

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA II**

MARCOS LEITE GARCIA

MIGUEL KFOURI NETO

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

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

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

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

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

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

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Marcos Leite Garcia, Miguel Kfourri Neto, Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-198-2

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

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

O Conpedi acaba de realizar seu XXV Encontro Nacional como mais uma iniciativa de estímulo às atividades de intercâmbio científico entre os atores da Pós-graduação em direito no Brasil. Coube-nos conduzir as apresentações referentes ao Grupo de Trabalho: Processo, Jurisdição e efetividade da Justiça II. Os artigos dali decorrentes, agora, são ofertados à leitura segundo uma ordem lógica, que prestigia tanto o aspecto principiológico das inovações operadas pelo Novo Código de Processo Civil, mas, sobretudo, dando especial ênfase - como ponto de maior destaque das inovações - à adoção da doutrina do Precedente Judicial. Esperamos com isso proporcionar o acesso eficiente às novidades e novos olhares sobre os avanços do processo civil. Para tanto recomenda-se a leitura pela ordem que se segue:

1. As normas fundamentais do novo CPC (lei 13.105/2015) e o fenômeno de constitucionalização do processo civil.
2. Precedentes e argumentação jurídica.
3. Precedentes e novo cpc: razão argumentativa na consolidação do estado democrático via direito judicial.
4. O novo CPC e o sistema de precedentes (“commonlização”).
5. A aplicação do precedente judicial: contrastes com as súmulas vinculantes.
6. A democratização do processo civil através do sistema de precedentes: o *amicus curiae* como instrumento de participação popular na formação de precedentes vinculantes de grande repercussão social.
7. Os modelos americano e inglês de vinculação ao precedente.
8. Brevíssimas considerações a respeito do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

9. Inovações e alterações do código de processo civil e a manutenção do subjetivismo do termo “insuficiência de recursos” para a concessão da gratuidade de justiça.
10. O princípio da publicidade como medida essencial ao controle dos atos estatais.
11. A contratualização do processo judicial: análise principiológica de sua efetividade à luz do novo diploma processual cível.
12. Novo CPC: negócios jurídicos processuais ou arbitragem?
13. Algumas observações sobre os prazos processuais e o princípio da segurança jurídica no novo código de processo civil.
14. O princípio da cooperação judiciária do novo código de processo civil: uma análise a partir da proteção ao trabalhador frente ao instituto da recuperação judicial.
15. O direito à prova no processo civil: sob uma perspectiva constitucional.
16. A distribuição do ônus da prova no processo coletivo ambiental.
17. Toda decisão será motivada?
18. O artigo 489 do novo código de processo civil e a fundamentação das decisões judiciais na perspectiva dworkiniana.
19. Fundamentação das decisões e a superação do livre convencimento motivado.
20. Operações midiáticas e processo penal: o respeito aos direitos fundamentais como fator legitimador da decisão judicial na esfera penal.
21. Tutelas diferenciadas: instrumento de auxílio à efetivação da justiça
22. Desconstituição do título executivo judicial fundado em norma declarada inconstitucional pelo STF e a impugnação do art. 525, § 12º do CPC.
23. Técnica procedimental e a audiência de justificação nos procedimentos possessórios: por um contraditório dinâmico.

24. O mandado de segurança coletivo e a proteção dos direitos difusos.

Na esperança de encontrarmos dias de maior efetividade processual e procedimental no atendimento e na efetivação dos direitos fundamentais, desejamos uma excelente leitura.

Professor-doutor Rogério Luiz Nery da Silva (UNOESC)

Professor-doutor Marcos Leite Garcia (UNIVALI)

Professor-doutor Miguel Kfoury Neto (UNICURITIBA)

**O NOVO CPC E O SISTEMA DE PRECEDENTES (“COMMONLIZAÇÃO”)
THE NEW CPC AND STARE DECISIS SYSTEM (“COMMONLIZAÇÃO”)**

**Marcelo Cacinotti Costa ¹
Vinicius de Melo Lima ²**

Resumo

Este artigo tem o propósito de abordar o sistema de precedentes previsto no Novo Código de Processo Civil, em uma leitura integrativa das tradições da Civil Law e da Common Law, na perspectiva dos princípios da segurança jurídica e, sobretudo, da igualdade em seu enraizamento de moralidade política. 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 applicatio ou da “situação hermenêutica” (Gadamer).

Palavras-chave: Precedentes judiciais, Hermenêutica, Tradição, Coerência e integridade

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to address the stare decisis system provided for in the New Code of Civil Procedure, in an integrative reading traditions of Civil Law and Common Law, in view of the principles of legal certainty and, above all, equality in their rooting political morality. The study on screen, taking as theoretical reference the Theory Integrative Law, Ronald Dworkin, Hermeneutics Ontological-Existential (Martin Heidegger and Hans-Georg Gadamer), the light filtering of Hermeneutics of law Criticism of Lenio Streck, looking mark the relevance of applicatio or "hermeneutic situation" (Gadamer).

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Stare decisis, Hermeneutics, Tradition, Coherence and integrity

¹ Doutor em Direito pela UNISINOS; Mestre em Direito pela URI, campus de Santo Ângelo/RS; Advogado e Professor da UNICRUZ. E-mail: mccacinotti@hotmail.com

² Doutor em Direito pela UNISINOS; Mestre em Direito pela UNIVERSIDADE DE LISBOA; Promotor de Justiça/RS e Professor da ULBRA, Campus Torres-RS. E-mail: vmelolima@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Em tempos de crise pelo 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 o sistema de precedentes tornou-se fundamental no estudo hermenêutico das decisões judiciais 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*¹, a democracia se constrói através do Direito.

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*² que pode estar contribuindo para a massificação do pensamento jurídico, ou seja, gerando consequências negativas no que se

¹ Como *filosofia* e como *teoria política*, o constitucionalismo positivista ou garantista consiste em uma teoria da democracia, elaborada não apenas como uma genérica e abstrata teoria do bom governo democrático, mas sim como uma teoria da democracia *substancial*, além de *formal*, ancorada empiricamente no paradigma do direito. FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Organizadores: Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck, André Karan Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 25.

²“A inautenticidade está frequentemente associada com o impessoal. Ser autêntico é fazer sua própria coisa, não o que o impessoal prescreve”. INWOOD, Michael. **Dicionário Heidegger**. Tradução Luísa Buarque de Holanda; revisão técnica Maria Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 12. Consulte-se, no Direito, acerca da inautenticidade, também o que refere 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, v. 57, p. 9-57, 2003.

refere à transcendência do direito e, principalmente, restringindo o amplo acesso à justiça pelo déficit da jurisdição prestada ao não ser analisada singularidade própria do jurisdicionado.

Dáí se depreende a necessidade de se imprimir rumo à seguinte inquietação: de que modo se harmoniza a necessidade da fundamentação racional e legítima das decisões judiciais frente ao sistema de precedentes e a aproximação entre as tradições da *Civil Law e da Common Law*, mormente no direito fundamental à prestação jurisdicional adequada ao caso concreto?

Também, embora o Novo Código de Processo Civil tenha a nítida inclinação a controlar comportamentos não cooperativos, como esta tendência se harmoniza frente à tendência de fortalecimento do uso do “direito jurisprudencial”?

1. PREMISSA CONSTITUCIONAL DA EFETIVA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS (ART. 93, IX)

Embora a Constituição da República, em seu artigo 93, IX, contenha disposição acerca da obrigatoriedade da fundamentação de todas as decisões, sob pena de nulidade, preocupou-se o legislador pátrio, com o advento do Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/15, com a fundamentação analítica e pormenorizada de todas as decisões.

Desse contexto, ressalta-se a seguinte indagação: será que a preocupação do legislador em detalhar analiticamente a obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais tem algo a ver com a hipótese de que, na prática, elas são (mal) fundamentadas?

Sobre este ponto, impõe-se a transcrição algumas considerações de Lenio Streck ao se referir ao problema da fundamentação das decisões judiciais e ao termo dworkiniano *resposta correta*:

“resposta correta (adequada) tem um grau de abrangência que evita decisões *ad hoc*. Entenda-se, aqui, a importância das decisões em sede de *jurisdição constitucional* pelo seu papel de proporcionar a aplicação em casos similares. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões forem aplicados para os outros casos idênticos; mas, mais do que isso, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição. Tudo isso deve ser compreendido a partir daquilo que venho denominando “uma fundamentação da fundamentação”, traduzida por uma radical aplicação do art. 93, IX, da Constituição. Por isso é que uma decisão mal fundamentada não é sanável por embargos; antes disso, há uma inconstitucionalidade *ab ovo*, que a torna nula, írrita, nenhuma!”³

³STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. São Paulo: Saraiva, 4.ed., 2011, p. 618-619.

Na perspectiva de Streck, não pairam dúvidas a respeito do problema interpretativo refém da *filosofia da consciência*⁴ que contamina todo o processo judicial e culmina com uma prestação jurisdicional de baixa densidade axiológica. A dimensão Constitucional, como fonte normativa do Direito⁵, na perspectiva de Streck, parece não ter sido adequadamente compreendida pela comunidade jurídica. O destinatário da decisão judicial não pode ficar a mercê da própria sorte, na medida em que o senso comum dos juristas acredita na possibilidade de adjudicar sentidos (jurídicos) a partir da interpretação (ponderação) pessoal do juiz.

Dessa forma, a preocupação do legislador não é dogmática e não se afigura como ficção, isto é, no contexto jurisdicional brasileiro é possível afirmar a existência de um significativo grau de discricionariedade judicial. Situação que prejudica, sem dúvida nenhuma, a qualidade da prestação jurisdicional oferecida pelo Estado. Daí a justificativa da regra processual contida no Novo CPC, pormenorizando a determinação Constitucional prevista no artigo 93, IX, como o artigo 489 e seus incisos.

No ponto, Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron assentam o seguinte entendimento:

Assim, o Novo CPC impõe o cumprimento do que já estava contido no art. 93, IX da CRFB/1988, no seu art. 489, uma vez que ao analisar o modo como as decisões são (mal) fundamentadas tornou-se imperativa uma perspectiva adequada para a referida cláusula constitucional, inclusive com o respaldo dessa (nova) legislação que promova com efetividade a expansividade e perfectibilidade típicas do modelo constitucional de processo brasileiro. (...) Não podemos mais tolerar as simulações de fundamentação nas quais o juiz repete o texto normativo ou a ementa de julgado que lhe pareceu adequado ou preferível, sem justificar a escolha. Devemos patrocinar uma aplicação dinâmica e panorâmica dessa fundamentação que gere inúmeros benefícios, desde a diminuição de taxas de reformas recursais, passando pela maior amplitude e profundidade dos fundamentos determinantes produzidos nos acórdãos e chegando até mesmo a uma nova prática decisória na qual os tribunais

⁴ É esse o problema que Heidegger procura resolver com a distinção entre ser e ente. Nós não fundamentamos o enunciado sobre o ente mediante outros enunciados ônticos. Com a compreensão do ser, que se vela e desvela no ente, temos uma condição enunciativa, antepredicativa, isto é, uma pré-compreensão que faz com que tenhamos acesso ao significado do enunciado sobre o ente. Aqui, temos um resultado da superação das teorias da consciência e da representação como vias de fundamentação orientadas no esquema sujeito-objeto. STEIN, Ernildo. **Pensar e errar: um ajuste com Heidegger**. Ijuí: Unijuí, 2011, p. 37-38.

⁵ Isso é assim porque, em Dworkin, a normatividade assumida pelos princípios possibilita um “fechamento interpretativo” próprio da blindagem hermenêutica contra discricionarismos judiciais. Essa normatividade não é oriunda de uma operação semântica ficcional, como se dá com a teoria dos princípios de Alexy. Ao contrário, ela retira seu conteúdo normativo de uma convivência intersubjetiva que emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade. Os princípios, nesta perspectiva, são vivenciados (“faticizados”) por aqueles que participam da comunidade política e que determinam a formação comum de uma sociedade. É exatamente por esse motivo que tais princípios são elevados ao status da constitucionalidade. Por isso, os princípios são deontológicos. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. São Paulo: Saraiva, 4.ed., 2011, p. 540.

julguem menos vezes casos idênticos em face da consistência dos julgamentos anteriores⁶.

Na verdade, a gênese da aplicação do direito ao longo da tradição histórica da modernidade contempla em seu âmago a ideia de que as leis não são insuficientes para tratar de todos os acontecimentos do mundo da vida e, portanto, o juiz está autorizado a preencher as lacunas que eventualmente surjam⁷.

Mesmo Dworkin é bastante enfático ao defender a existência de uma “resposta correta”⁸. Metáfora utilizada como um recurso pedagógico para demonstrar que, na verdade, em se tratando de decisão judicial inexistem múltiplas respostas. Por via de consequência, inexistirá para o julgador uma zona livre de discricionariedade em que ele poderá se utilizar para escolher uma decisão.

Portanto, o dever de coerência e integridade a que se refere Dworkin, agora expressamente contido no artigo 926 do NCPC⁹, vem intimamente ligado à sua ideia de “resposta correta”. Veja-se que, por uma perspectiva moral, a prestação jurisdicional deve estar fundada em uma estabilidade jurídica formada, principalmente pela tradição histórica (integridade) e pela vedação de retrocesso (coerência).

Sobre a perspectiva moral do sistema de precedente adotado no Brasil (“commonlização”) assim como o próprio dever de fundamentação analítica previsto no artigo 489 do NCPC, pertinente a lição de Ronald Dworkin:

Há muito que os filósofos procuram uma teoria moral que não seja uma teoria moral. Mas, se quisermos uma ontologia ou epistemologia moral genuína, temos de a construir a partir do interior da moralidade.

(...) A segunda explicação, mais encorajadora, para a sua desilusão é que as minhas respostas são demasiado abstratas e sintéticas: apontam para, mas não fornecem a teoria moral de que necessitamos. (...) Devemos tratar o pensamento moral como uma forma de pensamento interpretativo e que só podemos adquirir responsabilidade moral se tivermos como objetivo a explicação mais compreensiva que pudermos

⁶ JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 262.

⁷ Neste sentido, vide Kelsen e Hart.

⁸ No presente livro, sustento que os críticos não conseguem compreender do que trata, de fato, a controvérsia sobre respostas certas – aquilo que ela deve ser caso a tese dos céticos – de que não existem respostas certas – seja considerada como qualquer um dos argumentos contra a teoria do direito que defendo. Afirmo que, na verdade, a controvérsia diz respeito à moral, não à metafísica, e que, entendida como uma questão moral, a tese da inexistência de respostas corretas é muito pouco convincente, tanto do ponto de vista moral quanto jurídico. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 13

⁹ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, **íntegra** e **coerente**. (grifei) Lei 13.105/2015 – http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm (acessado em 21-03-2016).

encontrar de um sistema do valor mais geral, no qual figurem as nossas opiniões morais.

Nestas poucas palavras, Dworkin dirá que uma verdadeira teoria moral não pode ser definitiva e nem epistemológica, pois, com Heidegger, afina a compreensão de que a semântica interpretativa dos conceitos, como indícios formais (*formale Anzeige*¹⁰), somente pode se dar constituído na tradição histórica (Gadamer) e na aplicação do caso concreto.

2. OS PRECEDENTES COMO INDÍCIOS FORMAIS

Os indícios formais vêm para reforçar o método fenomenológico e podem, também, ser comparados a uma ferramenta utilizada com o intuito de re(introduzir) o mundo fático ao processo interpretativo que, como identificado por Heidegger, já há muito foi abandonado pela Filosofia clássica.

No Direito, as indicações formais não operam de forma diversa da Filosofia, já que, assim como em qualquer processo cognitivo-cultural realizado pelo homem (linguagem), o exercício interpretativo é algo que se dá de forma dialógica e ininterrupta.

As indicações formais de que fala Heidegger estão representadas no Direito como sendo todo o conteúdo produzido materialmente e presente no mundo jurídico, como leis, regras, princípios, jurisprudência,¹¹ etc., os quais indicam para uma direção de sentido, demonstrando que o intérprete possui um norte que deve ser considerado e respeitado, isto é, deve ser considerado que em qualquer processo interpretativo o cuidado na aplicação dos institutos jurídico é uma premissa fundamental. Deve-se cuidar e zelar por aquilo que é determinante de alguma forma, mesmo que minimamente.

A pré-compreensão, ou conjunto de significabilidade, que aqui se poderia nominar de *moralidade jurídica*, que há perante a comunidade jurídica, herança da tradição histórica,

¹⁰O termo *formale Anzeige* pode ser traduzido como “indicação formal” ou “indício formal”, havendo uma pequena diferenciação em relação ao traduzido: primeiramente, a palavra “indicação” parece ter um uso mais abrangente do que a palavra “indício”. Em segundo lugar, devido à interpretação que fazemos do conceito. Para exemplificar: dizemos que uma placa de trânsito é uma indicação de, por exemplo, um caminho para uma cidade. Mas não costumamos dizer que ela é um indício de um caminho até a cidade. Uma pegada na lama, por outro lado, pode tanto ser vista como um indício de que alguém esteve ali, mas também como uma indicação de que alguém passou ali.

¹¹Parece-nos que a noção de *formale Anzeige* possui esse sentido mais amplo, que tanto aponta indícios como serve de indicação para o caminho a ser seguido na investigação filosófica. Optou-se em utilizar as duas formas no texto, de forma indistinta. Nesse aspecto, acima de qualquer coisa, os precedentes (*common law*) integram o conceito de indicações formais, principalmente porque, embora sejam a expressão interpretativa da lei diante de uma situação já ocorrida, eles somente terão sentido no caso concreto (*applicatio*), contextualizado no *tempo* próprio de determinado caso.

fornece elementos suficientes ao operador do Direito para lidar de forma coerente e responsável com todo o conteúdo jurídico materialmente (formalmente) indicado. Assim, abre-se espaço para o que se pode denominar de *ética do cuidado*¹², o que acaba se desdobrando em algumas contribuições jurídicas de grande relevância para a democracia, tais como a “*Teoria da Legislação*”¹³ (Manuel Atienza e Adalberto Hommerding) ou com uma “*Teoria da decisão*”¹⁴ (Ronald Dworkin e Lenio Streck).

Afirmar que há *moralidade jurídica* no contexto de significabilidade do Direito é poder dizer que, independentemente de constar na Lei nº 13.105/2015 (introduziu o novo Código de Processo Civil), todas as decisões judiciais devem, necessariamente, ser interpretadas segundo a boa-fé,¹⁵ prescindindo, portanto, que tal disposição venha expressamente contida no Código de Processo Civil, no Código Civil ou em qualquer outra lei. Está incorporado ao sistema jurídico brasileiro que as decisões judiciais devem respeitar os princípios da jurisdição contidos na Constituição e, sendo assim, é possível afirmar que respeitar esse conjunto de valores é reconhecer a moralidade jurídica edificada no seio da estrutura de significação jurídica.

A transposição do método das indicações formais para o Direito constitui a filosofia hermenêutica como condição de possibilidade para construir pontes entre a Filosofia e o Direito. O método das indicações formais tratado neste artigo, além de indicar para uma dimensão não objetivável (liberdade, dignidade, igualdade...), visa confrontar o Direito a um verdadeiro acerto de contas com a Filosofia, na medida em que aquele, assim como as ciências em geral, perdeu-se no encobrimento metafísico produto da razão moderna.

¹² Pensar o Direito com a perspectiva do *cuidado*, isto é, incorporando ao contexto legislativo uma ética da responsabilidade, onde o conceito de justiça e a própria democracia passam a ser uma exigência indispensável, pode ser traduzida como a dimensão moral do Direito. COSTA, Marcelo Cacinotti. **O método dos indícios formais de Martin Heidegger e a contribuição da moral como condição de possibilidade para uma adequada aplicação do direito**. Tese de Doutorado em Direito. Unisinos, São Leopoldo, 2015, p. 280.

¹³“Por todo es que el vínculo de las dichas racionalidades lingüísticas o jurídico-formales con la racionalidad ética es muy intenso. Y por ello es que la creación dela ley debe fundarse objetivamente, pues hay valores objetivos a los cuales necesariamente el legislador debe remitirse em razón da la tesis de la unidad de valor. Y la ley, por tanto, tendrá como su sostenedor el fundamento moral. De hecho, aqui hay que remitirse a la responsabilidade de los legisladores que no pueden hacer las leyes de cualquier modo.” Cf. HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la legislación y Derecho como Integridad**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 215.

¹⁴“Implica um rigoroso controle das decisões judiciais, porque se trata, fundamentalmente, de uma questão que atinge o cerne do Constitucionalismo Contemporâneo: a democracia. Se ficarmos à mercê da razão prática para superar o formalismo exegetista, estaremos substituindo o juiz boca-da-lei pelo “proprietário dos sentidos da lei”. Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.328.

¹⁵Seção II – Dos Elementos e dos Efeitos da Sentença, Art. 489 - São elementos essenciais da sentença: § 3º“ A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.” Cf. BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de Março de 2015**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 02 de fev. de 2016.

Para Heidegger, a Filosofia não se contrapõe à ciência objetiva, mas trabalha noutra dimensão. Os conceitos filosóficos, então, como pontua Jorge Antônio Torres Machado,¹⁶ caracterizam-se por serem “indícios formais” (*Formale Anzeige*) daquele único ser capaz de compreender a si e o mundo, merecendo transcrição:

A ciência objetiva, nesse aspecto, “pressupõe uma dimensão anterior à qual não temos acesso direta ou objetivamente. As ciências, em sua positividade dominante, apreendem as coisas com a intenção de melhor controlá-las. Essa não seria a função da filosofia, que trabalharia com indícios antropológicos não objetivos de como o homem compreende, como o homem se sente afetado pelo mundo, como o homem discorre sobre as coisas, etc. Nesse sentido, a objetivação e a positividade da ciência não são sua primeira instância. O primeiro elemento ocorreria numa espécie de circularidade hermenêutica da compreensão de si e do mundo a que nunca temos acesso direto, a não ser por indícios formais.

O método dos indícios formais altera a relação sujeito-objeto, própria da filosofia da consciência, superando a ideia dualista do sujeito solipsista cartesiano. Agora, ao contrário do cogito, só existirá um *Dasein* em um mundo junto-com-os-outros.

E nesse aspecto, pelas mãos de Stein,¹⁷ Heidegger explicita a relação distinta que há entre o *Dasein* e o Eu transcendental, dizendo:

Segundo Heidegger, é preciso mostrar que o ser do *Dasein* é totalmente diferente daquele dos outros entes. Se a constituição do *Dasein* é completamente distinta daquele dos outros entes, então é possível encontrar nele mesmo o acontecer transcendental. Desnecessária a operação de ‘pôr o mundo entre parênteses’, recuar ao Eu transcendental, ao mundo da representação, para depois então recuperar o mundo fático. A constituição transcendental é uma possibilidade central da existência do próprio *Dasein*. E a maravilha é que a constituição existencial do *Dasein* torna possível a constituição transcendental de tudo que é positivo.

A experiência da vida fática é utilizada pelo Filósofo da Floresta Negra para trabalhar a teoria do método fenomenológico enquanto indicação formal. Como refere Heidegger,¹⁸

A experiência fática da vida reside totalmente no *conteúdo*, enquanto o *como* está implícito nisso. É no conteúdo que têm lugar todas as mudanças da vida. No curso da jornada de um dia faticamente vivido, ocupando-me com coisas completamente diferentes é, contudo, na atuação fática da vida que surge, para mim, de modo não consciente, o *como* diferente de seu reagir em cada maneira diferente.

¹⁶ MACHADO, Jorge Antônio Torres. **Os indícios de Deus no homem**: uma abordagem a partir do método fenomenológico de Martin Heidegger. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006, p. 12.

¹⁷ STEIN, Ernildo. **Pensar e Errar**: uma juste com Heidegger. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011, p. 65.

¹⁸ HEIDEGGER, Martin. **Fenomenologia da Vida Religiosa**. Tradução Enio Paulo Giachini, Jairo Ferrandin, Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 17, grifo do autor.

Toda interpretação eminentemente teórica deve ser evitada, já que o conteúdo de algo somente pode ser apurado no caso concreto decorrente da complexidade da vida, remanescendo tão somente aquilo que já foi apontado ou indiciado.

O método dos indícios formais não é, assim, apenas uma teoria, mas muito mais um modo de realização de vida na travessia do tempo. Embora repetindo, a indicação formal é investimento passivo que se desdobra numa postura de escuta, sem, contudo, desconsiderar o modo de ver teórico anterior, mas precisamente o conserva como exemplo de elucidação do caráter existencial do que foi, do que é e do que será.

É possível afirmar, ainda, que o termo *método*, relacionado à indicação formal, não possui o caráter de determinar o uso no sentido de chegar a algum resultado predeterminado, mas abarca uma noção de cuidado na relação entre o acontecer dos fenômenos e o experienciar; o encontro livre das antecipações meramente teóricas e da perspectiva objetivante.

Assim como acontece em qualquer processo investigativo, onde a observação, a descrição, a interpretação e a correlação levam ao descobrimento de fatos ocultos, o conceito de *Formale Anzeige* observa elementos do cotidiano do *Dasein* que relacionados entre si podem contribuir muito para o descobrimento de fatos ocultos.

O *Dasein* é tematizado em seu *ser-no-mundo*, onde se opera o *como desse Dasein*. O *como* é previamente dado (situação hermenêutica) que se denomina de analítica existencial ou ontologia fundamental. Assim, através do método das indicações formais, Heidegger chega aos existenciais (resultado dos indícios)¹⁹ que são descritos através da operação fenomenológica.

O que se pretende demonstrar, portanto, é que a lógica da relação sujeito-objeto é profundamente alterada pela intuição heideggeriana, afetando a tradicional teoria do conhecimento. Não pode mais subsistir o sujeito solipsista totalmente alheio aos fenômenos do mundo, como afirma Torres Machado,²⁰ “O *Dasein*, desde sempre, é familiarizado com o fenômeno do mundo”.

¹⁹ Os indícios formais estão na vida e apontam para estruturas existenciais (estruturais) do *Dasein*, modos-de-ser-no-mundo, proibindo a objetificação.

²⁰ MACHADO, Jorge Antônio Torres. **Os indícios de Deus no homem**: uma abordagem a partir do método fenomenológico de Martin Heidegger. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006, p. 18.

A estrutura fundamental do *Dasein* é ser-no-mundo. Somente o homem é um ser-no-mundo, não se somando ele aos entes no mundo e o mundo não se constitui na soma dos entes. O homem só é homem porque é ser-no-mundo, jamais estará fora do mundo e, portanto, sua ligação com o mundo não pode se dar por intermediários ou por uma ponte. Stein²¹ acrescenta, dizendo que “O mundo surge, portanto, porque há ser-aí. E o conjunto das significações que rodeiam o ser-aí”.

O conceito de mundo da analítica existencial, portanto, é correlato ao *Dasein*, local onde todos os entes encontram significação. Daí a impossibilidade de cisão entre mundo e interpretação, como observa Stein²²

Mundo é aquilo ‘em que’ o ser-aí sempre já era, é aquilo para onde já sempre retorna quando vai. O mundo é essencialmente constituído pelo ser-aí. É o lugar em que todos os entes encontram significação, mas é, ao mesmo tempo, o lugar em que já se movimenta o ser-aí que dá sentido aos entes. Por isso o homem já sempre está no mundo, ao qual se dirige, quando dispõe dos entes a que dá sentido. A significação é decisiva na constituição do mundo. A significabilidade é aquilo que constitui a estrutura do mundo, em que o ser-aí enquanto tal sempre já está. Por isso, a mundanidade é um existencial do ser-aí. Os entes puramente subsistentes, neutros, estão num mundo não-humano, e sua mundanidade é categorial e não existencial. A mundanidade como existencial é um conceito ontológico e significa a estrutura de um momento constitutivo do ser-no-mundo.

O conceito de *Dasein*, assim, se afasta da filosofia metafísica kantiana e aristotélica do ser, simplesmente porque elas estabelecem um contexto de significação dissociado da faticidade e, conseqüentemente, da temporalidade. Nesse contexto, o *Dasein* para a filosofia metafísica, ao contrário de ser pensado como compreensão do ser, é aprisionado como objeto, atemporal, subsistente junto das coisas simplesmente dadas (*Vorhandenheit*) e dos utensílios (*Zuhandenheit*).

Aliando-se a perspectiva de Lenio Streck, “os precedentes da *common law* são criados para responder a futuras perguntas em uma linha coerente de argumentação, enquanto que o institutos das Súmulas vinculantes são criados com o único intuito de estabilizar decisões do Poder Judiciário”²³.

²¹ STEIN, Ernildo. **Introdução ao Pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011, p. 66.

²² STEIN, Ernildo. *Op. Cit.*, p. 67.

²³ É necessário ter presente a diferença entre os precedentes da *common law* e as súmulas vinculantes brasileiras. Na *common law*, os precedentes não são criados para responder a perguntas futuras; no direito brasileiro, as súmulas foram criadas – e agora institucionalizadas por emenda constitucional – para estabilizar as decisões dos órgãos do Poder Judiciário. Por isso, os precedentes brasileiros facilmente são transformados em pautas gerais, perdendo importância a singularidade do caso. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição,

Corroborando a ideia de que os precedentes jurisprudenciais normatizam o direito do mesmo modo como as leis num sentido indicativo forma, Streck:

Uma resposta (que é um ato de aplicação) não é construída para responder a outras perguntas. Mas pode/deve ser utilizada no processo de construção da coerência e integridade do direito, para, como pré-compreensão, servir de indicativo formal – a partir daquilo que denomino, mais adiante, “grau de objetivação abrangente” – para a conformação da próxima resposta. Até porque, como bem lembra Heidegger, os indícios formais (*formale Anzeige*) não são palavras mágicas. Ao contrário de servir de universalidade (“ser em geral”), a sua função é a de se opor aos conceitos metafísicos. Não fosse assim, ocorreria uma autonomização do texto a ser extraído da resposta anterior (como se o ser se separasse do ente), estabelecendo-se, assim, uma universalidade, com o escondimento da singularidade do caso²⁴.

Dessa forma, é possível aproximar a filosofia heideggeriana às novas perspectivas sistematizadas no Novo Código de Processo Civil. Num primeiro momento, da mesma forma como pensou Heidegger, para se chegar à verdade autêntica ou a uma decisão judicial mais democrática, não há como abdicar da responsabilidade moral (ética do cuidado) de se pensar o sentido das coisas (isso vem exposto no artigo 489 do NCPC, ao exigir a necessidade de fundamentação analítica e a importância do caso concreto).

Num segundo momento, na expressão contida no artigo 926 do NCPC, em que os tribunais devem uniformizar a sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, manter as decisões judiciais estável, íntegra e coerente, significa dizer que, a *normatização do Direito*, processo contínuo de integração legislativa realizada pelo Poder Judiciário, deve se dar em uma perspectiva dialógica e temporal, isto é, considerando-se o teor de sua produção normativa como indício de sentido, como uma pré-compreensão, sob pena de repristinar o já desgastado positivismo realista que se retroalimenta do *mito do dado*.

3. A TRADIÇÃO E OS IDEAIS DE COERÊNCIA E INTEGRIDADE DECISÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. São Paulo: Saraiva, 4. ed., 2011, p. 358.

²⁴STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. São Paulo: Saraiva, 4. ed., 2011, p. 358-359.

No mundo contemporâneo, há duas tradições jurídicas com grande influência: a *civil law* e a *common law*. Merryman lembra que ambas as tradições não estão isoladas uma da outra, a saber:

(...) Como integrantes de uma história e cultura ocidentais comuns, estas tradições têm tido múltiplos contatos e influências recíprocas. A Constituição dos Estados Unidos poderia ser parcialmente explicada pela influência do iluminismo europeu. Mais tarde, o constitucionalismo norte-americano teve uma influência enorme na América Latina e na Europa. O controle de constitucionalidade, por exemplo, está agora firmemente enraizado em ambas as tradições. O instituto jurídico do *condominium*, uma invenção da *civil law*, foi entusiasticamente recepcionado nos Estados Unidos, enquanto que muitos sistemas da *civil law* incorporaram um instituto típico da *common law* como o *truste*.

O fato de que estas duas tradições jurídicas sejam de origem europeia deveria nos fazer refletir por um momento. Há muitas outras tradições jurídicas no mundo atual e algumas novas estão em processo de formação. A predominância das duas tradições aqui tratadas é o resultado direto do imperialismo europeu em séculos precedentes, assim como o predomínio do direito romano em eras remotas foi o produto do imperialismo de Roma²⁵.

Em *Juízes, Legisladores e Professores*, Caenegem questiona se é melhor o Direito dos Precedentes, o Direito das Leis ou o Direito dos Livros, apontando que a legislação “tem a vantagem da certeza obrigatória”, sendo as “regras estabelecidas por uma pessoa ou corpo com autoridade”. A desvantagem consiste na sua “falta de flexibilidade: as regras e os códigos são estabelecidos em textos precisos e mantêm-se até que nova legislação os modifique”, citando o exemplo do Código Civil de 1804, que ainda é válido na Bélgica e na França, “apesar de centenas de artigos terem sido rejeitados e substituídos, principalmente por legislação gradativa no século XX”. Já a casuística, para alguns, tem a vantagem da certeza, em razão do *stare decisis*: “se um tribunal decidiu em certo sentido em um caso, ele não mudará a lei para alguma outra pessoa se surgir um caso similar”. A Câmara dos Lordes, que reputava no século XIX ser obrigada pelos seus próprios precedentes, em 1966, modificou sua posição e “hoje sente-se livre para reverter seus próprios precedentes”. Esclarece o autor, contudo, que, na maioria dos casos, o “*stare decisis* ainda é a regra, mas não se pode ter absoluta certeza de que o tribunal não reverterá um precedente por alguma razão que ele agora

²⁵MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A Tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Trad. Cássio Casagrande. Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 25-26.

considere imperativa”. Aponta que a casuística “carece de uma estrutura conceitual adequada e é pouco dada à generalização”. Por sua vez, a Ciência do Direito (*Jurisprudence*) revela o seu potencial quando se exige a “formulação de princípios gerais: não apenas conceitos abstratos, mas também a crítica e a análise de tendências no pensamento jurídico e na judicatura são o seu domínio próprio”. Procura o autor definir alguns critérios para um bom sistema jurídico: a) Juízes incorruptíveis e imparciais; b) Participação dos cidadãos comuns, ao menos na forma de presença em tribunal aberto e de crítica em uma imprensa livre; c) Recrutamento democrático de Juízes; d) Juízes competentes e profissionais; e) Direito compreensível e cognoscível; f) Justiça acessível; g) Justiça humana; h) Um sistema jurídico baseado em amplo consentimento público²⁶.

O recurso hermenêutico à tradição confere um limite objetivo à interpretação judicial, a partir da necessidade da reconstrução da história institucional do Direito, compreendido sob a melhor luz, dentro de uma cadeia discursiva onde sobressaem os ideais de coerência e de integridade. Ora, mas o que significa propriamente a tradição?

Para Gadamer, a *tradição*²⁷ não corresponde ao mero prosseguimento da transmissão de uma informação sobre algo que aconteceu, tratando-se de monumentos, isto é, aquilo que reclama a necessidade de pensar algo e em que se deve pensar. Isso se dá por lembrança mítica, de maneira que a essência do mítico reside no fato de ele não ser passível de verificação e de comprovação com vistas à correção. A ideia de uma ciência universal que abrange todas as verdades não se compatibiliza com o ponto de vista da experiência, cujo progresso impassível de ser concluído transpõe qualquer verdade alcançada. A prática de vida leva a situações de decisão e quer-se decidir de maneira correta, sendo que não se segue uma evidência baseada em demonstrações, entrando em cena um pressuposto que se encontra no mesmo nível da filosofia prática: a ética, em conexão com *ethos* e com o hábito que se adquiriu, seguindo-se processos de adaptação iniciados muito cedo e que se denominam

²⁶ CAENEGEM, R. C. Van. *Juízes, Legisladores e Professores*. Trad. Luís Carlos Borges: Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, pp. 89-118.

²⁷ “O que é consagrado pela tradição e pela herança histórica possui uma autoridade que se tornou anônima, e nosso ser histórico e finito está determinado pelo fato de que também a autoridade do que foi transmitido, e não somente o que possui fundamentos evidentes, tem poder sobre nossa ação e nosso comportamento. (...) A realidade dos costumes, p.ex., é e continua sendo, em sentido amplo, algo válido a partir da herança histórica e da tradição. Os costumes são adotados livremente, mas não são criados nem fundados em sua validade por um livre discernimento. É isso, precisamente, que denominamos de tradição: ter validade sem precisar de fundamentação”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Ênio Paulo Giachini. 6ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 372.

“socialização”. Na vida prática, não são seguidos cegamente os padrões de civilidade, mas sim, assume-se uma responsabilidade essencial à pessoa no processo de tomada de decisão²⁸.

A autoridade da tradição em Gadamer está associada à responsabilidade no mundo prático²⁹, o que se reflete nos ideais de coerência e integridade no Direito, tendo com ponto de apoio a lição de Dworkin. Além disso, as consequências da decisão jurídica democrática devem ser tomadas em conta, não na perspectiva utilitarista³⁰, mas à luz de uma compreensão hermenêutica de natureza deontológica da comunidade de princípios³¹. Nessa perspectiva, o campo jurídico, com a sua inter-relacionalidade e interferência no contexto problemático, terá de convocar uma “ética da responsabilidade”, tomando-se em conta o “resultado da decisão”, cumprindo anotar que tal relevo “não autonomiza qualquer outro cânone metódico”, pois a “consequencial consistência prática é o que deverá resultar da realização do direito de problemático-concreta justeza normativo-material”³².

Nessa linha de compreensão, se é verdadeiro o argumento de que há uma tradição ilegítima que conforma o modo de interpretação dos juristas, que apostam na plenipotenciariade da regra, na equiparação entre texto e norma, entre vigência e validade, na busca de essências (vontade da norma ou do legislador), não menos acertada é a tese ancorada na existência de uma tradição legítima, conformada à luz do constitucionalismo

²⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em Retrospectiva. Op. cit.**, p. 226-237.

²⁹ “Em todo caso, há uma pressuposição fundamental que é comum à compreensão nas ciências do espírito e à sobrevivência das tradições: a de sentirem-se *interpeladas* pela própria tradição”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Ênio Paulo Giachini. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 374.

³⁰ Com razão aponta García Figueroa que Dworkin endereça suas críticas ao positivismo jurídico, ao realismo e, finalmente, rechaça o utilitarismo: a teoria de Dworkin “se mostra decididamente contrária ao utilitarismo. Esta corrente unificaria o positivismo e realismo jurídicos por quanto que ambos compartiriam a comum característica de excluir a moral do direito. Esta vinculação do positivismo jurídico ao utilitarismo que se observa na construção de Dworkin, estranha aos olhos do teórico do direito continental, é habitual na jurisprudência de raiz inglesa. Neste sentido, Dworkin sai em defesa dos direitos morais das pessoas frente aos cálculos consequencialistas das correntes utilitaristas, erigindo-se assim em um autêntico ‘anti-Bentham’. Por outro lado, participa em um amplo movimento tendente a romper a circularidade implícita no sintagma ‘Estado de Direito’ quando o direito é identificado com a vontade do Estado. GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. **Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principalista em las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 220.

³¹ Em um sentido análogo, MacCormick ensina que “como a justificação se dá por meio da demonstração do motivo pelo qual tal decisão *deveria* favorecer um lado em vez do outro, as consequências pertinentes são as da deliberação genérica envolvida na decisão de uma forma ou de outra, não simplesmente os efeitos específicos da decisão específica sobre as partes consideradas individualmente”. MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Trad. Waldéa Barcelos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 193. Refere, apenas, que “os direitos são consequências em relação às decisões de princípios que fazemos no campo jurídico, e não que são pressupostos por elas”. MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 160.

³² NEVES, A. Castanheira. **Metodologia Jurídica**. Problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora (Stvdia Iuridica I), 1993, p. 203-205.

contemporâneo e das correntes pós-positivas que sinalizam para a superação do modelo exegético-positivista, que ampara decisões tomadas a partir de raciocínios subsuntivos, em pleno modelo do Estado Democrático de Direito³³.

Uma comunidade política somente tem força moral para impor obrigações aos seus membros se tratar as pessoas com igual consideração e respeito, ou seja, se suas políticas tratarem as vidas das pessoas como igualmente importantes e respeitarem as responsabilidades individuais sobre as suas próprias vidas, de modo que os princípios da dignidade são “trunfos em relação às políticas coletivas do governo”³⁴.

Daí se extrai a importância dos ideais de coerência e integridade, devendo os juízes, de igual modo, levar em consideração as consequências de suas decisões, mas eles somente podem fazê-lo “na medida em que forem guiados por princípios inseridos no direito como um todo, princípios que ajudem a decidir quais consequências são pertinentes e como se deve avaliá-las, e não por suas preferências pessoais ou políticas”³⁵.

É preciso conferir autonomia ao Direito de modo a evitar que argumentos de política ou de economia possam fragilizá-lo, mormente na conjuntura atual, em que a sociedade parou de se questionar (Castoriadis), pautando-se por uma lógica utilitarista (no sentido negativo), que vulnera os direitos fundamentais sob a alegação de um suposto “bem-estar geral”, ao talante das maiorias políticas. A coerência é uma valiosa ferramenta contra a discriminação, ao passo que a integridade no Direito impõe à jurisdição que trate as pessoas com igual consideração e respeito.

A coerência e a integridade têm por ideal a “preservação da igualdade, expressa na noção de que o Poder Público (*government*) deve tratar os seus cidadãos com *igual consideração e respeito (equal concern and respect)*”. Nessa linha, não se trata propriamente de “repetir decisões iguais, mas de conectar as decisões a uma dimensão de moralidade. A partir *desta exigência* (isonomia) é que se deve reconfigurar a tarefa decisória”³⁶.

4. A *APPLICATIO* E A SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES

³³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 322.

³⁴ DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. Tradução Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012, p. 338.

³⁵ DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 148.

³⁶ STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. “Coerência, integridade e decisão jurídica democrática no novo Código de Processo Civil”. In: **Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil**. Cláudio Barros Silva e Luciano de Faria Brasil (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 30-31.

A realidade da prática judicial brasileira é forjada na aceitação com naturalidade de que juízes e tribunais decidam decisões diferentes em casos iguais, sem qualquer constrangimento em face de decisões contraditórias, o que contribui para a deslegitimação da “justiça”, sendo que a propositura da ação é vista como “aposta lotérica”, quadro que viola o princípio da igualdade, de modo que “não apenas a unidade, mas também a igualdade perante o direito naturalmente reclamam uma eficácia obrigatória vinculante às decisões da Corte Suprema”³⁷.

Entre nós, conforme já referido, o artigo 926 do NCPC prevê que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. A tradição legítima conforma a integridade e a coerência das decisões, demandando o exame da cognição judicial³⁸ na órbita do processo envolvendo litígios de interesse público, nomeadamente na esfera dos direitos sociais e das políticas públicas de direitos sociais.

Com apoio na tradição hermenêutica e na coerência de princípios que integram o Direito, sustenta-se o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada. Reportando-se à temática ambiental, a título de ilustração, se no plano do direito material é inaceitável a tese da existência de um direito adquirido de degradação ambiental, o plano processual deve corresponder à natureza do direito subjetivo posto em causa, de espectro coletivo.

Isso porquanto o direito ao ambiente transcende os aspectos patrimoniais, sendo que a sua nota de fundamentalidade ou imediatidade demanda uma compreensão hermeneuticamente adequada do processo coletivo na perspectiva do dever de proteção do Estado. No caso de contaminação de uma baía, é evidente que a ela não pertence a ninguém em particular, danos que serão suportados pela comunidade em conjunto, assim como a limpeza beneficiaria o grupo em sua totalidade. Daí o seu caráter de indivisibilidade reclama a adoção das ações coletivas para a proteção dos direitos difusos em jogo³⁹. A dimensão temporal reclama a concretização efetiva do princípio da duração razoável do processo, com a tramitação célere e efetiva da causa, sem abdicar da qualidade do provimento jurisdicional.

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes. Justificativa do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 105-106.

³⁸ WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 118.

³⁹ Cf. GIDI, Antonio. **Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil**. Trad Lucio Cabrera Acevedo. 1. ed. Ciudad Universitaria: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 57.

O dever de justificação da decisão judicial (ou de fundamentar a fundamentação) 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.

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; 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; 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 Streck⁴⁰, com base em Castanheira Neves, em torno das

⁴⁰ 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

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 fundamentais para a distinção ou a superação do precedente, de modo a se assegurar a estabilidade, a coerência e a integridade nas decisões judiciais.

Todavia, o § 2º do artigo 489 do NCPC 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).

Daí se depreende que a superação dos precedentes não pode recorrer meramente à metódica da ponderação, haja vista que a mesma não problematiza os seus pressupostos constitutivos, de maneira que é preciso uma fundamentação, no caso concreto, das situações hermenêuticas que balizam tal entendimento. Em razão da violação aos princípios da segurança jurídica e da igualdade, a ponderação está acoimada de vício de inconstitucionalidade material, devendo ser rechaçada pelo intérprete na resolução do caso concreto, na perspectiva crítica de Streck.

O emprego do *distinguishing* está vinculado ao ônus argumentativo pelo magistrado que, ao caso concreto, não se aplica o precedente vinculante, porquanto a *applicatio* é diferente no que toca aos elementos basais da decisão jurídica. Já a utilização do *overruling* parte do pressuposto de que a quebra do precedente decorre da inequívoca dimensão temporal da decisão jurídica e do próprio Direito, o que é um valioso recurso hermenêutico a fim de se evitar o “sequestro” da temporalidade (algo só é no tempo, como se verifica em *Ser e Tempo*, de Martin Heidegger).

CONCLUSÃO

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, p. 71-72.

As tradições jurídicas da *Civil Law* e da *Common Law* tem pontos de convergência e institutos similares, sendo que a segurança jurídica, e, sobretudo, a igualdade, integram a comunidade de princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito, razão pela qual a adoção dos precedentes judiciais atende às expectativas de uma prestação jurisdicional adequada e efetiva.

Com efeito, a tradição, no sentido autêntico, está imbricada com a coerência e a integridade, lançando a historicidade como vetor hermenêutico, além da preocupação com as consequências das decisões jurídicas, em uma perspectiva de moralidade política e não meramente econômica.

A hermenêutica da faticidade leva à ética da responsabilidade, devendo o magistrado estar atento ao âmbito da norma (Müller) ou ao recorte da realidade social, promovendo, em razão da liberdade igual, a universalidade dos direitos sociais.

A igualdade tem um enraizamento de moralidade política, de natureza ontológico-existencial, de modo que significa tratar as pessoas com *igual consideração e respeito*, o que não significa *prestações iguais*, mas a análise do caso concreto, mediante o recurso hermenêutico à coerência, à integridade e à faticidade. O controle democrático da interpretação, mediante a recepção de um sistema brasileiro de precedentes, reclama a racionalidade, a justificação e a capacidade de universalização do provimento, corolários do princípio da igualdade.

Os precedentes funcionam, pois, como “indícios formais” para o Direito, apontando ou sinalizando a resposta adequada ao caso concreto, em atenção à segurança jurídica, à estabilidade e à integridade da jurisprudência. A dinâmica do caso concreto, por sua vez, é fundamental para que se possa atender ao direito fundamental à prestação jurisdicional adequada.

Por derradeiro, é preciso referir que a superação dos precedentes (*overruling* e *distinguishing*) está vinculada à *applicatio* e à situação hermenêutica (Gadamer), de modo a se buscar uma compreensão hermenêutica do “tempo do ser” (Heidegger) do Direito, assumindo o magistrado o ônus da argumentação em sentido contrário, o que não se confunde com a recepção acrítica da metódica da ponderação. Ao não problematizar os seus pressupostos constitutivos, a ponderação contribui para o ativismo/decisionismo judicial, padecendo de vício de inconstitucionalidade material (Streck), em prejuízo da construção uma

jurisprudência coerente, íntegra e estável, malferindo as expectativas legítimas dos cidadãos em torno da obediência ao Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

COSTA, Marcelo Cacinotti. **O método dos indícios formais de Martin Heidegger e a contribuição da moral como condição de possibilidade para uma adequada aplicação do direito.** Tese de Doutorado em Direito. Unisinos, São Leopoldo, 2015.

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.

_____. **A Justiça de Toga.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços.** Tradução Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli.** Organizadores: Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck, André Karan Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em Retrospectiva.** Petrópolis: Vozes, 2007.

_____. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Ênio Paulo Giachini. 6ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GIDI, Antonio. **Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil.** Trad. Lucio Cabrera Acevedo. 1. ed. Ciudad Universitaria: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo.** Parte I, Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. **Fenomenologia da Vida Religiosa.** Tradução Enio Paulo Giachini, Jairo Ferrandin, Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2010.

_____. **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.

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.

_____. **Teoría de la legislación y Derecho como Integridad.** Curitiba: Juruá, 2012.

INWOOD, Michael. **Dicionário Heidegger.** Tradução Luísa Buarque de Holanda; revisão técnica Maria Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

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

- LAWN, Chris. **Comprender 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.
- MACHADO, Jorge Antônio Torres. **Os indícios de Deus no homem: uma abordagem a partir do método fenomenológico de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.
- MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Trad. Waldéa Barcelos, São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes. Justificativa do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- 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.
- NEVES, A. Castanheira. **Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora (StvdiaIvridica I), 1993.
- RAMIRES, Maurício. **Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SCHNEIDER, Paulo Rudi. Notas sobre a relação entre indicição formal e experiência. **Natureza Humana**.v. 14, n. 1, 2012.
- STEIN, Ernildo. **Pensar e Errar: uma juste com Heidegger**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011.
- _____. **Introdução ao Pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011, p. 66.
- STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- _____. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. **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.
- _____. MOTTA, Francisco José Borges. “Coerência, integridade e decisão jurídica democrática no novo Código de Processo Civil”. *In: Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil*. Cláudio Barros Silva e Luciano de Faria Brasil (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 29-40.
- WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.