

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

HERMENÊUTICA JURÍDICA

ENOQUE FEITOSA SOBREIRA FILHO

RUBENS BEÇAK

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

H531

Hermenêutica jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Enoque Feitosa Sobreira Filho, Rubens Beçak, Saulo De Oliveira Pinto Coelho – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-058-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Hermenêutica. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Apresentação

APRESENTAÇÃO

Dentro da afirmada tradição do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, na realização de seus Encontros e Congressos, a apresentação de trabalhos em Grupos com temáticas específicas resta consolidada.

O GT com a incumbência da discussão dos trabalhos ligados à subárea da Hermenêutica é um dos grupos mais tradicionais, afigurando-se como uma dos mais frequentados nos eventos e com número expressivo de trabalhos submetidos.

A qualidade dos trabalhos ali apresentados e os debates em excelente ambiente de cooperação científica têm permitido, certamente, perceber este GT como um daqueles em que a qualidade investigativa mais se evidencia.

Para além da discussão dos rumos da Pós-graduação em nosso país, a certeza de estarmos contribuindo para a afirmação desta entidade científica, muito nos alegra. A realização do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, em Aracaju, entre 3 e 6 de junho de 2015, com seu expressivo número de inscritos e trabalhos apresentados mais solidifica este rumo.

Ademais, a acertada decisão, desde alguns encontros, da edição em livro digital dos trabalhos apresentados e discutidos, possibilita que todos aqueles interessados no tema aproveitem este material e possam, com a leitura dos trabalhos aqui constantes, acrescentarem algo em suas próprias indagações, estudos e pesquisas.

Na presente edição do evento, o GT de Hermenêutica contou com trabalhos que expressam o caminho de maturidade que vem alcançando os debates em Hermenêutica Jurídica no país. Os trabalhos apresentados, se identificam pelo forte vínculo a referências teóricas - sem deixarem de ser críticos com respeito aos mesmos -, a partir dos quais problemas objetivos de hermenêutica jurídica, entendida como experiência da linguagem de jurisdição, foram debatidos.

Por meio de reflexões contextualizadas na permanente dialética de interpretar e aplicar, decidir e argumentar, elaborar e concretizar o Direito, matrizes já consolidadas da

Hermenêutica Contemporânea foram debatidas frente a questões atuais, como, por exemplo, o tema da reforma do Processo judicial brasileiro, impulsionada pelo advento do Novo Código de Processo Civil, que dominou alguns trabalhos e muitos profícuos debates, durante o GT.

Nesse quesito, tanto os textos como as discussões que se seguiram, pautaram-se pela percepção de potenciais transformações no pensamento jurídico brasileiro e sobretudo na práxis jurisdicional brasileira, em que temas como "substantive due process of Law", "overrule" e "distinguishment" já não são mais importações alienígenas descontextualizadas; ou diferenciações como "discursos de fundamentação" e "discursos justificação", ou "argumentação" e "decisão" não são mais, nem categorias desconhecidas, nem distinções absolutizadas.

O presente livro, ademais de retratar esse amadurecimento, reflete também a diversidade de referenciais teóricos com os quais trabalham os diferentes pesquisadores dedicados à Hermenêutica Jurídica em nosso país. Tal diversidade não está livre de marcar-se por disputas paradigmáticas ou de linguagem. Mas fica claro, dos textos que aqui seguem e dos debates que presenciamos e coordenamos na apresentação dos trabalhos, que estamos aprendendo, como membros de uma coletividade que se quer inserida em uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, a respeitar o outro e realizar a experiência da pluralidade, que pressupõe a capacidade de saber ouvir com alteridade e com animus de mundo em perspectiva de devenir.

Os Coordenadores

COERÊNCIA E INTEGRIDADE NO PROCESSO JURISDICIONAL DEMOCRÁTICO

COHERENCE AND INTEGRITY IN THE JUDICIAL PROCESS DEMOCRATIC

Marcelo Cacinotti Costa
Vinicius de Melo Lima

Resumo

Este artigo tem o propósito de abordar as exigências de coerência e integridade no processo jurisdicional democrático, com ênfase para o novo Código de Processo Civil, em face do direito de todo o cidadão à adequada prestação jurisdicional do Estado. A análise desse aspecto passa pela pergunta: que papel a coerência e a integridade jogam na produção de decisões jurídicas democráticas, mormente no direito fundamental à prestação jurisdicional adequada ao caso concreto? O estudo em tela, tomando como referencial teórico a Teoria Integrativa do Direito, de Ronald Dworkin, a Hermenêutica Ontológico-Existencial (Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer), à luz da filtragem da Crítica Hermenêutica do Direito, de Lenio Streck, procura assinalar a relevância da singularidade do caso concreto como valioso elemento hermenêutico, tendo em conta as exigências de coerência e de integridade na decisão judicial.

Palavras-chave: Coerência e integridade, Decisão jurídica democrática, Hermenêutica filosófica, Direito fundamental à prestação jurisdicional adequada.

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to address the requirements of coherence and integrity in the democratic judicial process, with emphasis on the new Code of Civil Procedure, given the right of every citizen the proper adjudication of the state. The analysis of this aspect involves the question: what role the coherence and integrity play in the production of democratic legal decisions, especially in the fundamental right to adequate legal provision to this case? The study on screen, taking the perspective that Integrative Theory of Law, Ronald Dworkin, hermeneutics Ontological-Existential (Martin Heidegger and Hans-Georg Gadamer), the light filtering of Hermeneutics of law Criticism of Lenio Streck, tries to signal the relevance of the uniqueness of the case as valuable hermeneutic element, taking into account the requirements of coherence and integrity in the judicial decision.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Coherence and integrity, Democratic legal decision, Philosophical hermeneutics, Fundamental right to proper adjudication.

INTRODUÇÃO

Em tempos de crise do estado d'arte do Direito, principalmente pelo constante crescimento das demandas judiciais e o intenso volume de processos que são submetidos a julgamento perante o Poder Judiciário em curto espaço de tempo, aliado à ocorrência de inúmeras reformas no contexto processual vigente, o debate sobre como os juízes decidem os casos tornou-se fundamental no estudo da hermenêutica e da teoria do Direito.

Com efeito, o protagonismo judicial e a *jurisprudência lotérica* apostam em um paradigma alicerçado na filosofia da consciência, ou seja, é dado ao juiz decidir livremente as causas a ele submetidas de acordo com o seu livre convencimento motivado. Tal situação promove, não raras vezes, a abstrativização da prestação jurisdicional, cingindo o julgador à transcrição literal de enunciado de súmula ou texto de lei sem uma reflexão crítica acerca da pertinência e da vinculação temática ao debate travado nos autos.

Do liberalismo ao instrumentalismo processual, houve uma nítida mudança no polo de tensão – das partes para o julgador -, sendo que, na atual quadra da história, o paradigma ético-democrático desloca da jurisdição para o processo as condições para a democracia e a construção de decisões jurídicas em consonância com o Direito e a partir do Direito. Como lembra Ferrajoli, na esteira do constitucionalismo garantista, a democracia se constrói através do Direito¹.

Nesse ínterim, o órgão jurisdicional que desconsidera a singularidade do caso concreto na prestação jurisdicional e, dessa forma, manifesta-se exclusivamente a partir da orientação dos “Tribunais Superiores”, por meio de súmulas vinculantes ou súmulas impeditivas de recursos, se constitui por um sentido inautêntico que pode estar contribuindo para a massificação do pensamento jurídico, ou seja, gerando consequências negativas no que se refere à transcendência do direito e, principalmente, restringindo o amplo acesso à justiça pelo déficit da jurisdição prestada.

Daí se depreende a necessidade de se imprimir rumo à seguinte inquietação: que papel a coerência e a integridade jogam na produção de decisões jurídicas democráticas, mormente no direito fundamental à prestação jurisdicional adequada ao caso concreto?

¹ FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista”. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. (Org.) Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck e André Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 21 e ss.

A primeira parte do estudo volta-se ao estudo do processo jurisdicional e da democracia, secundada pelo contributo do *ser-com* de Heidegger para a compreensão, na sequência, do lugar da coerência e da integridade na superação do problema da abstrativização da prestação jurisdicional.

Das reformas processuais ao novo Código de Processo Civil, debate-se a temática da singularidade do caso concreto como elemento hermenêutico fundamental para a produção de decisões jurídicas democráticas, dentro da concepção de “efetividade qualitativa” (e não meramente quantitativa).

1. PROCESSO JURISDICIONAL E DEMOCRACIA

Quando se fala em jurisdição se está falando na atuação do Estado diante de relações eminentemente privadas, dando o nítido sentido de que não é dado às pessoas obterem, por força própria, o bem da vida pretendido (vedação da autotutela, permitida tão-somente em casos excepcionais). Ora, a jurisdição tem o sentido próprio do poder do Estado (Poder Judiciário) como o único legitimado a resolver os litígios sociais (princípio do juiz natural e princípio da investidura), ou seja, trazer a paz social ao enfrentar a lide posta (princípio da inércia), independentemente de qualquer interferência externa ao direito (princípio da independência).

Ainda, não é dado ao juiz, sob pena de nulidade, possuir qualquer interesse pessoal no litígio (princípio da imparcialidade), muito menos alegar desconhecimento da lei² ou inviabilizar ao cidadão o adequado acesso à jurisdição (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e princípio da indeclinabilidade), nos moldes do que dispõe o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República.

Portanto, não resta dúvida de que o jurisdicionado tem o direito fundamental a uma prestação jurisdicional adequada, e tal passa pela aplicação das disposições constitucionais de amplo acesso à justiça e, principalmente, pela atuação imparcial do Estado-Juiz.

A abordagem do processo, como instrumento da cidadania e do Estado Democrático de Direito, não deve ser confundida com a repriminção de teorias instrumentais de natureza

² Vedação do *non liquet*, art. 126 do Código de Processo Civil: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

realista e subjetivista incompatíveis com a democracia, como de há muito sustenta Lenio Streck³.

Nesse contexto, não pode haver uma colagem artificializada de fundamento (como se tivéssemos um conjunto de fundamentos para lançar mão no ato de julgar), pois imprescindível ao ato judicial a contextualizando do caso concreto às regras do jogo, ou seja, deixar que o texto nos diga algo enquanto algo.

Daí a crítica de Streck, ao que denominou de *Crítica Hermenêutica do Direito*⁴, onde denuncia, dentre outras coisas, a prática de fundamentação de decisões em precedentes pouco ou nada aplicáveis ao caso, como se verifica na seguinte passagem: (...) *a fundamentação de decisões (pareceres, acórdãos, etc.) a partir de ementas jurisprudenciais sem contexto e verbetes proto-lexicográficos apenas reafirma o caráter positivista da interpretação jurídica, pois esconde a singularidade dos ‘casos concretos’ (...)*⁵.

Portanto, a partir da perspectiva de Heidegger sobre o *ser-com*, como característica apontada por ele como sendo um elemento do existencial humano, realizar uma crítica à atuação judicial que se distancia do caso e concreto e impede que o jurisdicionado receba uma jurisdição adequada à sua singularidade própria.

2. O *SER-COM* HEIDEGGERIANO E O DIREITO

Quando se fala sobre decisões judiciais distanciadas dos seus destinatários, dissociadas da facticidade, e alia-se a isto uma veemente crítica no sentido de que tais posicionamentos, baseados em citações como: “*adoto, pois, como razões de decidir...*”, “*conforme o*

³ No âmbito do processo civil, por exemplo, temos uma explicação privilegiada de como essa mescla acrítica de tradições pode levar a resultados perigosos para formatação de nossa arquitetura democrática. Com efeito, o predomínio das vertentes instrumentalistas do processo no campo da teoria processual produziu um tipo intrigante de sincretismo de tradições. A ideia de que o processo é um instrumento teleológico cujo fim é determinado a partir de escopos políticos, sociais e jurídicos encarrega a jurisdição de – solipsisticamente – levá-los à realização. Há algo de intrigante nisso, uma vez que, pela lente da referida corrente teórica, o processo não é um fim em si mesmo, mas apenas um meio para a realização plena do direito material. Ocorre que, quem realiza plenamente o direito material é o juiz, considerado pelos instrumentalistas como “o canal de captação e tradução dos valores que a sociedade em seu tempo produz”. Dizem eles que isso deve ser assim porque “o processo não pode retroceder em sua cientificidade”. Ainda para essa corrente, o processo não pode voltar ao sincretismo metodológico que o caracterizava em sua primeira fase, nos albores da pandectística germânica, mas deve ser o processo público que tem lugar com o Estado Social. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 30.

⁴ A obra de Lenio Streck se distingue no direito brasileiro pela importante transposição que realiza da hermenêutica filosófica (Gadamer) e da filosofia hermenêutica (Heidegger) para o direito.

⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.422.

posicionamento...” se caracterizam pelo que Heidegger denominou de *impessoal*, agir impróprio ou inautêntico.

Apenas como caráter propedêutico, importante que se diga que o agir impessoal é uma característica humana que se relaciona constantemente com as pessoas e compõe o viver cotidiano de todos. Ou seja, toda a vez que se relaciona com algo ou alguém, há fatalmente a interpretação, incorrendo na determinação do que se mira e, assim, no mesmo instante a apreensão ou entificação⁶.

O importante da definição heideggeriana sobre o *impessoal* está em identificar que o agir humano se forma a partir da *decaída*; entretanto, sua visão de alcance também se destina a denunciar formas de vida totalmente dominadas pelo agir impessoal, o que para ele, se caracteriza como uma forma de vida inautêntica.

Nesse sentido, é exigível que cada órgão judicial assuma a sua condição frente à efetiva jurisdição, necessário que o juiz possibilite que o texto legal lhe diga algo, a partir das condições concretas que lhe são apresentadas. Como *ser autêntico*, parafraseando Heidegger, o juiz deve ser capaz de proferir uma decisão com responsabilidade, pois o agir impróprio traz ao intérprete a cômoda sensação de *(ir)responsabilidade*⁷.

Hans-Georg Gadamer traz a hermenêutica filosófica como alternativa hermenêutica questão do sentido ligado à compreensão do mundo vivido. O mundo vivido ligado à substância (Hegel), que significa a história enquanto tradição. Ou seja, ele dirá que em toda a subjetividade existe uma dimensão de historicidade de sentido que deve ser interpretada, mas não pode ser inteiramente apropriada. Daí a universalidade da hermenêutica, não como um fim último, mas como o propósito de descerrar o não explorado, as condições prévias (historicidade) que o compreender traz para o conhecimento.

O objeto e o intérprete estão ligados por um contexto de tradição. Na interpretação, como diz Lenio Streck, “não somos uma folha em branco”. Como consciência do tempo, a

⁶ Entificação é o processo decorrente de todo tipo de definição das coisas que se encontram no mundo passíveis de atribuição de sentido. Portanto, ao interpretar uma lei a um determinado caso, está-se entificando a aplicação deste instituto legal ao caso específico. Isso não quer dizer, hermeneuticamente falando, que todos os demais casos análogos serão interpretados daquela mesma maneira.

⁷ Irresponsabilidade no sentido de não ser ele o responsável por este ou aquele entendimento, decide a partir da interpretação já realizada por outrem, muitas vezes realizada por tribunais superiores ou por outras fontes igualmente reconhecidas.

consciência histórica⁸ é o tempo de acolhimento de heranças do passado e da abertura para as incertezas do futuro. Assim, a identidade própria só ocorrerá no tempo histórico, o que significa a aceitação de um horizonte que nos chega de outras vidas (senso histórico que é a própria razão humana). A historicidade da compreensão, portanto, é uma concepção complexa derivada de, pelos menos, duas premissas fundamentais: singularidade histórica; e a não superação da localidade dos compromissos epistêmicos e práticos (contexto da significatividade).

A posição do intérprete não é fixa, não há posição neutra, pois a interrogação ou o entendimento acontece (na linguagem), já que o local de interpretação é por si só o efeito do passado sobre o presente (consciência histórica efectual⁹). A soberania do sujeito é fictícia, pois o intérprete é pouco mais que o efeito da tradição ao invés de sujeito controlador. Assim, os pré-conceitos jamais poderão ser postos no mesmo nível da consciência, simplesmente porque eles são a condição da consciência. Quando alguém lê um texto, o horizonte do texto se mistura com o horizonte do leitor de tal forma que ele será afetado pelo encontro com o texto (tensão entre texto e presente – em constante mutação).

Na linguagem, como condição de possibilidade, não existe ponto algum fora da linguagem do qual poderíamos testá-la. *Quando penso em pensar eu já pensei!* Todos os aspectos da vida têm uma estrutura hermenêutica e que tal estrutura é basicamente hermenêutica. “O ser que pode ser entendido é linguagem (Gadamer, VM, p. 474)”¹⁰.

Não é a subjetividade humana a controladora do significado linguístico. Produto dialógico, tradição (encontramo-nos sempre inseridos na tradição); Pré-compreensão (é preciso que o texto se deixe mostrar, dizendo alguma coisa ao intérprete, pois ambos têm seus próprios horizontes e pré-conceitos – autênticos e inautênticos¹¹); Fusão de horizontes; *Applicatio*, não há como separar compreensão e interpretação. Antes de julgar, fundamentar o juiz já pré-compreendeu, havendo um processo hermenêutico único. O texto jurídico não

⁸ A consciência histórica é facilmente verificada no Direito, principalmente quando se está diante de uma lei vigente, mas que, pelas modificações sociais, não mais se justifica em sua totalidade, um exemplo é o Decreto-Lei nº 3.688/1941 e seus artigos 58 e 59, que trata do jogo do bicho e vadiagem, respectivamente.

⁹ Hans-Georg Gadamer dissipa a ideia ortodoxa da consciência é reflexão totalmente em controle de si mesma. Ele concebe a consciência como sendo ativa e reativa. O que Gadamer tem em mente é que a posição do intérprete ou daquele que procura entender não é fixa, contrariando o que a ciência considera que o observador seja.

¹⁰ LAWN, Chris. **Compreender Gadamer**. Tradução de Hélio Magri Filho. 2ªed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2010, p.92.

¹¹ Reconhecer a morte (finitude) é a mais autêntica das condutas (responsabilidade – o ser-humano se sente responsável por sua existência); negá-la é a mais inautêntica, isso porque ninguém pode substituir o humano e inevitável.

existe sem a norma, o texto não existe na sua “*textitude*”, norma não pode ser vista, ela apenas existe no sentido (texto), por isso que na desconsideração disso, sempre “sobra a realidade” (fato é norma e norma é fato). “Eu não posso atravessar o abismo da interpretação e depois voltar para construir a ponte no lugar por onde eu já passei”¹².

O essencial em Gadamer está na ideia de que o intérprete e o objeto de interpretação estão ligados por um contexto de tradição, o que implica a existência prévia de uma compreensão do seu objeto quando o aborda, sendo, por isso, incapaz de começar com um espírito neutro. Assim, o fundamento é algo que necessita do rastro da história, não decorre da vontade do intérprete e não pode ser alocado a partir de medidas instrumentais adotadas, por exemplo, com o escopo de desafogar os fóruns ou impedir que tantos recursos sejam admitidos junto aos tribunais.

De fato, como sói acontecer, é corrente no meio judicial¹³ a prestação jurisdicional limitada e voltada para o encobrimento, já que há o predomínio moderno do viés dogmático-racionalista e do senso comum dos juristas.

Heidegger indaga-se em *Ser e tempo* sobre a possibilidade de uma apreensão ontológica do ser-aí que contemple uma totalidade, um todo estrutural. Por isso, ao longo de toda a sua obra reflete sobre características ontológicas ou existenciais do ser-aí, como é o caso do agir impessoal que compõe o existir humano.

As diversas consequências que o *ser-no-mundo* pode receber, a partir das inúmeras possibilidades que são oferecidas por *estar-jogado-no-mundo* (o *Ser* é condição de possibilidade), é o que justifica o enorme valor da facticidade para qualquer ato interpretativo. O termo *desvelamento* do sentido remete à ideia de se estar a caminho de algum lugar, indo a uma determinada direção, como projeto em constante caminhar. Neste sentido, é possível orientar o intérprete em relação às suas decisões e para a “*possibilidade do agir próprio*”, condição a ser conquistada, uma vez que o ser-aí na cotidianidade existe no modo de ser da impessoalidade, ou seja, do *próprio-impessoal*¹⁴.

¹² Lenio Luiz Streck, anotações do seminário da disciplina de Hermenêutica, Interpretação, Direito e Linguagem, Programa de Pós-Graduação da Unisinos, doutorado 2012.

¹³ Daí a importância da análise do caso concreto, principalmente porque a concretude do mundo da vida não cabe nos códigos.

¹⁴ O esclarecimento do ser-no-mundo não ‘é’ e nunca é dado sem mundo. Da mesma maneira, também, de início, não é dado um eu isolado sem os outros. Se, pois, os ‘outros’ já estão co-presentes no ser-no-mundo, esta constatação fenomenal não deve considerar evidente e dispensada de uma investigação a estrutura *ontológica* do que assim é ‘dado’. HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte I, Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 167.

Do estudo do capítulo 4º da principal obra de Heidegger, *Ser e Tempo*, mais precisamente a partir do § 26, retira-se algumas considerações importantes para a compreensão da *fenomenologia social*¹⁵. Veja-se que o próprio título da obra de Heidegger se dispõe a abordar as questões ligadas a *co-presença dos outros* e o *ser com* vivendo no mundo na cotidianidade. Assim, a análise na fenomenologia dos acontecimentos sociais remete a pensar a forma de estruturação a partir do existencial “*ser-com*”, os desdobramentos do viver comunitário, as implicações na formação das relações sociais e na transcendência do direito.

O *ser-com-os-outros* cotidiano é o lugar do “público”, onde tudo é para todos indistintamente, onde somos como os outros são, fazendo aquilo que se faz, preocupamo-nos com o que “*a gente*” se preocupa. O *ser-com-os-outros* cotidiano é, portanto, o lugar do nivelamento ou uniformidade, onde tudo é de todos. Esse mundo habitual que é para todos, de todos e onde somos como todos. Por assim dizer, é o espaço que se configura como aquele que pertence à massificação e à mediocridade, ao qual acabamos, enfim, por pertencer e construir.

Heidegger quando aborda a palavra “*os outros*”¹⁶, ao contrário do que se pode imaginar, não se refere a todas as outras pessoas exceto a “mim mesmo”. A conotação heideggeriana de “*os outros*” são aqueles dos quais “*ninguém*” se diferencia propriamente e, entre os quais, também se está, mais ou menos quando nos deparamos com posicionamentos generalizantes¹⁷.

Neste aspecto, o filósofo alemão identifica perfeitamente o fenômeno que decorre do viver-com, de estar-no-mundo, cujas implicações não são outras senão as de proporcionar ao homem um “*prazer*” decorrente da acomodação e da incansável fuga da responsabilidade, que todas as pessoas, por natureza, acabam buscando até mesmo inconscientemente.

Para o homem médio é muito mais fácil se identificar com o geral, sair de casa vestindo alguma roupa, elaborar um texto, dizer determinadas palavras ou, até mesmo, prolatar uma sentença, se aquilo que se está externando já foi vestido por alguém, já foi escrito

¹⁵ Denominação da relação do homem com o mundo em sociedade.

¹⁶ Os “outros” não significa todo o resto dos demais além de mim, do qual o eu se isolaria. Os outros, ao contrário, são aqueles dos quais, na maior parte das vezes, ninguém se diferencia propriamente, entre os quais também se está. Esse estar também com os outros não possui o caráter ontológico de um ser simplesmente dado ‘em conjunto’ dentro de um mundo. O ‘com’ é uma determinação da presença. O ‘também’ significa a igualdade no ser enquanto ser-no-mundo que se ocupa dentro de uma circunvisão. ‘Com’ e ‘também’ devem ser entendidos existencialmente e não categorialmente. Na base desse ser-no-mundo determinado pelo com, o mundo é sempre o mundo compartilhado com os outros. O mundo da pre-sença é mundo compartilhado. O ser-em é ser-com os outros. O ser-em-si intramundano destes outros é co-presença. Idem, p. 169-170.

¹⁷ Posicionamento adotado pelo juiz quando se exime da responsabilidade de julgar adotando precedentes jurisprudenciais análogos que, no fundo, nenhuma relação há com o caso concreto objeto da decisão judicial.

por alguém, já foi dito por alguém ou julgado por alguém, pois, dessa forma, inconscientemente, se está ‘protegido’ (acomodado) pelo geral (impessoal ou “a gente”).

A formação social decorrente do agrupamento pré-determinado das pessoas irá determinar exatamente como manifesta Heidegger em sua obra ‘*todos nós... Ninguém*¹⁸’, merecendo uma melhor explicitação.¹⁹

Portanto, a *pre-sença*²⁰ se pode entender como aquela que decorre do próprio mundo, enquanto que a *co-presença*²¹ decorre dos outros, do “*ser-com*”, que vem ao encontro das formas mais variadas, seja no trabalho, em casa, mas que também poderá atingir de forma não tematizada. Ou seja: as coisas são apreendidas simplesmente por “estar em volta” – o outro vem ao encontro pelo *ser-com*.

Indo ainda mais além do que se pretende dizer com os fenômenos que decorrem do *estar-no-mundo*, mesmo o homem que decide deliberadamente se isolar, aquele que não mais pretende qualquer contato social ou com quem quer que seja, não deixa de *ser-com*²².

¹⁸ Solon Spanoudis ao comentar na introdução da obra **Todos nós... ninguém**, de Heidegger, assinala que “*sendo-no-mundo*” diz respeito às várias maneiras que o existir humano – o *Dasein* – está possibilitado a viver. “Mundo”, primordialmente, não é um espaço homogêneo onde se encontra tudo o que existe. Este ser “no” (ser “em”) significa, originalmente, familiaridade, o sentir-me confiante. O mundo, no qual o ser humano existe, é anterior ao mundo espacial, topográfico, interior. Assim, para Spanoudis, “*ser-no-mundo*” refere-se às múltiplas maneiras que o ser humano vive e pode viver. Os vários modos como ele se relaciona e atua com os entes que encontra e a ele se apresentam. *Ser-com-os-outros*, desta forma, é a característica fundamental e genuína, mais especificamente, o como me relaciono, atuo, sinto, penso, vivo com os meus semelhantes – o ser humano. HEIDEGGER, Martin. **Todos nós... Ninguém. Um Enfoque Fenomenológico do Social**. Apresentação, introdução, notas e epílogo Solon Spanoudis, tradução e comentários Dulce Mara Cristelli. São Paulo: Moraes, 1981.

¹⁹ O Modo básico do viver com os outros, no cotidiano, Heidegger chama o ‘man...’ no alemão, o ‘They’ no inglês, ou o ‘a gente’, o ‘todos’, numa linguagem mais significativa para nós: ‘a gente falou’, ‘a gente decidiu’, ‘a gente fez’. Este ‘a gente’, este ‘eles’, tem características próprias e constitui o ‘público’ ou a ‘opinião pública’ – que domina a maneira de viver com os outros. Na época atual, de consumo e tecnologia, a imposição de preferências da opinião pública através dos meios de divulgação tem forças irresistíveis. Cada vez mais a vida fica estruturada e dirigida pelas organizações supereficientes, onde o indivíduo fica disperso, protegido e acomodado no geral, onde é empurrado, compelido à uniformidade e mediocridade. Ninguém em particular é responsável, pois a responsabilidade recai sobre a organização, sobre seu representante que, sempre, pode ser substituído por outro a qualquer hora. O homem se torna apenas um número ou uma parcela desse modo superorganizado de viver. O ‘a gente’, o todos, é, para Heidegger, o ninguém. Isto não quer dizer que o ‘a gente’ se apresente como um vazio, ou que exclua o alguém; ao contrário, o ninguém encobre e acomoda a todos que dele participam, que estão perdidos de si mesmo ali, a todos a que se chama público ou as exigências do público. HEIDEGGER, Martin. **Todos nós... Ninguém. Um Enfoque Fenomenológico do Social**. Apresentação, introdução, notas e epílogo Solon Spanoudis, tradução e comentários Dulce Mara Cristelli. São Paulo: Moraes, 1981, p. 21.

²⁰ Pre-sença é o termo utilizado em *Ser e Tempo* na edição da Editora Vozes, tradutora Maria de Sá Cavalcante, o qual não se concorda por gerar um sentido limitador ao termo originalmente cunhado por Heidegger *Dasein*. Portanto, preferível a utilização do termo *estar-aí* ou *Dasein*, os quais dão sentido de antecipação e retomada, sempre em constante movimento e circularidade.

²¹ A co-presença segue a mesma linha acima explicitada, entretanto, com o sentido de ser/estar-aí-com (*Mitdasein*).

²² O ser-com determina existencialmente a pre-sença mesmo quando um outro não é, de fato, dado ou percebido. Mesmo o estar-só do ser-aí é ser-com no mundo. Somente num ser-com e para um ser-com é que o outro pode

Percebe-se assim, que o “*ser-com*” decorre do próprio existencial humano, e como tal, traz inúmeras consequências que produz aplicação decisiva na vida social das pessoas, principalmente com relação à formação do pensamento jurídico e social que ora se aborda.

A postura *imprópria*²³ trabalhada por Heidegger terá consequências negativas quando relacionada com atividades de relevância social em que os envolvidos e legitimados devem atuar e se posicionar de forma própria – notadamente sobressaia a relevância social da adequada prestação jurisdicional – dever legal do Estado e que contempla um agir positivo em prol da sociedade. Assim, a falta de clareza ou a própria desconsideração das particularidades próprias de cada pessoa ou de cada caso objeto da jurisdição, podem ser facilmente suprimidas ao se adotar um posicionamento “nivelado” de caráter universalizante²⁴.

Nesse contexto, Adalberto Narciso Hommerding, aborda o agir próprio ou impróprio nas decisões judiciais, a partir da perspectiva heideggeriana.²⁵ Na verdade, o que se quer alertar, também, é a maneira indiferente²⁶ que caracteriza a sociedade composta pelo agir massificado, onde não há mais a distinção das pessoas dotadas de singularidade própria, cada qual com seu rosto, características decorrentes de sua existência singular, pois o coletivismo exacerbado parece ter se instaurado para ficar.

De forma alegórica, não é incomum veiculações de atos criminosos e acontecimentos ilícitos todos os dias na mídia, muitas vezes com resposta popular violenta imediata,

faltar. O estar-só é um modo deficiente de ser-com e sua possibilidade é prova disso. HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 172.

²³ Imprópria porque perde a capacidade de ser próprio e de pensar a diferença.

²⁴ Daí a importância da autonomia do direito, capaz de separar o que é jurídico daquilo que decorre da opinião pública criada pela mídia um fenômeno típico da modernidade, suficiente, muitas vezes, para massificar aquilo que veicula e direciona com fins específicos (políticos, comerciais...).

²⁵ Por isso é que, quando o juiz decide utilizando, por exemplo, a “jurisprudência mansa e pacífica”, não é ele que está decidindo, ou seja, não é ele que tem a responsabilidade. Da mesma forma, se não decidir o mérito, responsabilidade alguma terá pelo julgamento da lide, ainda que a questão seja de direito, pois esta também carece de interpretação. Afinal de contas, pouco lhe importará se a questão de fundo foi ou não apreciada, pois é o Tribunal que tem a última palavra, que suprirá a irresponsabilidade do magistrado e, como ‘bom pai’, acertará aquilo que resultou ou do mau julgamento ou do não-julgamento. Enfim, dirá o que é – ou dirá que é – a questão de direito e como ela deve ser decidida.

É, portanto, a ‘inautenticidade’ do *Dasein*. O *Dasein* inautêntico não vive como si mesmo, mas como ‘eles vivem’. Mal vive. É vivido. Na existência inautêntica estamos constantemente temerosos da opinião de outros homens, do que ‘eles’ decidirão para nós, de não estar à altura dos padrões de sucesso material ou psicológico, embora nada tenhamos feito para estabelecer ou mesmo verificar tais padrões. HOMMERDING, Adalberto Narciso. **O §3º do Art. 515 do Código de Processo Civil: uma análise à luz da filosofia hermenêutica (ou hermenêutica filosófica) de Heidegger e Gadamer**. Revista da Ajuris, nº 91, 2003, p. 20-21.

²⁶ Esses modos indiferentes da convivência recíproca facilmente desviam a interpretação ontológica para um entendimento imediato desse ser como ser simplesmente dado de muitos sujeitos. Embora pareçam apenas nuances insignificantes do mesmo modo de ser, subsiste ontologicamente uma diferença essencial entre a ocorrência ‘indiferente’ de coisas quaisquer e o não sentir-se tocado dos entes que convivem uns com os outros. HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte I. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 2005, p.173.

resultando, inclusive, em justiça privada. Ora, acontecimentos dessa natureza, impulsionados pelo irracionalismo coletivo, elucidam bem a relevância social da autonomia do direito. O direito é contramajoritário e está aí como elemento da razão moderna capaz de processar e julgar dentro de regras previamente estabelecidas, mantendo-se distante da emoção coletiva que, muitas vezes, repristina tempos de barbárie.

E disso decorre o problema do Estado-juiz desconsiderar o direito do destinatário da jurisdição em receber um tratamento próprio, adequado à singularidade que é própria em cada ser humano. Sobre a facilidade em se adotar precedentes jurisprudenciais “análogos”, Maurício Ramires refere na sua obra de forma pertinente²⁷.

Portanto, a partir da construção do pensamento filosófico heideggeriano que introduziu o *impessoal* como ontologia do *ser-com*, necessário que se possa pensar esta temática dentro do ambiente judicial, principalmente quando se trabalha num contexto de sentido predominante racionalista e dogmático que dificulta consideravelmente a capacidade de se pensar de forma reflexiva e renovadora.

3. COERÊNCIA E INTEGRIDADE NO DIREITO: O PROBLEMA DA ABSTRATIVIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO

Prática corrente no meio judicial, aparentemente sem importância, é a relativa à abstrativização da prestação jurisdicional frente ao caso concreto do jurisdicionado²⁸. Medida corrente no meio judicial é o indeferimento da gratuidade da justiça sem que se faça o mínimo, ou seja, efetiva análise das circunstâncias individuais do jurisdicionado²⁹.

²⁷ A primeira é a de como o sistema jurídico-brasileiro – do qual se diz ser originário da tradição romano-germânica e, por conseguinte, fundado na lei escrita e promulgada pelo Estado – está permeável à utilização de precedentes judiciais na fundamentação das decisões. Há várias razões para isso. Uma delas é consolidação paulatina da noção profana de que, na medida do possível, ‘casos semelhantes devem ter respostas jurídicas semelhantes’, como expressão da ‘justa relação entre as coisas’ que está na própria origem do conceito de direito. Mas não é só. Outro fator que muito colabora aqui é a inédita facilidade de acesso aos repertórios jurisprudenciais dos diversos tribunais do país, propiciadas pelas recentes inovações tecnológicas; tornou-se muito fácil encontrar ‘respostas’ para dilemas jurídicos através de consultas a mecanismos eletrônicos de busca de julgados na Internet, bastando para isso digitar algumas palavras chave e clicar um botão. RAMIRES, Maurício. **Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 29-30.

²⁸ Situação marcante e presente no imaginário dos juristas: que a lei pode ser aplicada descolada do mundo real.

²⁹ A título de ilustração: “(...) Com relação à Assistência Judiciária Gratuita, tenho por indeferi-la, uma vez que os comprovantes de rendimentos apresentados na inicial, demonstram não fazer jus ao benefício requerido, senão vejamos reiterados julgados do TRF4:

‘PROCESSUAL CIVIL. IMPUGNAÇÃO À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PRESUNÇÃO MISERABILIDADE JURÍDICA. CRITÉRIO OBJETIVO. FAIXA DE ISENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA. RENDIMENTOS SUPERIORES. REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO.1. **O critério objetivo adotado por esta**

A decisão trazida ao debate, portanto, embora possa parecer adequada, é extremamente prejudicial para o direito (pós-moderno), pois se caracteriza por negar prestaçãojurisdicional sem que seja oportunizado ao jurisdicionado a análise das suas circunstâncias pessoais. Contém uma ideia de igualdade formal iluminista que há muito foi superada e não foi recepcionada pela nossa Constituição da República. Também, se caracteriza por manifesta “irresponsabilidade” jurisdicional (*agir impróprio*) no sentido hermenêutico heideggeriano, já que, na hipótese, não é o juiz que está julgando (protegido pelo impessoal), mas o tribunal ao qual se reportou em sua decisão a partir de julgado “colado” relativo a caso concreto diverso³⁰, totalmente alheio à singularidade própria do caso em análise.

O que se tem, portanto, é a utilização de um precedente jurisprudencial para adornar um prévio desejo (subjetivo) de indeferir benefício da assistência judiciária gratuita, adotando o que denominou de um “*critério objetivo*” para negar ou deferir o referido benefício. Ou seja, se determinado cidadão possui rendimentos que não ultrapassem a faixa de isenção do imposto de renda, ele terá direito ao deferimento; de outro lado, se os vencimentos da mesma pessoa ultrapassam o limite de isenção do IR, estaremos, assim, diante de indeferimento.

Parece fácil e bastante lógico (como se possível afastar a complexidade das relações sociais com um “lampejo de inteligência”). Entretanto, como já alertava Martin Heidegger o ser das coisas é tão óbvio que as pessoas não conseguem ver. Tal “simplicidade” ou “objetividade”, também pode ser descrita pelo “*nivelamento*”, em que o julgador se acomoda no impessoal, mesmo que tenha de lançar mão de precedentes totalmente descontextualizados do caso tratado e, por absoluta irresponsabilidade, afasta-se do compromisso de julgar, negando ao cidadão o Direito à jurisdição integral.

Mas para que possamos falar em irresponsabilidade, imprescindível questionar: o que significa agir de forma irresponsável? Segundo Hans Jonas o comportamento irrefletido

Segunda Turma para balizar a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita é a faixa de isenção do Imposto de Renda. Grifei². Sendo os rendimentos percebidos pelo impugnado superiores ao limite adotado, não há presunção de miserabilidade jurídica.³ Apelação provida para revogar o benefício da gratuidade da Justiça anteriormente concedido.(TRF4, AI 2006.70.12.000257-0, Segunda Turma, Relator Desembargador Federal Otávio Roberto Pamplona, D.E. 03/05/2007). ‘CONCESSÃO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA FÍSICA. A assistência judiciária gratuita somente é devida a quem não possui rendimento suficiente para suportar as taxas judiciárias sem prejuízo de sua manutenção ou de sua família. **Se os vencimentos do postulante estiverem além da faixa de isenção do Imposto de Renda, não há como afirmar que não possa arcar com as custas do processo.** (TRF4, AG 2008.04.00.043347-0, Primeira Turma, Relator Jorge Antônio Maurique, D.E. 03/03/2009)’(...)”. Grifei.

³⁰ E, como já venho referindo, a coisa mesma, comumente, nem delonge é a “mesma coisa”.STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 255.

realizado por outrem sem o comprometimento de interesse alheio é tido como ato culposo, imprudente. Assim, ao estar em jogo interesse alheio decorrente do agir irrefletido, tem-se a irresponsabilidade. E diz mais: *O exercício do poder sem a observação do dever é, então, irresponsável, ou seja, representa uma quebra de relação de confiança presente na responsabilidade. Uma desigualdade de atribuições ou competências faz parte dessa relação*³¹.

O exemplo acima tratado revela a profundidade do problema da falta de critérios de fundamentação jurídica, ou “fundamentos sem coisa”, aguçando ainda mais o problema da discricionariedade judicial. O magistrado acaba por “simplificar” o ato judicial de (in)deferimento do benefício da AJG, criando (subjektivamente) um critério (objetivo) de aplicação da Lei nº 1.050/60, – critério este alheio à própria lei – que tranquilamente poderia ser qualquer outro, pois, como dito, parte da consciência do intérprete.

Há, portanto, a necessidade de se analisar as circunstâncias pessoais do destinatário da prestação jurisdicional, pois, do contrário, o que se está fazendo não passa de mera “colagem” de fundamento (como se tivéssemos um conjunto de fundamentos à espera para lançar mão no ato de julgar).

Fica perceptível o modo equivocado com que se pensa e se opera o direito, principalmente ao atrelar o modelo de regras (princípios gerais do direito) à ideia de “valores”³². Entretanto, a conceituação valorativa kantiana jamais consegue de desvencilhar do paradigma filosófico que a sustenta, ou seja, o sujeito pensante. E isso gera um problema que, logicamente, na incompletude da lei, só resta ao aplicador o poder se dizer o direito (concepção moderna que reside no imaginário dos juristas e é aceito de forma acrítica por toda a comunidade, inclusive jurídica).

O *eu (cogito cartesiano)* traz à tona o problema do protagonismo judicial e o questionamento de o que fazer para controlar a atuação jurisdicional? Ora, tal questão sequer

³¹JONAS, Hans. **O Princípio da Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Contraponto Puc-Rio, 2006, p. 168.

³² Em outras palavras, continuamos reféns de um culturalismo defasado que pretendia fundar o elemento transcendental do conhecimento na idéia sintética de valores, que representariam, por sua vez, o complexo destes valores que comporia o mundo cultural. Chega a ser intrigante o fato de que toda tradição constituída depois do *linguistic turn* – inclusive alguns setores da filosofia analítica – tenha criticado o objetivismo ingênuo dessa concepção do neokantismo valorativo, demonstrando que a questão dos valores não dava conta radicalmente dos fundamentos lingüístico-culturais que determinam o processo de conhecimento. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 90.

foi cogitada de resposta pelo positivismo, que atribuía como sendo uma fatalidade³³, como algo inerente à própria jurisdição.

Importante não perder de vista, sob o risco de completo esvaziamento do direito, que o modelo epistemológico racionalista³⁴ e o agir analítico sempre chegarão tarde, principalmente porque a compreensão é intersubjetiva, cuja característica é inerente na formação dos projetos de sentido, e no próprio significado, resultado da articulação no discurso.

Dá a importância da filosofia hermenêutica (Heidegger-Gadamer) pela (re)introdução da facticidade na filosofia, no sentido de transcendência, no sentido do *ser-aí* estar sempre aberto na relação cotidiana que realiza com os entes de forma circular. Assim, é possível estabelecer o debate sobre significado prático dado à interpretação hermenêutica³⁵, enfrentando a discricionariedade judicial por intermédio das exigências de coerência e de integridade do direito (Ronald Dworkin) como propósito democrático a partir do paradigma hermenêutico.

A ideia básica, segundo MacCormick, é de “um sistema jurídico como corpo coerente e coeso de normas cuja observância garante certos objetivos valorizados que podem todos ser buscados em conjunto de modo inteligível”. A coerência, segundo o autor, está estruturada na argumentação jurídica, ao lado das conseqüências e da coesão, como elemento fundamental para que as numerosas normas de um sistema jurídico possam “fazer sentido” quando consideradas em seu conjunto³⁶.

Em realidade, há uma diferença (ontológica) entre os ideais de coerência e de integridade, na medida em que se apoiam ou se estruturam reciprocamente, sendo que MacCormick, originariamente vinculado à corrente teórica do positivismo jurídico, acaba por aproximar-se do pós-positivismo e da teoria integrativa defendida por Dworkin.

³³ A razão prática – que o positivismo chama de discricionariedade – não poderia ser controlada pelos mecanismos teóricos da ciência do direito. A solução, portanto, era simples: deixemos de lado a razão prática (discricionariedade) e façamos apenas epistemologia (ou quando esta não dá conta, deixe-se ao alvedrio do juiz – eis o ovo da serpente gestado desde a modernidade). E tudo começa de novo! STRECK, Lenio Luiz, *Op. Cit.*, p. 92.

³⁴ A relação entre prática e teoria terá essa característica circular, mas ambas estarão articuladas numa unidade, que é a antecipação de sentido. Ocorre que, desse modo, não podemos mais falar em ‘razão teórica’ ou ‘razão prática’, uma vez que o termo ‘razão’ vem imbuído de ideia solipsista que revestia o sujeito moderno. STRECK, Lenio Luiz, *Op. Cit.*, p. 93.

³⁵ Superação da razão prática pelo mundo prático, operada pela tradição hermenêutica.

³⁶ MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Trad. Waldéa Barcelos, São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 135 e 197.

A integridade exige que “as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção”³⁷. O ideal da integridade é manifestadamente coerente com o propósito de estabilidade jurídica e não se compatibiliza com o solipsismo judicial, pois a todo o momento a decisão deve estar justificada no contexto de princípios que constituem o ordenamento jurídico.

Portanto, a integridade permite que nos casos mais complexos a decisão seja plenamente baseada no estatuto da única resposta correta de Dworkin, ou seja, a decisão constitucionalmente adequada. Dworkin reconhece que a sua teoria de princípio possui força de propiciar uma coesão, pois carrega concretamente a possibilidade de minimizar o problema da discricionariedade e do solipsismo³⁸. É possível apostar na teoria de princípio de Dworkin como uma forma clara de evitar múltiplas possibilidades de um juiz “livre” para dar a decisão que bem lhe aprouver³⁹.

Nesse sentido o filósofo americano aposta na integridade do Direito como forma de coibir a prática discricionária do juiz⁴⁰. Dworkin dirá que o direito é composto como uma peça em série, que retroage ao passado no sentido de olhar para o que foi julgado no passado e assume os hábitos e costumes inerentes a esta comunidade, submete-a ao crivo da

³⁷ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 264.

³⁸No fio dessas premissas, Dworkin defenderá a compreensão de que a integridade (assim concebida) é a chave para a ‘melhor interpretação construtiva de nossas práticas jurídicas distintas’; conquanto admita que não seria possível reunir, num único e coerente sistema de princípios, ‘todas as normas especiais e outros padrões estabelecidos por nossos legisladores e ainda em vigor’, o autor sugerirá que consideremos esse fato um ‘defeito’, e não como ‘o resultado desejável de uma justa divisão do poder político entre diferentes conjuntos de opinião’, de modo que nossa tarefa (enquanto operadores do Direito) passa a ser de se empenhar em ‘remediar quaisquer incoerências de princípio com as quais venhamos nos deparar’. MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério: uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 119-120.

³⁹ Preocupação também presente na teoria de Habermas, embora com outro viés, quando pensa no consenso como fator de legitimação das decisões judiciais, ou seja, em síntese ele quer afastar a possibilidade de se deixar o poder de decisão na mão de uma única pessoa.

⁴⁰O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que ‘lei é lei’, bem como o cinismo do novo ‘realismo’. Considera esses dois pontos de vista como enraizados na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei. Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 274.

interpretação construtiva na perspectiva de sua modernização e aplicação na realidade presente. Essa dinâmica interpretativa, a exemplo de um romance em cadeia, visa preservar todas as características pertencentes às etapas anteriores de concretização da ideia de justiça e de equidade.

Disso tudo, advêm as seguintes indagações: será que as súmulas vinculantes, as súmulas impeditivas de recurso (art. 518, §1º, do CPC), e medidas restritivas de instauração de incidente de inconstitucionalidade (art. 481, parágrafo único, CPC), contribuem para a transcendência do direito? Será o direito constitucional à jurisdição integral está preservado? Será que o ordenamento processual mantém hígido o princípio do contraditório e possibilita ao jurisdicionado a análise do caso concreto?

4. COERÊNCIA E INTEGRIDADE NA DECISÃO JUDICIAL. DAS REFORMAS PROCESSUAIS AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: RUMO À “EFETIVIDADE QUALITATIVA”

Impõe-se apontar uma co-relação com uma série de alterações processuais que, ao fim e ao cabo, refletem o agir impróprio da atuação jurisdicional, proporcionando o afastamento do caso concreto da análise dos tribunais e, portanto, colocando em cheque a constitucionalidade da legislação processual em vigor.

O estado d’arte do direito indica que, ainda, as coisas são pensadas pelo predomínio do senso comum dos juristas, acreditando-se na falácia de que ao juiz é dado dizer o que é o direito, bem como, na velha *trampa* de que texto e norma se confundem ou, ainda, crenças da possibilidade da cisão entre fato e direito. E, ao largo disso tudo, segue-se no direito trabalhando em um nível de ‘baixa constitucionalidade’, nas palavras de Lenio Streck⁴¹.

Após série de minirreformas do Código de Processo Civil, sob o pretexto de uma maior “efetividade quantitativa”, constata-se uma constante violação à Constituição que põe em cheque a teoria processual até então concebida como válida.

⁴¹ Os problemas decorrentes de uma “baixa constitucionalidade” podem ser detectados em vários âmbitos do direito e sob os mais diversos matizes. O déficit de constitucionalização da operacionalidade do direito tem suas feridas expostas na (metafísica) equiparação entre vigência e validade (o que equivale hermeneuticamente a equiparar texto e norma). Em consequência, a Constituição fica relegada a um segundo plano, porque sua parametricidade perde importância na aferição da validade de um texto. Como veremos na continuidade, isso coloca em risco a própria (sobrevivência da) Constituição de 1988. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 248.

Veja-se que as alterações do CPC distorcem a compreensão do significado de “caso concreto” equiparando-o a “caso análogo”. Pela dicção do Art. 285-A⁴², isso se comprova de forma bastante clara. Ora, se há casos idênticos que podem ser julgados de roldão, pelo simples pretexto de se obter maior celeridade processual, ao mesmo tempo podemos dizer que se está abrindo mão do direito à prestação jurisdicional adequada à singularidade própria de cada jurisdicionado, principalmente porque, assim como não há uma pessoa igual à outra, inexistem processos iguais.

Ainda, a partir da dicção do instituto processual acima referido, o juiz estará prolatando uma sentença, antes mesmo da citação do réu, reproduzindo uma outra sentença anteriormente dada. Mas se o demandante reclamar, o juiz, então, poderá, pelo parágrafo primeiro, revogar a sua decisão, possibilitando, portanto, a prolação de duas sentenças terminativas no primeiro grau. Não se deve esquecer, também, do absurdo que se constitui de o demandado ser citado para contra-arrazoar recurso de apelação, retirando-lhe todas as oportunidades probatórias e de manifestação que teria decorrente curso normal do processo (contestação, instrução...)⁴³.

Na verdade, o que se tem nesse quadro de “minirreformas” é uma tentativa de mixagem ao direito processual brasileiro daquilo que constitui a tradição do direito anglo-saxão a partir dos precedentes. Entretanto, tanto na Inglaterra como nos EUA, os julgamentos a partir dos precedentes leva em conta um contexto de tradição histórica⁴⁴ bem diferente do que se encontra no Brasil⁴⁵.

⁴² Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

⁴³ Não fosse pela violação flagrante de várias garantias constitucionais, como a do acesso à justiça, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa (e o duplo grau de jurisdição), âncoras do exercício da cidadania e da jurisdição no Estado Democrático de Direito, a referida Lei incorre no vício – herdado da revolução francesa – que separa a questão de fato da questão de direito. Insisto: o problema não reside na possibilidade de o juiz poder “repetir” a sentença de um caso idêntico anteriormente prolatada, e sim no uso descontextualizado dado à permissão legislativa. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 254.

⁴⁴ (...) a razão histórica não é a faculdade de ‘suspender’ o próprio passado histórico na presença absoluta do saber. A consciência histórica é ela mesma histórica. Exatamente como o ser-aí historicamente agente, ela experimenta uma transferência constante de corrente por que não se encontra no intervalo da distância, de ‘maneira estética’, mas na corrente histórica. Em verdade, constitutivo dela que –recordando-se – ela se eleve sobre o seu instante histórico. Nós denominamos esse fato da seguinte forma: tem-se uma consciência de época. ‘Época’ significa apoio. Ela estabelece um suporte ‘ideal’ em meio à corrente do acontecimento, a partir da qual o presente histórico – e nele emergindo também o passado – vem a ser uma imagem histórica, contudo, ela dissolve uma vez mais o apoio que dá. Ela pode se compreender como decadência de um mundo ou como nascimento de um novo, como decadência, por exemplo, da época burguesa do Ocidente ou começo de uma nova ordem planetária do mundo – enquanto histórica, ela é devir e perecimento como dissolução do antigo, para

Se for possível levar a sério o pensamento da hermenêutica filosófica, a presença constante da situação histórica é indissociável para qualquer movimento interpretativo. Nesse sentido, Gadamer⁴⁶ traz a dimensão histórica à analítica existencial de Heidegger.⁴⁷

Nesse contexto de contramão da preservação de direitos, o que dizer da nova redação dos artigos 518, §1º⁴⁸ e 557⁴⁹, alterados pelas Leis nº 12.276/06 e 9.756/98, respectivamente? Como bem ressalta Streck, há uma nítida violação de direito, *dizendo que presente a violação do devido processo legal, além do princípio da legalidade (afinal, a Constituição estabelece que ninguém poderá fazer ou deixar de fazer algo se não em virtude de lei, e não em virtude de súmula!)*⁵⁰.

Ora, na linha de raciocínio de Streck, as súmulas ao se constituírem por conceitos com a pretensão de “aprisionar os fatos” não seriam também textos? Bem, se são textos, não seriam, também, interpretáveis?

O perigo maior das súmulas vinculantes e, por fim, das súmulas impeditivas de recursos, acima referido, está em que elas se transformam em uma espécie de imperativo categórico, com um significante determinado, com aplicação reduzida a deduções e subsunções. Abrindo-se um flanco para um verdadeiro paradoxo, na linha de raciocínio de Streck, ou seja, *“os juízes podem contrariar leis; se o fizerem, caberá recurso. O que os juízes não podem fazer é ousar contrariar súmulas”*⁵¹.

ela são válidas as palavras de Hölderlin: ‘essa dissolução ideal é intrépida. GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em Retrospectiva**. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 192.

⁴⁵ Na *common law*, os precedentes não são criados para responder a perguntas futuras; no Brasil, as súmulas se justificam com o fim de estabilizar as decisões dos órgãos do Poder Judiciário, se transformando facilmente em pautas gerais, no que se vê soçobrar a singularidade do caso concreto.

⁴⁶ Gadamer parte de um *Sujeito Histórico* e suas condições espaciais e temporais, contando com suas estruturas prévias de pré-compreensão, ou seja, a memória cultural presente nas tradições, mitos, teorias... Assim, o sujeito que compreende não parte de um grau zero de compreensão, mas, ao contrário, conta com toda uma história que lhe caracteriza e o define como sujeito.

⁴⁷ O efeito da tradição que sobrevive, e o efeito da investigação histórica formam uma unidade de efeito, cuja análise só poderia encontrar uma trama de efeitos recíprocos. Nesse sentido, faremos bem em não entender a consciência histórica – como pode parecer à primeira vista – como algo radicalmente novo, mas, antes, como um momento novo dentro do que sempre tem sido a relação humana com o passado. O que importa, noutras palavras, é reconhecer o momento da tradição no comportamento histórico e indagar pela sua produtividade hermenêutica. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 424.

⁴⁸ “§ 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”.

⁴⁹ “557 O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”.

⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.255.

⁵¹ Idem, p. 256.

E a crítica ora posta se ajusta na manifesta característica pós-moderna que se instaurou no imaginário das pessoas em pensar que é possível a manipulação dos sentidos, como algo à disposição e à espera de uma “melhor” interpretação, principalmente em *terrae brasilis*. Daí surge a seguinte indagação: quem dará a melhor interpretação?

Diante desse contexto marcado por subjetividades interpretativas, logicamente que para um Estado democrático de direito, tal característica soa de forma estranha e incompatível com os seus principais fundamentos constitucionais. Daí forma-se no Brasil um contexto de profundas artificialidades criadas para resolver problemas concretos de forma abstrata⁵².

Na perspectiva da “efetividade qualitativa”, o Novo Código de Processo Civil tendo como ideais estruturantes as exigências de coerência e de integridade, exige do magistrado uma atuação pautada “em princípios, e não por fé”, cujo alicerce estruturante é uma “doutrina da responsabilidade”. Tal significa, dentro de um modelo construtivista, que “os homens integram suas intuições e subordinem algumas delas, quando necessário, a essa responsabilidade”, ao pressupor uma “coerência articulada, assim como decisões de acordo com um programa que possa tornar-se público e ser seguido enquanto não for modificado”, características fundamentais de qualquer “concepção de justiça”⁵³.

É preciso diferenciar os argumentos de política dos argumentos de princípio. Enquanto os argumentos de política “justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”, os argumentos de princípio “justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”⁵⁴.

Acolheu o legislador o contraditório como garantia de influência e de não surpresa, sendo que não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida (artigo 9º), com a ressalva das hipóteses de tutelas de urgência/evidência. Estabeleceu, ainda,

⁵² Da maneira como são compreendidas no interior do imaginário metafísico-positivista, as súmulas vinculantes se colocam como sucedâneos dos conceitos universais próprios da metafísica clássica-essencialista, justamente combatida por Hobbes (para não perder, aqui, o valor da metáfora que fundamentou a superação da forma de dominação medieval), com a agravante, aqui, de que elas são criadas a partir de uma institucionalização de subjetivismos, axiologismos e realismos (todas variantes do esquema sujeito-objeto). Forma-se, desse modo, um círculo vicioso: primeiro, admite-se discricionarismos e arbitrariedades em nome da ideologia do caso concreto, circunstância que, pela multiplicidade de respostas, acarreta um sistema desgovernado, fragmentado; na sequência, para controlar esse caos, busca-se construir conceitos abstratos com pretensões de universalização, como se fosse possível uma norma jurídica abarcar todas as hipóteses (futuras) de aplicação. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.392.

⁵³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 252.

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **Op. cit.**, p. 129.

que o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício (artigo 10).

Por outro lado, vale a advertência de Jânia Saldanha, no sentido de que “não há um modelo fundante ou congelado de contraditório”, destacando, com propriedade, que, dentre as demandas recebidas pela poder judicial, estão pautas de reivindicação vinculadas aos direitos humanos de segunda e terceira dimensão, “como moradia, saúde, educação, proteção ao meio ambiente, direitos das minorias e tantas outras categorias de direitos que impõem uma diversa perspectiva de proteção jurisdicional para serem atendidas com eficácia”⁵⁵.

Não se pode olvidar que há um prejuízo inautêntico no NCPC em relação à ordinarização procedimental como garantia de certeza, sendo que, conforme ensina Ovídio Baptista, o racionalismo, em suas raízes históricas, brotou da “exacerbada desconfiança com que a Revolução Europeia encarava a magistratura, em virtude de seus compromissos com o *Ancien Régime*, que conduziu à era das grandes codificações do direito europeu”. Para o autor, a “ética” da ordinariedade, dentro da concepção de “geometrização” do direito, compreende adequado o procedimento ordinário “para impedir que o julgador emitisse juízos de simples verossimilhança, obrigando-o a somente julgar com base nas verdades claras e distintas”⁵⁶. Nessa toada, o artigo 304, *caput*, do NCPC prevê que a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso, tendo o legislador fixado o prazo de 02 anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo (§ 5 do artigo 304), sendo que a “ilusão da recorribilidade” acaba por atenuar os efeitos da “estabilização da tutela antecipada”⁵⁷.

Já o artigo 371 afasta a ideia do livre convencimento motivado do juiz, em uma ruptura paradigmática com a filosofia da consciência, em razão do giro ontológico-linguístico da hermenêutica filosófica. Deve o magistrado, pois, declinar as razões de seu convencimento, dentro de um cenário processual caracterizado pela intersubjetividade, (comparticipação e policentrismo)⁵⁸.

⁵⁵ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil. A sumariedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto do novo CPC**. Curitiba: Juruá, 2011, pp. 203-204.

⁵⁶ SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 103 e 127.

⁵⁷ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Op. cit.**, pp. 310 e 314.

⁵⁸ O modelo constitucional do processo, segundo Dierle Nunes, tem como fio condutor o policentrismo processual e a participação, capazes de implementar uma “responsabilidade compartilhada por todos os sujeitos processuais segundo uma perspectiva paritária de acesso e participação técnica na formação dos

O dever de fundamentação da decisão judicial está previsto no artigo 489, § 1º, do NCPC, em consonância com o comando constitucional (artigo 93, inciso IX), estabelecendo o legislador o dever de responsabilidade política da jurisdição como corolário da democracia endoprocessual. Nessa linha de raciocínio, o artigo 926 do NCPC prevê que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Dessa maneira, não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida: Significa dizer que não deve o juiz ou tribunal, no ato de decidir a lide, cingir-se à mera reprodução dos textos legais, de tal modo que o raciocínio meramente subsuntivo, descolado da realidade fática do caso concreto, implica em nulidade do *decisum*.

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso: A adoção de conceitos indeterminados não pode ser utilizada pelo magistrado como um recurso indiscriminado, a revelar que o legislador buscou imprimir relevo à singularidade do caso concreto, diante dos problemas da abstrativização da prestação jurisdicional assinalados alhures.

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão: A exigência democrática da motivação tem em perspectiva a faticidade do caso analisado pelo julgador, sendo que não é considerada fundamentada a decisão que se reporta à consideração de motivos genéricos ou desvinculados da singularidade da lide.

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador: O legislador acolheu o princípio da vinculação ao debate, não podendo surpreender as partes com um fundamento novo lançado sem a análise das partes, motivo pelo qual deve analisar os argumentos expendidos pelas partes como garantia do contraditório dinâmico.

provimentos”. Afirma, ainda, que o processo, “em perspectiva participativa, embasado nos princípios processuais constitucionais, fixa os limites de atuação e constitui condição de possibilidade para que todos os sujeitos processuais discutam argumentos normativos para formação da decisão mais adequada a cada caso em análise. NUNES, Dierle. Apontamentos iniciais de um processualismo constitucional democrático. *In: Constituição e Processo. A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Coordenação de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e de Felipe Daniel Amorim Machado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, pp. 360-361.

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos: A adoção indiscriminada de precedentes ou enunciados de súmulas sem a vinculação temática com a causa debatida nos autos do processo macula de nulidade a decisão judicial. É preciso diferenciar o precedente da súmula, pois o primeiro decorre da reconstrução da história institucional do respectivo tribunal (inferior ou superior) sobre a matéria decidenda, ao passo que o enunciado sumular se aproxima do instituto dos assentos no sistema português. Há sérias críticas feitas por Lenio Streck⁵⁹, com base em Castanheira Neves, em torno das súmulas vinculantes, diante do engessamento do tempo do Direito e da evolução dos acontecimentos sociais (*holding*).

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: As técnicas do *distinguishing* e do *overruling*, do sistema da *Common Law*, são essenciais para, respectivamente, a distinção ou a superação do precedente, de modo a se garantir a estabilidade, a coerência e a integridade nas decisões judiciais.

Walber Carneiro, em sua proposta hermenêutica, alicerçada em uma filtragem heterorreflexiva, sustenta a necessidade de uma abertura compreensiva no jogo dialógico contratextual, além de diálogos com o sistema, a doutrina, a jurisprudência e as partes, sendo que a análise correta dos precedentes reclama a consciência de que “por trás das súmulas, ementas e acórdãos, existem problemas, situações concretas cujos sinais característicos foram determinantes para a formação do julgado”⁶⁰.

Na mesma senda, Tomaz de Oliveira refere que “uma decisão judicial estará *justificada* não apenas quando respeita a equidade dos procedimentos, senão quando respeita a *coerência de princípios que compõem a integridade moral da comunidade*”. Destaca, ainda, como base em Dworkin, que a ideia de princípio “não é materializável *a priori* em um texto

⁵⁹ Refere o autor que a “súmula vinculante, por sua vez, assemelha-se ao assento português, uma vez que, tal como foi concebida, se desvincula dos julgados que a formaram e adquire autonomia, isto é, vale seu enunciado por si somente, por consequência, passa a ter vigência sem ligação concreta com os casos que a originaram, impondo-se como um texto normativo com autonomia formal para seu conteúdo abstrato, a ser aplicado a casos futuros, não sendo passível de mutações históricas porque vale o que está prescrito na súmula (...)”. STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, pp. 71-72.

⁶⁰ CARNEIRO, Walber Araújo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva. Uma teoria dialógica do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 278.

⁶⁰ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de Princípio. A hermenêutica e a (in)determinação do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 216.

ou enunciado emanado de um precedente, lei ou mesmo da Constituição, mas um argumento de princípio remete à totalidade diferencial dos significados destes instrumentos jurídicos”⁶¹.

Já o § 2º do artigo 489 do NCPD vai de encontro aos ideais de coerência e de integridade, ao estatuir que no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. Há uma aproximação falha com a teoria da argumentação jurídica e dos direitos fundamentais, de Robert Alexy, pois o referido autor defende a colisão entre princípios e não entre regras, sendo que a ponderação é uma regra (e não um princípio) extraída do princípio da proporcionalidade (subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Há uma responsabilidade política da jurisdição, de modo que cada juiz é uma espécie de “romancista na corrente”, devendo considerar-se como “parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora”. Afirmar ainda, que o juiz “*deve* interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção”, determinando, “segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado com um todo, o propósito ou o tema da prática até então”⁶².

Como ensina Gadamer, “aquele que compreende não escolhe arbitrariamente um ponto de vista, mas encontra seu lugar fixado de antemão. Assim, para a possibilidade de uma hermenêutica jurídica é essencial que a lei vincule por igual todos os membros da comunidade jurídica (...)”⁶³. Entre nós, Lenio Streck, tomando com ponto de apoio o pensamento de

⁶² DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 238. Segundo Dworkin, uma “consideração plausível da prática jurídica também deve, de modo semelhante, passar por um teste de duas dimensões: deve ajustar-se a essa prática e demonstrar sua finalidade ou valor. Mas finalidade ou valor, aqui, não pode significar valor artístico, porque o Direito, ao contrário da literatura, não é um empreendimento artístico. O Direito é um empreendimento político, cuja finalidade geral, se é que tem alguma, é coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar a justiça entre os cidadãos e entre eles e seu governo, ou alguma combinação dessas alternativas (...) Assim, uma interpretação de qualquer ramo do Direito (...) deve demonstrar seu valor, em termos políticos, demonstrando o melhor princípio ou política a que serve”. DWORKIN, Ronald. **Op. cit.**, p. 239.

⁶³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. V. I, pp. 406-407.

Gadamer, afirma que “Um texto histórico somente é interpretável desde a historicidade (*consciência histórico-efetual*) do intérprete”⁶⁴.

Em suma, a singularidade do caso concreto e a reconstrução da história institucional do Direito devem ser tomadas em conta pelo intérprete ao aplicar os precedentes, sob pena de uma hermenêutica divorciada dos ideais de coerência e de integridade no Direito e na decisão judicial.

CONCLUSÃO

O presente artigo visa identificar alguns défices de democracia na aplicação do direito, principalmente a partir do paradigma do protagonismo judicial e do constante afastamento da faticidade do direito. Para tanto, buscou-se fôlego na filosofia heideggeriana para apresentar alguns pontos importantes e que devem integrar a árdua tarefa interpretativa, ou seja, pensados conjuntamente com uma possível teoria da decisão.

Assim, passa a ser relevante para o contexto jurídico na perspectiva de uma adequada aplicação da jurisdição a fenomenologia social, pois é a partir da tematização dos existenciais humanos, como o *ser-com*, que se possibilita identificar alguns desvios que a jurisdição e o senso comum dos juristas acabaram tomando, os quais não contribuem em nada para a transcendência do direito e, principalmente, para o tratamento democrático adequado e exigido no atual contexto jurídico-social.

Na sequência, foram analisados alguns pontos específicos no Código de Processo Civil, principalmente aqueles que foram objeto da minirreforma, surgida com o fito de acelerar quantitativamente o ritmo do sistema processual vigente. Entretanto, as alterações processuais que se apresentam, acabam reprimando arcaicas teorias exegéticas de há muito superadas e não recepcionadas pelo Estado Constitucional, principalmente porque desprezavam a importância do mundo da vida (o caso concreto) no direito, assim como acreditavam no imaginário subjetivista do juiz como “produtor” do direito, prática que não se compatibiliza com nenhum modelo de Estado democrático.

⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev. atual. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, pp. 297-299.

NUNES, Dierle. Apontamentos iniciais de um processualismo constitucional democrático. *In: Constituição e Processo. A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro.* Coordenação de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e de Felipe Daniel Amorim Machado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 349-362.

Já o Novo Código de Processo Civil deve ter como fio condutor a coerência e a integridade no Direito e na decisão judicial para uma compreensão hermeneuticamente adequada do dever de fundamentação judicial e da aplicação dos precedentes à singularidade do caso concreto, afastando-se da concepção de abstrativização da prestação jurisdicional do Estado. A coerência é principiológica, de modo que há uma diferença (ontológica) e não estrutural entre coerência e integridade, a partir da “romance em cadeia” e da reconstrução da história institucional do Direito, de modo a se limitar a discricionariedade judicial.

Por conseguinte, das reformas processuais ao Novo Código de Processo Civil, o intérprete deve ter em conta as exigências de coerência e de integridade como condições de possibilidade para a produção de decisões jurídicas democráticas, de modo a se buscar a observância do direito fundamental à prestação jurisdicional adequada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CARNEIRO, Walber Araújo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva. Uma teoria dialógica do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. **Uma Questão de Princípio.** Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- _____. **Levando os direitos a sério.** Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista”. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli.* (Org.) Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck e André Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 13-56.
- GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em Retrospectiva.** Petrópolis: Vozes, 2007.
- _____, Hans-Georg. **Verdade e Método.** Petrópolis: Vozes, 1999.
- HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo.** Parte I, Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 2005.
- _____, Martin. **Todos nós... Ninguém. Um Enfoque Fenomenológico do Social.** Apresentação, introdução, notas e epílogo SolonSpanoudis, tradução e comentários Dulce Mara Cristelli. São Paulo: Moraes, 1981.

- HOMMERDING, Adalberto Narciso. **O §3º do Art. 515 do Código de Processo Civil: uma análise à luz da filosofia hermenêutica (ou hermenêutica filosófica) de Heidegger e Gadamer.** Revista da Ajuris, nº 91, 2003.
- JONAS, Hans, **O Princípio da Responsabilidade.** Rio de Janeiro: Contraponto Puc-Rio, 2006.
- LAWN, Chris. **Compreender Gadamer.** Tradução de Hélio Magri Filho. 2ªed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2010.
- MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a Sério: uma Crítica Hermenêutica ao Protagonismo Judicial.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito.** Trad. Waldéa Barcelos, São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- NUNES, Dierle. Apontamentos iniciais de um processualismo constitucional democrático. *In: Constituição e Processo. A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro.* Coordenação de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e de Felipe Daniel Amorim Machado. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 349-362.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de Princípio. A hermenêutica e a (in)determinação do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- RAMIRES, Maurício. **Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil. A sumariedade material da jurisdição: proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto do novo CPC.** Curitiba: Juruá, 2011.
- SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- _____. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____; ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.