

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

Maria Eugênia Pinto Machado Melo

**LEVANDO OS PRECEDENTES JUDICIAIS A SÉRIO: A
NECESSIDADE DE INSTITUIÇÃO DA TESE DA RESPOSTA
CORRETA NA JURISDIÇÃO PROCESSUAL BRASILEIRA E A
(I)LEGITIMIDADE DA UTILIZAÇÃO DE PROVIMENTOS JUDICIAIS
VINCULANTES**

Santa Maria, RS
2018

Maria Eugênia Pinto Machado Melo

**LEVANDO OS PRECEDENTES A SÉRIO: A NECESSIDADE DE INSTITUIÇÃO DA
TESE DA RESPOSTA CORRETA NA JURISDIÇÃO PROCESSUAL BRASILEIRA
E A (I)LEGITIMIDADE DA UTILIZAÇÃO DE PROVIMENTOS JUDICIAIS
VINCULANTES**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Orientador: Professor Doutor Cristiano Becker Isaia

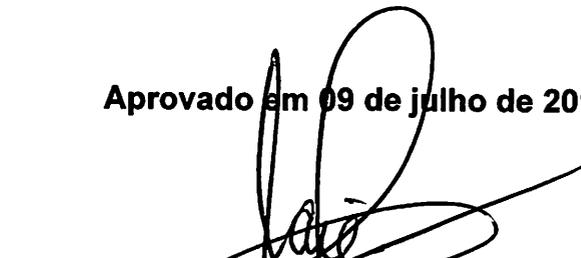
Santa Maria, RS,
2018

Maria Eugênia Pinto Machado Melo

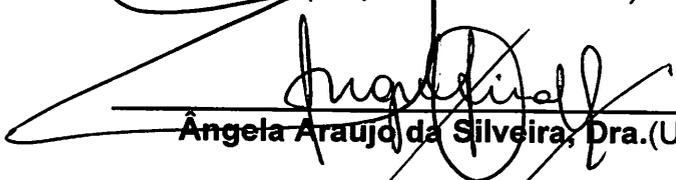
**LEVANDO OS PRECEDENTES A SÉRIO: A NECESSIDADE DE INSTITUIÇÃO DA
TESE DA RESPOSTA CORRETA NA JURISDIÇÃO PROCESSUAL BRASILEIRA
E A (I)LEGITIMIDADE DA UTILIZAÇÃO DE PROVIMENTOS JUDICIAIS
VINCULANTES**

Monografia apresentada ao Curso de
Direito, da Universidade Federal de Santa
Maria (UFSM, RS), como requisito parcial
para obtenção do título de **Bacharel em
Direito**.

Aprovado em 09 de julho de 2018:



Cristiano Becker Isaia, Dr. (UFSM)
(Presidente/Orientador)



Angela Araujo da Silveira, Dra. (UFSM)



Santiago Artur Berger Sito, Me. (UFN)

Santa Maria, RS
2018.

DEDICATÓRIA

Ao meu pai, José Claudio, meu lado racional, que, com todas as dificuldades enfrentadas ao longo da vida, conseguiu demonstrar a importância do estudo e do crescimento profissional.

À minha mãe, Cláudia, com todo meu amor, minha luz na caminhada, meu apoio em todos os momentos.

Ao meu irmão, Luis Claudio, meu eterno amigo e companheiro.

À Deus, gratidão.

Por vocês tenho razões para melhorar, sempre.

RESUMO

LEVANDO OS PRECEDENTES JUDICIAIS A SÉRIO: A NECESSIDADE DE INSTITUIÇÃO DA TESE DA RESPOSTA CORRETA NA JURISDIÇÃO PROCESSUAL BRASILEIRA E A (I)LEGITIMIDADE DA UTILIZAÇÃO DE PROVIMENTOS JUDICIAIS VINCULANTES

AUTORA: Maria Eugênia Pinto Machado Melo
ORIENTADOR: Prof^o. Dr^o. Cristiano Becker Isaia

Não é atual a busca pela prestação da tutela jurisdicional previsível e rápida, que confira maior eficiência ao Judiciário e transparência aos julgados, visando blindar os decisionismos judiciais e o paradigma da subjetividade. O Código de Processo Civil vigente explicitou, em diversos artigos, a necessidade de uniformização da jurisprudência e de manutenção de sua estabilidade, integridade e coerência. Passou-se a usar o termo “precedente” para indicar, de modo mais amplo, pronunciamentos judiciais que são originados com a declarada finalidade de servir de parâmetro, de vincular, em maior ou menor grau, decisões judiciais subsequentes. Em um primeiro momento, tal ponto parece plenamente satisfatório, principalmente no que se relaciona à duração razoável do processo, ao enfrentamento da problemática litigiosidade repetitiva e à maior isonomia e segurança jurídica. Contudo, deve-se ater que a previsibilidade das decisões, diante da utilização e criação de instrumentos de vinculação decisória, ao mesmo tempo em que pode incentivar a garantia dos direitos fundamentais - base do sistema democrático -, pode ignorar ou antipatizar com o caso concreto em benefício do julgamento em abstrato de teses - características do positivismo jurídico. Nesse passo, em que medida os precedentes judiciais podem contribuir ao encontro de respostas corretas em direito, considerando-se o ambiente processual, a fim de sustentar a sedimentação de uma jurisdição democratizada? Para resolver o problema proposto, o trabalho busca investigar a (i)legitimidade e evidenciar a necessária cautela na utilização de tais provimentos vinculantes. A fim de alcançar os objetivos do trabalho, utilizou-se a abordagem fenomenológico – hermenêutica e o método de procedimento monográfico e histórico. Ainda, fez-se uso da técnica de pesquisa bibliográfica. Conclui-se, do estudo desenvolvido, que a utilização de tal mecanismo apenas será eficiente e democrática caso haja o respeito ao caso concreto, à interpretação, à reflexão intersubjetiva e a verdade hermenêutica (filosófica).

PALAVRAS-CHAVE: Paradigma da subjetividade. Código de Processo Civil vigente. Segurança jurídica. Precedentes. Caso concreto. Respostas Corretas. Jurisdição democratizada.

ABSTRACT

TAKING COURT PRECEDENTS: THE NECESSITY TO INSTITUTE THE RIGHT ANSWER THESIS IN BRAZILIAN PROCEDURAL JURISDICTION AND THE (I)LEGITIMACY IN EMPLOYING BINDING LEGAL JUDGMENTS

AUTHOR: Maria Eugênia Pinto Machado Melo
ORIENTER: Prof^o. Dr. Cristiano Becker Isaia

The search for a diligent and predictable judicial protection that is able to grant a more effective judiciary and fairer judgments aiming to avoid both legal decisionisms and the subjective paradigm is not a new-found matter concerning civil lawsuit. The necessity for standardized jurisprudence and maintenance of its stability, integrity and coherence has been made explicit in many sections of the present Brazilian Code of Civil Procedure. "Court precedents" started to be used as a broad expression to designate judicial statements that manifestly intend not only to serve as a parameter to, but also to bond, to a greater or lesser extent, subsequent legal judgments. At first, such issue may seem fully adequate when it comes to the efficiency of court proceedings, the resolution of mass and repetitive litigation, and legal certainty principle. However, it is important to note that while the predictability of judgments by using binding court precedents may encourage the grant of fundamental rights - the main component of our legal system - it may also overlap the concrete case by judging it abstractly or neutrally as in terms of Legal Positivism. As a result of that, how can judge-made law or court precedents contribute to finding correct answers in law, regarding the support of both fair trial and a constitutional jurisdiction? In pursuance of the answer to the referred question this paper tries to investigate the (i)legitimacy and to evidence the required caution in the use of such binding procedures. In order to achieve the proposed goals of this present work, the author chose to use the phenomenological hermeneutic approach combined with monographic and historical proceduring methods. Doctrinal research was also used. The conclusion of the research developed along this paper is that the employment of such tool can only be effective and fair when the concrete case is taken into account and when the principles of interpretation, intersubjective reflection and hermeneutics are considered.

KEYWORDS: Subjective paradigm. Current Code of Civil Procedure. Legal certainty. Court precedents. Concrete case. Right answer thesis. Constitutional Jurisdiction.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 SOLIPSISMO JUDICIAL: O PAPEL INTERPRETATIVO/CRIATIVO DOS JUÍZES	12
2.1 HERANÇA DA FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA NA BUSCA DE DECISÕES EM DIREITO: BREVE HISTÓRICO DA PERMANÊNCIA DO SUBJETIVISMO NA ATUAÇÃO JURISDICIONAL.....	14
2.2 (IN)ADMISSIBILIDADE DA MANUTENÇÃO DO SOLIPSISMO JUDICIAL NA ATUAL REALIDADE DEMOCRÁTICA E NA CONSTRUÇÃO DE UMA JURISDIÇÃO ÍNTEGRA E COERENTE	24
2.3 CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: FILOSOFIA NO PROCESSO E LINGUAGEM COMO FORMA DE VALORIZAÇÃO DO CASO CONCRETO.....	31
3 PRECEDENTES: A ATUAL E DELICADA UTILIZAÇÃO DOS PROVIMENTOS JUDICIAIS VINCULANTES	42
3.1 VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES: CONTRAPONTO ENTRE A SEGURANÇA JURÍDICA E A EXALTAÇÃO DO PENSAMENTO POSITIVISTA	44
3.2 UTILIZAÇÃO LEGÍTIMA DOS PRECEDENTES: BUSCA DE RESPOSTAS CORRETAS E SEDIMENTAÇÃO DE UMA JUSTIÇA DEMOCRATIZADA.....	53
4 CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS	68

1 INTRODUÇÃO

A necessidade de uniformização da jurisprudência e de manutenção de sua estabilidade não é um tema atual, porém restou bem explícita no Código de Processo Civil de 2015. A legislação determinou a obrigatória observância a provimentos judiciais vinculantes, os quais já são originados com o propósito de servir como parâmetro para decisões posteriores que versem sobre casos de mesma questão jurídica.

Sua finalidade (dos precedentes) guarda relação à impossibilidade de se cogitar um Estado Democrático de Direito sem um ordenamento coerente, visando coibir a instabilidade interpretativa, na qual o(s) tribunal(is) desprezam seus julgados e permitem voluntarismos ao gosto do aplicador. Isso porque, evidente que a produção jurídica não pode ser refém de decisionismos interpretativos para o juiz não se tornar legislador.

Desse modo, indubitável a preciosidade da visão que está por trás do conteúdo que a legislação trouxe consigo, muito elogiada por grande parte da doutrina, pois a existência de vinculações a julgados anteriores satisfaz pontos conturbados no campo processual, principalmente aspectos como a celeridade e a segurança jurídica, extremamente relevantes para a formação de uma jurisdição democratizada.

Ao enfatizar, em seu artigo 926, que “os tribunais devem uniformizar a jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, o código processual nitidamente inseriu a Escola Moralista de Dworkin no ordenamento jurídico pátrio, tendo por base a teoria da integridade desenvolvida por ele. O doutrinador preceitua que a integridade constitui a terceira virtude política, juntamente com a justiça e o devido processo legal, impondo que o governo atue de modo coerente e fundamentado em princípios, para proporcionar a todos os cidadãos padrões fundamentais de justiça e equidade¹.

A coerência será respeitada quando, casos idênticos propostos à resolução jurisdicional sejam tratados sob a mesma ótica, fato que assegurará a igualdade, a

¹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 202.

qual exige uma atuação do magistrado de forma limitada ao conjunto do direito.² Para tanto, o operador, em atenção à coerência, deve-se lançar à reconstrução da história institucional e levar em consideração as decisões passadas, mas, em princípio, a integridade não permite a perpetuação de erros ou iniquidades.

Assim, a integridade e coerência devem funcionar como freios para a subjetividade. Todavia, ressalta-se, desde já, que tais pressupostos, os quais se aproximam dos ditames democráticos somente se construídos sob a égide da Constituição, não podem tornar o juiz um "escravo do passado", "boca de precedentes", embora ele tenha o compromisso moral de observá-los nas suas razões de decidir.

Não é suficiente que se pense no afastamento da filosofia da consciência intensificando-se, por outro lado, a pretensão de ordinarização e supervalorização do método, aspectos percebidos desde a Roma antiga (*iudex romano*), em especial pela vulgarização do período de Justiniano (séc. VI d.C.)³, reproduzidos no período racional-iluminista (séc. XVIII e XIX)⁴ e com grande projeção no processo civil contemporâneo.

Utilizar o método como alcance da verdade absoluta distancia a jurisdição da Constituição. A resposta correta (assim denominada por Dworkin e reafirmada por Lenio) não é, nem pode ser, entificada, nem obtida apenas no âmbito procedimental - crítica principal de Lenio Streck, à Habermas⁵ (fazer nota de rodapé), em sua obra Verdade e Consenso - devendo ser superado o modelo jurídico-processual universalizante, que se esquematiza num sistema abstrato e logicamente preparado ao trato de questões estritamente jurídicas.⁶

O magistrado, incumbido de encontrar a resposta correta a partir de padrões da integridade e coerência, de forma constitucional e principiológica – conforme sustentado por Dworkin em várias de suas obras – não pode mais apresentar-se como juiz solipsista da modernidade, o qual, guiado pela razão, assujeita o texto

² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5.ed. Livraria Saraiva, 2011, p. 245.

³ MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. Tradução para o espanhol de Eduardo L. Suárez. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 28-29.

⁴ CASSIRER, Ernst. **A filosofia do iluminismo**. Tradução de Álvaro Cabral. Campinas. Ed. Unicamp, 1992.

⁵ STRECK, Lenio Luiz. Op.Cit, p. 104.

⁶ ISAÍÁ, Cristiano Becker. **Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica**: a metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em processo. Curitiba: Juruá, 2011, p. 57.

visando dar-lhe maior agilidade, mas sim, como um juiz que trabalha texto e norma na sua intersubjetividade significativa⁷.

Aponta-se que estender o efeito vinculante à grande parcela das decisões dos tribunais superiores, ao contrário do inicialmente previsto, poderá resultar na supressão de direitos e afastamento da “resposta correta”, principalmente pela existência de soluções antes das questões. O nascimento de decisões dotadas de efeito vinculante, independentemente de sua qualidade e consistência, não pode ser feito às custas das garantias constitucionais.

O conceito de precedente, nas lições de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira consiste na “decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”⁸, visando a uniformização da jurisprudência, porém não de forma unicamente reprodutiva e de maneira a tornar tal decisão judicial uma verdade absoluta e entificada.

O código deve ser lido conforme à Constituição - não o contrário –visto que é incabível o afastamento da centralidade legislativa do horizonte decisório. Impreterível que os Tribunais não apenas uniformizem jurisprudência, com aplicação previsível do Direito, mas, ao mesmo tempo, o uso de julgados anteriores se dê de maneira a problematizar o caso que se tem a julgar, em sua unicidade⁹, através de uma filosofia no processo.

Para tanto, ganha relevância o desenvolvimento da hermenêutica filosófica, que busca a compreensão através da linguagem – essa como condição de possibilidade interpretativa – relacionando conjuntamente a jurisdição, a Constituição e o Estado Democrático de Direito, e aludindo uma “filosofia no direito”, descrita por Lenio¹⁰, voltada ao mundo prático, atuação frisada por Gadamer em sua obra

⁷ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição, Autonomia do Direito e o Direito Fundamental A Obter Respostas Adequadas (Corretas). **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. n. 25, Jul-Dez, 2007, p. 148-149.

⁸ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 427.

⁹ A unicidade de Gadamer pretende ressaltar que o ponto não é o obscurecimento do horizonte do passado, mas demonstrar como esse horizonte foi adotado e pode ser expandido no presente, compreendendo o fenômeno histórico em sua singularidade. GADAMER, Hans-Georg. **El problema de la conciencia histórica**. Tradução para o espanhol de Augustin Domingo Moratalla. 2 ed. Madri: Ed. Tecnos, 2000, p. 50.

¹⁰ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p.44.

Verdade e Método¹¹, embora o processo civil tenha mantido afastado dos movimentos filosóficos políticos e jurídicos verificados a partir do século XX.

Consoante os preceitos de Heidegger (pré-compreensão e círculo hermenêutico) e Gadamer, a hermenêutica, com foco na linguagem, não deve mais ser metodológica e reprodutiva, tendo-se que, mais do que nunca, valorizar a realidade fática e o caso concreto para não regredir. Não se deve perder de vista que a decisão a ser construída não pertence apenas ao magistrado, carecendo de um processo democrático.

Destarte, as técnicas que valorizam os precedentes judiciais devem servir para aprimorar o sistema processual civil e jamais para engessar a atuação interpretativa dos juízes e tribunais pátrios ou para limitar o direito de acesso à justiça. Impreterível, portanto, o respeito ao caso concreto, à interpretação, à reflexão intersubjetiva, a verdade hermenêutica (filosófica), para legítima utilização dos precedentes judiciais - com objetivo de manutenção adequada da coerência e integridade do Direito - e encontro da efetiva, democrática e única resposta correta para a resolução do caso em análise.

Deve-se, de uma vez por todas, superar o positivismo jurídico pela reintrodução do mundo prático no direito. Para o desenvolvimento da pesquisa, a metodologia utilizada é a ontológica hermenêutica e, com isso, a desvalorização do método, sendo utilizada a abordagem fenomenológico – hermenêutica, por meio do qual o magistrado abre-se para os fatos apresentados a partir de sua condição de “ser-no-mundo”, questionando-se a realidade social e o papel da jurisdição constitucional brasileira a partir de um contexto histórico.

O método de procedimento a ser utilizado será o histórico e o monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica se consubstanciará na análise da produção acadêmica e científica já existente sobre o tema. Ainda, o foco central da presente monografia relaciona-se com a linha de pesquisa do programa de pós-graduação da Universidade Federal de Santa Maria, que estuda os direitos da sociedade em rede e possui a preocupação precípua em investigar os dilemas e a efetividade da jurisdição no século XXI.

Assim, a fim de atingir os objetivos propostos, utilizando-se dos métodos especificados, o trabalho está dividido em dois capítulos. O segundo capítulo, a

¹¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, Rio de Janeiro: Ed. Vozes, 1997.

partir de uma breve passada histórica do período Romano até a modernidade, vai dialogar a respeito da atuação do magistrado na construção da decisão judicial nessas diferentes épocas, enfatizando-se a evolução e os reflexos de aspectos como o subjetivismo e o ativismo processual, ainda muito presentes na jurisdição brasileira contemporânea.

Ainda, o segundo capítulo explicita a necessidade de encontro das respostas corretas no Direito, demonstrando a ineficácia da supervalorização exclusiva da segurança jurídica por meio de um método, diante do afastamento do caso concreto proposto. Compreende-se uma possibilidade para tanto, através de ferramentas que incluem a hermenêutica filosófica, a linguagem, a pré-compreensão e a compreensão do círculo heideggeriano.

O terceiro capítulo apresenta um estudo relacionado aos precedentes, ressaltando-se que, em que pese tenha se enxergado na sua força vinculante um instrumento capaz de garantir a segurança e a previsibilidade de que a sociedade precisa¹², tal ótica deve ser debatida de forma crítica. Isso porque, o vetor segurança não pode ser sobreposto ao vetor justiça.

Alexandre Câmara, crítico do tema, ressaltou a dificuldade, no atual cenário jurisdicional, de uma reanálise por parte das cortes Supremas de matérias sobre as quais já se tenha estabelecido um padrão decisório dotado de eficácia vinculante, fato que, nitidamente, poderia provocar um “engessamento” do Direito brasileiro, infenso à evolução, que faria dele o pior ordenamento jurídico conhecido¹³.

Portanto, torna-se necessário, assim, o estudo das disposições referentes no Código de Processo Civil de 2015, incluindo as possibilidades de distinções e superações de tais vinculações (“*distinguishing*” e “*overruling*”), bem como –e principalmente– a forma em que os juízes irão manuseá-los, tanto no que se refere à sua construção, quanto a sua reprodução. A partir daí, serão conjugadas a intenção do legislador e a sua consolidação, a partir da possibilidade apresentada no capítulo que antecede, para uma jurisdição condizente ao Estado Democrático de Direito.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2^o ed. São Paulo: RT, 2011, n. 12, p. 62-63.

¹³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Atlas. 2016, p 8-9.

2 SOLIPSISMO JUDICIAL: O PAPEL INTERPRETATIVO/CRIATIVO DOS JUÍZES

Não é recente o estudo relacionado ao grau de atuação dos julgadores na busca de satisfação dos direitos. Indubitável, também, que mesmo a legislação mais extensa e precisa não abarcaria todas as situações fáticas possíveis, ao contrário da teoria sustentada na obra Instituições de direito processual civil por Chiovenda e, desse modo, abriria *locus* para ambiguidades e incertezas que acabam sendo resolvidas na via judiciária – e cada vez mais.

Sendo assim, no estudo da tomada de decisões judiciais, evidencia-se que, independentemente da época estudada – e, conseqüentemente, da maior ou menor restrição existente - ponto sempre conturbado é a forma como essas serão construídas, bem como o cuidado com a proliferação do ativismo judicial relacionado à construção arbitrária do direito, ou com a supervalorização do método e afastamento do contexto fático a ser resolvido.

Na implementação da questão social, com a “quebra” do Estado Liberal para o Social, o Estado passou a interferir mais na vida e nos anseios da sociedade e a jurisdição viu-se na necessidade de “criar” direitos, tarefa, a princípio, única e exclusiva do Poder Legislativo, já que não mais apenas declararia a vontade do legislador. Subentendeu-se, assim, a negação da clara antítese entre interpretação judiciária da lei e criatividade dos juízes, reconhecendo-se certo grau de criatividade inerente à atuação jurisdicional¹⁴.

Ao trazer seu juiz criativo, Cappelletti, em sua obra Juízes Legisladores?, ressalta a existência de limitações na atividade, tendo em vista que discricionariedade não quer dizer arbitrariedade, porém, afirma que nem precedentes nem normas legislativas podem vincular totalmente o intérprete, embora tenha como dever mínimo apoiar sua argumentação em tal direito judiciário ou legislativo, com base em seu bom senso¹⁵.

De forma aprofundada, Hart conclui que era permitido ao magistrado – intérprete – um poder discricionário desmensurado, que o possibilita “criar” livremente a resposta adequada ao caso¹⁶. Para o autor, caberia ao juiz escolher

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 22.

¹⁵ *Ibidem*, p. 23-25.

¹⁶ RODRÍGUEZ, Cezar. **La Decisión Judicial: el debate Hart-Dworkin**. Bogotá: Siglo Del Hombre, 1997, p. 34.

discricionariamente entre as respostas disponíveis, ou, “mais” discricionariamente ainda, criar uma resposta com base na sua consciência¹⁷, posição oposta à Dworkin.

Dworkin, contrapondo-se à tamanha discricionariedade, afirma que tais práticas jurídico-interpretativas ativistas e decisionistas, que dão ao intérprete o poder de assujeitar o texto, geram decisões arbitrárias, adentrando-se desta forma às zonas de escuridão do subjetivismo¹⁸, apresentando a concepção do direito como integridade e sobrelevando o manejo dos princípios, afastando-se da exclusiva criação do direito por meio do procedimento.

Se nas teorias clássicas o juiz apenas declarava a lei ou criava a norma individual a partir da norma geral, agora ele reconstrói a norma jurídica a partir da interpretação, a qual, todavia, deverá ser de acordo com a Constituição, do controle da constitucionalidade e da adoção de postulados normativos para a harmonização dos direitos fundamentais no caso concreto¹⁹.

Isso porque, conforme subsídios trazidos por autores como Lenio²⁰, não se pode mais ter por ótica a criação do direito na sua aplicação em processo, mas sua construção. Junto à reviravolta ontológica operada por Heidegger, a hermenêutica jurídica não mais é compreendida apenas como uma disciplina acessória que auxilia o jurista na interpretação de textos (restringindo-se a um método), mas como um existencial do ser humano (círculo hermenêutico).

Nesse segundo capítulo far-se-á uma retomada histórica para análise das diferentes formas do estado da arte da aplicação do direito em processo, desde a Roma antiga até a jurisdição contemporânea, com ênfase na influência do subjetivismo judicial e da valorização do procedimento, bem como de seus consequentes reflexos no cenário atual, diante da atuação – mais ampla - do Judiciário no Estado Democrático de Direito.

Ainda, iniciando o estudo sobre precedentes, observar-se-á uma possibilidade de construção legítima do direito, compreendendo-se uma possível forma de

¹⁷ RODRÍGUEZ, Cezar. Op. cit., p. 34.

¹⁸ OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil.v 1 [livro eletrônico]. 3.ed.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em:<<http://197.249.65.74:8080/biblioteca/bitstream/123456789/1017/1/1.%20PROCESSO%20CIVIL%20-%20MARINONE.pdf>>Acesso em: 30 maio 2018, p. 82.

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

obstaculizar o afastamento do contexto fático na tomada de decisões pelo magistrado, visando à garantia democrática e o compromisso com "a" resposta correta para cada caso posto sob *judice*.

2.1 HERANÇA DA FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA NA BUSCA DE DECISÕES EM DIREITO: BREVE HISTÓRICO DA PERMANÊNCIA DO SUBJETIVISMO NA ATUAÇÃO JURISDICIONAL

Os países de tradição ocidental guardam relação com o direito Romano tardio, oriundo dos Imperadores cristãos do Oriente, compilado principalmente por Justiniano, quando o cristianismo já se apresentava como uma religião universal. Em Justiniano, percebia-se a pretensão de codificação e eliminação das obscuridades do sistema, com a abolição do direito anterior (período clássico) ²¹.

Assim, desde a Roma Antiga, em especial no período de Justiniano (século VI d.C.), sacralizou-se a ordinariedade processual, alimentando o dogmatismo procedimental, afastando o processo do próprio fato concreto que lhe dá origem e fundamento e, perseguindo o alcance das verdades absolutas em processo civil, tornando-o a-histórico²². Apresentou-se um processo permeado por uma atividade ordinário-declaratória, entendida como única apta ao alcance da verdade, a qual restou sedimentada no século XVII, com a filosofia do racionalismo²³.

Desse modo, diferentemente do período clássico, o momento que o sucede, com intensa influência cristã, traz consigo a derrocada do caso concreto e da análise verossímil (juízos provisórios), com intensificação do método e fortes reflexos na jurisdição moderna. Sendo assim, os países da tradição do direito civil receberam um legado de uma jurisdição eminentemente declaratória que, todavia, sobreleva a consciência do juiz (Descartes – Kant), conforme amplamente estudado por Chiovenda²⁴ e Scialoja²⁵.

²¹ MERRYMAN, John Henry, Op. cit., p. 24-26.

²² ISAIA, Cristiano Becker. **A necessidade de uma compreensão hermenêutica e democrática do Direito Processual Civil e o desvelar do caso concreto com a sentença liminar de mérito: a jurisdição-processual herdada e a jurisdição-processual a ser desenhada por uma filosofia no processo.** 2011, 345 páginas, Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, 2011, p.39.

²³ ISAIA, Cristiano Becker, Op. cit., p.70.

²⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, v. 1. Campinas: Bookseller, 1998.

²⁵ SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento Civil Romano.** Ejercicio y defensa de los derechos. Buenos Aires. Europa-América, 1954.

De acordo com Merryman²⁶, o juiz da *civil law* contemporânea desempenha as funções herdadas por uma tradição que data a época do *iudex romano*, a qual não concebe o juiz como ator de um papel criativo, fato igualmente percebido na revolução europeia e pela doutrina racionalista, com a valoração da razão, construção de verdades absolutas e das codificações.

Limitou-se a uma atividade mecanicizada, crendo que o sentido está nos textos (lei, súmulas, enunciados). No Império Bizantino o direito romano continuou a ser estudado e aplicado durante toda a Idade Média, com exaltação do direito romano da época justiniana, característica permanente no século XII no trabalho dos glosadores²⁷ e base da tese positivista no século XVIII, ênfase exclusiva do texto.

Consabido que o positivismo jurídico, relacionado à necessidade de concretizar um sentimento de segurança jurídica, com supervalorização do formalismo e do método no processo jurisdicional, transformou o intérprete em, de fato, um “boca da lei”²⁸, devendo apenas reproduzir o direito, sem qualquer criação relacionada.

Assim,

[...] a pretensão das teorias positivistas era oferecer à comunidade jurídica um objeto e um método seguro para produção do conhecimento científico no direito. Isso levou – de acordo com a atmosfera intelectual da época (problemática que, entretanto, ainda não está superada) – a uma aposta em uma racionalidade teórica asfixante que isolava/insulava todo contexto prático de onde as questões jurídicas realmente haviam emergido. Melhor dizendo, essa racionalidade teórica possibilitou – e continua a possibilitar – a “entender” o direito em sua autônoma objetividade’ [...] os fatos sociais, os conflitos, enfim, a faticidade não fazia parte das “preocupações” da teoria do direito. Portanto, ironicamente, a pretensão estabilizadora e cientificizante do positivismo jurídico acabou por criar uma babel resultante da separação produzida entre questões teóricas e questões práticas, entre validade e legitimidade, entre teoria do direito e teoria política.²⁹

A lei deveria possuir um sentido único, previamente indicado pelo legislador supremo, o que o juiz em processo jamais poderia questionar, o próprio processo somente poderia repreender, jamais prevenir, porquanto ao magistrado não seria

²⁶ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America**. Stanford: Stanford University Press, 2007.

²⁷ WIEACKER, Frans. **História do direito privado moderno**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 43-44.

²⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fonte, 1996.

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, v. 1, n. 02, out/2014, p. 32.

possível descobrir a vontade da lei para aplicá-la a um caso concreto que ainda não tivesse ocorrido³⁰.

Desse modo, o direito enquanto sistema de regras resulta na criação de um processo eminentemente escrito, protagonizado pelas partes, assumindo o juiz um papel neutro, tornando-se análogo a uma equação matemática (pretensão racionalista-iluminista)³¹. Conforme comentou o professor Cristiano Becker Isaia³²:

[...] o pensamento moderno conduziu o direito processual civil a uma redução conceitual própria às ciências de medir e pesar, o que se justifica diante da utilização da razão como único meio, ao indivíduo, no alcance às verdades absolutas nas ciências em geral.

Acredita-se que o sentido do direito está nos textos e o intérprete apenas exerce uma função reveladora do espírito contido na lei, afastando a hermenêutica do caso concreto para dar ênfase ao sonho racional-iluminista: alcançar a certeza do direito³³. Esse fato restou intensificado com a separação dos poderes no Estado Liberal, pois, conforme ressalta Cristiano Becker Isaia³⁴:

[...] negou aos tribunais qualquer questão interpretativa, prevendo que a atuação jurisdicional devesse se socorrer da legislatura para solução de problemas de interpretação da lei. A própria justiça não estaria na aplicação do direito, mas na atividade legislativa. A própria justiça seria um problema do direito positivado especificado em seus diferentes ramos, não um problema da atividade jurisdicional. Assim, estar-se-ia a salvo da ameaça de uma tirania judicial.

Na razão moderna, mostrava-se inadmissível e tentava-se de todas as formas blindar os juízes de qualquer criação do direito, devendo apenas e restritivamente declará-lo - prevendo impedir a compreensão hermenêutica de suas leis³⁵ – fato que acarretou características significantes do processo civil atual. A resposta para os desafios da jurisdição teriam uma (pré)visão legal, bastando a utilização do método dedutivo-subjuntivo, mediante uma redução sistemático-conceitual.

Tal pensamento tinha o intuito de redução da arbitrariedade judicial, o que acarretaria na plena possibilidade de garantia dos direitos do indivíduo. Em

³⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista. **Processo e Ideologia**: O paradigma racionalista. Editora Forense. 2004, p. 88-89.

³¹ ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica**: os fundamentos do novo CPC e a necessidade de se falar em uma filosofia no processo. Curitiba: Juruá, 2017, p.138.

³² Ibidem, p. 133.

³³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Op. cit., p. 36.

³⁴ ISAIA, Cristiano Becker. Op. cit., p 92-94.

³⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Op. cit., p. 24.

contrapartida, o pensamento moderno e racionalista, que supervalorizou o procedimento, teve por consequência o forte subjetivismo - aposta na discricionariedade, com origem bem definida em Kelsen e Hart, nas obras Teoria Pura do Direito e O conceito do Direito, respectivamente, que, embora com as atuais teorias jurídicas “pós-positivistas”, ainda se encontra intensamente presente.

A sobreposição da razão pelo homem como meio de acesso às verdades absolutas – ideário do iluminismo – influenciou diretamente o direito e o processo, confinando os juristas a um mundo jurídico totalmente desvinculado ao da vida, ao social. A sede do iluminismo racionalista pelo método contribuiu para o predomínio do valor segurança – elemento central na formação do conceito moderno de direito³⁶.

Enfatiza-se que a ideologia do método subsuntivo – dedutivo, que pretendia dispensar a interpretação, na restrita declaração de direitos, acabou por ligar a solução dos casos difíceis ao discernimento pessoal do juiz, tese defendida principalmente por Herbert Hart³⁷, o que enfrenta diretamente uma atuação efetivamente democrática.

A aposta na discricionariedade (sentido forte – Dworkin)³⁸ é resultado da inexistência de solução satisfatória para a relação “razão teórica – razão prática”³⁹ – a qual vem desde a filosofia grega, quando Aristóteles delimitou uma filosofia teórica e uma prática e foi retomada por Kant na modernidade⁴⁰ - o que resulta na multiplicidade de respostas.

Isso porque a tentativa de extração de sentido e de reprodução, visando a garantia da efetividade procurada nas posturas liberais-positivistas, supervalorizam o método visando o alcance das verdades eternas em processo, admitindo, em contra-

³⁶ ISAIA, Cristiano Becker. **A necessidade de uma compreensão hermenêutica e democrática do Direito Processual Civil e o desvelar do caso concreto com a sentença liminar de mérito**: a jurisdição-processual herdada e a jurisdição-processual a ser desenhada por uma filosofia no processo. 2011, 345 páginas, Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, 2011, p. 83.

³⁷ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

³⁸ Dworkin, em sua obra Levando os Direitos a Sério, distingue as formas de discricionariedade, pela qual a “em sentido forte” implica na ausência de vinculação legal a padrões previamente determinados ou a ideia de que os padrões existentes não impõem qualquer dever legal sobre o juiz.

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 63.

⁴⁰ Ibidem, p. 59.

partida, a possibilidade de encontro de (múltiplas) respostas.⁴¹ Conforme bem relata Dworkin⁴²,

[...] o juiz, nesta perspectiva, deixaria de debater-se em prol de suas convicções, de sua subjetividade, com todo um conjunto de padrões que estão em transformação, desenvolvimento e mútua integração, os quais dizem respeito à responsabilidade institucional, à interpretação das leis, à força persuasiva dos diferentes tipos de precedente, a relação de todos esses fatores com as práticas morais contemporâneas e com um grande número de outros padrões do mesmo tipo.

Desse modo, a forma restritiva para tomada de decisões acabou por gerar uma arbitrariedade relacionada à resolução dos fatos que não eram englobados pela legislação. Alterando-se o quadro fático da sociedade, o afastamento do Estado absenteísta deu lugar ao Estado-Social, com maior interferência na sociedade e superação do individualismo liberal e, conseqüentemente, direito como ator ativista e interventor⁴³.

Ora, ressalta-se a enorme transformação do papel do Estado e do Direito nas sociedades contemporâneas, com a proliferação e constitucionalização de direitos fundamentais e a necessária materialização desses pelo Poder Judiciário. O fortalecimento da relação existente entre o Direito e a Política, concretizou o fenômeno conhecido por “judicialização da política”, o qual decorre da “constitucionalização do direito pós Segunda Guerra Mundial, da legitimação dos direitos humanos e das influências dos sistemas norte-americano e europeu”⁴⁴.

Tal mudança de paradigma que “disponibilizou” ao magistrado maior capacidade e influência para resolução das malesas sociais não fez com que a problemática do subjetivismo judicial fosse suprimida, pelo contrário. Isso porque tem-se juízes que devem implementar políticas públicas e garantir o previsto na legislação, fato que resulta no aumento do poder discricionário e no ativismo judicial, caracterizados “pela faculdade na prerrogativa de escolha, afrontando a vontade da lei”⁴⁵.

⁴¹ Ibidem, p. 209.

⁴² DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Editora Saraiva. 2010, p. 65

⁴³ ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica**: os fundamentos do novo CPC e a necessidade de se falar em uma filosofia no processo. Curitiba: Juruá, 2017, p. 163.

⁴⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org). **Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal**: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009, p.32.

⁴⁵ ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica**: os fundamentos do novo CPC e a necessidade de se falar em uma filosofia no processo. Curitiba: Juruá, 2017, p. 167.

Antes de adentrar-se neste ponto, resta válido, desde já, distinguir os conceitos de “judicialização” e de “ativismo”, pois, embora o segundo tenha se apresentado como decorrente do primeiro, eles não andam juntos - ou pelo menos não deveriam. Ambas as expressões, conforme acentuado por Tassinari, são empregadas no sentido de demonstrar a ideia do assentado grau de judicialização que assume o direito brasileiro, mas tornam-se problemáticas se vistas como mesmo fenômeno⁴⁶.

A judicialização, conforme apresentado pela autora,

[...] é muito mais uma constatação sobre aquilo que vem ocorrendo na contemporaneidade por conta da maior consagração de direitos e regulamentações constitucionais [...], do que uma postura a ser identificada (como positiva ou negativa). [...] Por tudo isso, pode-se dizer que a judicialização apresenta-se como uma questão social. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante.

Diante da judicialização da política, reconheceu-se uma vinculação entre o Direito e a Política, propagando-se um ativismo judicial, que, conforme constatado pela autora, possui por perspectivas de abordagem:

[...] a) como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade) atos dos demais poderes; b) como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização); c) como abertura à discricionariedade no ato decisório; d) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras [...]⁴⁷

Complementa Lenio⁴⁸ que, “[...] um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou um conjunto de magistrados); [...]”. Conclui a autora que,

[...] a judicialização da política é um “fenômeno contingencial”, isto é, no sentido de que insurge na insuficiência dos demais Poderes, e determinado contexto social, independente da postura de juízes e tribunais, ao passo que o ativismo diz respeito a uma postura do Judiciário para além dos limites constitucionais.

⁴⁶ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p.27.

⁴⁷ Ibidem, p. 33.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e Teorias Discursivas. 5.ed. Livraria Saraiva, 2011, p. 589, nota de rodapé 123.

Assim,

Não se pode confundir, entretanto, a adequada/necessária intervenção da jurisdição constitucional com a possibilidade de decisionismos por parte de juízes e tribunais. Isto seria antidemocrático. Com efeito, defender certo grau de dirigismo constitucional e um nível determinado de exigência de intervenção da justiça constitucional não pode significar que os tribunais se assenhem da Constituição. Mais do que isto, é necessário alertar para o fato de que a afirmação —a norma é (sempre) produto da interpretação do texto, ou que o —intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto, nem de longe pode significar a possibilidade deste — o intérprete — poder —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).

Tal poder discricionário, foi muito bem abordado - e criticado - por Dworkin, conceituando-o como um poder inexistente, a não ser como um espaço vazio, circundado por uma faixa de restrições estabelecida por padrões especificamente determinados⁴⁹. O filósofo dividiu-o em sentidos fraco e forte - decisão sem seguir qualquer padrão e ignorando até mesmo os princípios constitucionais.

Outro fator que merece, mesmo que de forma breve, distinção é a relação existente entre a discricionariedade e a (im)possibilidade de interpretação. Lenio reforça que a integral restrição de interpretação pelo magistrado eliminaria a singularidade de cada caso concreto (problema significante e permanente que será deveras enfatizado neste trabalho) e, conseqüentemente, a própria dimensão de hermenêutica no Direito⁵⁰.

Quando se enfatiza a incompatibilidade de uma justiça discricionária, não se imagina afastar por completo a interpretação do magistrado, fato inerente a qualquer tomada de decisão. Todavia, tal interpretação não pode ser realizada sem vinculações ou guiada por convicções pessoais, na descoberta do conteúdo da norma. Conforme afirma Lenio,

O drama da discricionariedade que critico reside no fato de que esta transforma os juízes em legisladores. E, para, além disso, esse “poder discricionário” propicia a “criação” do próprio objeto de “conhecimento”, típica manifestação do positivismo.⁵¹

Evidente a obrigatoriedade do respeito pelo magistrado ao texto legal, ao qual, todavia, deve ser atribuído um sentido a partir do caso concreto sob sua

⁴⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Editora Saraiva. 2010, p.51

⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso- decido conforme minha consciência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p, 87.

⁵¹ Ibidem, p. 88.

análise⁵². Isso porque a luta contra arbitrariedade judicial não pode ser compreendida como uma luta contra o processo interpretativo, inexorável à prestação jurisdicional⁵³.

Por tal motivo, as menções à discricionariedade aqui apresentadas, a partir deste momento, relacionam-se a de sentido “forte”, sem vinculações normativas, com criação do Direito e presença de elevada arbitrariedade judicial. Salienta-se, também, que Dowkin e Lenio ressaltam a necessidade de um juiz responsável, que garanta a coerência e a integridade das decisões judiciais⁵⁴.

Tal responsabilidade relaciona-se à análise do caso concreto sob uma leitura moral e coerente da Constituição, que, para tais doutrinadores, realizar-se-ia por intermédio dos princípios, os quais seriam limitações aos poderes estatais. Segundo Lenio⁵⁵,

[...] a superação do direito-enquanto-sistema-de-regras, fenômeno que (somente) se torna possível a partir dos princípios introduzidos no discurso constitucional, que representam a efetiva possibilidade de resgate do mundo prático (facticidade) até então negado pelo positivismo [...].

Assim, percebe-se a abertura e o aumento da intensidade da atuação jurisdicional, fator totalmente contrário ao cerne do Estado Liberal, fato que, para ambos os autores, seria limitado por meio dos princípios, os quais inibem a prática de decisionismos ou discricionariedades na órbita jurisdicional do atual Estado de Direito.

Todavia, tal aposta, quando compreendida sobrelevando-se o papel do juiz na ponderação dos valores – linha seguida por Álvaro de Oliveira e Alexy, retoma a principal problemática do positivismo judicial. Isso porque, em que pese os princípios permitam que os juízes não sejam meros reprodutores da legislação, eles passam a possibilitar o início da “era da abertura interpretativa”, a “era da criação judiciária”⁵⁶, que, embora necessária, se não for bem reproduzida retomará adversidade anterior.

Conforme cita o próprio Lenio,

⁵² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e Teorias Discursivas. 5.ed. Livraria Saraiva, 2011, p.368.

⁵³ ISAIA, Cristiano Becker, Op. cit., p.182.

⁵⁴ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 112-125.

⁵⁵ STRECK, LenioLuiz. Op. cit., p. 62.

⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 90.

O pós-positivismo tem sido considerado como o principal elemento diferenciador/caracterizador do neoconstitucionalismo, estou convicto de que a ponderação acabou por se transformar no grande problema e, por assim dizer, em um obstáculo ao próprio neoconstitucionalismo (compreendido como superante do positivismo que traz a discricionariedade como um de seus elementos estruturais). [...]E, assim, o neoconstitucionalismo acaba revelando traços que dão condições ao desenvolvimento do ativismo judicial, que, diferentemente do fenômeno da judicialização da política (que ocorre de modo contingencial, isto é, na insuficiência dos demais Poderes do Estado), apresenta-se como uma postura judicial para além dos limites estabelecidos constitucionalmente.⁵⁷

Assim, a ponderação de princípios pode dar azo a uma técnica inconsistente, do ponto de vista metodológico, por trazer noções vagas, o que levaria a arbitrariedades nas decisões e falta de segurança jurídica. Evidencia-se, portanto, a manutenção da atuação do juiz afetada pelo mecanismo de resolução dos casos difíceis no positivismo, continuando-se “a apostar na discricionariedade judicial para resolver o problema da decisão”⁵⁸.

Consoante Elival da Silva Ramos⁵⁹,

[...] princípios inicialmente imaginados como um meio para a expansão lógica e coerente de um ordenamento jurídico, pelas suas próprias características normativas, promovem a expansão axiológica do Direito. Propiciam, assim, a interpretação extensiva e criam, por isso mesmo, incertezas normativas.

Nesse viés, cai-se, também, na atuação exclusiva do intérprete em ponderar os valores e princípios de cabível aplicação em cada caso em análise, revivendo o protagonismo judicial, com ênfase na criatividade do magistrado. Em sua obra, Cristiano Becker Isaia⁶⁰ comenta que, Capelletti, ao caracterizar seu “juiz criativo” deixa

[...] a sua consciência a tarefa de solucionar os casos que não encontram previsão direta no âmbito jurídico positivado, o que retroalimentaria o próprio positivismo jurídico. O faria a partir da possibilidade de qualquer magistrado, no instante da aplicação do direito, partindo de sua subjetividade, sopesar ou ponderar uma solução para os casos concretos que se apresentam à jurisdição. De outra banda, sobrelevaria a ênfase às regras jurídicas, partindo do pressuposto de que ao intérprete caberia conferir carga plenipotenciária aos textos legais, ciente do desejo

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, v. 1, n. 02, out. 2014, p. 35.

⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso – Decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 91.

⁵⁹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 14.

⁶⁰ ISAIA, Cristiano Becker. Op. cit., p. 171.

(positivista) em prever as hipóteses aplicativas em direito, ignorando a tentativa de superação do modelo de regras e dos subjetivismos interpretativos a partir da inserção dos princípios nos textos constitucionais.

Ressalta-se, ainda, que diversos nomes da doutrina atual insistem em relacionar o subjetivismo judicial à tomada de decisões, como escreve Cassio Scarpinella Bueno⁶¹, ao comentar a respeito das lacunas existentes na legislação, as quais permitem ao magistrado que “[...] em cada caso concreto – e não mais o legislador abstrata e genericamente -, o criador do direito a ser aplicado, analise, em concreto, quais são os valores que devem, ou não prevalecer. [...]”.

Conforme ressalta Lenio⁶²,

O pensamento dogmático do Direito continua acreditando na ideia de que o intérprete extrai o sentido da norma, como se este estivesse contido no próprio texto da norma, enfim, como se fosse possível extrair o sentido-em-si-mesmo. Sem pretender simplificar o problema, é possível dizer que o saber dogmático-jurídico ainda continua refém de uma metodologia que não ultrapassou nem sequer a filosofia da consciência. O conjunto de técnicas trazidas pela expressiva maioria da doutrina tende a objetificar o Direito.

Diante do exposto percebe-se, em uma superficial análise histórica, que, nas épocas apresentadas, ao falar-se em atuação judicial, em menor ou maior grau e/ou liberdade, evidencia-se e abre-se lugar, embora a insistente tentativa de reprimi-lo, para a permanência do subjetivismo judicial. Assim, primeiramente os juízes foram acusados de exclusivos reprodutores da lei e, embora com o surgimento das teorias clássicas, a crítica do direito sempre admitiu um alto grau de discricionariedade nas “aberturas” da lei⁶³.

Conclui Tassinari que,

Em suma, pode-se afirmar que o ativismo judicial é um problema de teoria do direito. Mais precisamente de teoria da interpretação, na medida em que sua análise e definição dependem do modo como se olha para o problema da interpretação no Direito. Vale dizer: é a interpretação um ato de vontade do intérprete ou o resultado de um projeto compreensivo no interior do qual se opera constantes suspensões de pré-juízos que constitui a perseguição do melhor (ou correto) sentido para a interpretação?⁶⁴

⁶¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007, v.1. p. 75.

⁶² STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v.1, n.1, 2009, p. 68.

⁶³ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso – Decido conforme minha consciência**, Op. cit., p. 88.

⁶⁴ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da Atuação do Judiciário**, Op. cit., p. 56.

Tal situação - e sua necessária superação, visando uma efetiva jurisdição democratizada e garantia dos direitos individuais, já que evidentemente ligada a uma atuação, mesmo que imperceptivelmente, abusiva dos magistrados, é ponto discutido por boa parte da doutrina e preocupação visível com a vigência do código processual de 2015, realidade que será exposta nos tópicos a seguir.

2.2 (IN)ADMISSIBILIDADE DA MANUTENÇÃO DO SOLIPSISMO JUDICIAL NA ATUAL REALIDADE DEMOCRÁTICA E NA CONSTRUÇÃO DE UMA JURISDIÇÃO ÍNTEGRA E COERENTE

O intérprete nunca será vinculado totalmente em algo, e nem deveria, como será abordado mais para frente, porém a utilização da criatividade do juiz intensificou-se neste século. Consoante já superficialmente explanado, indubitável a expansão da atuação do Poder Judiciário, inclusive sobre a atividade dos demais poderes, abandonando a aspiração dos revolucionários franceses à ideologia da neutralidade do judiciário⁶⁵.

Isso porque, na contemporaneidade, diante da existência de diversos direitos fundamentais a serem garantidos, o Poder Judiciário ganhou importância em face da ineficiência do poder Executivo, fato que multiplicou as demandas, “congestionou” o sistema jurisdicional e, diferente do período liberal, tornou o magistrado atuante na efetivação da democracia. Esse fator intensificou-se ainda mais no atual Estado Democrático de Direito, com o significativo deslocamento de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional.

Conforme explanou Lenio⁶⁶:

[...] no Estado Liberal, o centro da decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário.

⁶⁵ FIX-ZAMUSIO, Hector. Preparacion, seleccion y nombramiento de los jueces, **Revista de Proceso**, n.10, a.3. Revista dos Tribunais, 1978, p. 111.

⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: Uma exploração Hermenêutica da Construção do Direito. 5.ed.rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 55.

E tal “papel transformador” mostrou-se muito mais intenso que no Estado Social, o qual já apresentava um Judiciário com atuação mais desvinculada do poder Legislativo. Contudo, conforme já apreciado no final do subtítulo anterior,

[...] mesmo diante de todas essas transformações e do ideário presente no Estado de feição democrática de direito, a resistência positivista vem se mantendo fortemente atuante no mundo jurídico, fato verificável desde uma atuação judicial incompatível com o sentido da Constituição, que deve ser entendida enquanto *topos* normativo e interpretativo. Não raras vezes as decisões judiciais plenipotencializam as regras infraconstitucionais e apostam no solipsismo judicial, incorrendo na mesma ficcionalização provocada pelo positivismo jurídico no decorrer da história.⁶⁷

Nesse contexto, o sempre polêmico ponto é o grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciários⁶⁸. Isso porque, mesmo que inconscientemente, certo grau de discricionariedade mostra-se inerente a toda interpretação – essa não como um “ato de vontade” (Hans Kelsen⁶⁹). Ora,

[...] se forjou um ambiente em que, raras exceções, doutrina, juízes singulares e tribunais passaram a conceber o ativismo judicial como característica própria da jurisdição. Ou seja, majoritariamente, a atuação ativista do Judiciário é apresentada como pressuposta, considerada uma “solução” para os problemas sociais ou uma “etapa necessária e indispensável” para o cumprimento do texto constitucional.⁷⁰

Assim, no atual Estado democrático, a problematização que ganha grande destaque é a sustentação da admissão da discricionariedade e do subjetivismo judicial. Isso porque,

[...] sob a bandeira “neoconstitucionalista” defendem-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado pela ponderação de valores; uma concretização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo neo em diversas ocasiões, como: neoprocessualismo e neopositivismo. Tudo porque, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos “verdadeiros valores” que definem o direito justo (vide, nesse sentido, as posturas decorrentes do instrumentalismo processual). Desse modo, fica

⁶⁷ ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica**: os fundamentos do novo CPC e a necessidade de se falar em uma filosofia no processo. Curitiba: Juruá, 2017, p. 180.

⁶⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1999.

⁶⁹ Em sua obra *Teoria pura do direito* - tradução João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998, p. 394 - o autor afirma que a interpretação cognoscitiva do Direito combina um ato de vontade, pelo qual o órgão aplicador efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas.

⁷⁰ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: limites da atuação do Judiciário, Op. cit., p. 26.

claro que o neoconstitucionalismo representa, apenas, a superação - no plano teórico-interpretativo - do paleojuspositivismo (Ferrajoli), na medida em que nada mais faz do que afirmar as críticas antiformalistas deduzidas pelos partidários da Escola do Direito Livre, da Jurisprudência dos Interesses e daquilo que é a versão mais contemporânea desta última, ou seja, da Jurisprudência dos Valores.⁷¹

Evidente, portanto, que a atuação efetiva e democrática do magistrado resta impedida em decorrência dos resquícios do positivismo jurídico, com

[...] a não admissão de lacunas; o não reconhecimento dos princípios como normas; as dificuldades para explicar os conceitos indeterminados, as normas penais em branco e as proposições carentes de preenchimento com valorações, resvalando, com isto, em direção àquilo que o positivismo clássico — enquanto função judicial — visou evitar: a discricionariedade do juiz, que acaba se transformando em arbítrio judicial (ou decisionismos voluntaristas); refira-se, ainda, a inoperância em face dos conflitos entre princípios, culminando, via de regra, na sua negação, com a remessa da solução à discricionariedade do juiz.⁷²

Contudo, a produção democrática do direito deve ser um salto para além do paradigma subjetivista, local em que a hermenêutica atua de forma a blindar interpretações arbitrárias e discricionárias em processo por parte dos juízes⁷³. Porém, o que se percebe é que, sob diversas formas e teorias, o protagonismo judicial é fortalecido e, conseqüentemente, fragiliza-se o papel da doutrina.

Iniciando-se uma compreensão possível e efetiva na tentativa de superação definitiva desta problemática, que permeia as diversas teses, inclusive as que tentaram (e afirmaram) sua superação, imperativo a observância dos fundamentos, evidenciados principalmente na teoria da integridade desenvolvida por Dworkin, em sua obra *O Império do Direito*, juntamente com características de sua Escola Moralista, nitidamente reproduzidos no código processual brasileiro de 2015.

Tal legislação, ao enfatizar, em seu artigo 926, que “os tribunais devem uniformizar a jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, evidenciou a tentativa primordial, que, indubitavelmente, embasou a proposta legislativa para sua conclusão, visando à efetiva segurança jurídica, em conjunto com a celeridade processual e afastamento das decisões judiciais contraditórias para a mesma

⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e Teorias Discursivas**. 5.ed. Livraria Saraiva, 2011, p. 36.

⁷² STRECK, Lenio Luiz. **Revista do Programa de Pós Graduação em Direito da UFC**. Superando os diversos tipos de positivismo: porque hermenêutica é *applicatio*. v. 34.2, jul./dez, 2014. Disponível em: < <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1224/1188>>. Acesso em: 30 maio 2018. p. 279.

⁷³ STRECK, Lenio Luiz. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v.1, n.1, 2009, p. 69.

situação proposta, ressaltando a importância de valores como a integridade e a coerência do Direito para uma efetiva jurisdição democratizada.

Reitera-se, incessantemente, a estabilidade, coerência e integridade. Tais qualidades, embora complementem o conceito de integridade, são sensivelmente divergentes, pois a estabilidade relaciona-se à tradição e a integridade e a coerência além de serem dotadas de consciência histórica, consideram também a facticidade do caso. Segundo Lenio,

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 a igual consideração por parte do Poder Judiciário. Isso somente pode ser alcançado através de um holismo interpretativo, constituído a partir de uma circularidade hermenêutica. Já a integridade é duplamente composta, conforme Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios, através dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é antitética ao voluntarismo, do ativismo e da discricionariedade.⁷⁴

Em Dworkin, defende-se que os juízes devem observar uma coerência, tanto de estratégia quanto de princípio, exigindo que os padrões da coerção estatal sejam coerentes, com uma visão única e abrangente da justiça⁷⁵. Assim, construindo a tese do direito como integridade, o autor afirma que todos têm direitos a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões passadas⁷⁶, compreendendo o direito como totalidade.

Tais aspectos relacionam-se, principalmente, com a construção de um discurso caracterizado pela produção de justificações transtemporais, inscrevendo a interpretação presente na continuidade de um discurso jurídico ininterrupto⁷⁷, em

⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e Teorias Discursivas. 5.ed. Livraria Saraiva, 2011, p.245.

⁷⁵ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 162-163.

⁷⁶ Ibidem, p. 164.

⁷⁷ OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p.96.

coerência com o plano fático do direito material-constitucional, dos princípios e decisões judiciais preexistentes no contexto onde se está a dizê-lo⁷⁸.

Daí decorre a integridade, a qual, portanto, se refere ao compromisso de que o governo aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, a fim de estender a cada um os padrões fundamentais de justiça e equidade⁷⁹. Sendo assim, o direito como integridade relaciona-se à fidelidade na história política da comunidade⁸⁰.

Diante de tais considerações, é possível entender que o princípio da integridade não admite que uma comunidade personificada aplique direitos diferentes, que não podem ser definidos como um conjunto coerente com o devido processo legal.⁸¹ Nesse sentido, Dworkin percebe a construção da prática jurídica como a elaboração de um romance em cadeia.

Sua visão do direito como integridade aborda as afirmações jurídicas como opiniões interpretativas, que tanto se voltam para o passado quanto para o futuro, e estão em processo ininterrupto de desenvolvimento⁸². Para o doutrinador, imprescindível atuação que respeite à história e o valor da tradição⁸³, impondo-se ao magistrado o dever de aplicar ao caso a ser resolvido todo o conjunto de leis e o repertório de julgados semelhantes e conexos.

O autor sustenta que, a partir de sua teoria do romance em cadeia, cada juiz deve se ater ao que os outros fizeram no passado, sendo seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que faz agora. Assim, o juiz deverá interpretar o que aconteceu antes e determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores⁸⁴. Para que seja válido o esforço de interpretar o direito como integridade, portanto, os juízes devem, nos limites do possível, identificar os direitos e deveres como se tivessem sido criados por um único autor.⁸⁵ Dworkin leciona que,

⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e Teorias Discursivas. 5.ed. Livraria Saraiva, 2011, p. 334.

⁷⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 201-202.

⁸⁰ OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. Tradução de Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2005, p.30.

⁸¹ DMITRUK, Erika Juliana. O princípio da integridade como modelo de interpretação construtiva do direito em Ronald Dworkin. **Revista Jurídica da UniFil**, Ano IV, n. 4, p.151

⁸² DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 81-82.

⁸³ Ibidem, p. 274.

⁸⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Carlos Borges – São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 238.

⁸⁵ Ibidem, p. 271-272.

temos que insistir num verdadeiro princípio de poder, uma ideia contida no próprio conceito de direito: a ideia de que, quaisquer que sejam suas convicções acerca da justiça e da imparcialidade, os juízes têm também de aceitar um princípio superior e independente – o princípio da integridade⁸⁶.

Nesse sentido, Motta, em sua obra *Levando o Direito a sério*, afirma que o magistrado, quando compreende o direito regido pela integridade, não pratica “inovações” com as suas decisões (nem mesmo quando decide os tais “casos difíceis”); ele simplesmente desvela (des-cobre) qual é o direito no caso apresentado. Com isso, a proposta construtivista de Dworkin pretende restringir a decisão tomada a partir da convicção pessoal do magistrado, pois esse deverá compatibilizar sua decisão com o conjunto legislativo e jurisprudencial existente. Inquestionável, assim, que se busca uma jurisdição íntegra.

Pontua-se, portanto, que para a manutenção da integridade, não se poderá perder de vista a tradição e o respeito à história social. Mas não é só isso. Em que pese, teoricamente, seja satisfatória a existência, agora materializada na legislação processual brasileira, de uma previsão de respeito à integridade e coerência do Direito, com a previsão de provimentos vinculantes para tanto.

Isso porque, conforme já demonstrado neste trabalho, insuficientes teorias que visam barrar o protagonismo judicial por si só, sendo necessário falar-se em uma alteração nas construções das decisões judiciais e na decorrente reponsabilidade jurídica do Judiciário em caso de inobservância. De que adianta a utilização da teoria da integridade de Dworkin se feita de maneira irresponsável e que fortalecerá a discussão exclusiva de teses pelo Judiciário e sacrifício do mundo prático?

Conforme conclui Lenio,

Em terrae brasilis, essa problemática é facilmente notada no impressionante crescimento de uma cultura jurídica cuja função é reproduzir as decisões tributárias. É o império dos enunciados assertóricos que se sobrepõe à reflexão doutrinária. Assim, os reflexos de uma aposta no protagonismo judicial não demorariam a ser sentidos: a doutrina se contenta com “migalhas significativas” ou “restos dos sentidos previamente produzidos pelos tribunais”. Com isso, a velha jurisprudência dos conceitos atravessa o rio da história e acaba chegando aos nossos dias paradoxalmente a partir do lugar que era o seu destinatário: as decisões judiciais, ou seja, são elas,

⁸⁶ DWORKIN, Ronald. **O Direito da liberdade**: a leitura moral da constituição norte americana. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.133.

agora , que produzem conceitualização. E com um agravante: o sacrifício do mundo prático⁸⁷.

Aqui se retoma a mesma problemática exposta nos subtítulos anteriores – manutenção do subjetivismo judicial. O Estado liberal “amarrou” o juiz ao exposto na lei, visando impedir a proliferação de arbitrariedades judiciais, obtendo-se êxito, todavia, apenas na resolução dos casos fáceis. Já o início do Estado-Social fez com que o juiz passasse de mero reproduzidor para ser-atuante limitado por princípios que, diante de uma má-utilização, resultavam no uso desmedido da consciência do julgador, corroborada, inclusive, por grandes doutrinadores.

Atualmente, o Código de Processo Civil vigente apostou na utilização dos precedentes como forma de tornar o Direito mais íntegro e coerente, tendo em vista a proliferação de decisões divergentes na resolução de situações fáticas idênticas, em face da permanência do subjetivismo judicial. Todavia, impreterível extrema cautela na utilização desse instrumento para não se retomar, mesmo que indiretamente, às raízes e problemas do positivismo jurídico.

Precedentes são formados para resolver casos concretos e eventualmente influenciam decisões futuras. Porém, atenta-se que a dogmática jurídica inserida no senso comum teórico pretende dar resposta antes das perguntas, pretensão que deita raízes no século XIX, no positivismo exegético e na sua versão germânica: o pandectismo. Trata-se de uma pretensão com viés anti-hermenêutico, pois é impossível que as possibilidades sejam antevistas⁸⁸.

O manuseio de precedentes judiciais não deve servir para engessar o direito e inviabilizar a discussão de teses jurídicas, que acabam por ser consideradas consolidadas e, por assim, imutáveis, resolvendo previamente o resultado das demandas⁸⁹ - e aqui se inicia a problemática central deste trabalho. Deve-se, necessariamente, pensar em uma forma de manter tais atributos sem, todavia, transformá-los em fatores contrários à efetivação da jurisdição democratizada – assunto do próximo capítulo -, momento em que se estuda a filosofia no processo e atuação hermenêutica no direito.

⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 88-89.

⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso – o precedente judicial e as súmulas vinculantes.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 30-31.

⁸⁹ ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica: os fundamentos do novo CPC e a necessidade de se falar em uma filosofia no processo.** Curitiba: Juruá, 2017, p.186.

Evidente que, embora com o surgimento de teorias para superação do solipsismo judicial e da atuação ilegítima e irresponsável dos magistrados, bem como com a valorização de instrumentos vinculatórios que visam instituir uma jurisdição íntegra e coerente, inevitável a manutenção de características positivistas, que valorizam o método e afastam o caso concreto, caso não se abandone resquícios permanentes desde a época romana e que deterioram a atual jurisdição.

Imprescindível que a jurisdição processual assegure uma condição de igualdade aos casos a ela submetidos, seja referente à solução de conflitos individuais, seja os de índole coletiva⁹⁰, fato que é obstaculizado quando se deixa ao arbítrio do magistrado a escolha da resposta aplicável a cada caso. Assim, impreterível o afastamento do protagonismo judicial e a sedimentação do constitucional para atingir-se uma resolução igualitária aos casos submetidos ao Judiciário e, efetivamente, apostar nos preceitos de Dworkin, através das complementações feitas por Lenio.

2.3 CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: FILOSOFIA NO PROCESSO E LINGUAGEM COMO FORMA DE VALORIZAÇÃO DO CASO CONCRETO

Essa parte final do segundo capítulo introduz uma visão relacionada à possível solução do problema evidenciado nos tópicos acima, bem como dos que serão apresentados no capítulo seguinte. Deve-se ter por parâmetro que para atingir uma atuação legítima dos magistrados impreterível o afastamento dos resquícios da teoria positivista, os quais assombram a jurisdição atual e impedem a consolidação da democracia nas decisões judiciais.

O ponto de partida para construção desse ideal é a percepção de que “o protagonista da dinâmica instaurada neste Estado Democrático de Direito é o Direito (e isso porque, repita-se, a Constituição assim possibilita e determina), e não o juiz individualmente considerado”⁹¹. Os sentidos a serem atribuídos independem da vontade do intérprete.

A discricionariedade faz com que surja uma criação do objeto de conhecimento e as coisas passam a ser reduzidas aos conceitos e concepções

⁹⁰ Ibidem, p.183.

⁹¹ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 30.

peçoais de mundo, ficando à dis-posição de um protagonista (intérprete *lato sensu*)⁹². Enquanto ainda se permitir a cisão entre a questão de fato e a questão de direito - visível no Código Processual em vigência quando se procede ao saneamento do processo - será supervalorizado o método, com a existência de um mundo jurídico pré-construído, com soluções normativas prontas.

Reitera-se que a necessidade interpretativa, em concordância com o exposto por Lenio, em sua obra *O que é isso – decido conforme minha consciência?*, não abre portas para uma atuação desenfreada do magistrado, pois, embora o caráter interpretativo do Direito, incabível a utilização de decisionismos arbitrários pelos intérpretes.

Ressalta-se, portanto, a obrigatoriedade do respeito pelo magistrado ao texto legal, ao qual, todavia, deve ser atribuído um sentido a partir do caso concreto sob sua análise⁹³. Sendo assim, indiscutível a necessária superação da figura do juiz solipsista, que, através de um processo lógico-dedutivo e sob postura positivista, resolve os casos fáceis por subsunção e os difíceis por ato discricionário – crítica de Dworkin à Hart.

Isso porque tal “[...] formalismo tecnicista que foi sendo construído ao longo de décadas “esqueceu-se” do substrato social do Direito e do Estado. E esqueceu-se, fundamentalmente, do grau de autonomia que o Direito alcançou no paradigma do Estado Democrático de Direito.[...]”⁹⁴.

Inadmissível que ainda hoje exista uma atuação jurisdicional que aposta na previsão de resoluções para a diversidade de casos fáticos, sustentando subjetivismos judiciais e a discricionariedade para formação da resposta processual, pois, “[...] a luta das diversas posturas que apostam no pragmatismo, nos subjetivismos e na discricionariedade redundam inexoravelmente no contraponto do Estado Democrático de Direito: a autonomia do Direito. Por isso, a evidente incompatibilidade entre os diversos positivismos e o constitucionalismo.”⁹⁵.

Em seu lugar, portanto, impõe-se a atuação de um juiz que tenha ciência da responsabilidade social e política de suas decisões, buscando dar coerência e

⁹² STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 88.

⁹³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e Teorias Discursivas.** 5.ed. Livraria Saraiva, 2011, p.324.

⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito.* **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v.1, n.1, 2009, p.68.

⁹⁵ *Ibidem*, p.75.

integridade ao direito⁹⁶. O Constitucionalismo Contemporâneo - assim denominado por Lenio - rompe com a compreensão procedimentalista das normas constitucionais e constrói uma teoria da decisão judicial compreendida como condição para se obter respostas constitucionalmente adequadas no Direito.⁹⁷ Ensinou o doutrinador que

Pode-se dizer que o Constitucionalismo Contemporâneo representa um redimensionamento na práxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da Teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da Teoria do Direito, no interior da qual acontece a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição), da teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e da teoria da interpretação (que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos).⁹⁸

Lenio propôs a superação da filosofia do direito (que “entifica” o direito, posicionando-se alheia à sua dinâmica interna) para passar a trabalhar a Filosofia no Direito, a partir do reconhecimento de que o Direito possui um campo próprio a ser articulado e pensado em linguagem filosófica, a qual se torna condição de possibilidade das pesquisas em Direito⁹⁹. Nesse sentido, afirmou que,

“[...] a reviravolta consiste em que a linguagem deixa, a partir da Filosofia Hermenêutica, de ser relegada a uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito (o intérprete) e um objeto (a realidade), para ser alçada à cimeira condição de possibilidade do nosso modo-de-ser-no-mundo; supera-se, assim, a metafísica relação cognitiva sujeito-objeto, desmistificando, conseqüentemente, a ideia de que a verdade possa ser o produto de um procedimento cognitivo (quase sempre um método). Início de tal alteração paradigmática dá-se através da valorização da linguagem, pois ela quem aproxima o julgador do direito material e, sem sua utilização, faz com que o significado – o qual se apresenta no caso analisado - seja encontrado em súmulas, enunciados, precedentes [...]”¹⁰⁰

Com os contributos de Heidegger (filosofia hermenêutica) e Gadamer (hermenêutica filosófica), ultrapassa-se a filosofia da consciência pela filosofia da linguagem. Heidegger fez com que a hermenêutica torne-se condição prévia sobre o

⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e Teorias Discursivas. 5.ed. Livraria Saraiva, 2011, p.272.

⁹⁷ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: limites da Atuação do Judiciário, Op. cit., p. 142.

⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Revista do CEJUR/TJSC**: Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 02, out. 2014, p. 29-30.

⁹⁹ MOTTA, Francisco José Borges. Op. cit., p. 43.

¹⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica (Jurídica)**: Compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir da Ontological Turn. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**. São Leopoldo, 2003, p. 223-224.

sentido do “ser”, permeado por uma compreensão existencial. Compreende-se para poder interpretar.

Assim, se a modernidade trouxe a subjetividade, aflorada pelo iluminismo, com o “assujeitamento” das coisas e do conhecido esquema sujeito-objeto e com a filosofia da consciência, ela efetivamente foi rompida (ou deveria ter sido) no século XX, com o giro-linguístico e com a descoberta de que além de um elemento lógico-analítico pressupõe-se uma dimensão de caráter prático-pragmático¹⁰¹.

Tal quebra de paradigma encabeçada por Heidegger – mas sem menosprezar autores como Gadamer, Habermas, entre outros – propôs uma estrutura prévia do modo de ser no mundo ligado ao compreender, com transferência do conhecimento para a linguagem, onde irá se dar o sentido.¹⁰²

A constituição de sentido com a viragem ontológico-linguística supera o elemento apofânico, com a introdução do elemento prático que são as estruturas prévias que condicionam e precedem o conhecimento – sentido não mais na consciência e sim na linguagem.¹⁰³

Assim, a mudança do paradigma da consciência para o paradigma da linguagem, embora tenha se apresentado em momento anterior, revelou-se, por definitivo, no século XX, através do círculo ontológico linguístico. Isso porque, conforme sintetiza Lenio¹⁰⁴,

Na filosofia, o giro ontológico-linguístico operou uma verdadeira revolução copernicana no campo da hermenêutica. A linguagem, entendida historicamente como uma terceira coisa interposta entre um sujeito e um objeto, recebe o status de condição de possibilidade de todo o processo compreensivo. Torna-se possível, assim, superar o pensamento metafísico que atravessou dois milênios, isto porque se no paradigma da metafísica clássica os sentidos —estavam nas coisas e na metafísica moderna na mente (consciência de si do pensamento pensante), na guinada pós-metafísica o sentido passa a se dar na e pela linguagem.

Desse modo, deverá ocorrer uma antecipação de sentido, dentro do círculo, local em que a interpretação ocorrerá como um processo único. Junto a isso, haverá a substituição do juiz solipsista para um sujeito intersubjetivo que, além de respeitar a tradição, enfatiza e não abandona o caso concreto a ser compreendido, o qual

¹⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 13-14.

¹⁰² STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 14-15.

¹⁰³ Ibidem, p. 16.

¹⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Revista do Programa de Pós Graduação em Direito da UFC.** Superando os diversos tipos de positivismo: porque hermenêutica é *applicatio*. v. 34.2, jul./dez, 2014. Disponível em: < <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1224/1188>>. Acesso em: 30 maio 2018. p. 276.

sempre irá requerer “a” resposta correta, a qual não pode ser entificada, com uma mera reprodução de uma resolução semelhante, largando-se de mão a utilização supervalorizada do método.

Afirma Lenio que,

[...] embora o ceticismo de parcela considerável da comunidade jurídica, é impossível negar as consequências da viravolta ontológico – linguística para a interpretação do direito. Está-se a tratar de uma ruptura paradigmática que supera séculos de predomínio do esquema sujeito-objeto. E consequentemente está-se a tratar da superação daquilo que, no direito, representou o *locus* privilegiado da relação sujeito-objeto: o positivismo.¹⁰⁵

Consabido, e já exposto neste trabalho, que Dworkin afirmou, no livro *Uma questão de princípio*, a existência de uma única resposta correta que seria a que se harmonizasse com a jurisprudência anterior e, ao mesmo tempo, a atualizasse, conforme a moral política da comunidade¹⁰⁶, supervalorizando aspectos como a presença da história e da tradição no processo, proteção constitucional relacionada à tempestividade e a relevância da coerência e integridade.

Todavia, e aqui está a problemática que, se não resolvida, continuará permeando todas as teorias da decisão jurídica existentes ou construídas, a resposta correta não será democraticamente construída esquecendo-se de pontos como a importância do caso concreto e da Constituição no ambiente processual e a superação da construção do conhecimento sem compreensão.

Pensar em uma filosofia no direito afasta a existência de verdades absolutas em processo e torna o juiz mais atuante com base em sua compreensão no tempo – sempre pautada no sentido democrático e, portanto, constitucional. Quando se utiliza a expressão cunhada por Lenio – “filosofia no direito” -,

[...] o “no” quer dizer o espaço da introdução do “mundo” no Direito. O “no” é “ser em”. É condição de possibilidade. Como se sabe, é no conceito de mundo que está a superação dos dualismos metafísicos. É por ele que entra o “modo-de-ser-no-mundo”. É por ele que os “conceitos plenipotenciários” do Direito sangram. Em outras palavras: penso que o Direito é um fenômeno bem mais complexo do que se pensa...! Ele não é uma mera racionalidade instrumental, como sempre quiseram as posturas positivistas e seus sucedâneos. Isso implica reconhecer que fazer Filosofia no Direito não é apenas pensar em levar para esse campo a analítica da linguagem ou que os grandes problemas deste estejam na mera interpretação dos textos jurídicos. Isso seria subestimar tanto essa ciência

¹⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso – decido conforme minha consciência?** Op. cit., p. 58.

¹⁰⁶ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2 ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 99.

quanto a capacidade reflexiva dos juristas preocupados com um Direito que, fundamentalmente, possui um sentido prático-normativo.¹⁰⁷

Nesse sentido, é através da linguagem “que o sujeito solipsista, o qual reprojeta suas próprias convicções, dará lugar a um sujeito mediado por uma práxis intersubjetiva que o fará respeitar a tradição e o caso (que é sempre novo) que se lhe apresenta.”¹⁰⁸. Heidegger então, propondo, em sua obra *Ser e Tempo*, pensar a desconstrução da metafísica a partir da hermenêutica da facticidade, produziu uma mudança fundamental na filosofia, deslocando o lugar da fundamentação no sujeito e na consciência para a concepção de mundo, de ser-no-mundo, reduzindo a metafísica ao campo da finitude humana.¹⁰⁹

O círculo hermenêutico, proposto pelo doutrinador, ressalta que a interpretação sempre trabalha com conceitos prévios – pré-compreensão -, que se relaciona a historicidade e o reconhecimento do contexto, aqui relacionados ao direito processual civil e ao caso concreto, possibilitando uma compreensão hermenêutica, a inserção da filosofia no processo e, conseqüentemente, a resposta correta em processo. Conforme concluído por Cristiano Becker Isaia¹¹⁰:

Tais circunstâncias pressupõem a figura de um juiz “ser-no-processo”; um juiz que respeita o valor da tradição (autêntica), fazendo referência metafóricamente, numa linguagem dworkiana ao “romance em cadeia”. [...] Se a compreensão hermenêutica aqui defendida pressupõe a inserção do intérprete numa situação hermenêutica, o mesmo pode se dizer em relação à atividade jurisdicional em processo, que também pressupõe uma inserção: um movimento antecipatório da compreensão permeado pelo círculo hermenêutico, tomando possível uma interpretação contextualizada do próprio fato levado ao conhecimento do magistrado. [...] O juiz “ser-no-processo” é o juiz inserido na situação hermenêutica, e que por essas e outras, sem a (inviável) missão de encontrar verdades eternas ou certezas ficcionais, a partir de sua pré-compreensão do sistema jurídico viabiliza a aproximação do procedimento ao caso concreto levado à jurisdição processual.

Sem tais características, presencia-se – ainda atualmente e em grande escala– decisões descomprometidas com a ética, com a atuação das partes e do caso concreto deixadas para segundo plano, contribuindo para o aumento do

¹⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito*. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v.1, n.1, 2009, p. 67.

¹⁰⁸ ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica**: os fundamentos do novo CPC e a necessidade de se falar em uma filosofia no processo. Curitiba: Juruá, 2017, p. 204.

¹⁰⁹ STEIN, Ernildo. **Diferença e metafísica**: ensaios sobre a desconstrução. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 46.

¹¹⁰ ISAIA, Cristiano Becker, *Op. cit.*, p. 230-231.

distanciamento entre o direito material e processual, resultando em julgamentos a-históricos que facilmente podem se tornar decisionistas e arbitrários.¹¹¹

Assim, inaceitável o juiz como protagonista processual - que declara direitos – devendo-se ter por base o giro-ontológico, correlacionando-se o conhecimento prático e teórico formando o círculo hermenêutico – o qual privilegia as vivências fáticas e o mundo prático na filosofia (isolado pela racionalidade teórica – “objetificação do Direito”), em um contexto intersubjetivo de fundamentação¹¹².

Sendo assim, expõe-se a necessidade de aplicação da hermenêutica filosófica, que se contrapõe à dogmática jurídica, a qual dispensa o mundo prático, demonstrando que a linguagem é condição de possibilidade para acessar o ambiente e experimentar o intersubjetivismo, não mais constituindo o sentido na consciência, em um exercício de vontade do intérprete.

Relevante mostra-se que a inserção em uma situação hermenêutica é imprescindível para que o intérprete tenha uma pré-compreensão – possibilitada pela linguagem - do contexto, condição de possibilidade para uma boa interpretação. Desse modo, observa o renomado professor que,

é possível dizer que, em processo civil, notadamente diante do ato sentencial (que não vem de sentir!) é que o intérprete, como ser dotado de historicidade, dará – a partir de sua inserção no contexto da controvérsia e da pré-compreensão do direito material discutido em juízo – coerência e integridade à matéria objeto da questão a ele submetida.¹¹³

Todavia, a forma de “interpretar” no atual processo civil ainda é vista de forma errônea, pois relacionada à consciência do magistrado, sem a existência de uma pré-compreensão do objeto em análise. Nesse sentido, complementa o doutrinador que,

O problema está em que no interior do sentido comum teórico dos juristas estudiosos da área de processo civil, consciente ou inconscientemente, o horizonte a partir de onde se pode e se deve pensar a linguagem (e o acesso ao próprio fato/direito) ainda é o do sujeito solipsista- que tem diante de si o mundo dos objetos e dos outros sujeitos - característica principal e ponto de referência de toda filosofia moderna da subjetividade.¹¹⁴

Nesse mesmo sentido, Lenio pontua que,

¹¹¹ ISAIA, Cristiano Becker, Op. cit., p. 236.

¹¹² STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 59.

¹¹³ ISAIA, Cristiano Becker. Op. cit., p. 239-240.

¹¹⁴ ISAIA, Cristiano Becker. Op. cit., p. 239-240.

Os juristas não conseguem alcançar o patamar da viragem lingüístico/hermenêutica, no interior da qual a linguagem, de terceira coisa, de mero instrumento e veículo de conceitos, passa a ser condição de possibilidade. Permanecem, desse modo, prisioneiros da relação sujeito-objeto (problema transcendental), refratária à relação sujeito-sujeito (problema hermenêutico). Sua preocupação é de ordem metodológica e não ontológica (no sentido heideggeriano-gadameriano). A revolução copernicana provocada pela viragem lingüístico-hermenêutica tem o principal mérito de deslocar o *locus* da problemática relacionada à “fundamentação” do processo compreensivo-interpretativo do “procedimento” para o “modo de ser”.¹¹⁵

Ora, não é opcional a consolidação da filosofia no processo, para não se voltar ao passado, na ocorrência da mera reprodução. A construção do sentido não pode mais ocorrer senão via hermenêutica, dispensando-se qualquer método pré-determinado. Conclui-se, portanto, que,

[...] enquanto os códigos de processo não repensarem seus procedimentos e romperem com a prática do recurso à consciência do magistrado, da repetição, da subsunção, da rotulação, da busca incessante pela verdade absoluta, dentre outros tantos dogmas processuais, cindindo interpretação e compreensão, afastando gradualmente o intérprete (juiz) do próprio fato a ela submetido, dificilmente poder-se-á falar numa substancialização de direitos.¹¹⁶

Em que pese a decisão dependa de uma interpretação e compreensão do juiz para tomada de decisão, ressalta-se que o juiz estará restrito àquela realidade (através da hermenêutica filosófica e da pré-compreensão), caso contrário retomar-se-ia à problemática do positivismo jurídico, que possibilita “criacionismos” a gosto do aplicador, com a atribuição de sentidos de forma arbitrária ao caso.

Sendo assim, aspecto de grande importância é o respeito ao caso concreto, e, desse modo, sua devida compreensão, com a inserção do juiz em seu horizonte histórico, a partir de uma linguagem hermenêutica. Se tais pontos continuarem sendo ignorados por grande parte dos magistrados e das universidades, insistir-se-á nas raízes do racionalismo dos filósofos do século XVII, que, fantasiados do princípio da segurança jurídica, afastam a história e as peculiaridades de cada caso, guiados por um ideal capitalista quantitativo.

Desse modo, o desenvolvimento da filosofia no processo, a qual desmistificará os processos de produção, interpretação e aplicação do direito,

¹¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v.1, n.1, 2009, p. 68.

¹¹⁶ ISAIA, Cristiano Becker, Op. cit., p. 242.

demonstra que é possível - a partir de noções de ser-no-mundo viabilizada pela linguagem, vista como condição de possibilidade – ter acesso ao próprio mundo do direito, da vida e dos fatos¹¹⁷.

Deve-se, assim, haver atribuição de sentido pelo intérprete e não reprodução, com atribuição de padrões ilegítimos e verdades absolutas. Além disso, a interpretação deverá ser realizada de forma hermenêutica crítica, para que a atividade processual seja construída em cima de uma leitura constitucional e, conseqüentemente, de forma democrática.

Reitera-se que a reconciliação da teoria com a prática se dá com o giro ocorrendo, simultaneamente, o deslocamento do solipsismo subjetivista para um contexto intersubjetivo de fundamentação. Assim os conhecimentos prático e teórico se relacionam a partir de uma circularidade – o círculo hermenêutico¹¹⁸, com uma maior valorização do prático¹¹⁹, das vivências fáticas, reaparecendo o mundo prático na filosofia – encoberto pelo *logos* socrático-platônico¹²⁰.

Conforme reiteradamente afirmado por Gadamer em sua obra *Verdade e Método*, o sentido somente ocorre na situação concreta e ele é atribuído a algo e não retirado de algo. O sentido não está à disposição, compreende-se para interpretar, e, portando, os sentidos não podem se dar antes da aplicação¹²¹, tendo em vista a incindibilidade entre interpretação e aplicação, conforme demonstrado por Dworkin e Gadamer, nas obras *Levando os Direitos a sério* e *Verdade e método*, respectivamente.

Exsurge que a relação entre teoria e prática terá característica circular, com articulação unitária e antecipação do sentido, pré-compreensão e compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito, com a reconstrução da história institucional do direito – via princípios – e colocação do caso concreto dentro da cadeia de integridade do direito. Não há decisão que parta de um grau zero de sentido¹²².

¹¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 179.

¹¹⁸ Deve estar presente em qualquer apreensão de sentido, pois relaciona a interpretação com a compreensão, tendo-se como ponto de partida uma visão de mundo – pré-juízos, que atuará em conjunto com a tradição, a legislação e o caso apresentado.

¹¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 59.

¹²⁰ Ibidem, p. 60.

¹²¹ Ibidem, p. 83-84

¹²² Conforme explica Lenio, a decisão não pode decorrer de livre escolha, mas a partir do comprometimento com algo que se antecipa, no caso a pré-compreensão do intérprete, devendo, de

O correto manuseio evidenciar-se-á através da fundamentação das decisões, que terá por consequência o encontro de respostas corretas, sem “sobreleva a consciência do julgador, ou o procedimento pelo procedimento, o que vem justificando o cometimento de decisionismos judiciais. Como regra, as respostas corretas não podem ser obtidas apenas no âmbito procedimental”¹²³.

Portanto, a busca pela resposta correta só é legítima se vista por tal ponto, que não depende da utilização de métodos e sim da pré-compreensão do sistema jurídico e do plano fático. Contudo, os intérpretes, ainda, em sua maioria, com um pensamento dogmático, repassados nas escolas de Direito contemporâneas, acabam por afastar a pré-compreensão, com permanência da visão dualista de separação do sujeito e do objeto, da teoria e da prática.

Conseqüentemente,

No interior dessa baixa pré-compreensão, em que o positivismo resiste ao Constitucionalismo Contemporâneo, o direito foi transformado em uma mera instrumentalidade formal, deixando de representar uma possibilidade de transformação da realidade. A toda evidência, esta circunstância terá reflexos funestos no processo de compreensão que o jurista terá acerca do papel da Constituição, que perde, assim, a sua substancialidade. Veja-se, a propósito, a dificuldade que os juristas têm em lançar mão da jurisdição constitucional. Sem modificar o nosso modo de compreender o mundo, sem superar o esquema sujeito-objeto, sem superar a cultura manualesca que assola o imaginário dos juristas, é temerário falar em efetividade da Constituição, naquilo que tem sido entendido como o necessário resgate das promessas (incumpridas) da modernidade. Há que se compreender a importância da superação dos paradigmas objetivista e subjetivista (no sentido filosófico das expressões), e as consequências para o direito dessa não superação. O esquema sujeito-objeto é objetivista, quando —assujeitao jurista ao texto (que já sempre —conteria a norma), e é subjetivista quando o jurista —assujeitao texto (o sentido está, assim, na consciência do jurista).¹²⁴

Conforme conclui Lenio,

Nada do que foi dito até aqui pode significar que o intérprete venha a dizer “qualquer coisa sobre qualquer coisa”, isto é, a hermenêutica nem de longe pode ser considerada relativista. Ao contrário, é a partir da hermenêutica filosófica que se falará da possibilidade de respostas corretas ou, se assim for almejado, de respostas hermeneuticamente adequadas à Constituição

forma hermenêutica, toda a decisão fundar-se em um compromisso com algo anterior. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p.98

¹²³ ISAIA, Cristiano Becker, Op. cit., p. 257.

¹²⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Revista do Programa de Pós Graduação em Direito da UFC.** Superando os diversos tipos de positivismo: porque hermenêutica é *applicatio*. v. 34.2, jul./dez, 2014. Disponível em: < <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1224/1188>>. Acesso em: 30 maio 2018, p. 291.

(portanto, sempre será possível dizer que uma coisa é certa e outra é errada; há prejuízos falsos e pré-juízos verdadeiros).¹²⁵

Quando se fala em hermenêutica filosófica (difere da clássica) afasta-se do relativismo e, portanto, torna-se plenamente viável o encontro com as respostas corretas em Direito - as quais, surgem apenas com o caso concreto – evidenciando a partir daí a superação do positivismo (marcado pela existência de várias respostas e o conseqüente poder de escolha pelo intérprete).

Rumo ao final, resume-se que,

[...] a utilização do método hermenêutico-fenomenológico, de matriz heideggeriana, possibilitou um novo modelo de compreender o fenômeno jurídico, denunciando a dimensão interpretativa do Direito, seja através de desmistificação dos conceitos jurídicos a como enunciados com conteúdos determinados a priori, seja a partir da diferença entre texto e norma (que segundo Streck é ontológica). A isto são agregados os aportes da hermenêutica filosófica gadameriana, no interior da qual o momento de interpretação de um texto deixa de ser percebido de modo separado de sua aplicação, mas como um acontecimento unitário, denominado pelo filósofo alemão de *applicatio*. O ato aplicativo do direito deixa de ser um procedimento de extração (reprodução) do sentido do texto (*Auslegung*) e passa a ser concebido como atribuição de sentido (*Sinngebung*), que ocorre através de um contexto de intersubjetividade [...]¹²⁶

Leciona Lenio que existe um direito fundamental à obtenção de respostas corretas (adequadas à Constituição), tendo por base a tese da única resposta correta de Dworkin, e, em contraponto, afirma que a aposta na discricionariedade implica em uma multiplicidade de respostas. A exigência de fundamentação dá-se a partir das respostas constitucionalmente adequadas, conforme denominadas por Lenio, visando à superação da discricionariedade judicial, assumindo a Constituição papel único para pensar-se no direito de forma íntegra e coerente.

Portanto, finaliza-se o presente capítulo enfatizando-se que apenas através do respeito ao caso concreto, da interpretação (por meio da pré-compreensão e da compreensão), de uma reflexão intersubjetiva e de uma verdade hermenêutica (filosófica), indispensáveis para (re)construção do juiz ser-no-mundo, autêntico e democrático, e para manutenção da coerência e integridade do Direito, que é possível falar-se em respostas corretas na jurisdição processual brasileira, bem como utilizar de maneira legítima os instrumentos disponibilizados pela legislação.

¹²⁵ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v.1, n.1, 2009, p.69.

¹²⁶ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: limites da Atuação do Judiciário, Op. cit., p.143.

3 PRECEDENTES: A ATUAL E DELICADA UTILIZAÇÃO DOS PROVIMENTOS JUDICIAIS VINCULANTES

Conforme explanado no capítulo anterior, com fortes raízes positivistas, a dogmática jurídica pretende dar respostas antes das perguntas. Tal pretensão, que se encontra bem presente no atual cenário jurisdicional e relaciona-se diretamente com o objeto principal deste trabalho, possui integral viés anti-hermenêutico, pois é impossível que as possibilidades sejam antevistas.¹²⁷

Reitera-se que o processo civil de que se dispõe atualmente mantém-se adstrito ao espírito dogmático, longe das ciências da compreensão. Demonstra-se como um processo que renuncia a própria hermenêutica (enquanto atividade compreensiva), continuando a buscar, em pleno século XXI, e diante de um paradigma estatal que se mostra como meio transformador da realidade, o desvelar de verdades eternas.¹²⁸

Falar em verdades eternas remete a um assunto antigo, porém atualmente muito estudado e debatido, tendo em vista que é valorizado no código processual brasileiro de 2015: os precedentes. A doutrina dos precedentes estruturou-se no final do séc. XVII, a partir de uma mudança no método filosófico que orientava o pensamento da época, apresentando-se nos países que tem por base a tradição do *common law* e embasando-se na causuística - análise das prévias decisões judiciais - para se alcançar o deslinde da demanda.

A necessidade de codificar o tema relaciona-se com a reprodução de decisões diferentes de mesma questão jurídica por diversos tribunais e até por um mesmo tribunal, inclusive nas cortes superiores, demonstrando-se que as vinculações de um juiz às suas próprias decisões possuíam um fraco grau de obrigatoriedade, trazendo incoerência, falta de previsibilidade e segurança jurídica para a jurisdição.

Ressalta Marinoni que,

[...] a tradição do civil *law*, quando aplicada aos nossos dias, faz pouco da igualdade. O direito processual costuma se preocupar com a igualdade no processo - ou seja, com a igualdade de tratamento no interior do processo - e com a igualdade ao processo - isto é, com a simétrica disponibilidade de

¹²⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso – o precedente judicial e as súmulas vinculantes**. Op. cit., p. 30-31.

¹²⁸ ISAIA, Cristiano Becker; SALDANHA, Jania Maria Lopes. As influências do iluminismo-racionalista no direito processual civil. In XIX Encontro Nacional do CONPEDI. **Anais...** Fortaleza/CE, 2010, p. 7438.

técnicas processuais -, mas se esquece, por desprezo à realidade da vida e dos tribunais, da igualdade perante as decisões. O dizer, insculpido na velha placa colocada sobre a cabeça dos juízes, de que a lei é igual para todos, constitui escárnio a aqueles que, diariamente, assistem colegiados de um mesmo tribunal, ou mesmo tribunais estaduais ou regionais distintos, proferindo decisões diferentes para casos absolutamente iguais.¹²⁹

O termo precedente consiste em teoria que alça as decisões judiciais como fonte imediata do Direito junto à equidade e legislação, vinculando a solução de casos futuros¹³⁰. É uma decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos¹³¹.

O Código Processual vigente deu maior enfoque e obrigatoriedade aos precedentes judiciais, pautando-se pelos princípios da segurança jurídica, celeridade processual, integridade, coerência e isonomia, como pressupostos valorativos para tanto. A “nova” legislação utiliza expressamente o termo “precedente” em seis passagens, as duas primeiras situando-se no polêmico §1º do art. 489, além da menção nos artigos 926, §2º; 927, e artigos relacionados.

Desse modo, valorizou-se a uniformização da jurisprudência dos tribunais superiores, visando, a princípio, trazer maior garantia ao jurisdicionado, diante da previsibilidade das repostas judiciais e diminuição de soluções diversas para casos que tratam da mesma questão fática. Os instrumentos de vinculação decisória, elencados no art. 927, do Código de Processo Civil, não serão estudados em sua individualidade, tendo em vista que esse não é o objetivo fulcral deste trabalho.

O desafio para a adequada aplicação dos precedentes nos sistemas da *civil law* está ancorado, na verdade, em revelar como o precedente pode desempenhar uma importante função na argumentação jurídica desta tradição, mas evidente a dificuldade de se implementar um referencial normativo permeado por intensa complexidade interpretativa em uma cultura jurídica alicerçada por um ideal positivista e lógico-subsuntivo.¹³²

¹²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. In Conferência proferida no Congresso de Direito Processual, 2010, Instituto dos Advogados do Paraná. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2016/08/Confer%C3%AAncia_IAP2.pdf> Acesso em: 30 maio 2018.

¹³⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso – o precedente judicial e as súmulas vinculantes**. Op. cit., p. 38-40

¹³¹ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 427.

¹³² COSTA, Renan Sampaio. **A repercussão hermenêutica dos precedentes judiciais: a racionalidade positivista como obstáculo epistemológico**. Disponível em: <

Assim, esse capítulo tem por finalidade principal compreender a linha tênue que separa a utilização dos precedentes e o retorno das características que marcaram o positivismo jurídico, caso não seja valorizada e bem utilizada a Filosofia no Direito (proposta por Lenio), nos termos referidos no capítulo anterior. Ora, não adianta fazer um “modelo de extermínio de ações repetidas” sem uma teoria decisional.

Nesse sentido, Lenio afirma que “[...] não adianta aprovar e apostar em mecanismos vinculatórios. O problema está na decisão jurídica. [...]”¹³³. Ainda, conclui que

o direito não é aquilo que o judiciário diz que é. E tampouco é/será aquilo que, em segundo momento, a doutrina, compilando a jurisprudência, diz que ele é a partir de um repertório de ementários ou enunciados com pretensões objetivadoras.¹³⁴

Mal aplicada a tese dos precedentes, pode-se cair em uma falácia semântica ou na crença na plenipotenciabilidade dos conceitos, como se fosse possível uma lei, uma súmula ou uma ementa jurisprudencial prever todas as hipóteses de aplicação de forma antecipada.¹³⁵

Estudar-se-á, portanto, a dualidade existente entre a importância da utilização dos precedentes para estabilidade e segurança do sistema jurídico e, em contrapartida, um consequente afastamento de uma jurisdição democratizada a partir da revalorização de princípios do Estado Liberal.

3.1 VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES: CONTRAPONTO ENTRE A SEGURANÇA JURÍDICA E A EXALTAÇÃO DO PENSAMENTO POSITIVISTA

Não é de hoje a ânsia por uma segurança matematizada, a qual atingiu seu ápice no movimento liberal e na necessidade de segurança da sociedade burguesa. Assim, o vetor segurança sobre o vetor justiça condicionou a formação do espírito

<https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/4377/1/A%20repercuss%C3%A3o%20hermen%C3%AAutica%20dos%20precedentes%202016.pdf>>Acesso 30 maio 2018, p. 21.

¹³³ STRECK, Lenio Luiz, Op. cit., p. 14.

¹³⁴ Ibidem, p. 107.

¹³⁵ STRECK, Lenio. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. **Revista de Informação Legislativa**, abr./jun. de 2015, p.38.

científico moderno, submetendo o pensamento jurídico a métodos e a princípios das ciências logico-experimentais¹³⁶.

A segurança jurídica tornou-se uma operação lógico-formal, ligada apenas à busca pela certeza e previsibilidade das decisões e não a uma interpelação em relação ao conteúdo argumentativo de cada decisão. Tais fatos contribuíram para o processo civil, ainda atualmente, manter-se adstrito ao espírito dogmático, longe das ciências de compreensão, renunciando a historicidade e a própria hermenêutica, com a manutenção de um ideal racionalista focado na satisfação do binômio certeza e segurança que busca o desvelar de verdades eternas¹³⁷.

É evidente que todos almejam segurança quando se socorrem do processo civil, porém necessita-se, de uma vez por todas, compreender que essa segurança não pode ser pré-vista. Ela deve ser construída a partir do caso proposto, o que condiciona o direito processual civil a ser estudado enquanto fenômeno, enquanto ciência da cultura, da compreensão. Enquanto ciência do espírito, não enquanto ciência da demonstração¹³⁸.

O atual Código de Processo Civil tornou vinculantes decisões, inclusive, dos tribunais de segundo grau, não apenas dos tribunais superiores – questão ainda conturbada que não é objeto do presente trabalho - possibilitando o uso da reclamação para cassação de decisões que afrontam tais precedentes. Sendo assim, a eficácia de algumas dessas decisões passou de meramente persuasiva para normativa em sentido forte (ou fraco), com objetivo de intensificar valores como a isonomia e segurança jurídica.

Isso porque,

O respeito aos precedentes constitui um critério objetivo e pré-determinado de decisão que incrementa a segurança jurídica. A aplicação das mesmas soluções a casos idênticos reduz a produção de decisões conflitantes pelo Judiciário e assegura àqueles que se encontra em situação semelhante o mesmo tratamento, promovendo a isonomia [...]¹³⁹

¹³⁶ ISAIA, Cristiano Becker. **A necessidade de uma compreensão hermenêutica e democrática do Direito Processual Civil e o desvelar do caso concreto com a sentença liminar de mérito**: a jurisdição-processual herdada e a jurisdição-processual a ser desenhada por uma filosofia no processo. 2011, 345 páginas, Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, 2011, p. 83.

¹³⁷ Ibidem, p, 88.

¹³⁸ ISAIA, Cristiano Becker; SALDANHA, Jania Maria Lopes. Op. cit., p, 7540.

¹³⁹ MELLO, Patricia Perone Campos; BARROSO, Luis Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/854/730>>. Acesso em: 30 maio 2018, p. 17.

Ainda, tal instrumento traz celeridade para os processos, contribuindo para uma resolução em grande escala de demandas que discutem mesma relação fática – ideal quantitativo capitalista. Por óbvio, indiscutível que, sendo a decisão uma estabilizadora de expectativas, deve ser coerente e previsível, mediando-se pela confiança da sociedade na jurisdição.

Nesse sentido, aponta Klaus Günther que “uma expectativa correspondente somente pode ser estabilizada, se existir segurança jurídica numa sociedade e as decisões jurídicas puderem ser previstas por todos.”¹⁴⁰. Tal pretensão – de legitimidade da ordem jurídica - é alcançada na resolução igual de que casos iguais e casos desiguais de maneira desigual, caso contrário irá corroer as possibilidades de realização do ideal de justiça como igualdade substantiva.¹⁴¹

Todavia, o grande risco de se atribuir efeitos vinculantes às decisões dos Tribunais Superiores é a definição prévia dos limites do sentido do texto, bem como o próprio sentido desses limites, obstaculizando o necessário dever interpretativo, impedindo-se, assim, o aparecer da especificidade do caso jurídico sob exame¹⁴². Isso porque,

[...] diante de nossa tradição, não argumentativa, opinativa e personalista, a referência aos casos anteriores tende, ainda hoje, a ser feita apenas em função de seu resultado e não em função de seus fundamentos, da justificação, ou seja, dos argumentos utilizados pelos juízes para justificar sua decisão.¹⁴³

É muito difícil encontrar casos que sirvam de referência para todos os juízes no que diga respeito a um mesmo problema jurídico.¹⁴⁴ Na mentalidade que permeia a maioria dos juízes brasileiros, mencionam-se decisões passadas não para buscar reconstruir um padrão de argumentação relevante para o caso a ser decidido, mas para reforçar a autoridade de quem está proferindo a sentença.

O precedente deve ser uma decisão que, após minuciosa análise da jurisprudência, doutrina e caso concreto, servirá de parâmetro para futuras

¹⁴⁰ GÜNTHER, Klaus. **Uma concepção normativa de coerência**: para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. Tradução Leonel Cesarino Pessoa. In: Cadernos de Filosofia Alemã, n. 6. São Paulo: Departamento de Filosofia da USP, 2000, p. 98.

¹⁴¹ COSTA, Renan Sampaio. Op. cit., p. 07.

¹⁴² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e Teorias Discursivas. 5.ed. Livraria Saraiva, 2011, p. 394.

¹⁴³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013, p. 8.

¹⁴⁴ RODRIGUEZ, José Rodrigo. Op. cit., p. 94.

deliberações de casos análogos, sendo fator essencial e decisivo ao tempo da interpretação e aplicação do direito para correto condicionamento à estrutura da argumentação jurídica.

Contudo, o senso comum peca em acreditar que as decisões vinculantes vêm para resolução célere dos casos difíceis, aplicando-a de maneira entificada, por deduções e subsunções, manuseando o princípio da igualdade de forma mecânica, sem concretude e individualidade, permeado de abstrações, principalmente pela equiparação entre texto e norma.¹⁴⁵

Fazendo uma analogia a Lenio, pode-se, sem sombras de dúvidas, afirmar que quem transforma os precedentes em um mal-em-si são as suas equivocadas compreensão e aplicação – que não poderão ser feitas a partir de um procedimento dedutivo. Na verdade, o que vincula é a interpretação – vinculação interpretativa – que se constitui a partir da coerência e da integridade do direito.

Em cada interpretação deverá haver a reconstrução do caso, o que resulta na reconstrução da história institucional do instituto ou dispositivo sob comento.¹⁴⁶ Precedentes são formados para resolver casos concretos e, eventualmente, influenciam decisões futuras. O olhar a ser dado aos precedentes é que eles dinamizam o sistema jurídico, não o engessam. Isso porque, conforme Lenio,

[...]a interpretação do precedente tem que levar em conta a totalidade do ordenamento jurídico e toda a valoração e a fundamentação que o embasaram, assim, sempre que ele for a base de uma nova decisão, seu conteúdo é passível de um ajuste jurisprudencial, nesse sentido, Keith Edley ressalta as vantagens do sistema de precedentes como sua dinamicidade para se encontrar a resposta adequada à solução jurídica.¹⁴⁷

Todavia, o que se demonstra na prática jurídica atual é que o precedente se apresenta como uma decisão pronta, que visa substituir as alegações das partes, a fundamentação, a problematização decisional, inclusive pelo próprio magistrado, e não apenas parâmetro argumentativo para construção e compreensão desta estrutura como um todo¹⁴⁸.

¹⁴⁵ STRECK, Lenio. **O que é isso – o precedente judicial e as sumulas vinculantes?** Op. cit., p. 55-56.

¹⁴⁶ Ibidem, p.103.

¹⁴⁷ Ibidem, p.96.

¹⁴⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 539.

Assim, evidencia-se uma desnecessidade que o magistrado ou os tribunais locais precisem socorrer-se à interpretação da lei e da Constituição Federal, bem como ao exame das alegações das partes para solucionar as lides¹⁴⁹, residindo aí o grande problema que é o “deixar de lado” a individualidade do caso concreto, bem como suas particularidades, com uma solução automática de demandas.

Lenio ressaltou que, na realidade, a

[...] falta de segurança jurídica em nossa jurisprudência está relacionada ao descompromisso do nosso Judiciário com a legalidade vigente, uma vez que em seu imaginário a lei estaria à disposição do intérprete, que poderia deixar de aplicá-la por razões de conveniência.¹⁵⁰

E mais, acrescenta-se que as decisões vinculantes produzidas pelo Judiciário, para boa parte da comunidade jurídica, têm valor superior ao da própria legislação, o que evidencia, também, conforme reiteradamente afirmado por Lenio, um enfraquecimento da doutrina e a sua tarefa de atribuição dos sentidos aos tribunais a qual, contraditoriamente, por vezes aposta neste poder “criativo” e vinculante.

Voltamos aqui ao cerne da questão. Antes de criarmos mecanismos de vinculação, visando prevenir-se do mal do subjetivismo judicial, que permeou as diversas épocas e teorias aqui já mencionadas, há que se (re)discutira dogmática jurídica e seus mecanismos de (re)produção e instrumentalização, consubstanciados no que se pode chamar de senso comum teórico dos juristas que instaurou um olhar estandarizado sobre a operacionalidade do Direito em nosso país¹⁵¹.

Percebe-se que se atribuiu efeito vinculante a quase totalidade das decisões dos tribunais superiores, sem, contudo, um combate efetivo às suas decisões discricionárias e a cautela em sua forma de produção, as quais, infelizmente, vincularão casos semelhantes. Sendo assim, evidencia-se uma falha na construção da decisão jurídica que deverá ser repensada com a aproximação do Direito das teorias filosóficas e mais, de uma filosofia no direito (Lenio).

Ora, reitera-se que não adianta fazer um “modelo de extermínio de ações repetidas” sem uma teoria decisional. A utilização do precedente requer a interpretação holística da controvérsia anteriormente resolvida e não apenas a

¹⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e Teorias Discursivas. 5.ed. Livraria Saraiva, 2011, p. 97.

¹⁵⁰ Ibidem, p.100.

¹⁵¹ Ibidem, p.117.

referência a fragmentos sintéticos da fundamentação, como no caso da citação de jurisprudência.¹⁵²

Os precedentes podem sustentar uma nítida pretensão objetivista se vistos como enunciados assertóricos que pretendem abarcar, de antemão, todas as possíveis hipóteses de aplicação. A decisão vinculatória não resolve o litígio. A compreensão deverá fundir o mundo da experiência no qual foi escrita, bem como o mundo do intérprete, conforme amplamente afirmado por Gadamer em sua obra *Verdade e Método*, caso contrário, mostra-se fracassada.

Resultarão em nítido regresso se vistos e utilizados como respostas, a priori, oferecidas antes das perguntas (que somente ocorrem nos casos concretos), como uma “espécie de antecipação de sentido”, “tutela antecipatória das palavras” ou, ainda, uma atribuição de sentido *inaudita altera partes*, com a pretensão de “realidades supra-legais”, dando vida autônoma a conceitos, com, infelizmente, a exclusiva discussão de teses e não de causas.¹⁵³

Conforme Lenio,

A ideia é padronizar entendimentos a respeito de teses (e não causas, porque essas estão prenhes de facticidade) e adiantar ao utente, já no primeiro grau, ou o quanto antes, a solução que ele haveria de receber anos depois. Com isso se privilegia o princípio da duração razoável do processo, consagrado no coração do sistema via Emenda Constitucional. [...] O primeiro problema é que não se garante tratamento igualitário, simplesmente, com decisões linearmente iguais. Os autores do NCPC esquecem que o que garante a igualdade de tratamento, que é uma virtude, é a coerência de princípios.¹⁵⁴

Somente a reconstrução da situação concreta de um determinado caso dá significatividade ao precedente¹⁵⁵. Continuar aplicando-os da forma que está sendo por muitos fez com que voltássemos a um lugar de onde nunca saímos: o velho positivismo. Isso porque apostamos em uma “autônoma razão teórica” e quando ela não é suficiente, delegamos tudo para a razão prática¹⁵⁶.

O magistrado deve buscar interpretar o Direito da melhor maneira possível tendo por base interpretações passadas, através de um esquema de princípios

¹⁵² COSTA, Renan Sampaio. Op. cit., p. 11.

¹⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 71.

¹⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso – o precedente judicial e as sumulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 13.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 103.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 106.

abstratos e concretos capaz de fornecer uma justificação coerente a todos os precedentes, de forma a permitir que a decisão a ser tomada seja compatível não só com os princípios estabelecidos, mas também com um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas.¹⁵⁷

Assim, os precedentes não podem ser anunciados de forma completa e única, mas atuando em um movimento refinado pelo Judiciário, a partir daquilo que os sujeitos do processo informam e constroem à luz de novas situações jurídicas submetidas à sua apreciação¹⁵⁸.

O elemento interpretativo e argumentativo é pressuposto determinante da aplicação do precedente, contrapondo-se à possibilidade de utilização do precedente através de sua aplicação automática e subsuntiva na solução do caso, fundada em um paradigma essencialmente legalista. Isso porque o precedente não contém em si mesmo uma prescrição que já está colocada, como pensam muitos, deve o intérprete do novo caso individualmente revelar qual a regra jurídica existente no precedente e se possível sua aplicação.

Não devemos esquecer que a Constituição estabelece que os juízes e tribunais julgarão causas. Não está escrito em lugar nenhum que juízes e tribunais julgarão teses ou enunciados assertóricos. Pelo que se pode perceber, entretanto, é que se aposta muito mais na construção de teses (súmulas, enunciados, ementários resultantes de incidentes de unificação jurisprudencial) do que na resolução de causas.¹⁵⁹

Sendo os precedentes figura marcante entre as diferenças entre os sistemas da *common law* e da *civil law*, evidente que não se pode simplesmente transportar a doutrina da *common law* para o nosso Código de Processo Civil. Se não superarmos as posturas positivistas, corremos o risco de uma importação indevida e ineficiente.

Desse modo, seja qual for o grau em que o caso estiver, a decisão deverá conter, a um só tempo, uma justificação interna, isto é, ser uma resposta para as partes, e justificação externa, isto é, que a coerência dada à comunidade e o tempo em que é dada. Logo, os Tribunais Superiores, ao decidirem os recursos, terão de

¹⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**, Op. cit., p.182.

¹⁵⁸ JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 346.

¹⁵⁹ STRECK, Lenio. Op. cit., p.38.

considerar a tensão, da mesma forma que qualquer juízo¹⁶⁰, sob uma responsabilidade jurídica inerente.

Ressalta-se, assim, que apenas na situação de aplicação determina-se qual e como o precedente deve ser utilizado. Não há como se definir em abstrato, portanto, as situações em que determinado precedente será utilizado, pois não há certeza prévia que o direito possa garantir. A tese da única decisão correta “abre” para o compromisso de que a criação do direito instaura seu problema e não elimina.¹⁶¹

Por isso, o exame pormenorizado das características caso concreto sempre se faz necessário em um trabalho comparatístico entre precedente e circunstâncias do julgado. Nesse sentido, a tarefa do aplicador do direito não diminui em função de haver precedentes, ao contrário, aumenta na medida em que o respeito à integridade histórica de princípios em jogo gera o ‘hercúleo’ trabalho de conhecimento das decisões passadas e de respeito a elas, ainda quando se realiza sua superação¹⁶².

Para Dworkin, a interpretação do Direito se dá pela reconstrução desse a partir das próprias práticas da sociedade personificada. Para isso, divide o processo de interpretação construtiva em três partes: uma pré-interpretativa, onde são identificadas regras e padrões já utilizados; uma etapa interpretativa, onde busca-se uma justificação geral para as regras e padrões identificados na etapa pré-interpretativa; e uma etapa pós-interpretativa, onde ajusta a prática identificada na etapa pré-interpretativa com a justificação da etapa interpretativa.¹⁶³ Ainda,

Os juízes devem tomar suas decisões com base e princípios e não em política: devem apresentar argumentos que digam por que as partes jépoa em que essas partes agiram ou em algum momento pertinente do passado [...]¹⁶⁴

Complementa Carvalho Netto,

¹⁶⁰ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Fraco. **Recursos Extraordinários no STF e no STJ: conflito de interesses público e privado**. Curitiba: Juruá, 2012, p.324.

¹⁶¹ JUNQUILHO, Taina Aguir. Precedentes e complexificação do sistema para a solução ideal do caso: uma análise do REsp nº 1467888/GO. **Revista Direito & Justiça Social**: Vila Velha, v. 1, n. 1, jan./jul. 2017, Disponível em:< <http://e-juridico.org/revistas/ojs-2.4.8/index.php/RDJS/article/view/18/6>>. Acesso em: 30 de maio 2018. p. 76.

¹⁶² Ibidem, p 76.

¹⁶³ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fonte, 2007, p. 81-82.

¹⁶⁴ Idem, p. 293.

A intermediação da sensibilidade do intérprete capaz de reconstruir não o sentido de um texto normativo tido como apriori aplicável, mas aquela específica situação individual e concreta de aplicação, em sua unicidade e irrepetibilidade, do ponto de vista de todos os envolvidos, levando a sério as pretensões a direitos, as pretensões normativas, levantadas por cada um deles, para garantir a integridade do direito.¹⁶⁵

Portanto, evidente que o legislador, ao vincular as decisões aos precedentes, teve como objetivo precípuo a atuação legítima dos magistrados. Contudo, de extrema valia o aprofundamento na utilização deste instrumento, tendo em vista a mentalidade resultante do nosso sistema jurídico, que podem resultar em vinculação a decisões sem qualidade e consistência, criar juízes-legisladores e afastar-se dos ditames constitucionais.

Ora, a abertura do Judiciário para resolução dos problemas sociais e a previsão de garantia de um leque de direitos fundamentais precisam ser vistas sobre um olhar de conquista, sendo, todavia, um retrocesso retomar a possibilidade de atribuições de sentidos de forma discricionária ou limitar a interpretação do magistrado, satisfazendo-se com uma mera reprodução de decisões.

Assim, a problemática maior, dando-se o merecido mérito à existência legal de valorização dos instrumentos vinculativos, não são os precedentes em si e sim a permanência de julgadores que desconhecem a compreensão por um viés hermenêutico filosófico e a existência de uma Filosofia no Direito, o que os impede, definitivamente de ir ao encontro da “resposta adequada”.

Não se pode reproduzir a falsa ilusão de que os precedentes contêm o sentido de todos os casos, na qual o caso concreto perde sua singularidade, sem compromisso ético do magistrado. Hoje a segurança deve estar necessariamente relacionada com o respeito ao caso concreto e, principalmente, com a efetividade da Constituição. Logo, a segurança do século XX é algo vinculado a uma verdade possível, que se relacione com a posição do intérprete e com sua pré-compreensão constitucional.¹⁶⁶

Se a utilização dos provimentos judiciais vinculantes for encarada como respostas prontas, aplicadas através de métodos pré-determinados, com ênfase nos

¹⁶⁵ CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.27.

¹⁶⁶ ISAIA, Cristino Becker. **A necessidade de uma compreensão hermenêutica e democrática do Direito Processual Civil e o desvelar do caso concreto com a sentença liminar de mérito**: a jurisdição-processual herdada e a jurisdição-processual a ser desenhada por uma filosofia no processo. Op. cit., p. 263.

textos isolados, sem antecipação de sentido por meio da pré-compreensão, haverá, sem sombra de dúvidas, um retrocesso.

3.2 UTILIZAÇÃO LEGÍTIMA DOS PRECEDENTES: BUSCA DE RESPOSTAS CORRETAS E SEDIMENTAÇÃO DE UMA JUSTIÇA DEMOCRATIZADA

De acordo com o exposto no tópico anterior, encarar a positivação dos precedentes como se as respostas passadas já estivessem prontas é fechar os olhos à hermenêutica. Tanto é assim que a integridade convive com a possibilidade de alterar suas decisões anteriores, sem sopesar história e justiça, visando, principalmente a efetividade de uma jurisdição democratizada.

Infelizmente, a atual legitimidade da jurisdição encontra-se mais na satisfação do procedimentalismo institucional do Poder Judiciário do que na busca por uma motivação argumentativa consistente. A racionalidade desenvolvida em nossa cultura jurídica infundiria uma dinâmica em que efetivamente não se debate a melhor solução para o caso concreto e para as controvérsias jurídicas em abstrato, mas apenas se apresentam as razões pelas quais foi formulada aquela solução decisória.¹⁶⁷

Não obstante, há de se ter muito cuidado para evitar que a própria dogmática jurídica, a partir de uma hermenêutica de bloqueio, proporcione retrocessos¹⁶⁸. Para tanto deve-se enfatizar a necessidade de uma teoria da decisão judicial eficaz, que não se mostre atada às correntes liberais, como o positivismo e utilitarismo jurídico, de acordo com o que Dworkin propôs em sua obra *Levando os Direitos a sério* e em conformidade com o já apresentado neste trabalho.

Nesse sentido, de extrema relevância compreender também os subsídios dispostos na própria legislação civilista de 2015, que visam contribuir para que a utilização dos precedentes elencados no código dê-se de maneira legítima e tenha por fim precípua não apenas a valorização da tradição e, conseqüentemente, à garantia de segurança jurídica, mas, principalmente, a problematização o caso concreto apresentado, de forma íntegra. Gadamer lembra que “embora seja próprio

¹⁶⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

¹⁶⁸ STRECK, Lenio. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. **Revista de Informação Legislativa**, Ano 52, n 206, abr./jun. 2015, p. 33.

da essência da tradição ser somente através da apropriação faz parte também da essência do humano o poder de romper, criticar e desfazer a tradição”¹⁶⁹.

Não vamos aqui aprofundar o estudo de tais subsídios, que pautam em uma lógica preponderantemente processualista, pois o presente trabalho volta-se, principalmente, para a análise crítica das possíveis contribuições da hermenêutica e da filosofia no direito para o tema em questão. Porém, necessário saber, que quando se fala na obrigatoriedade de seguir precedentes está se falando, na verdade, na obrigatoriedade de seguir a *ratio decidendi*- regra jurídica extraída de um precedente e aplicável como fundamento para a decisão de casos futuros: a tese jurídica acolhida pelo órgão julgador no caso concreto, elemento normativo da decisão¹⁷⁰.

Nos precedentes há uma diferença qualitativa que sempre aparecerá a partir da *applicatio*. Cada um possui uma *ratio decidendi* – enunciado jurídico a partir do qual é decidido o caso concreto, devendo, obrigatoriamente, ser estudado juntamente com o caso concreto. Já o *obiter dictum* corresponde à parte irrelevante para a solução final da demanda¹⁷¹. Ressalta-se que a *ratio decidendi* ou *holding*, vista de maneira superficial, relaciona-se mais a questão fática, às particularidades do caso concreto, e quanto mais genérica, mais englobará casos semelhantes. É a descrição do entendimento jurídico que serviu de base à decisão¹⁷², o que vinculará os casos posteriores.

No que se relaciona a tais conceitos e à problemática relacionada a sua utilização dispõe Lenio:

A preocupação de julgar a matéria de forma ampla e sistemática, a maior dificuldade em diferenciar *ratio decidendi* de, *obiter dictum* e o raciocínio por dedução são algumas características usuais que marcam a atuação dos tribunais do sistema romano-germânico com precedentes, segundo a literatura comparada [...]”¹⁷³

¹⁶⁹ GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método**. Op.cit., p. 25.

¹⁷⁰ DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela (v. II). 8. ed. Salvador: Juspodvm, 2014, p. 427.

¹⁷¹ STRECK, Lenio. **O que é isso – o precedente judicial e as sumulas vinculantes?** Op. cit., p. 43-44.

¹⁷² MELLO, Patricia Perone Campos; BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 22

¹⁷³ STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 37

Para a separação de tais conceitos na atuação prática do magistrado, relaciona-se elementos a serem examinados e confrontados por ele, para a (não) aplicação de um precedente no caso apresentado, quais sejam:

[...]i) os fatos relevantes de cada qual; ii) os valores e normas que incidem sobre cada conjunto de fatos; iii) a questão de direito que suscitam; iv) os fundamentos que justificaram a decisão do precedente e sua adequação para orientar a decisão do novo caso [...]¹⁷⁴

Ainda, conceitos também importantes de serem estudados, de maneira não aprofundada e apenas visando à complementação da crítica a ser construída neste tópico, são os de distinção e superação dos precedentes, extremamente importantes para que a tentativa implantada pelo código processual consiga ser efetivada de forma democrática e, conseqüentemente, constitucional. Ambos os conceitos se encontram expressos e obrigatórios diante do disposto no art. 489, §1º, inciso VI, CPC, que afirma que:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
[...]
VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a **existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento**. (grifo nosso).

O *distinguishing* (distinção) apresenta-se quando o julgador, ao se deparar com o caso proposto, compreender que a questão a ser resolvida poderá contar com a existência de um precedente possível, de questão idêntica ou semelhante. Caso a questão não for idêntica ou não for semelhante, isto é, se existirem particularidades fático-jurídicas não presentes – e por isso não consideradas – no precedente, então é caso de distinguir o caso do precedente, recusando-lhe aplicação.¹⁷⁵

Por outro lado, o *overruling* (superação) apresenta-se quando se constrói decisão posterior que torna o precedente inconsistente, impraticável ou desatualizado¹⁷⁶, fato que exigiria que o magistrado, também por meio de uma circularidade que envolve o caso concreto a ser resolvido, o seu contexto histórico, a legislação aplicada e o precedente relacionado, a uma compreensão e a uma

¹⁷⁴ MELLO, Patricia Perone Campos; BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 25-26.

¹⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; et. AL **Novo código de processo civil comentado**. 1.ed. São Paulo: RT, 2015.

¹⁷⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito Processual Civil Moderno**. 2.ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

fundamentação que resultaria na necessária superação da decisão vinculatória existente.

Ora, tais procedimentos visam, em princípio, proporcionar uma dinâmica na utilização das decisões vinculativas, com intuito central de não permitir que o magistrado se acomode em uma visão com caracteres predominantemente positivistas e que, desonestamente, baseiam-se em princípios constitucionais como o da segurança jurídica e da celeridade judicial, para menosprezar o caso concreto.

Não se pode deixar de evidenciar aqui a importância que a fundamentação das decisões judiciais possui para averiguação do “grau constitucional-democrático”, “grau hermenêutico-filosófico”, “grau de afastamento dos ideais positivistas” em sua construção. Isso porque a compreensão e a interpretação hermenêutica do caso concreto só serão evidenciadas por meio dos fundamentos utilizados para tanto.

Nesse sentido,

[...] o acerto de Dworkin ao exigir uma responsabilidade política dos juízes. Os juízes têm a obrigação de justificar suas decisões, porque, com elas, afetam os direitos fundamentais e sociais, além da relevante circunstância de que, no Estado Democrático de Direito, a adequada justificação da decisão constitui um direito fundamental. Daí a necessidade de ultrapassar o “modo-positivista-de-fundamentar” as decisões (perceptível no cotidiano das práticas dos tribunais, do mais baixo ao mais alto); é necessário justificar – e isso ocorre no plano da aplicação – detalhadamente o que está sendo decidido. Portanto, jamais uma decisão pode ser do tipo “Defiro, com base na lei x ou na súmula y” [...] ¹⁷⁷

Dessa forma, o juiz deverá demonstrar na fundamentação os indicativos racionais que levam à certeza próxima da tese jurídica do precedente ou que afastam sua convicção daquela tese, deixando transparecer a adequação ou não do fundamento para o caso concreto em análise, consoante expõe os incisos V e VI, do §1º do art. 489, do Código de Processo Civil.

A motivação padronizada, estandardizada e que guarde generalidade de tal ordem que possa ser indiferentemente apresentada em qualquer impugnação é tudo, menos motivação. ¹⁷⁸Tal relação – fundamentação/precedentes – é perceptível na análise do disposto no inciso V do §1º do artigo 489 do CPC de 2015, o qual

¹⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e Teorias Discursivas. 5.ed. Livraria Saraiva, 2011, p. 70.

¹⁷⁸ GARCIA, Thaís Aurélio. O dever de fundamentação da sentença como controle da aplicação dos precedentes judiciais. **R. Defensoria Públ. União Brasília**, Brasília, DF, n. 9, p. 1-504 jan/dez, 2016, Disponível em <http://www.dpu.def.br/images/esdpu/revista/revista9/Artigo_3.pdf>. Acesso em: 30 de maio 2018. p. 31.

dispõe que “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial [...] que [...] não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”, o que indica, novamente, a necessidade de fundamentação que relacione o caso concreto proposto aos conceitos do precedente relacionado.

Abaixo, visando compreender na prática o tema proposto pelo presente trabalho, transcrevo decisão do Supremo Tribunal Federal que, além de possuir enfoque, reforça a problemática aqui apresentada, vejamos:

EMENTA: INGRESSO NA CARREIRA DA MAGISTRATURA. ART. 93, I, CRFB. EC 45/2004. TRIÊNIO DE ATIVIDADE JURÍDICA PRIVATIVA DE BACHAREL EM DIREITO. REQUISITO DE EXPERIMENTAÇÃO PROFISSIONAL. MOMENTO DA COMPROVAÇÃO. INSCRIÇÃO DEFINITIVA. CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA. ADI 3.460. **REAFIRMAÇÃO DO PRECEDENTE PELA SUPREMA CORTE. PAPEL DA CORTE DE VÉRTICE. UNIDADE E ESTABILIDADE DO DIREITO. VINCULAÇÃO AOS SEUS PRECEDENTES. STARE DECISIS. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA ISONOMIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DE SUPERAÇÃO TOTAL (OVERRULING) DO PRECEDENTE.** 1. A exigência de comprovação, no momento da inscrição definitiva (e não na posse), do triênio de atividade jurídica privativa de bacharel em Direito como condição de ingresso nas carreiras da magistratura e do ministério público (arts. 93, I e 129, §3º, CRFB - na redação da Emenda Constitucional n. 45/2004) foi declarada constitucional pelo STF na ADI 3.460. 2. **Mantidas as premissas fáticas e normativas que nortearam aquele julgamento**, reafirmam-se as conclusões (ratio decidendi) da Corte na referida ação declaratória. 3. **O papel de Corte de Vértice do Supremo Tribunal Federal impõe-lhe dar unidade ao direito e estabilidade aos seus precedentes.** 4. **Conclusão corroborada pelo Novo Código de Processo Civil, especialmente em seu artigo 926, que ratifica a adoção – por nosso sistema – da regra do stare decisis, que “densifica a segurança jurídica e promove a liberdade e a igualdade em uma ordem jurídica que se serve de uma perspectiva lógico-argumentativa da interpretação”.** (MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016). 5. **A vinculação vertical e horizontal decorrente do stare decisis relaciona-se umbilicalmente à segurança jurídica, que “impõe imediatamente a imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo, mediante a formação e o respeito aos precedentes como meio geral para obtenção da tutela dos direitos”.** (MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: Revista do Tribunais, 2013). 6. Igualmente, a regra do stare decisis ou da vinculação aos precedentes judiciais “é uma decorrência do próprio princípio da igualdade: **onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões**, salvo se houver uma justificativa para a mudança de orientação, a ser devidamente objeto de mais severa fundamentação. Daí se dizer que os precedentes possuem uma força presumida ou subsidiária. ” (ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiro, 2011). 7. Nessa perspectiva, a superação total de precedente da Suprema Corte **depende de demonstração de circunstâncias (fáticas e jurídicas) que indiquem que a continuidade de sua aplicação implicam ou implicarão inconstitucionalidade.** 8. A

inocorrência desses fatores conduz, inexoravelmente, à manutenção do precedente já firmado. 9. Tese reafirmada: “é constitucional a regra que exige a comprovação do triênio de atividade jurídica privativa de bacharel em Direito no momento da inscrição definitiva”. 10. Recurso extraordinário desprovido.¹⁷⁹(grifei).

O julgado na sistemática de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, assentou a seguinte tese: “A comprovação do triênio de atividade jurídica exigida para o ingresso no cargo de juiz substituto, nos termos do inciso I do art. 93 da Constituição Federal, deve ocorrer no momento da inscrição definitiva no concurso público”.

Ao observar-se os votos no geral, não se mostra, conforme ressaltaram Torrano e Streck¹⁸⁰, no voto-vencedor, proferido pelo ministro Edson Fachin, nenhum esforço hermenêutico quanto aos limites semânticos suportados pela regra jurídica que, a princípio, estava em discussão, pois o ministro limitou-se a esclarecer que o “exato alcance interpretativo” já foi debatido pelo STF há dez anos, e, baseando-se nos ditames da segurança jurídica, da isonomia, e da previsibilidade, não justificaria a modificação da tese outrora firmada, já que não sobrevieram, em suas palavras, “alterações fáticas ou normativas para tanto”.

Se lermos tal voto com um olhar retrógrado e estático, baseado apenas na estabilidade da utilização dos precedentes, podemos exaltá-lo sob argumentos de valorização da história institucional do Supremo Tribunal Federal, o que manteria, também, custe o que custar, erros judiciais pretéritos, por mais inconstitucionais ou ilegais que sejam. Todavia, não é isso que pretende o art. 926 do CPC, pois a estabilidade não pode sobrepor-se à integridade.

Por tal motivo os subsídios dispostos na legislação processual devem ser levados a sério e devidamente utilizados – seja para segui-los ou superá-los. Em contrapartida, ao estudar o voto do ministro Luiz Fux, relator vencido, percebe-se que, embora esclarecendo a existência de entendimento diverso anterior, argumentou, hermeneuticamente, que o mérito do que fora decidido não retratava a melhor interpretação, dialogando com os votos vencidos do referido julgado, bem

¹⁷⁹ BRASIL, Recurso Extraordinário n. 655.265, de 13 de abril de 2016. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, DF, 13 abri 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11465268>> Acesso em 30 maio 2018.

¹⁸⁰ TORRANO, Bruno; STRECK, Lenio Luis. In **Precedente não é critério máximo para justificar raciocínio judicial**, Consultor Jurídico, 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-set-26/precedente-nao-criterio-maximo-justificar-raciocinio-judicial>> Acesso em 30 maio 2018.

como com julgamentos mais antigos do STF que privilegiaram o momento da posse, e não da inscrição definitiva, com, indubitavelmente, maior carga argumentativa que o voto-vencedor.

Assim, conclui-se a exploração da decisão, reproduzindo-se a análise dos doutrinadores, ao afirmarem que

[...] corremos sério risco de arruinar o Estado do Direito pela institucionalização jurisprudencial de um realismo jurídico “à brasileira”, dedicado a proclamar a verdade de proposições jurídicas pela mera referência ao fato de terem sido proferidas por órgãos do Poder Judiciário (“O direito é aquilo que os Tribunais dizem que o direito é”), e não à luz de normas jurídicas previamente elaboradas pelo Poder Legislativo. [...] É a tese de que um “precedente” vale por sua autoridade e não por seu conteúdo.¹⁸¹

O voto-vencedor ressalta o pensamento de maior parte da doutrina atual ao comentar o tema precedentes pós código processual preponderando as decisões passadas, por mais equivocadas que sejam, sobre as demais normas, inclusive as constitucionais. Ainda, ao observar os votos evidencia-se e reitera-se a importância da motivação/argumentação, a qual possibilita o controle democrático da atividade jurisdicional, demonstrando as escolhas do magistrado e seu porquê, possibilitando a compreensão da sentença, a fim de que as decisões se tornem aceitáveis, não só para as partes, mas para a própria sociedade.

Eventuais erros e falhas na conduta do juiz somente serão individualizados e, conseqüentemente, possibilitam uma responsabilização do magistrado - em caso, p.ex. de ato arbitrário - se o julgamento for devidamente motivado. Por conta disso, é mister o cuidado com soluções de generalização dos casos que, por pecarem pela ausência da imprescindível e adequada fundamentação, resultam em autêntica aberração processual.

Quando se aplica uma precedente ou súmula como argumento da decisão, o que se adota é a tese jurídica incutida naquele item referenciado e a relação de compatibilidade com o caso concreto deve ser lucidamente inferida da fundamentação da decisão.¹⁸² Desse modo, reforça-se que o estudo dos provimentos vinculantes e a forma como foram instituídos na legislação vigente demonstram que a operação com precedentes não comporta uma atuação mecânica

¹⁸¹ Ibidem.

¹⁸² GARCIA, Thaís Aurélia. Op. cit., p. 33

e automática do juiz, tampouco prescinde de uma sofisticada atuação interpretativa.¹⁸³

Assim, encaminhando-me para a conclusão do estudo, de fácil percepção que a utilização dos precedentes, bem como dos subsídios relacionados, demonstram a necessidade de uma atuação refinada do magistrado, com uma compreensão efetiva, permitindo a antecipação de sentido, dentro do círculo, local em que a interpretação ocorrerá como um processo único, através de uma práxis intersubjetiva que o fará respeitar a tradição e o caso (que é sempre novo) que se lhe apresenta – retoma-se a possibilidade comentada no item 2.3 deste trabalho.

Não se pode, portanto, ter por preceito que os precedentes vieram para agilizar e facilitar a atuação dos magistrados, com uma resolução de grande quantidade de demandas - sob o viés quantitativo do sistema capitalista - por meio de uma atuação subsuntiva-dedutiva, que supervaloriza o método, através de uma interpretação malfeita e visando a satisfação das partes através de uma sentença que declara direitos – características positivistas.

O positivismo aposta na discricionariedade porque o paradigma filosófico sob o qual está assentado não apresenta solução satisfatória para a questão sem resolução referente a dicotomia razão teórica-razão prática. Assim, apostam na teórica (respostas antes das perguntas), relegando a prática a segundo plano, admitindo múltiplas respostas, o que não pode se manter após a recepção da hermenêutica filosófica no direito.

Isso porque,

[...] à luz da hermenêutica (filosófica), é possível dizer que existem verdades hermenêuticas. A multiplicidade de respostas é característica não da hermenêutica, e, sim, do positivismo. Ou seja, é possível dizer, sim, que uma interpretação é correta, e a outra é incorreta [...]¹⁸⁴

Desse modo, não se pode permanecer inerte vendo os precedentes tornarem-se uma ferramenta de caráter anti-hermenêutico, que se afirma apenas como elemento vinculante formal das decisões por uma razão de autoridade, sem uma argumentação jurídica sistematizante que busca assegurar a consistência interpretativa na variação fática criada por novos casos.

¹⁸³ MELLO, PatriciaPerone Campos; BARROSO, Luis Roberto. Op. Cit, p. 32.

¹⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito**. *Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito*. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v.1, n.1, 2009, p. 70.

Aqui, apresenta-se e, simultaneamente, resolve-se o tema central do trabalho: a legitimidade da utilização de provimentos judiciais vinculantes e a necessidade de instituição da tese de resposta correta apenas serão efetivamente atingidas, por meio de uma teoria da decisão judicial, que de uma vez por todas, reconheça a Filosofia no Processo, a necessária construção hermenêutica do Direito e a atuação pautada em princípios constitucionais.

Por tal motivo insiste-se na Filosofia no Direito, tão bem construída por Lenio, a qual evidencia o caráter hermenêutico assumido pelo Direito na atualidade, visando resolver de maneira autêntica problemas práticos, pensando o Direito como efetivo e legítimo lugar da concretização justa de direitos. Acentua-se que o problema da metodologia do direito, com a necessidade de encontrar uma resposta adequada a Constituição, passa a ser um problema de democracia.

É preciso, para terminar, sublinhar que o processo não mais se legitima mediante os velhos princípios do direito processual civil do século XX, sendo hoje necessário garantir a igualdade perante as decisões judiciais e resultados justos, compreendidos como decisões que afirmem o verdadeiro sentido dos direitos fundamentais.¹⁸⁵

Desse modo, de forma a respeitar a real intenção do legislador, em coroação à previsibilidade e a promoção da justiça adequada, em busca de uma decisão que concretize o que Dworkin denomina de resposta correta¹⁸⁶, reitera-se que fatores como o respeito ao caso concreto, à correta interpretação, à reflexão intersubjetiva e a verdade hermenêutica (filosófica) ganharão sobrepeso.

Indubitável que apenas o sistema que privilegia os precedentes pode garantir a coerência do direito, a previsibilidade e a igualdade¹⁸⁷ e, de forma alguma, o presente trabalho visa uma crítica da previsão legal do código processual que os valoriza. Critica-se a manutenção do pensamento retrógrado e aplicação ilegítima de doutrinadores e magistrados, que tornam tal evolução uma arma contra sedimentação de uma jurisdição democratizada.

¹⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. In Conferência proferida no Congresso de Direito Processual, 2010, Instituto dos Advogados do Paraná. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2016/08/Confer%C3%Aancia_IAP2.pdf>. Acesso em: 30 maio 2018, p. 5.

¹⁸⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 293.

¹⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 3.

Dentro de um viés positivista, o precedente assumirá, inevitavelmente, a natureza de um princípio normativo formal que por si só reivindica um tipo de autoridade retórica, mesmo que esvaziado de conteúdo material, perdendo todo seu sentido. Assim, a valorização da cultura dos precedentes judiciais só estará voltada à concretização de garantias fundamentais se implicar também em uma mudança substancial de racionalidade jurisdicional, isto é, de que maneira são formulados os critérios epistemológicos para a fundamentação das decisões judiciais¹⁸⁸.

Portanto, caso não se leve os precedentes judiciais a sério – o que inclui sua compreensão e aplicação com base em uma Filosofia no Direito – continuar-se-á impedindo a concretização das garantias de um Estado Democrático de Direito, abrindo brechas para manutenção de um Judiciário que atua de maneira discricionária e injusta, afastando-se, cada vez mais, da necessária instituição da tese da resposta correta em nossa jurisdição processual.

¹⁸⁸ COSTA, Renan Sampaio. Op. cit., p. 22.

4 CONCLUSÃO

A pretensão de afastar as obscuridades do sistema jurídico e de codificação está presente nos países de tradição ocidental desde o período romano, diante da ordinariedade e do dogmatismo procedimental, com uma jurisdição eminentemente declaratória e com o conseqüente afastamento do caso concreto, características que foram sedimentadas na modernidade, no racionalismo.

Isso porque a Revolução Francesa, supervalorizando os pressupostos de igualdade e liberdade, colocou a segurança jurídica como valor indispensável das decisões judiciais, fato que apenas seria concretizado com a submissão do magistrado a uma legislação (Montesquieu) que tentasse prever a maioria das possibilidades. Assim, evidenciou-se a extrema limitação de o juiz interpretar a lei, base da tese positivista do século XVIII.

Tentou-se de todas as formas, e visando a neutralidade do Direito, blindar o magistrado de qualquer atividade criativa e arbitrária. Todavia, tendo em vista a impossibilidade de a legislação abarcar todas as possibilidades fáticas – “casos difíceis” - em contrapartida ao pretendido, intensificou-se a aposta no subjetivismo judicial, principalmente com o florir do Estado Social e, posteriormente do Estado Democrático de Direito, os quais preveem um rol amplo de direitos fundamentais aos cidadãos.

Assim, evidente a insuficiência de tal proposta, diante da perceptível impossibilidade de uma atuação desprovida de elementos que ultrapassam o contido na legislação, a qual não acompanha a diversidade de demandas e anseios sociais a serem resolvidos. Pelo contrário, a opção pela restrição interpretativa e a ideologia do método subsuntivo-dedutivo fez com que a insegurança permeasse a jurisdição, diante das diversas e diárias decisões divergentes proferidas para casos análogos tendo em vista a variedade das interpretações – inevitáveis – da lei.

Desse modo, a busca pela segurança sempre supervalorizou a aposta no método, que sobreleva a filosofia da consciência e proporciona múltiplas respostas ao caso concreto proposto. Diante do exposto, inquestionável, na tentativa de superação dessa visão, a necessidade de compreendermos e conglomerarmos teses de autores que propõem uma quebra nesta realidade, afastando-se das teorias que apostam na discricionariedade (forte) do intérprete, bem como nas demais características inerentes ao positivismo jurídico.

Nesse contexto enfatiza-se a necessária abertura do Direito à Filosofia. Para tanto, acompanha-se Lenio Streck na sua proposta de pensar a Filosofia no Direito através da Filosofia Hermenêutica de Heidegger e pela Hermenêutica Filosófica de Gadamer. O autor evidencia a necessidade da interpretação, inexorável à prestação jurisdicional, a qual, todavia, deve atribuir sentido a partir do caso apresentado.

Resumidamente, Heidegger propõe o “compreender” para “interpretar” (porém não em separado), com a existência de uma abertura prévia para o mundo (pré-compreensão – Gadamer), tendo a linguagem como meio central e indissociável. Somando-se a isso, Dworkin propôs a tese da “única resposta correta” (dever fundamental do cidadão), a qual levaria em consideração a tradição e, simultaneamente, atualize-a, através de uma interpretação que construirá um sentido vinculado à história.

Dworkin propõe, então, a construção de um sistema coerente, com uma visão única e abrangente de justiça, apresentando o “Direito como integridade”, fundado em princípios. É seguindo tais preceitos que o Código de Processo Civil de 2015, gloriosamente, pressupõe um novo paradigma, distanciando-se, pelo menos teoricamente, do velho modelo e privilegiando a integridade do direito em detrimento do livre convencimento do juiz, buscando manter as decisões judiciais não só estáveis, mas íntegras e coerentes, através dos precedentes judiciais vinculativos.

Ora, é indiscutível que elementos de sistematização, estabilidade, coerência e integridade das decisões judiciais são essenciais para promover a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais. A integridade é encarada como uma garantia contra arbitrariedades e a coerência como garantia isonômica da aplicação principiológica - a qual, todavia, pode ser afastada em favor da primeira.

Ainda, tal instrumento traz celeridade para os processos, contribuindo para uma resolução em grande escala de demandas que discutem mesma relação fática – ideal quantitativo capitalista. Todavia, o grande risco de se atribuir efeitos vinculantes às decisões dos Tribunais Superiores é a definição prévia dos limites do sentido do texto, obstaculizando o necessário dever interpretativo, impedindo-se, assim, o aparecer da especificidade do caso concreto sob exame.

A decisão deve fazer parte do resultado do sistema – e não algo individualizado pelo magistrado - e a atuação do Poder Judiciário deve ser sempre compatível com a Constituição. O precedente deve ser uma decisão que, após minuciosa análise da jurisprudência, doutrina e caso concreto, servirá de parâmetro

para futuras deliberações de casos análogos, sendo fator essencial e decisivo ao tempo da interpretação e aplicação do direito para correto condicionamento à estrutura da argumentação jurídica.

Todavia, a prática vem mostrando que permanecem impregnadas no pensamento e na atuação dos magistrados as características supervalorizadas no racionalismo, a busca da certeza do direito, fato que, mesmo no século XXI, faz com que o vetor segurança sobreponha-se sobre o vetor justiça.

Assim, o modelo de decisão judicial mantém-se o mesmo, tornando-se necessário, de uma vez por todas, dar-se à hermenêutica sua devida valorização. Relativismos e verdades absolutas não cabem na hermenêutica. A “hermenêutica” que ainda muito se estuda, a qual supervaloriza métodos e divide a decisão judicial em etapas está refratária ao giro linguístico – ontológico. A hermenêutica que se propõe – de cariz filosófico - é a da facticidade, é filosófica, é condição de ser no mundo.

Se na metafísica clássica os sentidos estavam nas coisas, e na moderna na consciência, no século XX encontra-se na linguagem, que se torna condição de possibilidade, não estando mais a disposição do magistrado, e o sentido é construído na aplicação, a partir de pré-juízos, inexistindo, portanto, conceitos universais.

E essa deverá ser a visão na compreensão e na utilização dos precedentes vinculativos, pois não podemos desvincular a possibilidade de ver o direito de integridade apartado da filosofia hermenêutica, pois - se assim forem percebidos -, resultarão em conceitos universalizantes, respostas antes de perguntas, manutenção do método subsuntivo-dedutivo e afastamento definitivo da resposta correta.

A atuação dos magistrados não pode restringir-se à indicação e citação dos precedentes, abrindo portas para uma atuação arbitrária e repleta de uma interpretação relativista e positivista. Desse modo, o desenvolvimento da filosofia no processo desmistifica os processos de produção, interpretação e aplicação do direito, demonstrando a possibilidade - diante das noções de ser-no-mundo viabilizada pela linguagem – de uma jurisdição legítima e democrática.

Deve-se, assim, haver atribuição de sentido pelo intérprete e não reprodução, com atribuição de padrões ilegítimos e verdades absolutas. Sentido somente ocorre na situação concreta - conforme reiterado por Gadamer em sua obra Verdade e

método - e ele é atribuído a algo e não retirado de algo. Além disso, a interpretação deverá ser realizada de forma hermenêutica crítica, para que a atividade processual seja construída em cima de uma leitura constitucional, com a reconciliação da teoria com a prática através do giro ontológico operado por Heidegger, ocorrendo, simultaneamente, o deslocamento do solipsismo subjetivista para um contexto intersubjetivo de fundamentação.

Desse modo, o correto manuseio evidenciar-se-á através da fundamentação das decisões bem como da utilização dos instrumentos complementares aos precedentes previstos na legislação processual (distinção e superação) exigindo-se, para tanto - e em decorrência disso - uma responsabilidade política dos juízes, conforme reforça Dworkin em sua obra *Uma questão de princípio*. A relação entre teoria e prática deverá ser encarada de forma circular, com articulação unitária da pré-compreensão, compreensão e interpretação, colocando-se o caso concreto dentro da cadeia de integridade do direito.

Isso porque, nitidamente, prevalece o afastamento da singularidade do caso concreto, bem como o enfraquecimento da reflexão crítica, com a reprodução – em grande escala – até mesmo de decisões ilegítimas e permeadas de erros. A pretensão universalizante dos conceitos prévios faz com que os precedentes sejam percebidos como uma nova possibilidade de resolução célere das demandas, por meio de instrumentos que abarcam múltiplas hipóteses de aplicação de uma lei.

Ressalta-se, assim, que apenas na situação de aplicação, determina-se qual e como o precedente deve ser aplicado. Não há como se definir em abstrato, portanto, as situações em que determinado precedente será utilizado, pois não há certeza prévia que o direito possa garantir. Assim, a problemática maior, dando-se o merecido mérito a existência legal e valorização dos instrumentos vinculativos, não são os precedentes em si e sim a permanência de julgadores que desconhecem a compreensão por um viés hermenêutico filosófico.

Sem modificar o nosso modo de compreender o mundo, sem superar o esquema sujeito-objeto, sem superar a cultura retrógrada que não acompanhou os avanços da filosofia - e muito ainda predomina no imaginário dos juristas-, sem superar a discricionariedade positivista e sem a percepção de que grande parte das críticas existentes não apenas propuseram métodos que mantiveram, e cada vez mais forte, o subjetivismo judicial, não iremos avançar, mesmo diante da tentativa expressa na legislação processual.

Por tal motivo é que autores como Motta insistem na Filosofia no Direito, tão bem construída por Lenio, e que evidenciam o caráter hermenêutico assumido pelo Direito na atualidade, visando resolver de maneira autêntica problemas práticos, pensando o Direito como efetivo e legítimo lugar da concretização justa de direitos. Como já exposto, o problema da metodologia do direito, com a necessidade de encontrar uma resposta adequada a Constituição, passa a ser um problema de democracia.

Para tanto se conclui o presente trabalho ressaltando, definitivamente, a necessidade da valorização da intersubjetividade, do mundo prático, da efetiva compreensão e interpretação, do real papel da Constituição no atual Estado Democrático de Direito, para, só assim, por exemplo, a partir de uma utilização legítima dos provimentos judiciais vinculantes dispostos na legislação processual, instituir-se a tese da resposta correta, a fim de sustentar a sedimentação de uma jurisdição democratizada.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Fraco. **Recursos Extraordinários no STF e no STJ: conflito de interesses público e privado**. Curitiba: Juruá, 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, v.1, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Atlas. 2016.

CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in) certeza do direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CASSIRER, Ernst. **A filosofia do iluminismo**. Tradução de Álvaro Cabral. Campinas: Ed. Unicamp, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, v. 1. Campinas: Bookseller, 1998.

COSTA, Renan Sampaio. **A repercussão hermenêutica dos precedentes judiciais: a racionalidade positivista como obstáculo epistemológico**. Disponível em: <<https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/4377/1/A%20repercuss%C3%A3o%20hermen%C3%AAutica%20dos%20precedentes%202016.pdf>>. Acesso 30 de maio 2018.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

_____; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela (v. II)**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

DMITRUK, Erika Juliana. O princípio da integridade como modelo de interpretação construtiva do direito em Ronald Dworkin. **Revista Jurídica da UniFil**, AnoIV –n. 4. Disponível em:< http://web.unifil.br/docs/juridica/04/Revista%20Juridica_04-11.pdf >. Acesso em: 30 de maio 2018.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Carlos Borges – São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Levando os Direitos a sério**. Editora Saraiva. 2010.

_____. **O Direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte americana**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FIX-ZAMUSIO, Hector. Preparacion, seleccion y nombramiento de losjueces. Revista de Processo, n.10, ano 3. **Revista dos Tribunais**, 1978.

GADAMER, Hans-Georf. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, Rio de Janeiro: Ed. Vozes, 1997.

_____. **El problema de laconciencia histórica**. Tradução para o espanhol de Augustin Domingo Moratalla. 2 ed, Madri: Ed. Tecnos, 2000.

GARCIA, Thaís Aurélia. O dever de fundamentação da sentença como controle da aplicação dos precedentes judiciais. **R. Defensoria Públ. União Brasília**, Brasília, DF, n. 9, p. 1-504 jan/dez, 2016. Disponível em <http://www.dpu.def.br/images/esdpu/revista/revista9/Artigo_3.pdf>. Acesso em: 30 de maio 2018.

GÜNTHER, Klaus. **Uma concepção normativa de coerência**: para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. Trad. Leonel Cesarino Pessôa. In: Cadernos de Filosofia Alemã, n. 6. São Paulo: Departamento de Filosofia da USP, 2000.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. Parte I. Petrópolis: Vozes, 1988.

ISAIA, Cristiano Becker. **A necessidade de uma compreensão hermenêutica e democrática do Direito Processual Civil e o desvelar do caso concreto com a sentença liminar de mérito**: a jurisdição-processual herdada e a jurisdição-processual a ser desenhada por uma filosofia no processo. 2011, 345 páginas, Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, 2011.

_____. **Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica**: a metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em processo. Curitiba: Juruá, 2011.

_____. SALDANHA, Jania Maria Lopes. As influências do iluminismo-racionalista no direito processual civil. In XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza/CE. **Anais...**Fortaleza/CE, 2010.

_____. **Processo Civil e Hermenêutica**: os fundamentos do novo CPC e a necessidade de se falar em uma filosofia no processo. Curitiba: Juruá, 2017.

JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC**: Fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

JUNQUILHO, Taina Aguir. Precedentes e complexificação do sistema para a solução ideal do caso: uma análise do REsp nº 1467888/GO. **Revista Direito & Justiça Social**: Vila Velha, v. 1, n. 1, jan./jul. 2017. Disponível em: < <http://e-juridico.org/revistas/ojs-2.4.8/index.php/RDJS/article/view/18/6>>. Acesso em: 30 de maio 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARINONI, Daniel. **Precedentes obrigatórios**. In Conferência proferida no Congresso de Direito Processual, 2010, Instituto dos Advogados do Paraná. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2016/08/Confer%C3%A0ncia_IAP2.pdf>. Acesso em: 30 de maio 2018.

_____; et. al.. **Novo código de processo civil comentado**. 1.ed. São Paulo: RT, 2015.

_____. ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil volume 1** [livro eletrônico]. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: <<http://197.249.65.74:8080/biblioteca/bitstream/123456789/1017/1/1.%20PROCESSO%20CIVIL%20-%20MARINONE.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2018.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito Processual Civil Moderno**. 2.ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Patricia Perone Campos; BARROSO, Luis Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set, 2016. Disponível em: < <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/854/730>>. Acesso em: 30 maio 2018.

MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. Tradução para o espanhol de Eduardo L. Suárez. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2002.

_____; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America**. Stanford: Stanford University Press, 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fonte, 1996.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

_____. **Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico**. Tradução de Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial. Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2 ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

RODRÍGUEZ, Cezar. **La Decisión Judicial: el debate Hart-Dworkin**. Bogotá: Siglo Del Hombre, 1997.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Processo e Ideologia: O paradigma racionalista**. Editora Forense. 2004.

SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento Civil Romano**. Ejercicio y defensa de losderechos. Buenos Aires. Europa-América, 1954.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Hermenêutica, Constituição, Autonomia do Direito e o Direito Fundamental A Obter Respostas Adequadas (Corretas)**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Nº 25, Jul-Dez, 2007.

_____. **O que é isso – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e Teorias Discursivas**. 5.ed. Livraria Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, v. 1, n. 02, out. 2014.

_____. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**. Superando os diversos tipos de positivismo: porque hermenêutica é *applicatio*. v. 34.2, jul./dez, 2014. Disponível em: <
<http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1224/1188>>. Acesso em: 30 maio 2018.

_____. **Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito**. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v.1, n.1, 2009.

_____. **Hermenêutica (Jurídica)**: Compreendemos porque interpretarmos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir da Ontological Turn. In: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. São Leopoldo, 2003.

_____. **O que é isso – o precedente judicial e as súmulas vinculantes**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. **Revista de Informação Legislativa**, abr./jun. de 2015, v. 52, n. 206, p. 33-51, abr./jun. 2015, Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/512448>>. Acesso em: 30 de maio 2018.

STEIN, Ernildo. **Diferença e metafísica**: ensaios sobre a desconstrução. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

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

TORRANO, Bruno; STRECK, Lenio Luis. In **Precedente não é critério máximo para justificar raciocínio judicial**, Consultor Jurídico, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-26/precedente-nao-criterio-maximo-justificar-raciocinio-judicial>>. Acesso em: 30 de maio 2018.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org). **Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal**: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

WIEACKER, Frans. **História do direito privado moderno**. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.