tese jurídica instada no incidente deve

ser aderida pelos processos em curso e aos sucessivos, posição a ser mantida até que ocorra a superação ou revisão daquela tese jurídica (MENDES, 2015, p. 4).

O instrumento renova a ascendência da previsibilidade, idealizando um modelo que, por consideração à natureza da demanda, limita a discussão da divergência ao plano amplificado que ela denota, rejeitando, em certa medida, as argumentações individualizadas. Novamente, para que o mecanismo não seja transgredido ao ponto de restaurar os traços de redução utilitarista do volume processual, a ancoragem argumentativa representa o condicionante de legitimidade das decisões com esse grau de coletivização. Também é exigível a prerrogativa de submeter ao crivo jurisdicional as argumentações opositoras das teses jurídicas previamente estabelecidas, reforçando a posição de prevalência do contraditório.

3.6.4 Improcedência liminar do pedido

A submissão argumentativa dos jurisdicionados ao histórico de decisões a respeito do conteúdo de sua pretensão é etapa necessária para a construção lógica do julgamento a ser adotado. Essa convicção focaliza acepções diferenciadas a depender do sentido assumido pela argumentação perante os referências qualificados de vinculação. Por outros dizeres, advogar a favor de tese jurídica consolidada mantém a submissão argumentativa, mas em sentido diferente do que deve acontecer na defesa contrária a essa tese jurídica. Em linhas gerais, o encargo argumentativo nesse segundo caso enfrenta resistência mais elevada, e por isso deve estar pautado por uma dissociação de fundamentos perante o precedente, ou pela via da superação do preceito anterior.

A ingrata tarefa de argumentar em sentido contrário à posição dominante pode ser percebida na possibilidade de julgamento liminar de improcedência pedido, conforme a disposição do artigo 332 do CPC/2015. Seguindo o texto legal, é admissível ao magistrado, em causas que dispensem a fase instrutória, independente de citação do réu, julgar liminarmente improcedente o pedido colocado em oposição a: “enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça”; “acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos”; “entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência”; ou “enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local”. O prognóstico pode ser equiparado ao julgamento liminar de improcedência com reconhecimento de decadência ou prescrição (§ 1º).

Preliminarmente aderimos à sustentação de inconstitucionalidade desse dispositivo, porque representa uma ofensa à garantia constitucional da legalidade e, com reprovação mais evidente, o comando institui o imperativo de que o julgador tenha por dever o julgamento de improcedência, mesmo antes que seja efetivamente instaurado os limites da controvérsia com a participação efetiva das partes¹³³. Não seria legítima a fixação automática de improcedência liminar do pedido autoral com base em entendimentos jurisprudências, porque se estaria reduzindo do autor o exercício de seu garante constitucional à ação, e negando efeito ao devido processo legal (NERY, NERY JUNIOR, 2015, p. 909).

Não se nega o potencial dessa norma de atendimento à celeridade processual, mas o meio pelo qual esse intento se constrói renova nossas preocupações. Se temos considerado que a submissão da eficácia dos precedentes ganhe vestígios em patamar argumentativo, como operar o intento de alteração da tese jurídica diante de providências tão ostensivas no sentido de liminar esse tipo de argumento. Partimos, portanto, do pressuposto de que a medida teria sua margem mínima de legitimidade, apenas nas hipóteses em que a parte não cumprisse com o ônus argumentativo de superação ou distinção do precedente. Uma vez cumprida essa tarefa, qualquer negativa liminar corresponderia a uma ruptura antidemocrática do direito de ação.

A posição de celeridade e de economia processual busca evitar o litígio porque o juízo, o tribunal local, ou os tribunais superiores já haviam decidido questão jurídica similar em momentos anteriores, adotando tese idealmente resolutiva da controvérsia. Nessa perspectiva, a insistência na prática dos atos processuais, quando o juízo previamente já teria uma posição sólida a respeito da questão, não teria eficácia alguma (NERY, NERY JUNIOR, 2015, p. 909). Mas essa impressão não pode resvalar em um fechamento do sistema à possibilidade de revisão das teses jurídicas.

Assim como na experiência da súmula impeditiva de recurso, o argumento de celeridade processual e redução do litígio careceria de comprovação com a realidade, diante do potencial de inconformismo que a difusão do julgamento liminar de improcedência pode proporcionar. Lembrando que naquele relato, tratávamos de um critério de admissibilidade recursal, enquanto o julgamento liminar adentra o mérito para declarar improcedente a demanda, antes da fixação do debate, e sem submeter a defesa opositiva às etapas argumentativas do contraditório.

¹³³ Nery e Nery Junior (2015, p. 909) complementam: “O receio de todos é a instalação da ditadura da jurisprudência, notadamente dos tribunais superiores, como mecanismo de diminuição do acervo de autos de processo que se encontram nos escaninhos do Poder Judiciário. Não se pode violentar garantia constitucional para diminuir acervo de autos.

Em coerência ao que a sustentação desse trabalho tem asseverado, renova-se a ideia de que a submissão argumentativa aos precedentes judiciais é a leitura adequada para consecução de coerência e integridade do sistema jurídico. Esse adágio deve induzir à responsabilidade do processo civil de não fechar suas portas ao debate, para que as teses jurídicas sejam constantemente colocadas à prova da confrontação com a realidade. Reiterando essa posição, a desconsideração dos argumentos de superação ou distinção do precedente é posição arbitrária e descomprometida com a coerência e com a integridade.

3.6.5 Decisão monocrática do relator

Os achados preocupantes descritos na leitura do artigo 332 são renovados pela possibilidade de decisão monocrática do relator de que tratam os incisos IV e V do artigo 932 do CPC/2015. O relator pode negar provimento por decisão monocrática ao recurso que se oponha a súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; a acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; ou a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

O relator pode também dar provimento ao recurso quando a decisão recorrida seja contrária aos mesmos referenciais obrigatórios (espécies de provimentos qualificados). Pelo menos a princípio, essas disposições pareceriam convidativas à jurisprudência defensiva. Podemos reiterar que, tal qual visualizado na hipótese de julgamento liminar de improcedência, a regra do artigo deveria ser afastada quando houvesse argumento formulado pela parte pedindo a distinção do caso à regra jurídica que fundamente o precedente, ou solicitando a sinalização da revogação daquele paradigma. A ideia poderia evitar a multiplicação de agravos internos contra esse tipo de decisão. Como a decisão que aplica precedentes não exclui o ônus hermenêutico do julgador, a decisão monocrática poderia limitar o enfrentamento da argumentação trazida pela parte nesse sentido.

Nesse ponto, novamente a experiência representa o nosso principal estandarte. Relatamos que nos achados relacionados a utilização da regra do artigo 518, § 1º, do CPC/1973 (súmula impeditiva de recurso), que a prerrogativa dada ao magistrado no momento de cumprir seu juízo de admissibilidade era a de considerar inadmissível o recurso. Como vimos, na prática, esse mecanismo acabou infrutífero nos objetivos de privilegiar a razoável duração do processo e reduzir o grau de litigiosidade difundido sobre determinada controvérsia, e capitaneando

justamente o oposto, porque multiplicavam-se os agravos instrumentais quando dessa inadmissão recursal, e o melhor enquadramento das posições jurídicas tornava-se ainda mais oscilante.

Digamos assim, que a advocacia em sentido oposto às teses jurídicas assumidas naquelas espécies decisórias (art. 932, IV e V, do CPC/2015) é ainda mais rechaçada pelo sistema do que acontecia na vigência da regra do artigo 518, § 1º, do código de ritos anterior. Enquanto na regra antiga tratava-se a “teimosia” como critério para inadmissibilidade do recurso, pelos novos caminhos essa tentativa induz ao julgamento monocrático de mérito, indicando a procedência ou improcedência, sempre em adesão à tese judícia prevalente.

Não é difícil deduzir que a multiplicação de decisões monocráticas com esse teor confere um potencial significativo de aumento da incidência dos agravos regimentais, tentando submeter à decisão colegiada a argumentação que não foi considerada pelo relator, ou ainda que levada em conta, tinha contra si uma ordenação negativa potencialmente irresistível. Aparentemente, a restrição recursal não confere credibilidade ao sistema de provimentos vinculantes, porque assume um fechamento às possibilidades de mudança de rumos.

A defesa possível para o momento, novamente reitera que a regra do artigo seja interpretada com incidência apenas para os casos em que a parte “teimosa” não se desincumba do ônus argumentativo focalizado nos precedentes, de maneira a evidenciar sua tese de distinção ou superação do precedente. Quando cumprido esse encargo com o detalhamento da tentativa de mudança, seria inábil a decisão democrática, porque os debates construídos na decisão colegiada favorecem à melhor confrontação de teses e das adesões fáticas necessárias ao cumprimento da tradição judiciária.

3.6.6 Motivação da decisão relacionada a enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente

Outra das grandes pilastras do Código de Processo Civil de 2015 é localizada na centralidade atribuída à motivação das decisões. O panorama normativo reforça a submissão dos julgamentos aos encargos argumentativos, atribuição que no caso do magistrado, é comprovada pela fundamentação decisória. Essa perspectiva ganha ainda mais força em vista da metódica de provimentos vinculantes.

A prova dessa constatação pode ser localizada pela leitura do artigo 489, que em seu §1º deixa explícito, em rol não exaustivo, as hipóteses em que, apesar da aparente justificação, não há, de fato, a motivação decisória em nível de regular fixação aos componentes jurídicos e

fáticos inscritos no caso concreto¹³⁴. Como exemplo, não se considera fundamentada a decisão que se milita a parafrasear determinado ato normativo, sem evidenciar os motivos pelos quais o caso em análise pode ser enquadrado naquela regra de direito. O mesmo rechaço ocorre em vista de decisões que empreguem conceitos jurídicos indeterminados, potencial guardião de arbitrariedades voluntaristas, sem explicar igualmente os motivos para que aqueles conceitos sejam aplicados no caso em julgamento.

Especificamente no tocante aos provimentos vinculantes e aos padrões decisórios extraídos da experiência judiciária, o dispositivo em questão, o inciso V da norma prescreve a lucidez argumentativa para a aplicação desse tipo de referencial decisório. Em linhas gerais, as decisões patrocinadas por precedentes judiciais ou enunciados de súmula carecem de amparo argumentativo, em plena submissão do magistrado à fundamentação decisória que explique a compatibilidade do caso concreto aos conceitos jurídicos interpretados anteriormente, com necessária confrontação fática entre o caso pretérito e o caso concreto analisado. Esse é o único caminho para que a aplicação de precedentes não incorra em simplificações desmedidas, e retome o máximo rigor subsunção.

De maneira complementar, o inciso VI atenta para as hipóteses de aplicação negativa dos conteúdos extraídos dos enunciados de súmula, jurisprudência ou precedentes. Melhor explicando, para que a decisão deixe de aplicar fundamentos decisórios contidos nesses paradigmas, é preciso que o julgamento cumpra o encargo de fundamentação, deixando evidente o tracejo metodológico e argumentativo que tenha conduzido a decisão em sentido dissonante da tradição. Quando cumprida com exatidão essa tarefa, poderíamos dizer que mesmo a decisão que não se dobra ao histórico previamente estabelecido sobre determinado enfrentamento jurídico, poderia estar adequada à coerência e integridade do sistema jurídico. A conexão com o precedente não pode ser abandonada, ainda que a decisão não venha a adquirir nas mesmas conclusões, desde que para isso a motivação do ato torne transparente a submissão argumentativa.

O julgador deve enfrentar objetivamente os elementos de jurisprudência, enunciados de súmula ou precedentes trazidos ao processo pelas partes, de modo que, em caso de não seguimento daqueles indicativos, tenha que demonstrar racionalmente os motivos pelos quais chegou à convicção de que o paradigma aventado não se aplica ao caso em julgamento. Em

¹³⁴ “Todas as possibilidades de configuração de fundamentação inexistente ou insuficiente previstas neste parágrafo convergem para duas situações genéricas: (i) generalidades ou “vazio” do texto constante da fundamentação, que abarca os incisos I, II, III, V e VI; (ii) falta de enfrentamento de todos os argumentos que poderiam contrariar a decisão tomada pelo juiz, situação prevista no inciso IV” (NERY; NERY JUNIOR, 2015, p. 1154).

conformidade à locução doutrinária, quando se aplica um precedente ou súmula como argumento da decisão, o que se adota é a tese jurídica incutida naquele item referenciado, de modo que a relação de compatibilidade com o caso concreto deve ser lucidamente inferida da fundamentação da decisão (WAMBIER et. al., 2015, p. 796).

Corroborando ainda com a racionalidade da fundamentação, o § 2º do mesmo artigo orienta que em caso de colisão entre normas, o juiz deva justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação utilizada, com exposição das razões que autorizariam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam essa conclusão. Também em colaboração com a vocação de racionalidade, o § 3º exprime: “A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”.

A obrigatoriedade da motivação de inspiração constitucional e a possível nulidade do ato imotivado são ratificadas pelo artigo 11, nos seguintes termos: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. Vale ainda o destaque ao artigo 10, assim transcrito: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Considera-se que a sistemática do Código de Processo Civil tenha financiado largamente a adoção de julgamentos vinculados aos conteúdos de precedentes, súmulas e jurisprudência. Por outro lado, a existência de precedentes em determinado sentido induziria obrigatoriamente à necessidade de justificação em caso de decisão contrária adotada no caso concreto. De qualquer modo, fica reforçada com veemência a necessidade de padronização e uniformização jurisprudencial de que trata os artigos 926 e 927, em total compromisso com a carga argumentativa a ser desempenhada pelas partes e pelos julgadores.

A parte deve conhecer a tradição judicial que envolve o caso colocado sob apreciação do Judiciário, de modo a argumentar pela prevalência de tais valores ou, especialmente, pela sua aplicação negativa (*distinguishing* ou *overruling*). Em complemento, o julgador deve levar em conta a tradição judicial no julgamento do caso, enfrentando objetivamente os argumentos da parte, especialmente o argumento que pede a distinção do caso em análise do que consta na tradição (jurisprudência, súmula, precedente). Este julgamento não é de simples subsunção da norma jurídica (súmula, jurisprudência, precedente) ao caso concreto, mas fruto de exercício hermenêutico. Obviamente a disposição do CPC (art. 489, § 1º, V e VI) valoriza essa lógica, mas não previne todos os riscos da automatização inadvertida das decisões.

Assim, a nossa defesa renova também a alegação de que a submissão argumentativa deva estar pautada pelas concepções de coerência e integridade, caminhos adequados perante a fenomenologia hermenêutica para que a sistemática de precedentes e provimentos vinculantes adotada pelo processo civil brasileiro, não confira relevo às posturas subjetivistas confusas por esquecimento da diferença ontológica “ente e ser” que condicionam a interpretação do direito a procura por essências que jamais seriam de fato atingidas pela percepção humana. A justificação decisória é parte importante dessa defesa, e terá a sua abordagem retomada no capítulo derradeiro de nosso trabalho.

3.6.7 Ação rescisória contra decisão que não observe a existência de *distinguishing*

Parte das contradições encontradas nos dispositivos do Código de Processo Civil pode ser reforçada por uma das hipóteses de cabimento de ação rescisória. A previsão do § 5º do artigo 966 (acrescentado pela Lei nº 13.256/2016), trata do cabimento de ação rescisória, com fundamento em violação a norma jurídica (*caput*, inciso V), contra decisão que, baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos, não tenha levado em consideração a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que fundamenta aquele referencial. A decisão que não se ocupe de fundamentar adequadamente o argumento pela distinção fica maculada ao ponto de tornar-se rescindível.

Esse dispositivo é um alento à defesa da submissão hermenêutica argumentativa a que o intérprete do direito está submetido perante os índices da tradição judiciária e, especialmente, ao dever de motivação dos atos decisórios. Ainda assim, existe um gritante paradoxo entre esse dispositivo e as prerrogativas indicadas pelos artigos 332 e 932 (inciso IV e V). Conforme descrito, tanto a possibilidade de julgamento liminar de improcedência nas hipóteses do artigo 332, quanto a possibilidade de julgamento monocrático de procedência ou improcedência, subsidiada por adesão à tese jurídica previamente assumida em determinada circunscrição, tratada pelos citados incisos do artigo 932; configuram restrições processuais de desestímulo às postulações contrárias à jurisprudência dominante. Pode dedução lógica, podemos compreender que, uma vez assumida determinada tese jurídica, torna-se muito mais difícil argumentar por seu reposicionamento do que argumentar por sua manutenção.

Com essa convicção, existe um potencial de que as teses jurídicas dissonantes alegadas pelas partes não venham a ser consideradas no curso dos debates. A decisão deve cumprir com a incumbência de fundamentação que adentre a todos os aspectos sustentados pelas partes,

inclusive com a prescrições das razões pelas quais, diante dos fatos apresentados, seria a melhor decisão preservar a tese jurídica antecedente, não apenas porque ela existe, mas porque ela é ainda a melhor indicação do direito. Sem o cumprimento desse grau de motivação, estaríamos potencializando a multiplicação de pretensões rescisórias futuras.

O paradoxo indicado pode ser resumido pela coexistência dos limitadores à argumentação indesejável de contrariedade à tese jurídica vigente, como a limitação da via recursal para questionamento dos precedentes, e da possibilidade de rescisão das decisões que deixem de considerar as hipóteses de distinção sustentadas pela parte. Ora, seria mais prático resolver a demanda sem máculas e sem restrições desmedidas que induzissem ao ajuizamento da rescisória. Novamente, o toda a apreensão de celeridade processual e segurança jurídica estaria fadada à miséria com a manutenção de posicionamentos tão contraditórios na prática do processo civil.

A ressalva conclusiva, que será retomada nas alegações finais do trabalho, aponta novamente para a preservação dos instrumentos processuais tendentes à desconstrução argumentativa dos conteúdos estabelecidos nos precedentes judiciais. A submissão argumentativa da parte aos predicados das teses jurídicas que orbitam sobre a sua demanda torna fundamental que, para a tentativa de mudança de posição, sua tese esteja pautada por argumentos sólidos de *distinguishing* ou *overruling*. Em contrapartida, o cumprimento desse encargo torna impertinente qualquer restrição recursal ou aceleração decisória que desconsidere a tese encampada. Por assim dizer, apenas a falta de cumprimento do encargo argumentativo seria suficiente para ensejar a operação de decisões liminares de improcedência, ou daquela espécie de decisão monocrática. O respeito ao debate é critério de verificabilidade da prevalência das posições jurídicas assumidas periodicamente.

3.7 Estudo de caso

Uma vez cumprida parte significativa do encargo argumentativo que a formação do método processual civil pátrio de provimentos vinculantes nos impunha, podemos analisar um caso prático, paradigmático nos estudos recentes de direito processual coletivo, que pode fornecer algumas indagações interessantes a serem averiguadas, em manejo das locuções precedentalista. Nessa tarefa, focalizamos um grupo de decisões manifestas recentemente em âmbito do STJ, que indicaram uma mudança significativa de posicionamento, sem sinalizar integralmente com os apontamentos argumentativos dessa alteração, e dissociadas, de certa maneira, do histórico jurídico preexistente sobre a questão. Trata-se da controvérsia relacionada

ao posicionamento das entidades associativas enquanto legitimadas à ação coletiva que, sob estímulo constitucional (Art. 5º, inciso XXI), tem fomentado dissonâncias entre as perspectivas doutrinárias e as tendências assumidas pelos nossos tribunais superiores.

Sem assumir com veemência alguma posição meritória, mas apenas indicando um ponto de vista a que temos aderido, até porque não é esse necessariamente o foco dessa análise, a contextualização aos principais elementos de mérito indicados nesses casos deve ser exposta. Tudo isso sem que esqueçamos que, de fato, o que nos importa é a imprecisão focalizada na mudança paradigmática. A locução do direito de precedentes remete sempre à submissão argumentativa dos intérpretes, com a inclinação tendente à integridade e coerência.

Adentrando a essa problemática, consideramos que o dispositivo constitucional tenha conferido às associações a prerrogativa de representar seus filiados judicialmente ou extrajudicialmente. Ao mesmo passo, a legitimidade ativa para a propositura de ações que tenham por objeto interesses coletivos lato sensu (difusos, coletivos e individuais homogêneos) contém reconhecimento de larga escala pela doutrina especializada, com amparo garantido pelo denominado microsistema de processo coletivo.

O foco de divergência reside sobre a natureza da atuação das associações enquanto legitimadas. Tratando-se de pretensões relacionadas a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, com proposição processual por esta espécie de ente legitimado, estaríamos diante de representação (com aproximação ao texto constitucional) ou de substituição processual (como faz supor outros indicativos constitucionais e infraconstitucionais)? A resposta a ser construída, necessariamente deve atender ao interesse de coerência e integridade sobre o direito processual coletivo, evitando-se a fixação de decisões paradoxais e desconexas perante a tradição doutrinária e judiciária encontrada em nossa coletânea jurídica. Nesse sentido, um dos pontos de atenção inescusável seria os limites subjetivos da coisa julgada proveniente de ações coletivas.

Pois bem. Sob ascendência dessas generalidades, o Recurso Especial nº 1.185.823/GO (2010/0050452-8), julgado em 10/03/2016 (DJe 28/03/2016) pela Primeira Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, com relatoria do Ministro Sérgio Kukina, teve como objeto de discussão, diante de sentença genérica de procedência em ação coletiva promovida por associação, a possibilidade de execução individual por associado independentemente de sua autorização expressa anterior ao processo de conhecimento. Naquela oportunidade a turma acabou aderindo à tendência de alinhamento daquela corte¹³⁵ ao posicionamento que se

¹³⁵ A decisão em análise segue uma tendência de uniformização do Superior Tribunal de Justiça, nitidamente constatada em outras manifestações contemporâneas daquela casa, que oferecem conteúdo informativo

consolidou no Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, especialmente a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 573.232/SC com reconhecida repercussão geral. Em linhas gerais, o STF havia corroborado a tese de que a atuação das associações em demanda ordinária coletiva, à exceção do mandado de segurança coletivo, teria natureza representativa e não de substituição processual (CF/88, Art. 5º, XXI)¹³⁶.

O tribunal manifesta posição de conformidade ao padrão estabelecido pelo STF (RE nº 573.232/SC) fazendo remissão a este componente em todas as manifestações encontradas. O tribunal acolheu a compreensão de que a decisão prolatada em ação coletiva proposta por associação não seria extensiva aos indivíduos não filiados, não sendo possível a execução individual de sentença coletiva por aquele que, embora integrante do grupo de interessados subjetivamente afetos ao objeto da ação, não seja parte do rol de associados daquela entidade¹³⁷.

Sob pilares convergentes, adotou-se também a tese de que, diante de circunstância em que a entidade associativa propositora da ação civil pública venha a ser dissolvida no curso dos autos, seria absolutamente inadmissível e incompatível que outra associação assumisse o polo ativo da ação, mesmo que os interesses discutidos na demanda tenham relação com ambas as entidades¹³⁸. Trata-se de regra nitidamente diferente ao que se considera para os demais entes legitimados. A lógica inserida neste contexto é a da natureza representativa da atuação das associações, mesmo em matéria de interesses coletivos *lato sensu*.

Quanto aos limites subjetivos da coisa julgada de procedência em demandas coletivas, ao menos *a priori*, voltáramos nossa atenção muito mais à natureza da tutela pretendida (CDC, art. 103) do que às características do ente legitimado. Admitindo-se a atuação das associações como legitimadas, a sentença poderia indicar pertinência à pretensão do agrupamento de interesses, sendo razoável o argumento pela execução individual da *quota* parte, conforme a natureza da tutela.

Tratando-se de direitos individuais homogêneos, por exemplo, todos aqueles integrantes da coletividade que individualmente sejam titulares do direito coletivamente discutido poderiam utilizar-se da decisão de procedência para eventualmente promover a execução individualizada daquele conteúdo. A decisão, por tal vertente, poderia beneficiar não somente os associados com manifestação individual de adesão, mas a totalidade da categoria cujo interesse fora “representado” pela legitimada. Seria possível advogar até mesmo pela

congruente. Para comprovar esta alegação podemos fazer referência à decisão REsp nº 1.287.269/DF com trâmite e resultado idênticos e especialmente ao que se adotou no REsp nº 1.405.697/MG e no REsp 1.374.678/RJ.

¹³⁶ STF. RE nº 573.232/SC. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 14/05/2014.

¹³⁷ STJ. REsp nº 1.374.678/RJ. 4ª Turma. Relator Min. Luís Felipe Salomão. Julgado em 23/06/2015.

¹³⁸ STJ. REsp nº 1.405.697/MG. 3ª Turma. Relator Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 17/09/2015.

extensão dos efeitos aos indivíduos integrantes do grupo que não apresentassem condição regular de associado. Em mesmo sentido, o indivíduo associado que não conferiu autorização expressa de representação pela associação, mas intente usufruir do título executivo proveniente da demanda coletiva em que aquela entidade tenha atuado, também poderia fazê-lo.

É certo que a controvérsia há tempos divide a doutrina pátria e causa enfrentamentos em nossos tribunais. A proposta de uniformidade que, organicamente acaba se transmitindo entre as nossas cortes superiores, no entanto, merecer ressalvas. Sob arrimo da interpretação constitucional talvez a tese alimentada na decisão do REsp 1.185.823/GO não seja a que guarde maior fidedignidade às construções democráticas das pretendidas tutelas de interesses individuais coletivos *lato sensu*.

A concepção contemporânea de democracia requer uma utilidade social do Estado, com vias a proteção jurídica que previna a todos dos arbítrios, privilegiando a difusão equilibrada de direitos e minimizando as tensões sociais. O perfil institucional de Estado Democrático de Direito está consignado no artigo 1º da CF/88, sendo imperativo que o direito caminhe em conformidade aos parâmetros transformadores e emancipatórios contidos em nossa Constituição (CAMBI, 2016, p. 28). O processo civil deve inspirar-se nos valores constitucionais, com aptidão para garantir o acesso aos direitos de que o jurisdicionado seja titular.

Importa que a interpretação da norma constitucional busque revelar o sentido que confira maior efetividade ao bem jurídico tutelado (princípio da máxima efetividade) (privilegiando assim este norte de equacionamento social. A interpretação também deve partir da premissa de unidade constitucional, para que a norma concreta seja harmônica à completude dos valores e evite as contradições ilógicas. Busca-se ainda na atribuição de sentido que a resolução dos problemas jurídico-constitucionais beneficie “a integração política e social e o reforço da unidade política”. (CANOTILHO, 2003, p. 1223-1224). Esses ingredientes devem também margear a interpretação das normas processuais, sempre com fito de habilitar-se à concretização de direitos.

A busca pela aptidão processual faz emergir como ponto de interesse a tutela das pretensões coletivamente consideradas. A qualidade da administração do Direito certamente é ampliada quando o Estado, seu porta-voz tradicional, seja capaz de gerenciar com qualidade a tutela dos interesses cuja titularidade somente possa ser compreendida para além dos indivíduos. Por óbvio, a tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos com as devidas adaptações contextuais à natureza das figuras, representa caminho desejável do direito processual almejado pelo Estado de Direito.

Utilizando a designação das categorias de direitos para além dos indivíduos é importante o correto enquadramento terminológico, evitando-se as impropriedades semânticas. A disciplina do Código de Defesa do Consumidor (art. 81, parágrafo único) determina que a defesa coletiva seja exercida quando se trate de interesses ou direitos difusos, coletivos, ou individuais homogêneos. Nos termos legais, os interesses ou direitos difusos seriam os transindividuais, de natureza indivisível, com titularidade de pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (inciso I); os interesses ou direitos coletivos seriam também transindividuais de natureza indivisível, com titularidade de um agrupamento de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (inciso II); enquanto os interesses ou direitos individuais homogêneos seriam aqueles decorrentes de origem comum (inciso III).

A própria expressão legal evidencia a marcante distinção entre os direitos *transindividuais* de natureza indivisível (difusos e coletivos) e os individuais homogêneos. A diferenciação incide especialmente sobre aquilo que essencialmente caracteriza os direitos difusos e coletivos, que, embora relacionados a uma titularidade difusa, ou agrupada por uma relação jurídica base; não são individualizáveis (*transindividuais*), pois não comportam segmentação entre os seus titulares (indivisíveis). Em sentido oposto, os direitos individuais homogêneos, ainda que decorram de origem comum, tem a sua titularidade aferível, mesmo que não explicitada de plano, comportando segmentação individualizada entre os seus titulares.

Diferentemente dos direitos difusos e coletivos, o individual homogêneo não é *transindividual*, pois não tem como titular uma coletividade ou uma comunidade, mas tão somente indivíduos. Apartado o caráter de *transindividualidade*, o atributo de individual homogêneo seria produto da soma de direitos individuais, fundada em uma tese geral, e por isso passíveis de tratamento conjunto, em um processo coletivo (NEVES, 2014, p. 122). Não se confunde assim a “defesa de direitos coletivos (e difusos) com defesa coletiva de direitos (individuais)”;

uma vez que os direitos individuais homogêneos seriam direitos subjetivos individuais, não perdendo esta característica pela qualificação de homogêneo, mas simplesmente relacionando-se a outros direitos individuais assemelhados, permitindo a defesa coletiva de todos eles (ZAVASKI, 1995, p. 84).

Seguindo clássica lição de Moreira (2011, p. 174-175), a distinção poderia ser traduzida pelas alcunhas de interesses essencialmente coletivos ou de interesses acidentalmente coletivos. Interesses essencialmente coletivos (coletivos e difusos) porque seu objeto representa uma comunhão indivisível de que comungam todos os possíveis interessados, não sendo possível discernir a parte cabível a cada indivíduo; pois a satisfação ou a lesão daquele direito

atingiria reciprocamente toda a coletividade, difusa ou agrupada, que lhe seja titular. Acidentalmente coletivos (individuais homogêneos) porque nestes casos visualiza-se possibilidade de distinção dos interesses referíveis individualmente aos vários membros da coletividade atingida; mas que, de acordo com o alcance da origem comum que os compõem, adquirem também dimensão social em razão do número significativo de interessados e das possíveis repercussões na comunidade.

Qualquer das categorias em comento, sejam os interesses *transindividuais* (essencialmente coletivos) ou os individuais homogêneos (acidentalmente coletivos), têm sua ciência construída ante a perspectiva amplificada que incorporam; com impacto de dimensões econômicas, políticas e sociais. Com referência à Grinover (2015, p. 1803), os interesses assim considerados estariam localizados em posição intermediária, entre os interesses públicos e os interesses privados; característicos, portanto, de uma sociedade de massa, e produto dos conflitos de massa; permeados de relevância política; e capazes de transformar conceitos jurídicos tradicionalmente sedimentados. Tratar-se-iam, portanto, de interesses com uma protuberante dimensão social, e por isso componentes de uma nova categoria política e jurídica.

Superando-se a perspectiva puramente individualista, não tratamos mais de um feixe de linhas paralelas, mas de um leque de linhas convergentes a um objetivo comum e indivisível (GRINOVER, 2015, p. 1803). Passamos enfim a considerar de importância vital que o processo civil seja revestido de habilidades para assegurar a um grupo de jurisdicionados, a quem o Direito confira razão, a melhor medida daquilo que tenha direito de receber (TUCCI, 2011, p. 646).

Ainda em sentido às novas dimensões processuais, segundo a lição Grinover (2011, p. 70): “A tutela jurisdicional de situações não mais meramente individuais transforma-se na expressão de um modo de apropriação coletiva de bens comuns e, contemporaneamente, na manifestação de uma necessidade de participação por intermédio da justiça”. Uma vez que tradicionalmente o processo civil sedimenta-se com amparo fundamental às relações conflituosas entre interesses individuais (MOREIRA, 2011, p. 107); a compreensão da vertente processual voltada à tutela de direitos coletivos em sentido amplo representa desafio protuberante à comunidade jurídica, à medida que, usualmente, acaba apartando-se das formulações clássicas dos institutos processuais.

O tratamento jurisdicional dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, dada complexidade de sua manifestação, e relevância temática alçada sobre os mais diversos prismas amplificadores (político, social e econômico); pede atenção à delimitação das partes aptas a demandar em juízo sobre aqueles objetos, bem como sobre os alcances da coisa julgada

produzida naquele âmbito frente aos possíveis interessados. Procura-se a lógica sobre os indicativos para que a pretensão coletiva seja adequadamente colocada sob a apreciação do Estado-juiz e, após a decisão da causa, compreendam-se os melhores parâmetros para identificação daqueles que, na dimensão do direito coletivo em análise (difuso, coletivo ou individual homogêneo), posam isonomicamente usufruir dos benefícios advindos de uma decisão favorável.

Considera-se que o acionamento da tutela jurisdicional em direção às pretensões coletivamente consideradas tem como exigência o cumprimento da denominada legitimidade (GOMES JUNIOR, 2008, p. 71). A legitimidade para agir (*legitimatío ad causam*) representa de maneira sucinta, esta prerrogativa de apresentar uma pretensão em juízo. Pela acepção clássica do processo civil, a princípio, ninguém poderia pleitear direito alheio em nome próprio. Obviamente, a premissa de partida tem como norte as relações de interesses puramente individuais, repetida pelo artigo 18 do código de ritos vigente (CPC/2015) e pelo artigo 6º do código revogado (CPC/2015).

Mesmo ainda o processo individual, guarda a possibilidade de, nos casos legalmente previstos, excepcionar-se à regra geral, como o próprio texto dos artigos citados manifestam. Chama-se a legitimidade de ordinária, quando a titularidade do direito material mantém correspondência com a aptidão para estar em juízo, e extraordinária quando o ente legitimado para figurar como parte não corresponde ao que se afirmar titular do direito material discutido (NERY; NERY JUNIOR, 2015, p. 254), de acordo com as circunstâncias possíveis de atuação em nome próprio para defesa de direito alheio. Quando necessário que outro ente que não o titular do direito material figure como parte, desde que legalmente autorizado, haveria uma espécie de substituição processual, para que o substituto demande pelos interesses do substituído.

A respeito da tutela de direitos *transindividuais* e individuais homogêneos, racionalmente, seria indispensável o afastamento, mesmo que parcial, do mandamento geral. A razão é que no primeiro grupo os titulares são indetermináveis e o interesse indivisível, e a demanda processual com estes objetos inevitavelmente representaria o pleito sobre direito de uma coletividade em nome próprio. Mesmo tratando-se de direitos individuais homogêneos, ainda que este reconheça possíveis titulares e comporte a segmentação das parcelas respectivas, em caso de tratamento coletivo há também uma espécie de pedido em nome daquela coletividade.

Mas como seria possível defender direitos de uma coletividade, e fazê-lo em nome próprio? Ou ainda, quem seriam os legitimados ativamente para defender um direito, que não

o seu individual tão somente, mas enquadrado em alguma das hipóteses de dimensionamento coletivo? Um dos aspectos a se considerar é a necessidade de analisar-se politicamente a quem deveria o direito atribuir legitimidade ativa para agir em defesa de direitos dessa dimensão coletiva, prevenindo o cerceamento dos direitos dos membros da coletividade lesada, mas ainda assim tornando possível a efetiva tutela almejada, e com a margem mínima de riscos para aqueles que não ingressaram no processo (GIDI, 2011, p. 286).

O interesse processual se caracterizaria quando uma pretensão material indicasse a necessidade de intervenção jurisdicional para ser reconhecida ou efetivada, sob uma pretensa “situação legitimante”. Ao mesmo passo a legitimidade para agir, seja ela ativa ou passiva, estaria restrita à análise do interesse, de modo a aferir quais entes (pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado) caberiam a judicialização do interesse (MANCUSO, 2007, p. 417).

A classificação e a terminologia utilizada para as figuras legitimação extraordinária e substituição processual são comumente importadas do plano do processo individual às relações processuais coletivas. A título de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, o seu titular não seria legitimado, ao menos por meio de ação coletiva, a defesa do direito em juízo. Destaca-se ainda: “[...] no âmbito da tutela coletiva parece não haver qualquer empecilho para a utilização do termo substituição processual, ao menos para aqueles que consideram haver no polo ativo uma legitimação extraordinária” (NEVES, 2014, p. 154).

Contudo, a referida adaptação é rechaçada por parcela significativa da doutrina. Há, na realidade, grande dissenso a respeito da legitimação em matéria de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Oportunamente, seria importante destacar a título exemplificativo algumas das teorias proferidas a esse respeito.

A substituição processual perde força, pela própria noção de que nem sempre em matéria coletiva o titular da ação estaria a representar puramente direito alheio em nome próprio. Embora não frequente, seria possível que o próprio titular do direito material, ao menos um dos titulares daqueles direitos em dimensão coletiva, pudesse ser também titular da ação em sua defesa. Seria o caso, por exemplo, da ação popular (GOMES JUNIOR; CHUEIRI, p. 466). A defesa empreendida por Gomes Junior e Favreto (2015, p. 223-224) indica que as ações coletivas seriam institutos novos, sendo ineficiente a tentativa de enquadramento teórico aos conceitos usuais do direito processual singular, e assim propõem:

A nosso ver, nas Ações Coletivas estará sempre presente uma legitimação processual coletiva que é, justamente, a possibilidade de almejar a proteção dos direitos coletivos lato sensu (difusos, coletivos e individuais homogêneos), ainda que haja coincidência

entre os interesses próprios de quem atua com os daqueles que serão, em tese, beneficiados com a decisão a ser prolatada.

Ainda em dissonância, entende-se que a dicotomia entre legitimação ordinária ou extraordinária somente faria sentido tratando-se de direitos individuais, sendo necessário outro enquadramento nas questões de direitos coletivos e difusos. Tratando-se de direitos individuais, a substituição processual, seria espécie do gênero legitimação extraordinária, enquanto em matéria de direitos transindividuais (difusos e coletivos) haveria uma legitimação processual autônoma (*selbständige Prozessführungsbefugnis*), de origem na tradição germânica, ao passo que não seria possível substituir uma coletividade ou pessoas indeterminadas (NERY; NERY JUNIOR, 2015, p. 254). Aliás, os mesmos doutrinadores defendiam há tempos que a legitimidade das associações, com ressalvas à imprecisão do texto constitucional que trata de representação, configuraria verdadeira substituição processual (NERY; NERY JUNIOR, 2014, p. 232).

Em sentido similar, Mancuso (2007, p. 423-424) concorda com a existência de uma legitimação autônoma, e observa que as noções singulares de legitimação ordinária e extraordinária (ou substituição processual) não fariam sentido em dimensão processual coletiva; pois no plano individual vigeria a correspondência ou coincidência entre titularidade do direito e o poder de agir; ao contrário do plano coletivo, em que o binômio entre “relevância social do interesse” e “representação adequada do portador judicial” daria margem à situação legitimante. Assim, a autorização especial para condução dos processos coletivos conferidas aos co-legitimados retiraria a necessidade de recorrer à legitimação extraordinária para explicação do poder de agir nessa categoria processual, à medida que:

[...] ou bem é a indeterminação dos sujeitos que não permite identificar quais sejam os substituídos (caso dos interesses difusos e, em menor grau, dos coletivos em sentido estrito), ou bem, no caso dos individuais homogêneos, ainda que possível fosse tal identificação, ela não teria maior utilidade porque até o final do processo de conhecimento o objeto litigioso é tomado em bloco, na sua dimensão coletiva, com abstração, pois, dos sujeitos concernentes.

Ainda que a concepção da atuação do legitimado seja destinada à substituição processual, e representasse por essa via, necessariamente, um obstáculo intransponível para a prática do processo coletivo, a depuração dos conceitos do processo individual, ofereceriam melhores subsídios para explicação do fenômeno. À parte as teorias divergentes, as normas componentes do denominado microsistema de processo coletivo oferecem suporte legal aos diversos entes legitimados para o ajuizamento de demandas coletivas. Trata-se de figuras que, em tese, poderiam pleitear em juízo, indistintamente, a devida representação daqueles direitos

coletivamente considerados, como as listadas pelo artigo 5º da Lei nº 7.347 e pelo artigo 82 do CDC. Como regra geral, a sistemática brasileira incorpora uma presunção de representatividade adequada, e por isso considera legítimas para defesa de direitos coletivos *lato sensu*, objetivamente alguns entes teoricamente receptores de aptidão para representar aqueles interesses em juízo.

Retomando a questão da legitimidade das associações, e ao fio condutor da alegação de desconexão à coerência jurídica, lembramos que em sua origem constitucional (art. 5º, XXI), as entidades associativas, quando legalmente autorizadas, teriam legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente. A respeito da expressão constitucional, a utilização dos termos “legitimidade” e “representar”, acabaria por designar institutos diferentes, ocasionado certa dificuldade interpretativa (MENDES, 2012, p. 4).

A imprecisão semântica está presente na decisão do aresto de referência (REsp 1.185.823/GO), e de todos os que são mencionados como portadores desta problemática. Sob tais balizas, a atuação das associações em ações coletivas se daria a título de representação e não de substituição processual, à exceção do mandado de segurança coletivo. Essa interpretação leva o tribunal a rejeitar a execução individual de sentença coletiva por pessoa não filiada à associação.

A interpretação do tribunal tem sintonia com o que já defendia Zavascki (1995, p. 87) em campo doutrinário, no sentido de que em matéria de direitos difusos e coletivos, que não comportam delimitação de titulares, seriam defendidos necessariamente por substitutos processuais; ao passo que os direitos individuais homogêneos teriam a representação como regra e a substituição processual apenas como excepcionalidade à regra. A confirmação da regra estaria justamente no art. 5º, inciso XXI da CF/88, que ao prever a necessidade de autorização dos associados para atuação das associações, fatalmente consubstanciou a natureza de representação àquela relação. Assim, “em se tratando de direitos individuais homogêneos ou relacionados com interesses associativos, o regime de representação é a regra, e o da substituição processual é a exceção e como tal deve ser interpretado”.

Mas é possível ponderar em sentido diverso. Seguindo a disciplina do Código de Defesa do Consumidor (Art. 82, IV), as associações constituídas legalmente há pelo menos um ano, que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos tratados pelo código consumerista, são legitimadas para atuação em juízo a título coletivo. A legitimidade ativa da associação, com os mesmos requisitos temporais e finalísticos, é também reconhecida pela Lei 7.347/85 (art. 5º, V), com ampla aceitação doutrinária e jurisprudencial de que tal

legitimação abrangeria todas as espécies de direitos tutelados pelo microsistema coletivo (NEVES, 2014, p. 167).

A respeito da coisa julgada, especialmente os seus limites subjetivos, a percepção mais evidente do contexto legal relaciona a limitação à natureza do bem jurídico tutelado. Assim, nas ações coletivas de que trata o CDC, conforme o seu artigo 103, a sentença faria coisa julgada: *erga omnes* (exceto em decisão de improcedência por insuficiência de provas) tratando-se de direitos difusos (inciso I); *ultra partes*, com a mesma ressalva em caso de improcedência por insuficiência de provas, tratando-se de interesses coletivos; e *erga omnes*, apenas em caso de procedência do pedido, beneficiando todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese de direitos individuais homogêneos.

Quanto aos direitos individuais homogêneos a procedência do pedido faz coisa julgada para beneficiar todos os titulares dos direitos lesados, podendo beneficiar-se desta decisão na proporção da parcela que titularize, até mesmo com a opção de promover execução individualizada daquela sentença coletiva. Não há obstáculos, na dimensão do microsistema processual, relacionados à espécie de ente legitimado propositor da ação.

Seguindo a lição de Mancuso (2007, p. 262), uma compreensão deficitária das particularidades do processo coletivo, especialmente quanto aos conteúdos atribuídos às figuras como “sujeito estranho ao litígio”, ou “situação dos terceiros”, poderia conduzir a equívocos diversos. Em matéria coletiva, a limitação da eficácia da decisão de procedência aos sujeitos filiados à associação proponente da demanda, não faria qualquer sentido, uma vez que: “[...] cuida-se de um autor ideológico, autorizado *ope legis* a agir em nome e por conta dos interesses de um dado segmento social (coletivo em sentido estrito) ou de um contingente de pessoas (individuais homogêneos), ou mesmo da inteira coletividade (difusos)”.

A percepção crítica citada apresenta maior grau de razão. A diferenciação conferida à atuação das entidades associativas como legitimadas à ação coletiva, em relação aos demais legitimados concorrentes, mingua em seus fundamentos, especialmente ao observarmos o princípio de interpretação constitucional da máxima efetividade (CANOTILHO, 2003, p. 1224). O mandamento da CF/88 que permite às associações representarem os seus associados, não necessariamente transmite a natureza de representação à legitimidade processual coletiva. O que há tanto para a associação, quanto para as demais categorias de legitimados, é a prerrogativa de defender um direito coletivo, difuso ou individual homogêneo que terá incidência sobre todos aqueles que o titularize, mesmo os não filiados.

O titular originário da lide coletiva seria a própria coletividade titular do direito material, e por isso os grupos organizados seriam o principal dos entes legitimados à defesa de

direitos coletivos (GIDI, 2011, p. 286). Este titular da lide coletiva não pode ser reduzido ao grupo de filiados de determinada associação, mas deveria corresponder ao conjunto expandido daqueles que tiveram os seus direitos lesados, ainda que sejam direitos individuais homogêneos.

Não se descarta a possibilidade de a associação atuar, de fato como representante de seus associados, de forma restritiva. O que se questiona a respeito das recentes decisões do STJ é a dedução automatizada de que, a atuação de associações em processo coletivo seria indubitavelmente e absolutamente a título de representação. A natureza das figuras leva a compreensão oposta, de que é possível à associação atuar, mesmo na defesa de interesses individuais homogêneos, sem a insígnia de representante dos associados, mas com vias de legitimada irrestrita; seja o fenômeno considerado substituição processual, legitimação extraordinária, autônoma ou coletiva.

A atuação das entidades associativas como legitimadas em processos que versem sobre direitos coletivos *lato senso*, de fato pede cautela na análise de algumas particularidades. À parte as diversas correntes existentes a respeito da natureza jurídica da legitimação em demandas coletivas, é certo que as particularidades do objeto tutelado devam ser levadas em consideração para a compreensão dos fenômenos. As associações, embora legitimadas, exibem um ruído interpretativo extraído da previsão constitucional, que as colocam como representantes de seus associados. Contudo não é necessariamente essa a interpretação mais adequada do contexto em que se coloca a sistemática do processo coletivo.

Afinal, o direito não deve ser interpretado com simplificação à racionalidade instrumental. O núcleo político da Constituição aponta para a realização das promessas de igualdade, justiça social e realização dos direitos fundamentais, mas sob a perspectiva transformadora que visa empreender (STRECK, 2002, p. 29), posição que temos defendido ao longo e todo esse trabalho.

O processo coletivo não deve ser estéril ao ponto de minimizar os próprios intentos das demandas em dimensão coletiva através de aspectos puramente semânticos. Embora o texto constitucional induza ao entendimento das associações como possíveis representantes em juízo de seus associados, não permite uma restrição imediata da legitimidade ativa a essa categoria.

A figura da legitimidade ativa permite à associação atuar na defesa de direitos difusos e coletivos e, como defensora de tais caracteres, demandaria em nome do interesse coletivamente considerado. A eventual procedência do pedido beneficiaria toda a coletividade de pessoas indeterminadas (interesses difusos), ou o grupo que coletivamente seja titular do direito (interesses coletivos), sem distinções classistas. Melhor explicando, a própria condição

de legitimada e a natureza dos bens jurídicos em discussão faz com que os efeitos da procedência da ação sejam expansivos à dimensão do próprio interesse difuso ou coletivo.

Em matéria de direitos individuais homogêneos, não há como rejeitar a natureza de representação em determinadas circunstâncias, até mesmo pela previsão de autorização expressa dos associados. Mas, o entendimento firmado pelo STJ pode ser criticado pela teorização genérica exacerbada que empreende, ao determinar como exclusivo o enquadramento de representação, quando a associação demande por interesses individuais homogêneos, e por isso os efeitos não poderiam beneficiar uma pessoa não filiada.

A perspectiva mais adequada seria pela possibilidade de atuação das associações como legitimada com equivalência aos demais entes legitimados, mesmo em defesa de interesses individuais homogêneos. Sob esta bandeira, a associação estaria a demandar por interesse compartilhado por diversos indivíduos que, em uma relação originária comum, teriam pretensões equivalentes. Pela própria natureza da figura, a procedência da ação faria coisa julgada *erga omnes* aos prejudicados ou seus sucessores (art. 103, III, CDC), favorecendo a todos os que se mostrassem titulares de determinada parcela do direito tutelado, na proporção que lhe coubesse.

Os efeitos da decisão, portanto, poderiam beneficiar aquele que, mesmo não se achando na condição de associado, reunisse sobre si as características da relação jurídica que fundamenta a decisão de procedência; uma vez que, indistintamente, compõe aquela coletividade lesada, na fração de sua parte. A limitação irrestrita à categoria específica de associados estaria indevidamente maculando a isonomia almejada, fundante ao próprio intento de demandar-se coletivamente.

A questões que não ficaram claras quando da aderência à tese de que a atuação das associações nas ações coletivas operaria pela feição exclusiva de representação, tem foco na distinção manifesta perante os demais entes legitimados. Os motivos da diferenciação não ficaram claros em nenhum dos arestos citados, que apontam para a submissão à corte constitucional como critério decisório, associando a isso a defesa de que a constituição teria atribuído a insígnia de representação para a figura. Contudo, como exposto até aqui, toda a construção tradicionalmente empreendida pela doutrina do processo coletivo apontava para caminhos diferentes, entendendo as entidades associativas em posição amplificada de atuação como legitimada, tal qual os demais entes com a mesma designação. Também não fica claro o motivo pelo qual a partir de determinado ponto o STJ deixaria para traz a posição até então prevalecente naquela casa. Ao que parece, tudo foi construído por submissão ao STF como

instituição qualificada para atribuir o sentido adequado ao inciso XXI do artigo 5º constitucional.

Por essência, esse trabalho tem rejeitado acreditar fielmente na opinião colegiada de onze ministros como depositária do verdadeiro sentido de qualquer texto jurídico, porque essa submissão imediata não parece adequada à democracia. A diferenciação ontológica entre exposta em larga medida em nossa exposição, e a compreensão fenomenológica do direito, requer outros patamares para a delimitação do adequado sentido para interpretação dos textos jurídicos. Certamente a desassociação perante a construção doutrinária não contribui para o erguimento de alguma hipótese de adequado sentido compreensivo. Também importa reiterar que a submissão argumentativa do intérprete denota compromissos inadiáveis com o atributo democrático do Estado de Direito, de modo que a leitura constitucional dos provimentos vinculantes acabará reiterando a todo momento a aferição de compatibilidade. Esse é o traço condutor do capítulo seguinte, responsável por evidenciar as conclusões e propostas interpretativas decorrentes dos achados relatados em nossa pesquisa.

4 AS CRISES DE ARGUMENTAÇÃO E HERMENÊUTICA NO AMBIENTE DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS E A LEITURA CONSTITUCIONAL DOS PROVIMENTOS VINCULANTES

A trajetória empreendida no decorrer de nossa pesquisa renova a todo momento os seus compromissos com a atitude hermenêutica na presença do direito de precedentes instituído pelo Código de Processo Civil de 2015, ou ainda, como temos sustentado, a sistemática de provimentos judiciais qualificados, dotados de efeito vinculante, assumida pelo processo civil brasileiro. A desejável atitude hermenêutica tem como ponto de partida a desleitura tecnicista da filosofia da consciência e da separação inoportuna entre o sujeito e seu objeto científico, desnudando a inaptidão natural do intérprete em eximir-se das interações com o mundo que o contém, e com o qual compartilha e recebe inserções constantes.

A postura científica que preleciona sua autossuficiência a partir do domínio do mundo por uso da racionalidade científica é matriz da atitude subsuntiva, que leva o intérprete a confiar sem medida no texto jurídico como guardião da fidelidade normativa. Essa adesão analógica entre fatos e textos condiciona a revelação do Direito a uma dimensão que inevitavelmente se antecipa ao intérprete, limitando sua consciência quanto à própria parcialidade perante os fatos colocados à sua prova. A desleitura tecnicista proposta rejeita algumas posições dogmáticas para aproximar a leitura do novo código de ritos à locução fenomenológica, capaz de focalizar-se na coerência e integridade do ordenamento jurídico como arqueiros de um posicionamento interpretativo mais adequado constitucionalmente ao uso de precedentes como referências obrigatórios das decisões judiciais.

O melhor posicionamento sobre a qualidade da prestação jurisdicional assume a atribuição de combater os problemas ocultados pela postura silogística subsuntiva de maneira a retirar todo o seu vigor perante a sistemática de provimentos vinculantes, para que a confiança inapta no texto legal não seja apenas substituída pela incauta submissão aos mandamentos dos tribunais¹³⁹, como se estes também não fossem textos, distanciados ontologicamente da norma jurídica que os focalizara. A perspectiva da fenomenologia hermenêutica não assume compromissos com um método infalível para resolução das controvérsias, justamente porque não se assume como método epistemológico. A propósito, conforme a expressão de Carneiro

¹³⁹ Em reiterada referência à Staffen (2014, p. 2): “Por conveniência ideológica, o Direito tomou por norte a máxima da segurança jurídica, como se as operações jurisdicionais fossem meros cálculos aritméticos do tipo ‘2 + 2 = 4’. Bem verdade que a atividade jurisdicional não pode ser um metalatifúndio decisório, o qual as sentenças variam conforme o humor da bÍlis. Isso, porém, não permite a mutação do sistema para o outro extremo, lócus de mera gestão, alheio a qualquer juízo de cognição, bem como da hermenêutica”.

(2005, p. 3): “Achar que o método condiciona a interpretação é admitir que ao sairmos de férias escolhemos primeiro a estrada, sendo ela a responsável pela escolha do nosso destino”.

Para que não sejam repetidas as falhas do positivismo, exige-se a convicção de que a ciência seria limitada, por vezes apresentando conclusões provisórias, precárias ou mesmo precipitadas. A derrocada positivista tem início pela pretensão desmedida de alcance da síntese científica com aceite aos resultados das ciências como ponto de partida. As ciências sociais, entre elas o Direito, não encontrariam no isolamento tecnicista do objeto o caminho apto para que todos os resultados ofertados pela ciência estivessem sempre dotados de validade. Por isso que, antes de conceber a filosofia com lealdade ao saber científico, exige-se a operação crítica sobre a própria ciência e sobre as condições de sua certeza¹⁴⁰ (REALE, 1999, p. 25).

O caminho construído é antagônico à idealização metodológica do conhecimento, pois admite a impossibilidade de prevalência de qualquer teoria sobre o conhecimento que não contemple a diferenciação ontológica entre o ente e o ser revelado. A previsibilidade desejável ao ambiente democrático, e a confirmação dos conteúdos de isonomia e segurança jurídica, por assim dizer, não encontrarão um condutor hábil o suficiente na delimitação irrestrita dos conceitos jurídicos, mas na constância dos índices fenomenológicos, sejam eles os textos legais, os provimentos judiciais, ou qualquer outro elemento representativo de fenômenos idealizados, em associação perene aos fatos concretos analisados.

Por essas memórias temos defendido que o substrato da lógica aritmética deve ser exilado da prática processual, para não recuperar vigor à famigerada subsunção, atitude de conhecido potencial destrutivo¹⁴¹, que fomentou tantas tragédias institucionalizadas e acauteladas pelas infames bandeiras de segurança e legalidade. A filtragem do modelo constitucional que se ergueu partir do segundo pós-guerra ressaltaria a rejeição da exegese positivista¹⁴². O Estado soberano, ilegítimo por natureza, apropriava-se da lei para fazer valer

¹⁴⁰ “Se pretendemos integrar em unidade as diferentes formas de conhecimento, essa integração pressupõe critérios de apreciação e de estimativa, e, mais precisamente, uma indagação sobre a validade universal das ciências e de seus pressupostos lógicos” (REALE, p. 25).

¹⁴¹ Segundo a inclinação de Staffen (2014, p. 2): “Nesse substrato, o da lógica aritmética, a jurisdição brasileira tem passado, desde a segunda metade da década de noventa do século anterior, por profundas modificações, a exemplificar: uniformização da jurisprudência; cláusulas de repercussão geral; recursos repetitivos e súmulas vinculantes, criando implicitamente a noção de que qualquer exercício hermenêutico-interpretativo é proibido. Graças a um giro linguístico, utilizando-se da esfinge da segurança jurídica, por ora matriarca da insegurança, institucionalizou-se como naturalidade o império da previsibilidade das decisões jurisdicionais, ainda que ao arpejo da Constituição da República”.

¹⁴² “Viveu-se no Direito, por longos e longos anos, sob o quarto escuro e empoeirado do positivismo jurídico. Sob a ditadura dos esquemas lógico-subsuntivos de interpretação, da separação quase absoluta entre direito e moral, da ideia do juiz neutro e passivo, da redução do direito a enunciados linguísticos, da repulsa aos fatos e À vida em relação a tudo que se dissesse jurídico, da separação metodológica e cognitiva entre sujeito e objeto de interpretação, da prevalência sempre inafastável das opções do legislador em detrimento das opções da

todas as vontades inconfessáveis dos titulares de suas instituições políticas e, por isso, a reação do novo arquétipo constitucional acabaria alçando ao Poder Judiciário o papel de medidor da legitimidade do direito posto. Esse é berço teórico da jurisdição constitucional que, embora tenha como ideal a inclinação à dignidade humana, por vezes coloca-se às voltas com a discricionariedade do julgador¹⁴³, negando por esse efeito todas as suas premissas libertárias.

Fato é que o contexto da jurisdição constitucional eleva significativamente a importância política do Judiciário. As questões relevantes para a sociedade, por vezes contrastantes entre si, passariam a ser decididas pelos magistrados singulares, tribunais de justiça e cortes constitucionais, mesmo que o interesse implícito tenha a representação do agrupamento político derrotado no campo legislativo. Nesse longo caminho a atividade jurisdicional teria passado de uma posição de aptidão interpretativa inexpressiva (contexto do juiz que apenas pronuncia as palavras da lei) para um destaque muito mais importante no delineamento institucional do Estado democrático (SARMENTO, 2009, p. 97)

A inclinação do direito pátrio à tradição judicial, tendência de vital importância para a consolidação dos muitos pilares almejados pelo atributo democrático, não pode ser subvertida pelo descompromisso do intérprete perante os fatos (concretos e fictícios) que interpreta. Alguns dos riscos mais evidentes encontrados nas novas diretrizes processuais incidem sobre as restrições da via recursal, sob alegação de compatibilidade perante os postulados dos tribunais (normas pré-interpretadas), atitude demasiadamente submissa ao critério hierárquico para delimitação do que seja o direito aplicável.

Encontramos na postura crítica um acesso menos angustiante para a apreciação do discurso jurídico. Seguindo a lição da Warat e Pepê (1996, p. 71), o ritmo da crítica teórica está associado à superação do conservadorismo originário da tradição do direito natural racional e, com ainda maior destaque, ao legado do positivismo jurídico. Busca-se legitimidade do direito a partir de uma disposição crítica do discurso jurídico no campo epistemológico, assim como no tocante aos encargos éticos e políticos, idealmente associados às formulações de emancipação e autonomia.

Mantida a postura crítica, a defesa de nosso trabalho encontra na submissão argumentativa um traço necessário para a leitura do método processual civil de provimentos dotados de efeito vinculante. A submissão argumentativa do intérprete tem potencial razoável

constituição e da criatividade hermenêutica do juiz, da negação de normatividade aos princípios e, assim, em grande parte, à própria Constituição” (SCHIER, 2005, p. 4).

¹⁴³ “A discricionariedade judicial reflete a maior aporia do *juspositivismo*. Por um lado, Constituições são formuladas, fazem-se leis, estabelecem-se critérios para a resolução dos casos e, por fim, esquece-se de tudo isso e delega-se a decisão à consciência subjetiva do juiz” (LUIZ, 2013, p. 40).

de compatibilidade perante a compreensão fenomenológica do direito, e perante o enquadramento da linguagem em consideração à vazão ontológica diretiva da diferenciação texto-norma.

A conquista de uma leitura constitucionalmente adequada dos provimentos vinculantes, capaz de retirar o fechamento dos textos das asserções interpretativas pré-formuladas, encontrará seu lastro na argumentação de todos os partícipes da relação processual, quando essa atenção tenha direcionamento a uma ordem coerente de postulados, construídos como se conexos estivessem a uma resposta unívoca extraível da Constituição. Esse é a proposta aqui defendida para equacionar as crises de argumentação e hermenêutica que assolam a prática processual e que, por vezes, permitem o adultério da interpretação jurídica com o voluntarismo do intérprete.

4.1 Argumentação e hermenêutica reféns do sistema defensivo

O discurso de que a argumentação e a hermenêutica são colocadas à mercê do sistema defensivo tem margem pela própria compreensão do que seria possível tratar sob a referida alcunha. Inicialmente é preciso considerar que a prática processual está curvada aos mandamentos da razoável duração do processo, como a própria inclinação constitucional (CF/88, art. 5º, LXXVIII) torna evidente. É certo também que o enquadramento semântico do que possa ser definido como duração “razoável” oferece compassos significativos de vulnerabilidade, dados os caracteres subjetivos que a locução tenta identificar.

A favor do cumprimento do senso difundido a respeito desse padrão de razoabilidade temporal, por vezes a atividade jurisdicional se coloca em submissão à uma ordem de filtros procedimentais que, em tese, retardariam a multiplicação de demandas imprecisas ao ponto de não adquirir merecimento da apreciação meritória. A subordinação formalista restritiva à análise de mérito é tratada comumente como “jurisprudência defensiva”, explicada pela postura das instituições jurisdicionais em atender à finalidade de redução do litígio, pretensamente revestidos pelas interjeições de celeridade processual (razoável duração do processo). Esse é o sentido do que aqui tratamos como sistema defensivo.

O vigente código de ritos exhibe o substrato da filiação do intérprete aos predicados originários da tradição judiciária e, como tal, deve ser advertido a todo momento da abertura promovida em direção à redução instrumental do litígio, mesmo que a projeção do novo código tenha considerado pontualmente como objetivo oposição à jurisprudência defensiva. Lógico que, a redução da litigiosidade não é por si um efeito temerário, mas a sua prevalência

desassistida de uma teoria da decisão judicial adequada aos parâmetros de coerência e integridade, por certo negaria valência ao compromisso argumentativo e à atitude hermenêutica do intérprete.

O mandamento constitucional da razoável duração processual se opõe a uma realidade constante da prática jurídica, que vê um infundável número de demandas arrastadas por tempo tão grande ao ponto de ameaçar o alcance efetivo à tutela jurídica institucionalmente devida a cada caso concreto. Seguindo a declaração de Moreira (2001, p. 3), apesar dos inúmeros indicativos que relacionam a agilidade como valor de excelência para o tratamento processual, estigmatizando demasiadamente a morosidade processual, posição que, aliás, contém certa legitimidade; o autor rechaça a hierarquização rígida que não tome como imprescindível a alternativa de rendição a outros valores, ou por outras palavras, “se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa”. Mantida a referência autoral, a necessidade de conferir maior aptidão à prestação jurisdicional parte do pressuposto de que o novo patamar deva ser melhor preparado do que aquele que o antecede e; assim, a aceleração do procedimento seria bem-vinda quando, de fato, representasse um aprimoramento, mas jamais operando a qualquer custo.

Essa via indica que a perspectiva constitucional do processo teria contribuído para a acrisolar do processo o plano das construções conceituais e meramente técnicas, colocando esse objeto na realidade política e social. A aptidão constitucional seria adequada para tratamento do formalismo excessivo, porque a sua avaliação exibe um conflito dialético entre dois postulados antagônicos, mas igualmente dignos de proteção, por asserção constitucional. Em um lado fica colocada o anseio pelo rito processual articulado sistematicamente em foco às garantias formais; e em outro, permanece o desejo de aquisição de um mecanismo processual funcional e eficiente¹⁴⁴. O amago do problema que essa contraposição de postulados condiciona reside na preocupação de que o poder organizador, ordenador e disciplinador do formalismo, ao contrário de colaborar para a realização do direito venha a aniquilar o próprio direito, ou determinar um retardamento irrazoável da solução do litígio. Esse é o caso que na percepção

¹⁴⁴ Seguindo essa linha, Oliveira (2006, p. 6) trata como exemplo a constatação de que Corte Europeia dos Direitos do Homem, de forma reiterada, vem proclamando que a Convenção Europeia dos Direitos Humanos alardearia por finalidade a proteção dos direitos não apenas teóricos ou compromissórios, mas concretos e efetivos. A vazão de efetividade capitaneada pela corte tem como predileção o acesso à justiça, que não poderia ser obstaculizado apenas pela complexidade ou custo do procedimento. Ainda em mesmo sentido, o autor acrescenta: “Tal implica que as limitações, sempre deixadas à margem de apreciação dos Estados nacionais, não podem em nenhum caso restringir o acesso assegurado ao litigante de tal maneira que seu direito a um tribunal seja atingido em sua própria substância, devendo ser observada ‘uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e o fim visado’. Ainda segundo o Tribunal, o litigante não deve ser impedido ‘de empregar um recurso existente e disponível’, proibindo-se todo ‘entrave desproporcional a seu direito de acesso ao tribunal’.

do autor levaria o formalismo a converter-se em sua antítese, que ao contrário de colaborar para a realização da justiça material, passaria a constituir seu próprio algoz, contribuindo para a extinção do processo sem a apreciação meritória. Esse efeito bosta que o instrumento venha a atingir a sua finalidade essencial¹⁴⁵ (OLIVEIRA, 2006, p. 6-8).

O compromisso assumido pelo Código de Processo Civil recobram do interprete a vigilância contra a possibilidade de subversão formalista instrumental. A própria manifestação prévia da exposição de motivos conferia ao novo código a aptidão para operar com maior aproximação à celeridade e ao equacionamento de justiça, porque mais rente às necessidades sociais e menos complexo do que o ordenamento anterior. Nesse diapasão, a inovação refletiria um passo decisivo para afastamento dos obstáculos para o acesso à justiça mais habitualmente alegados, como a duração do processo, seu alto custo e a excessiva carga formalista¹⁴⁶ (BRASIL, 2010, p. 14). Outro não é o compromisso que temos assumido nesse trabalho. A memória recorrente da submissão argumentativa do intérprete é salutar para a construção dos melhores pilares interpretativos a respeito da proposta do novo código.

Questiona-se assim, sempre com memória à experiência pátria possivelmente reveladora, qualquer mecanismo que reduza das partes a possibilidade de obter a devida apreciação de suas teses desconstitutivas dos postulados pretéritos, desde que a parte cumpra com eficiência o seu ônus argumentativo. Em mesmo sentido, a técnica decisória não desincumbe de ratificar o trilho hermenêutico pelo qual a compreensão dos fatos seja conduzida à aplicação de determinado mandamento jurídico. Tudo isso deve ocorrer sem que os jurisdicionados permaneçam entregues à pura sorte e à dependência hierárquica como critério único para delimitação do direito envolvido com o caso concreto. A compreensão fenomenológica do direito exige do jurista a retirada da roupagem meramente instrumental do processo, sem que isso renove o folego do formalismo excessivo, mas justamente em sentido contrário, seja possível denunciar as mazelas escondidas no pretexto de desestímulo ao litígio em análises prévias de compatibilidade jurisprudencial. Com amparo nessas advertências,

¹⁴⁵ Dinamarco (2009, p. 110) afirma que: “[...] o processo, além de produzir um resultado justo, precisa ser justo em si mesmo e, portanto, na sua realização, devem ser observados aqueles standards previstos na Constituição Federal, que constituem desdobramento da garantia do *due process of law*”.

¹⁴⁶ Ainda em referência à exposição de motivos do Anteprojeto do novo código (2010, p. 16): “Levou-se em conta o princípio da razoável duração do processo. Afinal a ausência de celeridade, sob certo ângulo, é ausência de justiça. A simplificação do sistema recursal, de que trataremos separadamente, leva a um processo mais ágil. Por enquanto, é oportuno ressaltar que levam a um processo mais célere as medidas cujo objetivo seja o julgamento conjunto de demandas que gravitam em torno da mesma questão de direito, por dois ângulos: a) o relativo àqueles processos, em si mesmos considerados, que, serão decididos conjuntamente; b) no que concerne à atenuação do excesso de carga de trabalho do Poder Judiciário – já que o tempo usado para decidir aqueles processos poderá ser mais eficazmente aproveitado em todos os outros, em cujo trâmite serão evidentemente menores os ditos “tempos mortos” (= períodos em que nada acontece no processo).

passamos a descrever algumas das principais convicções decorrentes da análise do método pátrio de provimentos vinculantes.

4.1.1 O julgamento liminar de improcedência independente de citação do réu

Entre os dispositivos do Código de Processo Civil dirigidos à previsibilidade e ao desestímulo ao litígio, consta a possibilidade de julgamento liminar de improcedência, em face de pedido contrário a algumas espécies de provimentos judiciais qualificados¹⁴⁷, conforme a indicação do artigo 332. Temos a ciência de que a defesa de teses contrárias àquelas assumidas pelos tribunais confere à parte um encargo geral mais elevado para que a sua argumentação venha a ser acolhida pelo magistrado. Essa acepção simplista faz parte da conjuntura democrática que suscita os valores de coerência e integridade para a prática processual. Por dedução lógica, esse é o caminho necessário para que as locuções pretéritas acerca da matéria tenham o seu devido respeito histórico, mesmo que em vista de possível reformulação.

A ordenação restritiva, no entanto, não deve retirar a possibilidade de que a tese indesejável – com esse adjetivo porque contrária ao padrão pré-estabelecido – seja devidamente apreciada pela atividade jurisdicional, para que não ocorra um fechamento sistêmico reducionista ao ponto de coibir as eventuais alegações de distinção e superação de precedentes. A dimensão das restrições processuais deve harmonizar com os contrapontos entre a necessidade de preservação da ordenação coerente, com respeito ao histórico judicial de cada matéria; e a aptidão para que as hipóteses de desconstituição do precedente tenham seu espaço de debate assegurado.

A favor do equilíbrio desse equilíbrio de forças, a leitura do artigo 332 do CPC/2015 acaba nos induzindo a uma percepção crítica, porque esse dispositivo carrega um elevado potencial de inclinação direcionada apenas ao primeiro elemento considerado, ou seja, à necessidade de preservação da tradição subscrita nos espécimes de provimentos listados pelo

¹⁴⁷ Destacando-se a expressão legal do CPC/2015, artigo 332: “Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. § 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição. § 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241. § 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias. § 4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias”.

artigo. A crítica tem seu espaço porque a improcedência liminar do pedido, em momento anterior à citação do réu, impõe uma espécie de resposta antecedente à pergunta¹⁴⁸. Mesmo sem a fixação dos pontos controvertidos de debate, a lei toma como pressuposto uma ordem prévia de indicadores suficientemente confiáveis para que magistrado anuncie sua decisão.

Em lembrança de Medina (2015, p. 328), o artigo 332 denotaria correlação com o artigo 285-A do código processual anterior, dispositivo este que permitia o julgamento de improcedência, liminarmente, e independente de citação do réu, nas hipóteses ligadas apenas a questões de direito, quando o mesmo juízo já tivesse manifesto sentença de improcedência em casos congêneres. O novo dispositivo conserva aquela tendência, mas opta pela orientação jurisprudencial firmada nos provimentos qualificados como critério para a improcedência liminar, ou, por assim dizer: “Para proferir sentença de improcedência liminarmente, assim o juiz passa a ter como referencial o que se tem produzido na jurisprudência dos tribunais e não mais aquilo que, antes, ele mesmo proferia, em outros casos.

Temos defendido que uma ordenação jurídico-processual que tenha como agenda a submissão de coerência e integridade aos referenciais julgados, exige de todos os participantes da relação processual o pleno exercício de seu encargo argumentativo. Esse é o trilho que pode conduzir à legitimidade da aplicação dos precedentes ao caso sucessivo, e que permite a visitação reiterada dos fundamentos que deram origem ao paradigma, para que as eventuais inconsistências redibitórias ou provenientes das mudanças sociais e políticas, coloquem à prova a prevalência daqueles predicados. Com congruência, seguindo a expressão doutrinária:

Rigorosamente, não é correto dizer que “o pedido é contrário à súmula”, e por isso é julgado improcedente liminarmente. Quando se edita uma súmula, ou quando se decide um caso repetitivo, espera-se que o tribunal tenha chegado a um grau ótimo de interpretação acerca do modo como deve ser solucionado um problema à luz do direito, que manifeste uma orientação jurisprudencial íntegra. Mais adequado é afirmar-se, pois, que “o pedido é nitidamente contrário à norma, cujo sentido foi manifestado no enunciado da súmula”, por exemplo. A exigência de a orientação ter-se firmado na jurisprudência funciona, assim, como um *plus*.

Considera-se possível alegar que o artigo 332 padece de inconstitucionalidade em diversos e importantes aspectos. O dispositivo é inconstitucional porque ofensivo às garantias de isonomia (CF/88, art. 5º, *caput*), de legalidade (CF/88, art. 5º, II), do devido processo legal (CF/88, art. 5º, *caput* e LIV), do direito de ação (CF/88, art. 5º, XXXV) e do contraditório e ampla defesa (CF/88, art. 5º, LV); e também ofende ao princípio dispositivo. O autor teria o

¹⁴⁸ “A rejeição liminar do pedido, por ser medida tomada quando ainda não citado o réu, apenas com supedâneo no que afirmou o autor, é medida excepcional, a exigir cautela redobrada do magistrado sentenciante” (MEDINA, 2015, p. 530).

direito de ver cumprida a citação do réu, que por sua vez poderia optar por submeter-se aos argumentos, mesmo ciente da dissonância jurisprudencial sustentada pelo autor. O respeito ao contraditório, sob a perspectiva do autor, lhe garantiria o direito de demandar e ser ouvido pelo Estado-juiz, podendo produzir provas e argumentos jurídicos favoráveis à sua pretensão, ainda que o tribunal tivesse assumido posições contrárias à sua tese. Ressalte-se ainda que o sistema constitucional jamais prescreveu autorização para a existência de sumulas vinculantes provenientes de tribunais singulares, o mesmo do STJ; menos ainda a autorização impeditiva à discussão de mérito. A inconstitucionalidade também se revela pela imposição do comando de que “o juiz julgará improcedente”¹⁴⁹, conferindo imperativo desconexo à observância da legalidade e do contraditório (NERY; NERY JUNIOR, 2015, p. 908-909).

A orientação do artigo 332 é simpática aos postulados relacionados à duração razoável do processo e ao que poderia se chamar de celeridade¹⁵⁰. A sustentação de que a submissão da eficácia dos precedentes resida nas dimensões argumentativas torna contraditório o rechaço às teses dissonantes. O mínimo de razoabilidade para a leitura do artigo resiste com a sua aplicação apenas nas hipóteses de descumprimento pela parte de sua tarefa persuasiva de argumentação. Em outras palavras, quando cumprido regularmente a sustentação autoral das hipóteses de distinção ou superação de precedentes, a negativa liminar se mostraria gravemente equivocada. Sem que sejam negados os benefícios possivelmente advindos da celeridade processual, o método restritivo à fixação da controvérsia seria prejudicial aos benefícios da jurisdição constitucional.

A construção lógica do julgamento tem na submissão argumentativa dos participantes envolvidos (partes e magistrado) ao histórico de decisões relatados pela tradição, seu mais destacável impulsor. Essa construção deve apontar para diferentes recepções interpretativas a depender do sentido assumido pela argumentação, em vista dos referências qualificados de vinculação. Por isso a defesa favorável à tese jurídica consolidada mantém a submissão argumentativa, mas em sentido oposto ao que aconteceria na defesa contrária a paradigma. A tarefa argumentativa na defesa contrária ao precedente deve, de fato, encontrar maior objeção

¹⁴⁹ “Como pode o juiz julgar improcedente liminarmente o pedido do autor, com base em um ‘entendimento’ jurisprudencial, coarctando o exercício legítimo da garantia constitucional fundamental de ação sem observância do *due process of law*?” (NERY; NERY JUNIOR, 2015, p. 909).

¹⁵⁰ Em comentário ao artigo 233, Nery e Nery Junior ressaltam: “A norma comentada é medida de celeridade (CF/88, art. 5º, LXXVIII) e de economia processual, que evita a citação e demais atos do processo, porque o juízo, o tribunal local, o STF ou o STJ já havia decidido questão idêntica anteriormente, ou por se ter verificado a decadência ou a prescrição. Seria perda de tempo, dinheiro e de atividade jurisdicional insistir-se na citação e na prática dos demais do processo, quando o juízo ou mesmo a jurisprudência como um todo já tem posição firmada quanto à pretensão deduzida pelo autor, ou quando já se apurou que o pedido é caduco ou prescrito. Note-se que o uso dessa faculdade, pelo juiz, é restrito aos casos nos quais não seja necessário adentra a fase instrutória, isto é, contemplem apenas questões puramente de direito”.

do sistema processual, devendo assim estar amparada por uma argumentação voltada a diferenciação do caso perante o precedente, ou pela alegação de que aqueles indicativos não resistem às novas circunstâncias localizadas.

Podemos assim, reiterar a ideia de que a submissão argumentativa aos precedentes judiciais seja continente da mais adequada interpretação, que considere o cumprimento dos vetores de integridade e coerência do sistema jurídico como pilar essencial da democracia. Por essa constatação, o processo civil renova sua assunção de responsabilidade quanto a preservação instrumental das vias recursais, incidentais ou diretas, que permitam aos jurisdicionados reivindicar a confrontação dos paradigmas em face aos elementos de sua argumentação. As teses jurídicas devem estar sujeitas à confrontação com a realidade, para que sua prevalência seja reavaliada a cada nova investida, prevenindo o fechamento arbitrário de determinada posição jurídica. Qualquer medida processual restritiva à possibilidade de advocacia contrária ao precedente, por distinção ou superação daquele predicado, denotaria arbitrariedade e desestímulo ao que temos por coerência e integridade do sistema jurídico.

4.1.2 A decisão monocrática que não leve em consideração o argumento pela existência de *distinguishing* ou *overruling*

A disciplina do Código de Processo Civil, especialmente pela redação dos artigos 926 e 927, pretende a manutenção de uma ordenação estável, coerente e íntegra, das decisões judiciais. Essa inclinação confere obrigações difusas às instituições judiciárias e aos jurisdicionados, reveladas a partir da necessidade de que os tribunais atuem objetivamente para que encadeamento de decisões manifestas sob sua responsabilidade não apresente contradições lógicas que poderiam reduzir a qualidade da convicção sobre o direito aplicável. Aos magistrados compete a submissão dos predicados jurídicos provenientes das espécies qualificadas de provimentos judiciais a que se referem os incisos do artigo 927. Por sua vez, os jurisdicionados tem a incumbência de converter-se em nível argumentativo aos paradigmas assumidos historicamente pelos tribunais. O intento de múltipla face não é de fácil resolução, justamente porque depende de uma somatória de forças e partícipes para que tenha a mínima chance de prosperar. O elemento em comum que, inevitavelmente, recobrará atenção de todos os elementos envolvidos com o processo judicial, seria a argumentação, e mais especificamente a argumentação orientada a partir da tradição judiciária.

A repetida defesa da coerência e integridade como parâmetros obrigatórios da submissão argumentativa, representa o indicativo substancial para a interpretação dos

provimentos vinculantes. O escólio da afluência argumentativa é condição essencial para que o direito de precedentes não seja convertido em mero combustível à automatização dos julgados e à redução coativa do litígio, por critérios meramente quantitativos. Nesse ponto, podemos alertar que a submissão do intérprete ao precedente não corresponde à impossibilidade de argumentação contrária aqueles indicativos. Essa convicção não nega vigor à tradição judiciária, mas pelo contrário, ressalta ainda mais a sua pertinência.

As técnicas argumentativas originárias da tradição do *stare decisis*, denominadas *distinguishing* e *overruling*, suscitam formas alternativas de aplicação dos predicados das razões de decisão (*ratio decidendi*) adotados nos precedentes, mais especificamente, representam modalidades de aplicação negativa do precedente judicial. Renova-se assim o ressalte à submissão argumentativa do intérprete, que em uso dessas técnicas jamais se desobriga perante o precedente, mas deve avaliar as hipóteses em que possivelmente a *ratio decidendi* não pode ser subsumida ao caso concreto.

Não se defende aqui que esses elementos naturais do direito consuetudinário tenham ganhado margem de operação idêntica ao praticado naquelas tradições, até porque, como argumentamos no decorrer do trabalho, o método pátrio não corresponde propriamente a um “sistema de precedentes”, mas impõe uma ordenação diretiva verticalizante, pautada através da assunção de efeito vinculante a algumas espécies de provimentos judiciais. Ainda assim, as referidas técnicas argumentativas lançam influências importantes para a prática processual brasileira, porque reiteram a necessidade de revisitação argumentativa dos indicadores fenomenológicos pretéritos.

A técnica de distinção (*distinguishing*) permite que em dadas hipóteses, quando da atribuição de racionalidade à decisão, referenciada a partir de um precedente paradigma, o intérprete poderia constatar e argumentar que, nada obstante a aparente focalização analógica, a demanda em apreço demonstraria particularidades capazes de afastar a incidência das razões de decisão paradigmáticas, apesar de seu efeito vinculante (TARANTO, 2010, p. 281). Ao argumentar dessa maneira, a parte não assume um descompromisso com a tradição, mas renova esse compromisso porque aponta para ele para defender que o caso em análise, por seus caracteres específicos, não comporta o ajustamento àquele referencial. Não há, propriamente, uma perda de valência do precedente, mas a constatação de uma alternativa distintiva.

Marinoni (2016, p. 230) considera intuitivo que, para aplicação da *ratio decidendi*¹⁵¹ a um caso concreto seja necessário o acompanhamento comparativo entre o fato pretérito, do qual provém aquelas razões decisórias, e o fato sob julgamento, com a análise ponderada de suas circunstâncias fáticas. Por essa toada, o *distinguishing* expressaria a distinção entre os casos (pretérito e presente) para o efeito de admitir ou não a subordinação do julgamento ao indicador pretensamente vinculante. Essa técnica expõe a diferenciação fática entre os casos ou a confirmação de que as razões do precedente não seriam ajustáveis ao caso sob julgamento, porque os subsídios fáticos em um seriam distanciados do que era localizado em outro. Em complemento, também se considera:

A aplicação da *distinguishing* não deve ser confundida com o não seguimento da orientação paradigma pelo magistrado. Pelo contrário. Assume-se, em primeiro lugar, que, se a demanda em apreciação fosse a mesma, a orientação seria aplicada, sobretudo se vinculante. Entretanto, a conclusão da fundamentação é em sentido oposto. No método da distinção, o magistrado não defende que o precedente paradigma é inconstitucional ou equivocado, bem como que o mesmo foi revogado, cancelado ou em situação de desuso. Tampouco sustentará que deixará de aplicá-lo por discordar das razões do Tribunal. Assim, a distinção consubstancia a técnica mediante a qual o magistrado conclui tratar-se de hipótese diversa de aplicação do direito objetivo (TARANTO, 2010, p. 281).

A outra técnica argumentativa sugerida, denominada *overruling* reserva a posição modificativa da *ratio decidendi* paradigma. A argumentação com esse perfil sustentaria uma espécie de desgaste de determinada posição jurídica, diante de novas considerações fáticas, políticas, sociais, que poderiam induzir a outra conclusão a partir daquele momento. Em outras palavras, o intérprete deve assumir que os predicados jurisprudenciais careceriam de revisão, porque os novos subsídios fáticos inevitavelmente reivindicariam outras providências. Essa argumentação compreende que, se a instituição jurisdicional emitente das razões decisórias paradigmáticas, estivesse diante dos novos influxos localizados no caso concreto, com a devida interação das posições correlatas à sua pretensão já manifestas pelos tribunais, acabaria reformulando seu posicionamento, ajustando-o àquela nova perspectiva.

Marinoni (2016, p. 252-253) afirma que a revogação de um precedente dependeria de uma apropriada confrontação entre os requisitos básicos para o *overruling*, que seriam, mais especificamente, a perda de congruência social e o aparecimento de inconsistência sistêmica; e os critérios indutores das razões para a estabilidade ou para a preservação do precedente. A

¹⁵¹ “Assim, é necessário delimitar a *ratio decidendi*, considerando-se os fatos materiais do primeiro caso, ou seja, os fatos que foram tomados em consideração no raciocínio judicial como relevantes ao encontro da decisão” (MARINONI, 2016, p. 230).

confiança justificada e a prevenção contra as surpresas injustas seriam o contraponto dessa tarefa comparativa.

Pois bem. No capítulo da ordenação dos processos nos tribunais, o CPC/2015 lista entre as incumbências do relator, a negativa de provimento ao recurso eventualmente contrário (art. 932, inciso IV) à “súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal” (alínea *a*); “acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos” (alínea *b*); “entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência” (alínea *c*).

O referencial normativo, por inspiração similar, descreve também como incumbência do relator, após facultar a apresentação de contrarrazões, conferir provimento ao recurso que se oponha à decisão dissonante (art. 932, inciso V) de “súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal” (alínea *a*); “acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos” (alínea *b*); “entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência” (alínea *c*). Em ambas as hipóteses o núcleo elementar aponta para o privilégio da parte que esteja alinhada às disposições jurisprudenciais.

Questiona-se aqui o cabimento dessas determinações em face da uma consistente argumentação apresentada para sustentar a ocorrência de *distinguishing* ou *overruling*. A possibilidade de decisão monocrática com o teor destacado não estaria limitando as alternativas de o jurisdicionado interpelar uma alteração de rumos para que o caso em análise não seja listado na vazão geral de influxo dos precedentes judiciais? Com base nos achados comentados em nossa pesquisa, a resposta seria afirmativa. Há uma restrição inadequada que merece um olhar constitucional em benefício à melhor prestação da tutela.

Reiterando que os ideais de coerência e integridade tem predileção pelo nível argumentativo de submissão dos intérpretes à tradição judiciária, como temos repetido por inúmeras vezes no decorrer desse trabalho, não resta dúvidas de que a parte interessada na alteração de posicionamento perante o precedente, tenha adquirido um pesado encargo argumentativo, suficiente para não banalizar o pleito pela mudança de rumos dos precedentes.

Seria fácil sustentar por essa via, que diante daqueles referenciais, listados pelos incisos IV e V do artigo 932, caso a parte (recorrente ou recorrida, a depender da posição perante os paradigmas) não cumprisse com seu ônus de argumentação, com a apresentação precisa das razões de fato e de direito pelas quais o caso em julgamento mereceria as providências da distinção ou da superação do precedente; a inadmissão meritória preliminar, revelada pelo

juízo monocrático, teria grande pertinência e validade. O contraponto é que, em vista da apresentação coerente dos argumentos questionadores das hipóteses de *distinguishing* ou *overruling*, o juízo monocrático seria prejudicial à qualidade da tutela jurisdicional.

Sustenta-se que a garantia do juízo colegiado, após as providências iniciais do relator, comportaria maior vigor para a abertura do debate em consideração aos argumentos de distinção ou superação de precedentes, possibilitando que a casa judiciária recuperasse os enfrentamentos fáticos para aferir a viabilidade de prevalência da *ratio decidendi* assumida no precedente, diante da nova locução argumentada pela parte. A simples supressão da etapa de decisão monocrática evitaria a multiplicação de agravos para a impugnação desse ato, carregando o procedimento de morosidade, e aumentando gradativamente os aspectos quantitativos das pautas de julgamentos colegiados. A admissão do agravo interno acabaria levando o órgão colegiado, em momento futuro, com maior desgaste das instituições e especialmente das partes envolvidas, a empreender a análise de argumentos que há tempos poderiam estar solucionados.

Em respeito à submissão argumentativa, o melhor enquadramento constitucional da regra do juízo monocrático de improcedência ou de procedência, com amparo nos espécimes decisórios listados pelos incisos IV e V do artigo 932, indicaria a viabilidade desse tipo de juízo apenas quando a parte contrária ao posicionamento localizado naqueles referenciais jurisprudenciais, não cumprisse com a argumentação suficiente para delinear a sua tese de distinção ou superação do precedente. Desde que cumprida a tarefa argumentativa, com o detalhamento necessário, a decisão monocrática reduziria a qualidade do debate e a oferta da confrontação de teses relativa ao cumprimento dos predicados originários dos precedentes judiciais.

4.1.3 As contradições normativas: restrição recursal em oposição a hipótese de cabimento de ação rescisória

O compromisso com a fundamentação das decisões, que desde a previsão constitucional (art. 93, inciso IX) anunciava a prevalência democrática da postura argumentativa da decisão, ganhou novo fôlego com a previsão do artigo 489, § 1º, do CPC/2015. O dispositivo tem como contribuição a prescrição de indicadores que retirariam a caracterização da motivação, porque apontam para uma circunstância aparente de explicação do ato, sem que de fato expliquem o efetivo ajustamento do caso concreto à norma legal construída para regular as circunstâncias fáticas em julgamento.

A postura normativa do novo código de ritos é útil para reiterar que a dotação de efeitos vinculantes a partir dos paradigmas decisórios tenha incidência conduzida pela via argumentativa. As partes podem colocar à prova os seus argumentos, sendo esta a única via que possibilita uma eventual revisitação dos anúncios pretéritos de direito judicado. O magistrado, por sua vez, deve exercer a submissão argumentativa através da fundamentação completa de seus atos decisórios.

Em comentário ao § 1º do artigo 489, Nery e Nery Junior (p. 1154-1155) destacam que todas as possibilidades de configuração de motivação inexistente ou insuficiente previstas nos incisos convergem para dois aspectos de inconsistência, a generalidade do texto constante naquelas espécies de fundamentação (incisos I, II, III, V e VI), e a falta de enfrentamento dos argumentos que poderiam contrariar a decisão assumida pelo magistrado (inciso IV). Ainda assim, seria necessária a cautela para a verificação da hipótese de generalidades, porque os autores consideram que em certos casos, a simples indicação de um dispositivo legal ou de uma súmula poderia ser suficiente para cumprir a tarefa argumentativa¹⁵². Nessa marcha, caberia à jurisprudência conferir contornos mais palpáveis e fluidos aos referidos dispositivos, em razão da própria subjetividade condutora do assunto. A mesma impressão alerta ainda o rechaço à confusão entre a sentença com fundamentação sucinta e a sentença que denote fundamentação deficiente ao ponto de ser enquadrada nos referenciais de “decisões não fundamentadas”, sujeitas à nulidade. O caractere “sucinto”, por si só, não macula a sentença e a qualidade argumentativa.

A ressalva necessária a essa alegação, no entanto relembra que a fixação de critérios singulares para interpretação do direito não pode afastar-se minimamente dos pilares de coerência e integridade, sob o risco de devolver ao intérprete a posição confortável de decidir conforme sua convicção pessoal, postura discricionária prejudicial ao aprimoramento das teses jurídicas. A leitura do inciso IV reitera a necessidade de ajuste fino dos componentes fáticos ao conteúdo decisório, porque o julgador estaria condicionado em dimensão argumentativa ao enfrentamento das teses jurídicas alegadas pela parte, mesmo que a convicção detalhada na fundamentação venha a negar efeito àquelas alegações. Entre as possíveis alegações suscetíveis temerariamente de não enfrentamento pelo magistrado, poderíamos considerar as alegações de

¹⁵² Complementando essa ideia os autores alegam a grande dificuldade para indicar critérios objetivos de fundamentação sem a associação analítica de cada caso concreto e, por assim dizer: “o mais importante talvez seja ressaltar a clareza no desenvolvimento da argumentação pelo juiz, e isso não se faz mediante a normatização do que seria ou não fundamentação inexistente/insuficiente, mas mediante o desenvolvimento pessoal do próprio juiz, que deve ter entre as qualidades exigidas para o exercício da profissão o domínio da linguagem e da construção do texto. A existência ou não de fundamentação é, portanto, muito mais fluida e subjetiva do que a simples indicação legal pode fazer crer (NERY; NERY JUNIOR, 2015, p. 1154).

distinguishing ou *overruling* perante o paradigma jurisprudencial. O dispositivo reitera, nesse sentido, a imperatividade da fundamentação objetiva que admita ou negue valência às alegações da parte com esses objetos.

A motivação das decisões judiciais, na interpretação de Taruffo (2006, p. 283) constitui instrumento material do processo comunicativo, porque o magistrado quando de sua exposição de motivos, estaria comunicando solenemente a *ratio decidendi* às partes e à uma multiplicidade de possíveis interessados; possibilitando o delineamento dos indícios que apontam para aquelas conclusões a partir dos fatos expostos nas razões do julgamento. Além disso, em vista e uma prática caracteriza por motivações excessivas no plano retórico, mas potencialmente incompletas no plano racional, a adequação do modelo ideal de motivação, resultante da função jurídica e política a que se destina, implica em uma inversão de tendência não restritiva à auto avaliação do magistrado em nível estilístico¹⁵³. Por esse caminho, seria fundamental satisfazer a exigência de plenitude da justificação de acordo com os esquemas e os parâmetros capituladores da controlabilidade da argumentação justificativa expressa.

Diante do encadeamento de referências jurisprudenciais obrigatórias à decisão de que trata o artigo 927, aliado à sustentação argumentativa das hipóteses de *distinguishing* ou *overruling* temos alegado a posição contraditória entre as filitragens recursais potencialmente prejudiciais ao debate desconstitutivo de precedentes, e a algumas das hipóteses de cabimento de ação rescisória. Para enquadrar melhor essa indagação, lembramos que a disciplina do artigo 966, § 5º, acrescentado pela Lei nº 13.256/2016, confere a hipótese de cabimento de ação rescisória por violação da norma jurídica (caput, inciso V), contra decisão que, pautada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos, não tenha se desincumbido do ônus argumentativo sobre a alegada existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que fundamentava aquele paradigma.

A decisão que incorra nesse tipo de vício, quando de seu trânsito em julgado, fica suscetível à rescisão. Embora essa hipótese de cabimento da rescisória confira entusiasmo à submissão hermenêutica argumentativa do intérprete, em vista dos índices fenomenológicos

¹⁵³ “Por un lado, de hecho, es necesario satisfacer la exigencia de plenitud de la justificación según los esquemas y los parámetros que se han venido indicando, con particular atención a la controlabilidad de la argumentación justificativa expresa; por el outro lado, las exigencias de claridad y de síntesis pueden también satisfacer, reduciendo al mínimo los elementos superfluos y las argumentaciones no necesarias para la finalidad justificativa de la motivación. No debe olvidarse que el “valor” de los obiter dicta disminuye cuando aumenta la plenitud y la exposición de la ratio decidendi, y que una justificación racional ordenada y completa es el principal factor de claridad y de síntesis de la motivación misma. Todo esto presupone, además, en la jurisprudencia, una sensibilidad más refinada hacia los aspectos racionales y garantistas de la motivación, cuya escasa difusión explica la insistencia en el estilo judicial quo utimur, y constituye un serio obstáculo y una evolución efectiva en la manera de concebir y de redactar las motivaciones” (TARUFFO, 2006, p. 283).

derivados da tradição, apontando objetivamente para o cumprimento das etapas lógicas de delineamento das razões decisórias; quando analisada sistematicamente com os demais corolários de previsibilidade localizados na sistemática do CPC/2015, acaba levando à constatação de uma contradição lógica insolúvel *a priori*. Esse efeito potencialmente paradoxal decorre das hipóteses de aceleração do procedimento como o julgamento liminar de improcedência (art. 332) e a decisão monocrática meritória de procedência ou improcedência (art. 932, incisos IV e V). As duas situações possibilitariam, em tese, a agilidade na prestação jurisdicional quando o seu resultado estivesse alinhado aos precedentes judiciais.

Sabemos que a pretensão processual oposta aos predicados assumidos como paradigmas pelas instituições jurisdicionais, confere ao interessado maior responsabilidade em seu ônus argumentativo. Mas por outro lado, a recepção das teses de distinção e revogação do precedente condicionam a atuação do julgador à releitura das razões de decisão que parametrizam aquela análise de julgamento. Em vista dessas constatações, o paradoxo apontado entre as descritas hipóteses de aceleração do julgamento por improcedência liminar do pedido ou por restrição da via recursal, com a tolerância da decisão monocrática; em relação a sucessiva hipótese de cabimento de rescisão decisória; configura-se porque, por primazia, a decisão judicial não deveria incorrer no risco do descompromisso argumentativo ensejador de rescisão, e as técnicas de aceleração do procedimento acabam deixando rastros temerários para esse tipo de incoerência, como temos sustentado ao longo do trabalho.

Por influxo da submissão argumentativa, as decisões judiciais devem abster-se da decisão por precedentes que não esteja alinhada fundamentalmente aos argumentos apresentados pelas partes, entre estes as sustentações contrárias ao próprio precedente. Assim, temos argumentado que, tanto na situação de julgamento liminar de improcedência, quando no caso da decisão monocrática resolutive de mérito, a apresentação argumentativa relacionada a *distinguishing* ou *overruling* teriam o condão de afastar a incidência da regra de aceleração do procedimento, porque pelo contrário se estaria fomentando a configuração de decisões desobrigadas da submissão argumentativa. A leitura constitucionalmente adequada proposta, indica que a agilização do procedimento seria admissível apenas quando a parte não cumpra seu ônus argumentativo com esse objeto.

A preservação dos instrumentos processuais permissivos à revisitação argumentativa dos conteúdos da tradição judicial, que possibilitem a mudança dos rumos interpretativos sobre determinado enfrentamento jurídico, são fundamentais para a qualidade do método pátrio de provimentos vinculantes. Esse é o trilho necessário para que adoção de provimentos com efeito vinculante não incorra nos equívocos ameaçadores da jurisprudência defensiva, ou mesmo na

agilização irrefletida do procedimento que, apesar da celeridade, não corrobora ideologicamente o princípio da razoável duração processual. A submissão dos interpretes deve prevalecer em nível argumentativo, e jamais como efeito involuntário de redução quantitativa o litígio por influência meramente utilitarista. O respeito ao debate é necessário para que as decisões judiciais não induzam à banalização do instituto da ação rescisória, que elevaria por anos a possibilidade de pacificação das celeumas, subvertendo fatalmente os intentos anunciados pela disciplina do novo código de ritos. A experiência relatada na aplicação da súmula impeditiva de recursos recobra-nos a todo momento dos riscos evidenciados na prática desejada de um sistema inclinado à previsibilidade.

4.2 Coerência, integridade e a leitura constitucional dos provimentos vinculantes

Desde o princípio deste trabalho, com a referência aos tempos sombrios de *Eichmann* e da atitude silogística subsuntiva para interpretação do direito, nossa defesa aponta implícita e explicitamente à rejeição da exegese positivista, mesmo daquela que se coloca como superação exegética sem de fato superar alguma coisa, representando por vezes faces revisitadas da mesma moeda. E nesse ponto, apesar dos importantes avanços representados pela sistemática do novo Código de Processo Civil, os seus potenciais restauradores da minoração hermenêutica subsuntiva, devem ser a todo momento denunciadas, em benefício aos aspectos qualitativos do processo civil brasileiro.

Seria conveniente lembrar que o grande arauto da sociologia positivista (Max Weber) ao se referir à jurisprudência indicava que sua operação determinaria a obrigatoriedade de normas jurídicas e métodos interpretativos, mas não adimpliria a resposta da questão sobre a necessidade do Direito e de tais ou quais normas em predileção a outras. A limitação da ordenação jurisprudencial subsidiária apenas o meio instrumental para alcance de determinado resultado, com base nas regras descritas por nosso pensamento jurídico. Por decorrência desse legado sociológico, e também do positivismo jurídico, a tradição jurídica de nossos tempos seria vista apenas sob aspectos científicistas e metodológicos, restando à ciência jurídica lidar essencialmente com a realidade simbólica do Direito e não com a sua manifestação social (WARAT; PEPE, 1996, p. 83). Essa isenção do direito dos conteúdos morais, políticos e sociais, como exaustivamente colocado, são as falhas mais cínicas e arbitrárias da atitude positivista¹⁵⁴.

¹⁵⁴ “Apreendido desse modo, o discurso jurídico moderno implica uma separação entre a moralidade e a legalidade. Isso, segundo Habermas, constitui um problema quando a legalidade em seu conjunto necessita de uma justificação prática. Cria-se uma esfera do Direito moralmente neutra, mas que exige dos sujeitos a disponibilidade de obedecer

Em referência ao pensamento *habermasiano*, Warat e Pepê (1996, p. 84-85) ressaltam a insistência na necessidade de um entrelaçamento simultâneo entre o Direito e a moral, como condicionante elementar para a realização de alguma projeção emancipatória da modernidade, posto que a efetividade do Estado de Direito teria como atribuição a fundamentação jurídica com abertura às argumentações morais. Essa seria a única forma viável de consolidar a autonomia do Direito, enquadramento em que o sistema jurídico nos seus procedimentos institucionalizados, e assumidos por incumbência da legislação e da administração da justiça, possibilite o desenvolvimento de um ambiente argumentativo em que a racionalidade ética encontre seu lugar de interlocutora na constituição desse mesmo sistema jurídico.

Nesse sentido, a alegação repetida por nossa defesa, em uso de uma compreensão fenomenológica do Direito, considera que o intérprete esteja involuntariamente submisso à pré-compreensão que lhe antecipa os sentidos. O curso da circularidade hermenêutica, do ir e vir do projeto de todo, reconstruído sob afluência da incursão linguística, condiciona o desvelamento interpretativo à moldura limitada do ser. Assim, resiste a aceção de que a interpretação dos textos jurídicos corresponde efetivamente à interpretação dos fatos que antecipam a percepção do sujeito como fatos, e não como postulados puramente teóricos, não por sua vontade, mas por limitação natural da consciência. Os fenômenos simbolizados nos diversos referências (fenômenos índice) tidos como jurídicos, como o texto legal, as súmulas dos tribunais, ou mesmo o que se poderia chamar de precedentes judiciais, embora idealmente projetados como mandamentos *in abstracto*, revelam nada mais que componentes fáticos da interpretação.

Em locução de um direito de precedentes, aceção genérica que contempla a sistemática de provimentos qualificados dotados de efeito vinculante, com a ciência de que a interpretação/compreensão do direito se ergue por adesão fática dos índices fenomenológicos aos fenômenos concretos colocados sob análise do intérprete, sempre com condução dos componentes subjetivos indutores da convicção; a defesa de nosso trabalho tende a reiterar a melhor interpretação do direito pela dimensão argumentativa. Esse é o tracejo para que a locução dos índices fenomenológicos fique mais evidente que o voluntarismo do intérprete. Qualquer posição dissonante, que prefira confiar em alegações de neutralidade científica, cairia na incoerência lógica propulsora da discricionariedade desmedida e da técnica subsuntiva. A

a lei. Ora, a lei tem fundamentos que expressam o desenvolvimento de determinada estrutura social. Portanto, para ser obedecida, ela precisa refletir certas garantias da tradição constitucional moderna (como a garantia à vida, à propriedade, à locomoção, etc.)” (WARAT; PEPE, 1996, p. 83-84).

democracia clamada institucionalmente pela jurisdição constitucional nos cobra a todo tempo a emancipação teórica que apenas a tarefa hermenêutica possibilita.

A convicção derradeira deste trabalho, inevitavelmente rememora que a prática processual conexa aos precedentes judiciais tem no cumprimento do ônus argumentativo seu grande pilar hermenêutico. Clamamos assim para que os referências colhidos da tradição não representem simplesmente a retomada solipsista da subsunção, substituindo o vigor do texto normativo pelos postulados interpretativos dos tribunais. Essa é a via adequada para que a tradição judicial seja respeitada sem retirar dos jurisdicionados os benefícios do acesso à justiça e do delineamento democrático instituído pelo devido processo legal.

Repetindo ainda essa impressão, a vinculação em nível argumentativo é dirigida a uma ordem de postulados antecedentes e, essencialmente, se opõe aos critérios meramente valorativos para interpretação dos fatos. A vontade e a subjetividade do intérprete têm sua potência minorada paulatinamente, ao passo que o Direito transite pela desejada ordenação coerente e íntegra de decisões. As possibilidades de subversão dos conceitos para manipulação personalíssima dos resultados da interpretação podem ser praticamente anuladas pelo cumprimento do viés argumentativo atento aos vetores de integridade e coerência do ordenamento jurídico. Os indicativos de coerência e integridade permitem aos jurisdicionados maior confiança na prestação jurisdicional sempre que renovadas a cada novo enfrentamento, com revisão do comparativo fático das razões de decisão caso a caso.

A alegação de coerência atenta-se ao encadeamento lógico-racional entre a coletânea legislativa e as diferentes decisões das instituições jurisdicionais, de maneira a fomentar cautela quanto aos rompimentos jurídicos desconexos e aleatórios. A qualidade de previsibilidade desejada pelo CPC/2015 tem sua possibilidade de efetivação restrita aos predicados de coerência argumentativa. As conexões manifestas entre o caso concreto e a tradição jurídica que o antecede, mesmo que a nova decisão admita resultados diferentes, não podem ter sua análise renunciada por qualquer das partes envolvidas no processo, e principalmente por aquele que detenha poder decisório. Por isso tudo, renova-se uma vez mais a defesa de que a submissão do intérprete ao precedente judicial que melhor atende aos interesses constitucionais tenha ocorrência pelo encargo argumentativo. Em sentido contrário, toda fundamentação descompromissada com as razões de decidir dos casos pretéritos, seria ameaçadora à ordenação de coerência e integridade em uso dos efeitos vinculantes. O compromisso com esses predicados, sempre em nível argumentativo, é essencial para que a prática processual civil permaneça amparada pelo conteúdo democrático que orienta a jurisdição constitucional.

Portanto a leitura constitucional dos provimentos vinculantes tem na coerência e na integridade do ordenamento jurídicos seus mais elementares esteios. A posição democrática anunciada pelo Estado de Direito difunde pelos partícipes da construção jurídica a adequação obrigatória aos pilares de isonomia e segurança jurídica, que apenas podem ser compreendidos em ordenação à unidade do direito anunciado pelo Estado, em aliança a sua estruturação coesa diante do conteúdo jurídico que antecede a aplicação do direito. A desleitura voluntarista é necessária para que o direito de precedentes de fato confira valores qualitativos mais elevados à prática do processo civil, e para que os desejos de efetividade e previsibilidade anunciados a todo momento no longo processo de construção do vigente Código de Processo Civil não sejam deslegitimados por rompantes de revisitação à filosofia da consciência. O processo civil brasileiro deve deixar para trás de uma vez por todas as amarras do esquema sujeito-objeto, e assumir a responsabilidade hermenêutica que a compreensão das próprias possibilidades humanas de compreensão confere a todos os participantes da democracia.

4.3 Os provimentos vinculantes entre a dogmática e compromisso com a realidade

Ao chegarmos ao momento final de nossas alegações, podemos considerar que o longo caminho percorrido para análise do método pátrio de provimentos vinculantes, coloca no olhar hermenêutico o maior vigor de sua construção. O resumo dessa obra está na convicção de que a submissão do intérprete aos precedentes judiciais tenha na integridade e coerência do sistema jurídico, pelo compromisso argumentativo, a sua via de legitimidade. A interação entre a dogmática e o compromisso do intérprete perante os fatos, seria a temática mais adequada para fechamento desse estudo, porque nessa leitura encontramos a energia necessária, para que a prática processual civil não seja levada a revisar os temerários efeitos da técnica científica reducionista, que isola o direito abstratamente considerado de seus reais compromissos com organização dos fatos concretos dirigentes da vida em sociedade.

O uso de precedentes no processo civil brasileiro não pode constituir-se em um movimento reiterado de responder às perguntas antes que estas sejam feitas. A temerária subsunção da exegese positivista não deve ser substituída pelo voluntarismo dos conceitos imaculados, porque apresenta, em verdade, uma face distinta da mesma moeda, com mesmo potencial destrutivo. Streck e Abboud (2015, p. 141) nos lembram que a aspiração de aprisionar a razão nos conceitos seduz vigorosamente a ciência jurídica. Contudo, esse teor fantasioso foi denunciado pela posição jurídica dominante no século passado que, sob pretexto de superação dos aprisionamentos conceituais, ofereceu campo à substituição dessa coagulação de sentidos

pelo voluntarismo incontrolável. O combustível teórico da modernidade, em uso das mais variadas posturas axiológicas-voluntaristas, em lugar do positivismo exegético e do juiz *bouche de la loi* sugeriu como solução a figura do “intérprete proprietário dos sentidos”¹⁵⁵.

O domínio dos sentidos pela racionalidade científica, marco da ciência como teoria do conhecimento e do que se tem nominado de filosofia da consciência, apenas reiteram o principal equacionamento necessário à legitimação da figura estatal, nos embates entre poder e dominação¹⁵⁶. As instituições políticas do Estado tradicionalmente se colocam como oportunistas contumazes do relatado tensionamento, possibilitando que os grupos hegemônicos perpetuem a inclinação da balança da justiça a favor de seus interesses. Em vista dos argumentos políticos, como os de legalidade, segurança jurídica, estabilidade, ou até mesmo de dignidade humana, os jurisdicionados permanecem ameaçados pelos indicadores que a argumentação retórica deixa ocultos. As posições individuais ficam desguarnecidas, porque não tem acesso permitido aos ingredientes que alimentam as desigualdades sociais e jurídicas.

Justamente essas constatações podem ser localizadas no cenário político e jurídico brasileiro, que têm se deleitado na fluidez sobre os conceitos e posições jurídicas, conforme a interesse que a cada momento se sobressai. Sem adentrar especificamente neste mérito, a prevalência do mandato de um Presidente da República democraticamente eleito, tem segurança tão fugaz quanto a interpretação do artigo 5º, inciso LVII, de nossa Constituição Federal, que permitiu ao nosso tribunal constitucional flexibilizar a tradicional concepção a respeito do “trânsito em julgado de sentença penal condenatória” que possibilita a convicção sobre a “culpa” e a restrição imediata da liberdade. Tudo é decidido por aquilo que move a “convicção” do jurista, sempre por influxos volitivos, sejam eles individuais, relacionados a determinado interesse hegemônico, ou mesmo advindos do senso comum geral da população. Essa fluidez de sentidos, à parte todas as argumentações retóricas, são erigidas por critérios políticos, e não jurídicos. O direito se adapta à política, e não o contrário. Por natureza, o jurista

¹⁵⁵ Seguindo a lição de Streck (2011, p. 264): “[...] há que se ter o devido cuidado: a afirmação de que o ‘intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto’ nem de longe pode significar a possibilidade de autorizá-lo a ‘dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa’, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem ‘existência’ autônoma)”.

¹⁵⁶ A respeito da figura estatal, e de sua evidente impossibilidade plena de legitimação, senão pela preservação dos valores que tenta anunciar como prevalentes, considera-se pertinente a posição de Garcia (2014, p. 19): “A posição de prevalência do Estado está culturalmente disseminada, sendo por todos aceita como se fosse algo natural, o que é adiante retransmitido, fazendo com que cada vez mais se aumente o poder do mito”. Ainda sob influência da mesma referência doutrinária: “Enquanto não se tiver plena consciência de que o Estado não é nada mais do que uma construção social, cujos integrantes são apenas outros cidadãos que exercem sua função pública com o objetivo central de servir a coletividade, não será possível desmitificar o que tem sido secularmente difundido, com impactos nefastos no modo de ser da sociedade e, por consequência lógica, do ordenamento jurídico”.

comprometido com as conquistas constitucionais deve gritar contra as arbitrariedades de nossa fluidez jurisdicional, mesmo contra aquelas que socorrem a sua própria bÍlis¹⁵⁷.

O paradigma filosófico da filosofia da consciência, negado e renegado com a invasão da filosofia pela linguagem, ainda insiste em usurpar o imaginário jurídico do senso comum. Essa repetida mastigação teima em sustentar uma espécie de positivismo jurisprudencialista, pretensamente derivado da tradição de uma teoria brasileira de precedentes, com potencial destrutivo revitalizado a cada nova interpretação enganosa do CPC/2015. A mesma teoria que em princípio sustenta-se pelo paradigma da consciência (subjetividade), acaba convertida sucessivamente em um tipo de objetivismo interpretativo em que o sujeito passa a ser assujeitado pelo precedente (STRECK; RAATZ, 2016, p. 2). Nesse novo diálogo, o precedente apenas ocupa o lugar que antes era ocupado pelo texto legal, no sentido de liminar a interpretação a determinado feixe de possibilidades, mas que ainda assim, possibilita a sua fluidez, conforme a circunstância dos critérios subjetivos lhe tenha proporcionado.

Sem discordar da necessidade de preservação da jurisprudência sob caminhos de coesão, aptos o suficiente para fomento da segurança e igualdade jurídicas, por certo que todas as indagações não seriam tão facilmente solucionadas por mero uso da assunção de uma adequada teoria de precedentes obrigatórios que, diga-se de passagem, o novo Código de Processo Civil buscava institucionalizar. A adversidade imposta por essa falta de coerência e de integridade na ordenação jurídica tem residido na própria essência teórica dos precedentes obrigatórios, quais sejam, “o sujeito da modernidade e a possibilidade de uma livre atribuição de sentidos” (STRECK; RAATZ, 2016, p. 3). Por certo que o equacionamento entre a rigidez das formas e do texto legal e a abertura discricionária não podem ser solucionadas por novas expressões de rigidez interpretativa, agora focaliza nos postulados provenientes dos tribunais, tampouco pelos rompantes de fluidez argumentativa que vêm ganhando adeptos em nossas instituições jurisdicionais. A única saída e desleitura voluntarista, com inclinação para a submissão argumentativa à tradição judiciária, sempre orientada pelos vetores de coerência e integridade.

Seguindo uma vez mais a lição de Dworkin (1999, p. 305-306), a aceitação pelos juízes do ideal interpretativo da integridade para decisão de *hard cases*, com a tentativa de encontrar algum encadeamento coerente de *principles* sobre os direitos e deveres pessoais, indicaria a

¹⁵⁷ “O Constitucionalismo não morreu! As noções de constituição dirigente, da força normativa da Constituição, de Constituição compromissária, não podem ser relegadas a um plano secundário, mormente em um país como o Brasil, onde as promessas da modernidade, contempladas no texto constitucional de 1988, longe estão de ser efetivadas” (STRECK, 2002, p. 18).

melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. Há, no entanto, uma atribuição condicionante a esse *locus*. Qualquer intérprete que admita o direito como integridade tem responsabilidade em admitir que a correta história política (e jurídica) de sua comunidade, por vezes, importaria em restrições às suas convicções políticas, em seu juízo interpretativo geral. Sem adimplemento a esse encargo, o limiar de adequação do jurista poderia derivar de forma absoluta de suas concepções de justiça, conferindo até mesmo uma interpretação aceitável do fenômeno; mas não se poderia conceber de boa-fé que estaria interpretando a prática jurídica. Tal qual o romancista em cadeia, que tinha seus juízos sobre a adequação ajustados às suas opiniões literárias mais profundas, a submissão volitiva denota não mais que a má-fé, com engano do sujeito a si próprio.

Arrematando essa questão, Luiz (2013, p. 177) afirma que a teoria do Direito como integridade objetiva primordialmente o afastamento da discricionariedade judicial do campo jurídico, buscando na tradição jurídica um conteúdo para constranger o subjetivismo. O julgamento por princípios (na acepção *dworkiana*), portanto, corresponde à preferir a continuidade da história institucional subscrita naquela tradição jurídica, revigorando a razão prática característica da ciência jurídica.

Como temos sustentado, o trilha argumentativo é caminho apto para que a hermenêutica fenomenológica confira inspiração à interpretação do método pátrio de precedentes vinculantes caracteres significativos de subordinação constitucional. A ordenação de coerência e integridade é exigência institucionalizada pelos avatares democráticos, característicos de um Estado que se pretenda erigir em oposição às tragédias totalitárias. A leitura constitucional do método pátrio de submissão aos precedentes, ou de provimentos judiciais qualificados dotados de efeito vinculante, deve expurgar toda menção honrosa à postura de *Eichmann*, com a mesma intensidade que rejeita os heróis caricatos como *Azduk*, que fantasia preferir a justiça ao direito, para apenas satisfazer sua própria vontade.

Com a confiança de que até aqui nossa tarefa argumentativa tenha cumprido razoavelmente a apresentação dos elementos que amparam a defesa empreendida, o momento conclusivo pode nos permitir um olhar literário que transite entre a dogmática e a crítica para ratificar todas as impressões colhidas no curso da pesquisa. O direito como elemento eminentemente social e possível apenas por operação da linguagem, não deve perder de vista o compromisso latente que mantém com os ideais emancipatórios anunciados pela tradição constitucional de nossos tempos. Por isso tudo, nossa conclusão aponta para os “dois maridos”

da ciência jurídica¹⁵⁸, aporte crítico que renova descrédito à máxima da objetividade científica. A invasão do real por incurso do imaginário, com a lembrança de que não apenas o real (fatos), mas também o imaginário (texto, lei, postulado, argumento, jurisprudência, e tudo mais que não seja um puro fenômeno), contenha natureza fenomenológica.

A façanha de misturar o real com o imaginário, da fantasia literária ao estudo do direito, encontra na metalinguagem de Warat, em sua obra intitulada “Ciência Jurídica e seus dois maridos”¹⁵⁹, um emissário contumaz e paradigmático. Em leitura de Morato (1986, p. 1) sem temor à adjetivação, a obra de Warat e da legião de espíritos que o incorporou, representa a denúncia ao racionalismo científico, ainda valorosa em tempos correntes. Por assim dizer, seu pendão renuncia a tendência de aceitação da ciência como “uma panaceia para todos os males modernos, ou como um a priori ou sistema universal de referências dentro do qual explicamos ou explicaremos tudo”¹⁶⁰.

A homenagem à “Dona Flor” é necessária porque o autor a vê como a heroína da poligamia dos significados e do imaginário erotizado, como um impulso vulcânico para viver que o traz a imagem de uma espécie de “Mãe-Coragem” baiana, cuja nobreza é encontrada no aprendizado de colocar em risco o padrão de desejos instituídos (podados) pela tradição. Esse jogo sutil lhe permitiria sobreviver e reluzir frente às tentativas incessantes de castrações, cumpridas em nome de uma cultura pretensamente imaculada, sem desejos, sem mistérios. Faltaria certamente o sabor apimentado da marginalidade, da ambivalência. Flor é sua aliada de peso, a quem recorre para desajustar qualquer submissão a um mundo sólido material e uno, tentando deslegitimar essa ideia monstruosa, que discretamente permite que o empreendimento cultural do pensamento “sem sujeira” (cultura-detergente) penetre o em nosso imaginário e o torne asséptico (WARAT, 1985, p. 16).

A denominada “castração” representa efetivamente a restrição ao desejo que, à primeira vista, revela-se como uma insuficiência, um vazio. Essa representação da “poda do

¹⁵⁸ A referência aos “dois maridos” da ciência jurídica aponta obviamente para a façanha jurídico-literária de “A Ciência Jurídica e Seus dois maridos”, valorosa obra de Luis Alberto Warat.

¹⁵⁹ Warat (1985, p. 15) explica o título da obra por analogia à “Dona Flor e seus dois maridos” de Jorge Amado, e por referência à Cortázar, a liberdade de usurpar o título sem culpa, e fazer estalar em si o sentido precário de um romance sobre o imaginário como passaporte para uma obra de mobilidade: “que tenha a porosidade da esponja – em relação a todos os eufemismos normalizadores e a todos os códigos intolerantes e intoleráveis que cercam a sociedade”.

¹⁶⁰ Em complemento: “A Ciência Jurídica e Seus Dois Maridos não era, absolutamente, um livro necessário; tornou-se necessário depois de escrito. Porque a escrita em sua forma mais elevada não se determina e nem tampouco se sufoca. Irrompe do cotidiano militarizado, burocrático, orweliano que vivemos. Explode, jorra no ar, rompendo o tecido conceitual do tempo e do espaço. Tornou-se, o livro, um clarão na cara de quem tem olhos para lê-lo. Tornou-se, pois, necessário abrí-lo para lembrarmos-nos de que a vida é maravilhosa apesar dos pesares. Devolve-nos a capacidade de rir, de nós mesmos, inclusive. E sempre é bom lembrar que o copo vazio está cheio de ar e que é rindo que se castiga os mouros da ciência” (MORATO, 1986, p. 1).

desejo” é camuflada, e nos faz afundar nos opulentos anacronismos das verdades completas. Nossa tranquilidade é conformada porque a essencial incompletude das “verdades” seria suprida por via da castração. A isenção à poda apenas é possível nas verdades completas. A crença com esse teor, na defesa do autor, nos seria conveniente queimar, abolir definitivamente¹⁶¹ (WARAT, 1985, p. 16).

A poda do desejo opera sobre nós quando não sentimos a necessidade de confrontar as verdades instituídas, quando não compreendemos a importância da exposição dos poderes estabelecidos em face aos conflitos que retiram a estabilidade, quando somos incapazes de perceber a necessidade de uma prática do político descentralizada e alheia à hierarquia, especialmente, a medida em que não tenhamos aptidão para transformar o político e o saber em um ambiente simbólico sem proprietários¹⁶². A castração representa mais que um vazio, a afirmação feroz de uma versão cultural de nós mesmos e de nossas circunstâncias. Trata-se da cultura do imobilismo. Por essa razão o autor persiste em acreditar que as podas simbólicas dos desejos seriam provenientes das locuções de desejos alugados à razão, submissas ao fluxo da “inalterabilidade dos esquemas”, que nos condiciona ao sentimento da verdade embutida na ordem nos costumes (WARAT, 1985, p. 17-18).

Os dois maridos de Flor são retratos de uma duplicidade convergente/persistente, que operam dialeticamente como espaços de confronto da estabilidade continente de nossa crença existencial. Por esse modo, Vadinho¹⁶³, o folião desmedido e incorrigível, e Teodoro Madureira¹⁶⁴, o amanuense previsível cotidiano, são compreendidos metaforicamente como intervenções do “mágico no verdadeiro”, do “plural no singular”, do “imprevisto no costume”, do “insólito na vida cronometrada”; enfim, do “natural aos soníferos da cultura”. O imaginário da heroína expurgou as barreiras, as classes, o sentido aristocrático dos paradoxos, o

¹⁶¹ “Porque não enxergar também a castração pelo seu outro lado, o ativo? Ela é, muito mais que corte, (o seu lado passivo), um direcionamento permanente em todas as formas do cotidiano. Ela ocupa plenamente todos os lugares através do empanzinamento da linguagem. Daí pode ser captada como estereotipação dos desejos. Um “prét-à-desirer” que substitui o vazio – passivo pelo bitolamento pleno com que definimos seu lado ativo. Diria ainda que, nessa direção, a castração é o desejo posto, ideologicamente, fora da história. É o desejo sublimado que ambiciona o controle dos corpos, como se fosse a coisa mais natural e benéfica do mundo. É o modo com que o desejo virá olhar no rastro das verdades (WARAT, 1985, p. 16-17).

¹⁶² “Enfim, quando procuramos a autodestruição da sociedade adormecendo Eros, simulado o alívio da culpa originária na mecânica das verdades científicas e nas lendas do amor. (WARAT, 1985, p. 17).

¹⁶³ “Vadinho: Solto, preguiçoso, cara de pau, jogador e perdulário... indo até o fundo dessa malandra experiência que foi para ele estar vivo; sentindo-se parte do mundo no fluir de seu corpo”. (WARAT, 1985, p. 19).

¹⁶⁴ “Teodoro Madureira: metucioso, insosso, dono de uma cultura sem surpresas, um homem que nunca sai de suas gavetas, tedioso, que pede permissão e hora para amar, exteriorizador contido de seus desejos, antestesiadador legalista da alta-voltagem erótica de Flor e dono de uma intrigante mania cartesiana de etiquetar tudo... Ele reprime como pecado todo sintoma de erotismo e de prazer. Irrita Eros até adormecê-lo. É representante genuíno da falsa moral que está louca por infringir as proibições e precisa do pecado para encarar disfarçadamente o desejo” (WARAT, 1985, p. 19-20).

totalitarismo das classificações, não por uso de sincretismos, mas por abraçar a ignorância perante as divindades da coerência lógica e da unidade. Assim fora possível misturar orgulhosamente as contradições, ultrapassando as acomodações e chegando-se às verdades menos garantidas e às relações humanas mais frutíferas. Vadinho e Teodoro se conectam, expressando, magicamente, o contraste entre a “metafísica do desejo” e a “metafísica dos costumes”. O autor reafirma o valor do romance sobre a ambiguidade, em que o imaginário feminino finalmente realiza a conjunção positiva entre os desejos, os afetos e as leis¹⁶⁵. O tráfico requintado das “verdades científicas” deve assumir as suas frustrações, confessar os recalques que subordinam nossa compreensão e sublimam os desejos na representação dos objetos¹⁶⁶. As ficções são mecanismos dessa sublimação (WARAT, 1985, p. 21-22).

Por isso não há democracia sem marginalidade, simbolizada pelo adultério de Flor com seus próprios desejos. Com humanos, e como juristas, necessitamos de uma cavalcada inconsequente, de um “delírio febril”, dos “ais do amor que vêm da experiência comum da gente, surgida nos momentos primordiais do cotidiana”, e “na encruzilhada da fome e da hipocrisia (da ordem prepotente) com os elementos imaginativos mais ousados que incendeiam a liberdade em cada esquina ou, por esta expressão. Diante do prazer como lucro do dever, institui-se no seio da sociedade o imaginário preconceituoso, que, inevitavelmente acaba abrindo espaço para o autoritarismo (WARAT, 1985, p. 25).

As obrigações tidas como agentes transformadores do real tem potencial para nos conduzir a uma forma de história não democrática. A ordenação da lei, do poder e do saber, subscrita por uma lógica includente do dever, tem como resultado incorrigível a hipocrisia do Estado e do Direito¹⁶⁷, enquanto legitimadores dos incidentes arbitrários e tolerados. Essa cadeia é muito pouco ou nada revolucionária, e se torna altamente perigosa em um grau de

¹⁶⁵ “Talvez poderíamos concentrar em Vadinho o carnaval e a folia, e em Teodoro a quaresma, os dias em que nossas vidas funcionam como uma oficina de controles inúteis, mas que servem “per se” para justificar sua existência e bem alimentar os que nela mandam. Vadinho, o primeiro marido, volta da morte para dar a Dona Flor, com sua temperatura emocional, a possibilidade de ampliar, pelo insólito, os seus desejos. Eu não posso deixar de ver em Vadinho um entusiasmo febril para preencher os territórios da vida com floreios e umbigadas que desintoxicam-nos de tantas coisas que permanecem. É a presença constante do inesperado. A marginalidade como conjunto oxigenante dos desejos. Seu retorno é o símbolo de como, pelo fantástico, podemos manter uma relação adúltera com o real. É o marido sem o espírito da legalidade que a mulher sonha ter, para temperar a alquimia de ternura e segurança do desejo instituído” (WARAT, 1985, p. 21).

¹⁶⁶ “A ciência deve ser questionada com atos de ‘vadinagem’ que nos provoquem orgasmos mágicos com o real. Estou, assim, tentando um desvio da visão monogâmica (devida) do mundo que a ciência nos dá” (WARAT, 1985, p. 25).

¹⁶⁷ “Talvez o estágio seguinte ao Estado-de-Direito (na América Latina) seja o Estado-de-Hipocrisia, mas a forma subsequente ao grau máximo de hipocrisia do Estado pareceria ser novamente o Estado-de-Direito” (WARAT, 1985, p. 25).

civilização em que o espírito do político tende a ser trocado pela competência questionável das decisões silenciosas, amparadas por crivo das normas técnicas (WARAT, 1985 p. 25).

Nessa toada, as sociedades que apelam para as concepções “juricistas” de democracia, inclinam-se para a organização proposta com sacrifício do prazer. Por isso, qualquer inflação arbitrária do prazer é apresentada retoricamente como o processo destrutivo da organização sócia, efeito constatado “tanto à direita, como à esquerda”. O imaginário jurídico deve permanecer resistente à difusão das “obrigações culposas” que, como uma violação cancerosa, infectam a conjuntura social com um excesso de deveres e proibições. Tal qual Dona Flor, a Ciência Jurídica poderia socorrer-se em um Vadinho para compensar a sobrecarga de obrigações que um Teodoro lhe impõe, especialmente este Teodoro (analogia ao Estado) que tem alma de torturador e usa o terror como dever (WARAT, 1985, p. 25-26).

Por fim, quando a sociedade clama pela saída de um Estado poluído de proibições, deve necessariamente reconsiderar a função jurídica e estatal, de modo que seja possível conceber suas instituições como ambiente da produção coletiva dos desejos, considerando a ordem ausente de seu perfil sacro, ou seja, criando uma ordenação “carnavalizada”, que nos autorize a conceber a democracia como um “espaço social polifônico” (WARAT, 1985, p. 25-26). A construção de Warat tem utilidade para ratificar os principais argumentos que temos colocados desde as primeiras linhas de nosso trabalho. O direito como manifestação social não pode romper jamais com a realidade e com as ambiguidades que lhe invadem a percepção, renovando o seu potencial construtivo ao mesmo passo que a potência das subversões arbitrárias.

Assim como Hermes, que era conhecido também por sua capacidade de enganar, dissimular e se ocultar, a hermenêutica jurídica deve nos manter alerta. Ao mesmo tempo em que a entidade mítica era colocada como tradutora da linguagem dos deuses, poderia subverter o próprio recado divino, como melhor fosse adequado à suas paixões. Não seria possível dizer até que ponto a humanidade poderia acessar, de fato, às mensagens, ou se estaria fatalmente condicionada à limitada percepção daquilo que fora criado exclusivamente pela vontade de Hermes¹⁶⁸ (LUIZ, 2013, p. 17). A lembrança das ambiguidades é o que pode nos salvar das ontologias vazias que tentam encontrar valores transcendentais para explicar como absoluta uma verdade que jamais deixará de ser transitória.

¹⁶⁸ “Hermes, neste aspecto, iguala-se ao sujeito solipsista da modernidade. Dono dos significados, ele passa a mensagem que lhe convém, porque não há freios para sua própria subjetividade. Hermes precisa de freios, e esta é a questão da hermenêutica jurídica contemporânea: criar controles epistemológicos à atividade interpretativa, estabelecendo, em particular, condições hermenêuticas de análise da decisão judicial (o que não significa, por certo, uma proibição de interpretar)” (LUIZ, 2013, p. 17).

Essa convicção é o caminho com melhor potencial para que a ordem vinculante de precedentes não esconda do intérprete a capacidade de interpretar o direito, preservando na maior medida possível, as históricas conquistas constitucionais. Há em nós, humanos, algo mais valioso que a segurança e a estabilidade da ordenação jurídica anunciam. A máxima medida desses indicativos pode ser encontrada tanto nas utopias quanto nas distopias, mas dissociadas da realidade, jamais interagem com a subjetividade e com as ambiguidades que nos invadem a percepção. Mais do que a paixão pelas posições estáveis, isentas e adequadas quantitativamente, devemos ter por objetivo renovar nossos votos com a paixão pelo Direito.

Saibamos enquanto juristas, “transitar entre o real e o imaginário”, sem perder de vista que a ciência jurídica precisa, por vezes assumir pequenas doses de traição da dogmática com a realidade, para a visão tecnocrática científica não retome vigor a cada nova investida. A técnica jurídica e o dogma dos postulados, não podem subordinar a compreensão dos fatos, mas deve ocorrer justamente o contrário. Os fatos é que podem elevar a qualidade da compreensão jurídica. A leitura constitucional do direito de precedentes e do processo civil brasileiro não pode ficar conformada com Teodoro, buscando em Vadinho os contrapontos necessários de ambiguidade, para que a argumentação sempre consiga espaço na construção da decisão judicial. Mais do que da dogmática segurança jurídica, nos tempos de conceitos jurídicos tão transitórios, precisamos desesperadamente abraçar a realidade e o Direito.

CONCLUSÕES

A conclusão de nosso trabalho aponta para a liberdade, a liberdade perante as amarras da subsunção, em expurgo ao aprisionamento dos conceitos. Não existe no Direito uma essência ontológica que o constitua. A interpretação do Direito se confunde com a própria compreensão desse objeto, ou seja, o sujeito conhece à medida que interpreta, sempre com a antecipação de sentidos que a circularidade hermenêutica lhe proporciona e com a natural limitação da linguagem para significação do mundo. As respostas ao desvelamento do “ser” direito apresenta feições relativistas, nunca transcendentais.

Por essa convicção temos denunciado as vicissitudes do engano epistêmico provocado pela filosofia da consciência e pelo *standard* do esquema sujeito-objeto. O isolamento científico do objeto de pesquisa, que na intenção cartesiana conferia a isenção necessária para alcance de uma verdade racional, revela-se inadequado às práticas científicas sociais como o Direito. O *cogito* existencial não soluciona essa equação, tendo potência até mesmo para revigorar as frentes de discricionariedade que reinavam nos Estados absolutistas e seu jusnaturalismo, e também ao que conduzia a intenção revolucionária aliada ao positivismo desde a sua vertente exegetica.

O isolamento científico retoricamente considerado, também é responsável pela confusão entre o texto (tanto o texto legislativo quanto o texto explícito ou implícito nos postulados jurisprudenciais) e a norma do caso concreto. A jurisdição constitucional pretende a libertação dessas amarras, mas aceita de bom grado algumas doses de voluntarismos. Por isso, essa coletânea de contradições lógicas está inserida em nosso objeto de nossa crítica. Buscamos dissociar do direito de precedentes a potencialidades de repriminção dos modelos de interpretação autorreferenciadas.

A hermenêutica filosófica nos ensina a desconfiar da consciência como guardiã dos conceitos e assim, fatalmente somos levados a desmistificação do método científico como critério de validação das hipóteses interpretativas. O intérprete denota uma limitação orgânica para conhecimento pleno do mundo que o contém, incapaz de conhecer a verdade imaterial de tudo aquilo que lhe envolve os sentidos. A guindada ontológico-linguística nos leva a uma compreensão bem menos tecnicista que as tradicionais teorias do direito.

O lamento da teoria do conhecimento insiste na inexistência de uma causa elementar estruturante do conhecimento. Há um esgotamento do conteúdo ontológico que o mantém oculto e separado da temporalidade, elemento condicionante do relevamento do ser, que acaba

por negligenciar a definição do ser à finitude da própria significação, processo realizado de maneira fechada pelo sujeito.

Seria possível afirmar que as inovações metodológicas verificadas no decorrer dos últimos séculos não foram capazes de romper satisfatoriamente a base epistemológica da filosofia da consciência, conservando os seus avatares mais básicos, como a famigerada subsunção. Assim, o aporte crítico hermenêutico se torna essencial para que a prática processual civil de nosso país não fique subordinada a um incontável número de casos compromissados com as formulações *apriorísticas*, que condicionam nossa compreensão a um feixe muito tênue de possibilidades. Nessa toada, a assunção sistemática de submissão aos precedentes judiciais não deve recuperar os tracejos solipsistas para compreensão do Direito.

A comunidade jurídica vem clamando há tempos por patamares mais elevados de segurança jurídica, isonomia e razoável duração processual. Ressalte-se que essas impressões nunca foram descreditadas irrefletidamente em nossa obra. É possível reconhecer o potencial de sucesso que as inovações legislativas recentes teriam aptidão para cumprir. A constatação grave em sentido contrário, seria o problema inveterado da falta de coerência e integridade.

O desvelamento das amarguras da atividade jurisdicional é fundamental para que não seja potencializada a fragilidade sistêmica. Fato é que o enganoso paradigma da separação entre o sujeito e o objeto encontra guarida na adoção de efeitos vinculantes por imposição legislativa. Com esse alerta, não se pode perder de vista que sujeito não deixa de ser objeto do direito que tenta representar, e jamais perde a influência dos sentidos que antecipam a sua compreensão.

O novo código processual civil inova ao reivindicar previsibilidade, assegurando uma ordenação racional de provimentos qualificados como paradigmas impositivos à decisão judicial (art. 927), dispositivo que intenta alçar efeitos vinculantes a modalidades de direito julgado, pré-iterpretações tidas como resolutivas das contradições recorrentes sobre as posições jurídicas. Ao mesmo tempo, o código tenta subordinar a decisão inspirada em precedentes (em sentido *lato*) a uma argumentação eficiente e responsável diante dos princípios processuais como o contraditório e a ampla defesa. De fato, temos defendido que fundamentação qualificada das decisões tenha potencial para ratificar os pilares democráticos de nosso convívio social.

A segurança jurídica conserva diálogo indissociável com os alicerces democráticos. Por isso, a construção oportuna de previsibilidade razoável quanto aos possíveis resultados da atividade jurisdicional, tem como agenda a submissão argumentativa do intérprete aos casos processuais que o antecedem, atribuição que na perspectiva do julgador, revela-se pela motivação de suas decisões. O cumprimento fidedigno da fundamentação permite ao julgador

até mesmo afastar a incidência da *ratio decidendi*, em vista das características do caso concreto, sem dissociar-se daquela tradição jurídica.

Retomando à crítica hermenêutica, dirigida pela fenomenologia, a adjetivação das muitas espécies de textos (legislativo, processo judicial, decisões judiciais, etc.) como fenômenos índices do desvelamento do ser Direito, devemos atentar às principais resultantes dessas constatações. Assumindo a posição de que a interpretação (que corresponde ao próprio conhecimento) tenha condução através desses índices (fenômenos fictícios) a que o texto legal é direcionado, surge a convicção de que a compreensão do fenômeno real, traduzido pelo caso concreto, exige fundamentalmente a estabilidade dos índices fenomenológicos envolvidos. Esse traço é útil para que os resultados das transcrições teóricas à prática concreta não resultem em posições jurídicas aleatórias e paradoxais acerca do direito aplicável. O processo judicial, também por si próprio índice fenomenológico, tem por obrigação transitar em caminhos de equilíbrio, que não inquietem a apreensão da norma do caso concreto.

O melhor enquadramento do processo judicial é encontrado com o o esclarecimento quanto ao seu potencial constitutivo da interpretação, muito além do puro viés instrumental. Sem retirar desse objeto a atribuição de ferramenta permissiva à compreensão do direito, a sua visualização como próprio índice fenomenológico demonstra maior precisão. A medida que o processo possibilite a compreensão do direito por significação de um fenômeno que não pode ser lido imediatamente por seu intérprete, e por isso a existência do processo judicial, o conhecimento que dele pode ser extraído corresponde ao desvelamento do direito (ser). Por esse modo, em resumo, mais do que a instrumentalidade, a compreensão do processo equivale à compreensão do direito.

Cumpra-nos o reforço à indagação pelas constantes interpretativa, que possam ser colocadas diante dos intérpretes, para que sobre os jurisdicionados possa recair a providência de uma decisão judicial. Considerando que natureza linguística do Direito impede o alcance de valores transcendentais como constantes da locução jurídica, a posição estável dos índices seria importante para conferir a modulação mais aceitável de estabilidade à norma jurídica revelada, em um perfil mais próximo ao que possa ser nominado como constante. Possivelmente a focalização nos índices seja o trilho mais adequado para a prática de precedentes, em patamares aceitáveis pela jurisdição constitucional.

Seguindo a esteira de Dworkin, assumimos como norte que a coerência e integridade do ordenamento jurídico seriam indicadores compromissórios para a interpretação jurídica. O equacionamento das posições jurídicas capaz de indicar respostas corretas no direito, e submetidas à Constituição, tem nos elementos de coerência e integridade seus mais profícuos

incentivadores. Espera-se a compreensão da linha conectiva histórica que aproxima os conceitos jurídicos e a interpretação dos fatos em cada caso julgado, e uma unidade de sentido a respeito de cada conteúdo que, apesar da submissão às possíveis alterações de sentido, mantém coerência lógica perante a coleção semântica precedente, a cada nova investida.

Se considerarmos que na aplicação do direito, a antecipação de sentido na cadeia do ser acontece não apenas por adesão dos fatos concretos aos fatos fictícios (texto legal), que de algum modo conduzem a compreensão do direito para alguma inclinação; a vinculação do intérprete à tradição, em nível argumentativo, é o caminho mais confiável para que a influência dos fatos fique mais evidente do que os influxos subjetivos naturais recebidos pelo intérprete. Aliás, a posição contrária a essa alegação poderia ter potencial de restauração às posturas subsuntivas. Por isso, o afastamento da subjetividade para interpretação dos precedentes pode ser cumprido, mesmo que em parte, por uso da justificação, indicativo capaz de ratificar os componentes democráticos de nossas defesas mais apaixonadas, sempre em atenção aos crivos de coerência e integridade.

O panorama normativo do novo Código de Processo Civil denota potencial de dupla face para construção de um modelo submisso à previsibilidade. Ao mesmo passo que institui mecanismos objetivos de vinculação à tradição, e alerta à necessidade de motivação adequada, deixa escapar algumas restrições temerárias que podem alimentar decisionismos dos mais diversos. O problema da acessibilidade à jurisdição para argumentação contrária aos predicados da tradição, seja para superá-los ou para distingui-los do caso concreto, está em nossa preocupação.

Nesse ponto, a experiência da súmula impeditiva de recursos (CPC/73, Art. 518, § 1º) nos revela importantes pistas para preservar a qualidade da atividade jurisdicional, mesmo diante de paradigmas decisórios obrigatórios. Os riscos e contradições normativas que provocaram a subversão daquele mecanismo e a falência de seus intentos de fomento à segurança jurídica e à razoável duração do processo, tem inserção no contexto do novo código. Assim, nossa defesa inevitavelmente se dirige a deslegitimar toda decisão jurídica precária, ou restrição da via recursal, que se oponha automaticamente à argumentação contrária ao precedente sem a devida associação de valores.

O direito é muito asséptico, se recusa demais em transgredir um pouco com sua incursão social. Precisa adular com a fantasia e deixar de portar-se como sagrado. Esse caminho é importante para que possamos ouvir quem sabe o doce som da liberdade. Nos duelos entre Teodoro e Vadinho, maridos da Ciência Jurídica, que prevaleça a liberdade de pensamento e a dignidade humana. O melhor potencial para que a ordem de precedentes obrigatórios não

retire dos intérpretes a habilidade da interpretação do direito, mantendo-se imaculadas as conquistas constitucionais e democráticas, reside em sua submissão argumentativa à tradição. Essa é chave da leitura constitucional dos provimentos vinculantes no processo civil brasileiro.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, G. Jogo democrático e processo: as razões pelas quais o processo civil deve ser um jogo limpo. In: STRECK, L. L.; ALVIM, E. A.; LEITE, G. S. (Coord.). **Hermenêutica e Jurisprudência no Novo Código de Processo Civil**: coerência e integridade. São Paulo: Saraiva, 2016.
- ALEXY, R. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- ALMEIDA, V. G.; GARCIA, T. A. O dever de fundamentação da sentença como controle da aplicação dos precedentes judiciais. **Revista da Defensoria Pública da União**, vol. 9, p. 15-38, jan-dez. 2016.
- ARENDT, H. **Homens em tempos sombrios**. Trad. Denis Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- ARENDT, H. **Eichmann em Jerusalém**: Um relato sobre a banalidade do mal. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- AVILA, H. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- AUBENQUE, P. **El problema del ser em Aristoteles**. Trad. Vidal Peña. Madri: Taurus Ediciones, 1981.
- BAPTISTA, O. C. G. Hannah Arendt e o conceito de cidadania. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 90, p. 111-160, jan. 2015.
- BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 58, p. 129-173, jan. 2007.
- _____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BITTAR, E. C. B.; ALMEIDA, G. A. de. **Curso de Filosofia do Direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BRASIL. **Código de Processo Civil**: anteprojeto, 2010.
- BUSTAMANTE, T. da R. de; et al. (Coord.). **A força normativa do direito judicial: uma análise da aplicação prática do precedente no direito brasileiro e dos seus desafios para a legitimação da autoridade do Poder Judiciário**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.
- CAMBI, E. Jurisprudência lotérica. **Revista dos Tribunais**, vol. 786, p. 108-128, abr. 2001.

_____. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 3ª ed. São Paulo: Almedina, 2016.

CAMBI, E.; ALMEIDA, V. Segurança jurídica e isonomia como vetores argumentativos para a aplicação dos precedentes judiciais. **Revista de Processo**, vol. 260, p. 277-304, out. 2016.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNEIRO, W. A. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva**: Limites e possibilidades de uma filosofia no direito. 2002. 301 f. Tese (Doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2002.

_____. **Processo e hermenêutica**: a produção do direito como compreensão. *Direito UNIFACS*, vol. 58, p. 1, mar. 2005.

CASTANHEIRA NEVES, A. **Curso de introdução ao estudo do direito**. Coimbra: J. Abrantes, 1971-72.

_____. **Metodologia jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

COELHO, L. F. **Teoria Crítica do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COUTURE, E. J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Depalma, 1993.

CUNHA, L. G.; GABBAY, D. M. (Coord.). **Diagnóstico sobre as causas de aumento das demandas judiciais cíveis, mapeamento das demandas repetitivas e propositura de soluções pré-processuais, processuais e gerenciais à morosidade da Justiça**. São Paulo: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2010.

CORTUCCI, A. M. Neoconstitucionalismo: apontamentos acerca da nova hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 92, p. 275-304, jul. 2015.

DWORKIN, R. **O império do direito**. Trad. Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

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

DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do processo**. 12. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Instituições de direito processual civil**, v. 1. 6.a ed. São Paulo: Malheiros, 2009

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. v. 1. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FERRAJOLI, L. Sobre Los Derechos Fundamentales. **Revista Cuestiones Constitucionales**, vol. 15, p. 113-136, jul. 2006.

GADAMER, H. G. **A razão na época da ciência**. Trad. Angela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Verdade e Método**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

_____. **Verdade e Método II**: complementos e índice. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.

GARCIA, A. A. **Repensando o Processo contra o Poder Público**. 2014. 170 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

GARCIA-ROZA, L. A. **Palavra e verdade na filosofia antiga e na psicanálise**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1990.

GIDI, A. Legitimidade para agir em ações coletivas. In: WAMBIER, L. R.; WAMBIER, T. A. A. **Doutrinas Essenciais do Processo Civil**. v. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES JUNIOR, L. M. **Curso de Direito Processual Civil Coletivo**. 2. ed. São Paulo: SRS Editora, 2008.

GOMES JUNIOR, L. M.; CHUEIRI, M. F. Sistema Coletivo: Porque não há substituição processual nas ações coletivas. **Revista de Processo**, v. 221, p. 461-472, 2013.

GOMES JUNIOR, L. M.; FAVRETO, R. Art. 21. In: GOMES JUNIOR, L. M. et. al. **Comentários à lei do mandado de segurança**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

GRINOVER, A. P. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. In: WAMBIER, L. R.; WAMBIER, T. A. A. **Doutrinas Essenciais do Processo Civil**. v. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. A Ação Civil Pública Refém do Autoritarismo. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, v. 10, p. 1803-1815, ago. 2015.

HABERMAS, J. **Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HEIDEGGER, M. **A caminho da linguagem**. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2003.

_____. **Ser e Tempo**: parte I. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. **Ser e Tempo**: parte II. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. **Que é isto - a filosofia?** Identidade e diferença. Trad. Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 2006.

HAFT, F. Direito e linguagem. In: KAUFMANN, A; HASSEMER, W. (Org.). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Tradução Marcos Keel. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

HOFFE, O. **Immanuel Kant**. Versión castellana de DIORKI. Barcelona: Editorial Herder, 1986.

_____. **Justiça Política**. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HUME, D. **Investigação sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral**. Trad. José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Editora UNESP, 2004.

KANT, I. **Crítica da razão pura**. Tradução Alexandre F. Morujão e Manuela P. dos Santos. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

_____. **Crítica da razão prática**. Tradução Rodolfo Schaefer. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2011.

KAUFMANN, A. Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica. In: KAUFMANN, A; HASSEMER, W. (Org.). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Tradução Marcos Keel. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

_____. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, A; HASSEMER, W. (Org.). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Tradução Marcos Keel. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LAFFER, C. A reconstrução dos Direitos Humanos. **Estudos Avançados 11**, vol. 30, p. 55-65, 1997.

LIEBMAN, E. T. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução Cândido Rangel Dinamarco. v. 1. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 19

LUHMANN, N. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora UNB, 1980.

LUIZ, F. V. **Teoria da Decisão Judicial**: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

MANCUSO, R. de C. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada**: Teoria geral das ações coletivas. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, M. C. Hermenêutica: Coerência e Integridade como Vetores Interpretativos no Discurso Jurídico. In: STRECK, L. L.; ALVIM, E. A.; LEITE, G. S. (Coord.). **Hermenêutica e Jurisprudência no Novo Código de Processo Civil**: coerência e integridade. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARINONI, L. G. **Cultura e previsibilidade do direito**. Revista de Processo Comparado, vol. 1, p. 271-292, jun. 2001.

_____. Da corte que declara o “sentido exato da lei” para a corte que institui precedentes. **Revista dos Tribunais**, vol. 950, p. 165-198, dez. 2014.

_____. **Precedentes Obrigatórios**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. Direitos Fundamentais Processuais. In: SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 699-766.

MARMELSTEIN, G. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MAXIMILIANO, C. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

MEDINA, J. M. G. **Direito Processual Civil Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, A. G. de C. A legitimação, a representatividade adequada e a certificação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas. **Revista de Processo**, vol. 209, jul. 2012.

_____. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, vol. 243, p. 283-331, mai. 2015.

MITIDIERO, D. Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, vol. 245, p. 333-349, jul. 2015.

MONTENEGRO, M. A. de P. Linguagem e Conhecimento no Crátilo de Platão. **Revista Kriterion**, vol. 48, p. 367-377, dez. 2007.

MORATO, E. P. “A ciência jurídica e seus dois maridos” por Luís Alberto Warat ou O jurisromance de um trovador da sociedade industrial. **Revista Seqüência**, v. 13, p. 128-133, dez. 1986.

MOREIRA, J. C. B. S. O Futuro da Justiça: Alguns Mitos. **Revista de Processo**, v. 102, p. 228-238, 2001.

_____. Tutela Jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: WAMBIER, L. R.; WAMBIER, T. A. A. **Doutrinas Essenciais do Processo Civil**. v. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MORRISON, W. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. de A. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JUNIOR, N.; ABOUD, G. Noções fundamentais sobre pós-positivismo e Direito. **Revista do Direito Privado**, vol. 53, p. 11-20, jan. 2013.

NERY JUNIOR, N. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, M. H de M. A teoria linguística em Aristóteles. **Revista Alfa**, vol. 25, p. 57-67, 1981.

NEVES, D. A. A. **Manual de Processo Coletivo**. 2. ed. São Paulo: Método, 2014.

OLIVEIRA, C. A. A. de. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo**. *Revista do Processo*, vol. 137, p. 7-31, jul. 2006.

OLIVEIRA, R. T. Hermenêutica e Jurisprudência no Novo Código de Processo Civil: a Abertura de Novos Horizontes Interpretativos no Marco da Integridade do Direito. In: STRECK, L. L.; ALVIM, E. A.; LEITE, G. S. (Coord.). **Hermenêutica e Jurisprudência no Novo Código de Processo Civil: coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016.

PASSOS, J. J. C. de. **Direito, Poder, Justiça e Processo: Julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PAULA, J. L. M. de. **Teoria Política do Processo Civil: a objetivação da justiça social**. Curitiba: J. M. Editora, 2011.

_____. **Democracia e Jurisdição**. Curitiba: JM Editora, 2014.

PLATAO. **Diálogos: Volume IX: Teeto – Crátilo**. Tradução Carlos Alberto Nunes. Belém: Universidade Federal do Paraná, 1973.

PORTANOVA, R. **Princípios do Processo Civil**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

REALE, M. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REICH, W. **O assassinato de Cristo**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RIVERO, M. A. **Diálogo y Alteridad. Trazos de la hermenêutica de Gadamer**. México: Facultad de Filosofía y Letras UNAM, 2005.

ROCHA, J. M. de S. **Fundamentos de Filosofia do Direito: O jurídico e o político da antiguidade a nossos dias**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SANTOS, B. de S. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SARMENTO, D. O neoconstitucionalismo no brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, vol. 9, p. 95-133, jan. 2009.

SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 57, p. 5, 2006.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. A Constituição em perspectiva histórico-evolutiva – Dos antecedentes à afirmação do constitucionalismo moderno e do assim chamado Estado Constitucional. In: SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 37-63.

SAVIGNY, F. K. von. **Metodologia jurídica**. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas: Edicamp, 2001.

SCHROTH, U. Hermenêutica filosófica e jurídica. In: KAUFMANN, A; HASSEMER, W. (Org.). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Tradução Marcos Keel. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

SCHWABE, J. Preliminares Conceituais e Dogmáticas. In: MARTINS, L. (Org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão**. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

SCHIER, P. R. Novos desafios da filtragem constitucional no momento de neoconstitucionalismo. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, vol. 4, dez. 2005.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, C. A. M. de. **Segurança Jurídica e Jurisprudência**. São Paulo: LTr, 1996. p. 26-27

SOUZA NETTO, J. L. de. A centralidade da jurisdição como fonte reveladora do Direito: a busca da cientificidade perdida. In: III Encontro de Internacionalização do COMPEDI (anais), 1., 2015, Madrid. **Teoria do Direito, Filosofia do Direito, História do Direito**. Madrid: Ediciones Laborum, 2015. v. 13. p. 8-28

STAFFEN, M. R. Hermenêutica e Justificação Jurídica: Reflexões sobre a (in)aplicabilidade dos postulados de Robert Alexy na moda de uniformização de julgados. **Revista dos Tribunais**, vol. 946, p. 159, ago. 2014.

STEIN, E. **Uma breve introdução à Filosofia**. 2. ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2005.

_____. **Pensar é pensar a diferença**: Filosofia e conhecimento empírico. 2. ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2006.

_____. **Às voltas com a Metafísica e a Fenomenologia**. Ijuí: Editora Unijuí, 2014.

_____. **Compreensão e finitude**: Estrutura e Movimento da Interrogação Heideggeriana. 2. Ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2016.

STRECK, L. L. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: Uma Nova Crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêuticos e Teoria do Direito**, vol. 1, p. 65-77, jan-jun. 2009.

_____. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** –. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

_____. **O que é Isto – a Exigência de Coerência e Integridade no Novo Código de Processo Civil?** In: STRECK, L. L.; ALVIM, E. A.; LEITE, G. S. (Coord.). **Hermenêutica e Jurisprudência no Novo Código de Processo Civil: coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, L. L.; ABBOUD, G. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, L. L.; RAATZ, I. A teoria dos precedentes à brasileira entre o solipsismo judicial e o positivismo jurisprudencialista ou “de como o mundo (não) é um brechó”. **Revista de Processo**, vol. 262, p. 379-411, dez. 2016.

TARANTO, C. M. G. **Precedente Judicial**: Autoridade e aplicação na jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TARUFFO, M. **La motivación de la sentencia civil**. Trad. Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

_____. Precedente e Jurisprudência. **Revista de Processo**, v. 199, p. 139, set. 2011.

THEODORO JUNIOR, H. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TRINDADE, A. K. O Controle das Decisões Judiciais e a Revolução Hermenêutica no Direito Processual Civil Brasileiro. In: STRECK, L. L.; ALVIM, E. A.; LEITE, G. S. (Coord.). **Hermenêutica e Jurisprudência no Novo Código de Processo Civil: coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016.

TUCCI J. R. C. Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas. In: WAMBIER, L. R.; WAMBIER, T. A. A. **Doutrinas Essenciais do Processo Civil**. v. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

WAMBIER, T. A. A. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, T. A. A. (Coord.). **Direito Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Nulidades do processo e da sentença**. 7. ed. São Paulo: RT, 2014.

_____. (Org.); LICASTRO, R.; FERRES, L.; LINS, M. L. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, L. R.; TALAMINI, E. **Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo de Conhecimento**. 14. ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

WARAT, L. A. **A Ciência jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1985.

_____. **O Direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995.

WARAT, L. A.; PEPE, A. M. B. **Filosofia do Direito: uma introdução crítica**. São Paulo: Moderna, 1996.

ZANETI JUNIOR, H. Precedentes (treat like cases alike) e o novo Código de Processo Civil: universalização e vinculação horizontal como critérios de racionalidade e a negação da “jurisprudência persuasiva” como base para uma teoria e dogmática dos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**, vol. 235, p. 293-349 set. 2006.

ZAVASKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista de Informação Legislativa**, a. 32, n. 127, p. 83-96, jul./set. 1995.