

**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, acrescerem 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 trabalho 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 texto 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 interpretes 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

ASPECTOS METODOLÓGICOS DA (JURIS)PRUDÊNCIA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A CONSTRUÇÃO COMPARTICIPATIVA DA DECISÃO JURÍDICA

ASPECTS MÉTHODOLOGIQUES DE (JURIS)PRUDENCE DU NOUVEAU CODE DE PROCÉDURE CIVILE: LA CONSTRUCTION COOPÉRATIVE DE LA DÉCISION JURIDIQUE

**Paulo Roberto Pegoraro Junior
Alessandro Severino Valler Zenni**

Resumo

O direito é banhado de metafísica e funda-se na pessoa dirigindo-se à solução é quase justa. A decisão normativa do jurista há de ser inspirada em prudência, virtude que migra do teórico ao prático, e se apresenta como sentença tendente ao bem, ao ético e ao justo. Se no plano da decisão abstrata o sentimento democrático não tem contagiado a coletividade, apresenta-se o processo como palco de esfera pública apto a garantir, pela cooperação entre os atores do procedimento, no contraditório, vera democracia participativa, cuja influência na decisão jurisprudencial, consolidada na arte do bom e do equo, confere ao direito seu caráter de justiça legitimatória, imprescindível ao seu telus. O novo CPC projeta o jurista, artífice da decisão justa, à jurisprudência da tradição, restituindo ao jus o seu compromisso com a justiça no espaço democrático, em substituição à metodologia da astúcia e do pragmatismo, interessantes ao sistema, e alheios às pessoas.

Palavras-chave: Direito, Direito processual civil, Jurisprudência, Contraditório, Decisão justa.

Abstract/Resumen/Résumé

Le droit est baigné dans la métaphysique et est basé sur la personne de conduire à la solution est presque juste. La décision normative de l'avocat doit être inspirée par la prudence, la vertu de la migration de la théorie à la pratique, et présente un décret visant le bon, le éthique et équitable. Si le plan de la décision abstraite sentiment démocratique n'a pas infecté la communauté, présente le processus comme une étape de la sphère publique en mesure d'assurer la coopération entre les acteurs de la procédure, le, vera démocratie participative contradictoires, dont l'influence dans la décision judiciaire, consolidée dans l'art du bien et du EQUO, donne le droit de sa justice caractère legitimatória, essentiel à votre TELUS. Le nouveau PCC Designs juriste, auteur de la décision qui vient, la tradition jurisprudence, en revenant à la hauteur de son engagement pour la justice dans une démocratie pour remplacer la méthodologie de la ruse et de pragmatisme, intéressant au système, et des personnes non apparentées.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Droit, Droit procédural, La jurisprudence, Contradictoire, Décision équitable civile.

1. Introdução

O artigo produzido procura investigar em que medida a interpretação jurisprudencial pode, mediada pelo processo democrático, convergir à jurisprudência da autoridade judiciária de alhures, cuja principal característica remanesce no cuidado com a prudência e eleição de ética dos meios para atingimento de fins bons, o que, em se tratando de direito, redundará no valor da justiça.

Nesta quadra pós-moderna em que a celeridade e a rapidez transformam qualquer finalidade em meio, dotado do máximo compromisso com a eficiência, esvaziando a argúcia que conotou o jurista na tradição, para impactá-lo com a astúcia, oposto da virtude prudencial de que excogita a jurisprudência, um novel modelo de processo se apresenta, sugerindo (re)significação do contraditório, com reflexos imediatos e sintomáticos sobre a argumentação a ser exigida dos participantes da marcha processual e, sobretudo, a qualidade da decisão produzida, devolvendo ao aspecto decisório do jus a prudência e a arte que são tão caras à filosofia e a interpretação do Direito.

Iniciar-se-á o texto por objurgar-se uma teoria comprometida com o sistema, trazendo para o centro da cultura jurídica produzida a pessoa e sua eminente dignidade, de onde brota e para quem verte o direito desvelado historicamente.

Não passará in albis o aspecto democrático de que se nutre o processo atual, designado de esfera pública dentro da qual garante-se a participação democrática do sujeito, no expediente de criação jurídica, a ponto de a decisão ser legitimada pelo expediente participativo entre os atores processuais. Trata-se de um processo policêntrico que produz a justiça da decisão à medida participativa dos contendentes e do julgador na marcha processual em recíproca influência.

Noutra mirada os articulistas avaliarão a metodologia jurídica excogitada no direito, designada de jurisprudência, caracterizada pelo manejo das normas gerais e particulares pelo juiz dotado de prudência, que constrói a decisão do problemático caso concreto, atento à circunspeção, memória, percepção, docilidade, atributos da virtude prudencial do sábio jurista romano, referendadas na endogenia processual hodierna e à releitura do contraditório.

Assim serão abordadas as principais variantes do novel processo civil e sua metodologia jurídica, recrudescente de cooperação entre os participantes do procedimento, com direito de serem ouvidos e influenciar, não serem surpreendidos, ao mesmo tempo em que terão o dever de lealdade e boa-fé, refundindo no âmbito do direito público categorias romanísticas do direito privado, que inspiravam a confiança e a endoxados argumentos na dialética.

Demais disso, haverá abordagem da fundamentação das decisões, lídima garantia de que o procedimento é o constructo da decisão justa e democrática, e, paralelamente, vislumbra-se do juiz, um exímio jurisprudente na plenitude da sociedade contemporânea.

Ao final, serão lançadas considerações finais sobre a pesquisa.

2. O Direito Inerente à Condição Humana

Para compreender o movimento principiológico como essencial à concepção de processo civil, gerador do modelo da reforma do CPC, mas que resulta de reformas do direito positivo na Europa a partir de 2.000, é fundamental que possamos desenvolver um arrazoado sobre a natureza do direito e sua perspectiva eminentemente decisória.

Ab initio a Constituição brasileira, seguindo a esteira do direito constitucional alienígena, aloca a dignidade humana como fundamento do Direito e do Estado, cujo cariz de conceito jurídico indeterminado requesta, inevitavelmente, uma investigação de caráter filosófico-metafísico conotando o Direito como disciplina de (trans)disciplinariedade¹ a exigir esforço hermenêutico do jurista na concretização da tarefa emancipadora da pessoa.

De chofre tem-se na metafísica do Direito um compromisso com a realização prática desta disciplina, de categoria social, arraigada ao ser do próprio humano, já na abordagem clássica.

¹Qualquer categoria de direito, mormente a dignidade da pessoa humana, por outra parte, há de ser interpretada em uma lógica “trans”, porquanto a realidade humana e qualquer realidade é transdimensional, avessa aos esquemas binários e na lógica cartesiana fundada no terceiro excluído, absolutamente fechada e dogmatizada, entrementes pela lógica do terceiro incluído, desenvolvida por Lupesco, fundada na física quântica, exhibe “descontinuidade e coexistência” como novo paradigma de realidade. Ou seja, há diversos sistemas em conexão no universo, o próprio homem revela-se “trans”, face sua natureza macrocós mica ou biológica e microcós mica ou metafísica, porquanto há uma descontinuidade de leis que regem tais sistemas e, não obstante, coexistência entre ambos, tratando-se de um polissistema uno transdimensional. In MARTINS, Nádia Bevilaqua. In Resolução Alternativa de Conflito. Complexidade, Caos e Pedagogia. Curitiba: Juruá, 2006, p. 165.

Na perspectiva do existir, imantado pela liberdade enquanto atributo próprio que o distingue de todos os demais seres na existência, o querer que lhe concerne é deparado com seu limite obrigatório; tendo encontro marcado, líquido e certo com a morte, recebe a barreira do tempo, e, ademais disso, não pode experimentar-se senão em certo espaço, o qual se lhe lança limite, isso no plano físico, mas também conta com limites intransponíveis no plano cognitivos, conquanto seja obcecado pela verdade, muito pouco sabe do que acessa, e, portanto, está admoestado, o seu querer se depara com o contraste dos limites de sua natureza, vê-se contingenciado pelo obrigatório.

Sua natureza, outrossim, solidária, fixa-se ao modelo ego x alter, e o existir humano fazer-se convivência, de sorte que os limites se auto-impõem em nome dessa sociedade e as liberdades chocadas não de ser harmonizadas, para que fins sociais e exigências do bem comunitário possam cimentar a coexistência.

Se no plano interno a vontade não vê obstáculos, à sua margem, objetivamente, põem-se obrigações, como que, normas, tanto no sentido existencial como fraternal e ou ético. E, portanto, esse dever é uma chancela assinalada no ser do humano, indefectivelmente.

Portanto, a experiência humana encontra na ação os limites do obrigatório, exatamente para o aperfeiçoamento de seu ser, pelo que abraçamos a metafísica humana como o princípio de todo o fenômeno jurídico.

Vale a refutar as teorias niilistas que buscam no nada o princípio de todas as coisas, inclusive do direito, até porque, no plano ontológico-jurídico, o dever ser é, e não nada, tratando-se de incursão em petição de princípio a máxima de que o nada supõe a lei para dar ao humano prumo e vereda.

Aliás, o intelectualismo, de forma esclarecedora e lógica, exauriu o tema, destacando que a perversidade da conduta que, por consequência, estagna o ser que age e se pulveriza ao alter, revelando-se fator impediante ao bem coletivo, é defluência da ignorância², conquanto seja a natureza humana ordenada ao bem, cuja finalidade intrínseca o convoca e se revela pela razão, seria uma abissal ignonímia que se se propusesse, a partir do nada, o limite.

Ora, advogando em prol da natureza humana, a liberdade é que promove a opção por não ser ou ser mais do que se está, sem embargo de que, ser é devir, e nem no plano infra-humano em que ser é devir necessário, como o melhor “pulo do gato” que se reproduzisse

² Tomas de Aquino. Suma Teológica. Parte II (Primeira Parte). Madrid. Biblioteca de Autores Cristianos, 1998.

compulsoriamente sem deliberação alguma, notadamente determinado, tampouco no plano supra-humano, onde a potência e a contingência inexistem, e o Ato puro é absolutamente perfeito e tampouco o agir declinaria ao mal, que macula o ser, a ação e o obrigatório fazem parte, mesmo, é da condição humana, quando, então, o agir para fazer-se pode convergir para um niilismo, já que a liberdade é condenação.³

E se o ser humano busca o bem para o acabamento de seu ser, no plano prático, portanto, de uma decisão, que supõe, sempre, liberdade, o justo é-lhe predicado, quiçá, com a prudência, compõem, no hemisfério ético, o que há de mais sublime na metafísica humana.⁴ Ou seja, na ética há desencadeamento de aperfeiçoamento metafísico do ser do humano, e o que se mostra relevante, o Direito não formula regras para ditar o plano do ethos, ao contrário, é a ética que fixa os contornos da norma jurídica, dando-lhe sentido e validade.

Demais disso, a essência humana põe-se à realização na existencialidade, propondo-se, por ato livre, a lançar-se à perfeição, na historicidade, explicando-se, portanto, a relação essencial e existencial no contexto espaço-temporal.

Se é o bem que conclama o homem a ser o que “pode-ser”, ou seja, radica no seu ser o dever ser de sua conduta, dirigida ao bem, a causa do Direito não pode significar o nada, tampouco o mal, senão a natureza humana, acidentada de justiça e prudência⁵, urgindo que tais riquezas ontológicas sejam explicitadas em normas, gerais e abstratas, ou normas particulares, mas sempre decisões prudenciais e justas a que se denomina cultura jurídica.⁶

Mesmo fugindo à concepção jurídica como dado, senão um construindo, Hanna Arendt traz à baila, a partir da experiência histórica dos povos “sem lugar”, a ideia de direito a ter direitos, como atributo de cidadania, radicando na mesma dignidade de pessoa espargida à totalidade dos seres humanos, postulando, por consequência, acesso às esferas públicas como garantia de

³ SARTRE. Jean Paul. O Ser e o Nada. 13º ed., Rio de Janeiro: Vozes Editora, 2.005.

⁴ MARITAIN, Jacques. Neuf Leçons sur les Notions Premières de la Philosophie Morale. Paris: Collection Dirigée par J. Maritain, O. Lacombe, M – V. Leroy, 1.949

⁵ Justiça e prudência, como advertem os filósofos, constituem-se de acidentais na substância humana, tratando-se de virtudes, que haverão de se tornar hábitos, e na adjunção de *vis cogitativa* e *vis racional* amplia e aperfeiçoa o ser pelo bem que pode atingir. Suma Teológica. Tomas de Aquino.

⁶ Se o conhecimento jurídico é conhecimento à experiência, uma concepção teórico-prática, cuja formulação culturalista não pode proscrever os valores que entornam o seio comunitário e, ainda, promovem as transformações do devir pessoal de cada qual que compõe o grupo, porquanto o destino das teorias e construções jurídicas é de transformação do mundo, mesmo que o caldo sociológico da grande massa esteja acobertado de densa ideologia; ainda assim é de se observar que uma sociedade não vive em permanente sufocar, porquanto o conhecimento empírico do Direito, pela comunidade, nalgum sentido remete à natureza das coisas humanas, e as injustiças cristalizadas, vez ou outra transmutam-se em grandes lutas em que o ser humano comum (nem filósofo ou cientista) sangra a vida na defesa dos valores naturais do qual é titular. In MENDONÇA, Jacy de Souza. O Sentido do Conhecimento Jurídico. www.valorjustica.com.br/artigo8.htm.

representação político-democrática e asserção dos direitos humanos⁷, o que, marcadamente, exorta o processo, como médium de esfera pública a garantir a máxima efetividade da pessoa e sua eminente dignidade.

Sendo o processo o recôndito da pessoa a postular sua dignidade, forçoso admiti-lo engajado a uma metodologia claramente comprometida com o ético, justo e prudencial compondo-se no sentido de garantir uma decisão jurídica de envergadura e digna de receber a rubrica de Direito, de maneira que a investigação do fenômeno jurídico dissociada de seus valores intrínsecos, porque amalgamados ao humano para quem verte o jus, revela-se, ou pura forma, ou puro fato, e como tais, imunizados de uma decisão de validade.⁸

Chama-se atenção às proposições sistêmicas que reduzem seres humanos às funções, números e estatísticas, deslocando o centro do jus da pessoa ao equilíbrio econômico, político ou social⁹, abstraindo do direito a intenção, os motivos e os fins de qualquer ação humana, como se, no substrato de qualquer crise social, não residisse um colapso pessoal.

O novo Código de Processo Civil preocupou-se com a dignidade da pessoa humana, de forma textual e categórica, não descuidando, outrossim da justiça na metodologia de aplicação do direito, impondo à sentença compromisso com valores consolidados em princípios constitucionais, projetada à pulverização dos fins sociais normativos e às exigências do bem comum, reivindicando do juiz prudência na construção do raciocínio decisório, resgatando a “JURISPRUDÊNCIA” do sábio jurista romano de alhures nos compromissos com o Direito na pós-modernidade.

Dadas às contingências pós-modernas que serão avaliadas a seguir, o cerne do processo coevo está marcado pela concepção de decisão participativa, dialogada entre os interlocutores cooperadores da marcha processual, cuja técnica referenda da construção de decisão justa e democrática.

3. A Metodologia Prudencial da Decisão Jurídica

⁷ ARENDT, Hannah. Origens do Totalitarismo. Anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

⁸ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. O Direito Hoje e com que Sentido? Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 13 e seguintes.

⁹ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. O Direito Hoje e com Que Sentido? Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 30 e seguintes.

A primeira indagação dos juristas, a quem compete a tarefa de criação do direito enquanto artefato cultural a traduzir a natureza humana, é qual seria a metodologia adotada para operação de trabalho de tal magnitude?¹⁰

No Estado Constitucional brasileiro, a metodologia do jurista há de ter como finalidade uma decisão prático-normativa, conquanto seja de estagnação de um conflito a exigir uma solução decisória, orientada por normas jurídicas constitucionais.

De se verificar, ainda, que essa metodologia excogitada no Estado Democrático de Direito, como o assumidamente brasileiro-constitucional, escoima as distinções alhures entre método e técnica, antes, porém, funde-os em uma arte na decisão jurídica, que, na esfera jurisdicional, de aplicação do direito, fará uma concretização problemático-judicativo-decisória tal e qual a jurisprudência do jurista romano de alhures que, ao criar a decisão do caso concreto, reportava-se, mas não transcrevia pura e simplesmente, o direito pressuposto, seus argumentos e sua autoridade, sempre alinhavando-o a uma reconstrutiva elaboração do direito.¹¹

Enfim, tem-se um problema jurídico a ser equacionado em uma intenção prático-decisória pelo órgão jurisdicional a concretizar normativamente tais questões práticas e sociais pela jurisprudência¹².

Nas palavras de Castanheira Neves haverá na jurisprudência “um momento de intenção diretamente decisória, em casuística referência ao problema concreto (caso jurídico)”, reportando-se ao problema apresentado à solução jurisdicional.¹³

¹⁰Já em Friedrich Muller lança-se a questão:” Qual a metodologia de trabalho dos juristas?” para indicar-se o método de decisão pelo qual deve se pautar, inclusive, o juiz, na atividade jurisdicional, creditando ao Direito um labor de filosofia prática, como ato livre, decisão, sempre pautada pela justiça traduzida em preceitos de natureza constitucional e conteúdo de enunciados normativos. *Apud*CASTANHEIRA NEVES, A. *Digesta*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 277.

¹¹ TOBENAS, Jose Castan. *Teoria de la Aplicacion e Integración del Derecho*. Madrid, 1.947, p. 24.

¹² Quando Michel Villey alude à jurisprudência fá-lo na tarefa do jurisconsulto romano que mantém seu olhar fixo sobre as minudências do caso concreto acerca do que é habitualmente consultado, vale-se de um método quase táctil, onde a controvérsia o orienta, compara e confronta casos análogos, vale-se de soluções propostas por jurisconsultos em situações paradigmáticas precedentes, menos incumbe-se de uma lógica formal e mais de uma discussão dialética. VILLEY, Michel. *Direito Romano*. Prefácio e notas de Paulo Ferreira da Cunha. Tradução de Fernando Couto. Porto: Rés-Editora Ltda, p. 74/75.

¹³ *Digesta*. *Escritos Acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da Sua Metodologia e Outros*. Vol. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 1.995, p. 288.

Note-se que a decisão judicial, que marca o pensamento e a metodologia do direito, e o classifica como arte, é modus de produção normativa prudencial, e este é, basicamente, o compromisso do jurista.

E haveremos de observar que o pensamento jurídico propõe uma solução culturalmente adequada ao equacionamento das relações sociais, isso, não só no instante da produção abstrata do jus, mas, igualmente, na equalização concreta do conflito, já que as lesões a direitos, contemporaneamente, reproduzem-se repetidamente a um sem fim de outros casos análogos, a par de o julgador, na era da máxima efetividade dos direitos fundamentais, não raro ser instado a realizar programas institutivos de direitos, cujo alcance é erga omnes e se derrama ao contexto comunitário, quando não a debelar abusos manifestos na era da legaloatria onde normativas de aspecto generalizante pulverizam sua vicissitude largamente ao seio coletivo¹⁴.

Ainda que assim não fosse, a própria perspectiva de justiça procedimental, tão decantada entre os processualistas italianos, exige do jurisprudente que decide um compromisso de envergadura social, dada necessária efetividade da resposta jurisdicional a ecoar na práxis social.

A prudência na tradição clássica, ressurge na aplicação do direito contemporaneamente, e malgrado não constar explicitamente no texto do novo CPC, está implicitamente abarcada no seu tegumento. Mesmo que a preocupação do estatuto processual coevo projete o juiz à efetividade e o compromisso com a duração razoável do processo, em larga medida toma cautela de exigi-lo vínculo estreito com a prudência.

O hábito da prudência, enquanto virtude humana, diz com a qualidade boa do ser, accidental, que implica na construção da sua dignidade. A razão prática do jurista é que é o “sujeito” da prudência, e como habito bom, virtude, aperfeiçoa a operação da potência desta mesma razão prática.¹⁵

Nesta medida, quando se exorta do julgador, o bem decidir que o compete na atividade criativo-interpretativa de jurista, não está comprometido, propriamente, com o desvelar da

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 1.996.

¹⁵ A razão prática, remonta ao mesmo intelecto da razão especulativa, contudo o fim da razão prática, que atua na mesma potência da razão contemplativa ou teórica, projeta-se à consideração da obra, a ação, significando que a decisão judicial, nesse sentido, como ação/operação, há de ser boa, ética. A razão contemplativa limita-se a atuar com a verdade, considerar o ente sob o aspecto da verdade, eis o fim do especulativo, mas o ético, que atrai o campo do domínio prático, para além de uma teoria das coisas práticas, visa o bem atuar, o agir de forma ética, eleger meios morais para atingir fins éticos.

verdade teórica sobre o Direito, o que até pode ocorrer, mas não esgotasua missão, ultrapassando esse limite para vincular o ente verdadeiro à ação, encaminhando para uma deliberação ética.

A prudência que aperfeiçoa a razão prática, ventilando o bem como fim, propugna o “bem preceituar”, naquilo que é particular - ou se não o é singular, não o é absolutamente generalizante -, de sorte que o prudencial está no bem preceituar já na elaboração da norma abstrata de direito, quanto no plano da solução do problema concreto jurídico, fazendo-se, num e noutro caso, uma adequação com as premissas mais generalizantes declinadas da natureza das coisas, seus elementos metafísicos e antropológicos (existenciais e históricos), como tivemos oportunidade de considerar outrora.¹⁶

Enfim, esse bem preceituar que não é universal da lei da natureza humana, impõe que a prudência¹⁷ permeie a decisão com solércia, e não com astúcia, exatamente o oposto exurgido da inteligência para empregar o meio mais eficaz, sem ocupar-se da eleição ética dos meios para a solução do problema.

O prudencial não significa indolente, mas não está vocacionado tão e somente para a eficácia dos meios para atingimentos dos fins, o que desencadeou, não raro, a fortiori nos Tribunais Superiores, a jurisprudência defensiva, o polo inverso imediato da prudência, paradoxalmente.

A rapidez que apresenta confusão com a astúcia, um vício deturpador da ética, também é própria do prudente, mas não o é na perspectiva primeva, porquanto bem conjectuar, ser arguto, captar o que não se apresenta como expresso nas teses, faz parte de um contexto de argúcia, para, assim bem decidir, mas o que há de mais relevante ao jurisprudente está na eleição ética do meio.

¹⁶ Michel Villey, outra vez, afirmará que investigando o elemento abstrato do litígio, um tópico de direito, procura o estender ao caso em exame, na mesma proporção de casos semelhantes, a fim de que a justiça se pulverize a todos, e as regras gerais vão sendo fixadas, ou seja, são regras que vão sendo abduzidas do direito e não o contrário, e qualquer máxima extraída será reputada absoluta, tanto que até elas são submetidas à controvérsia e à dialética. Assim o direito romano não se esboça como edifício acabado, mas como via de investigação para solução de casos concretos. VILLEY, Michel. Direito Romano. Prefácio e notas de Paulo Ferreira da Cunha. Tradução de Fernando Couto. Porto: Rés-Editora Ltda, p. 75

¹⁷¹⁷ A jurisprudência é uma primeira descrição do mundo existente, da natureza das coisas em contraste com uma série de observações efetuadas e do confronto dialético, suscitando um olhar adiante dos textos positivados que atinge o direito retirado da natureza, da espontânea experiência das relações sociais que trazem modelos de soluções justas, enfim, a jurisprudência “repousa em última instância, e sobretudo no conhecimento das coisas.” VILLEY, Michel. Direito Romano. Prefácio e notas de Paulo Ferreira da Cunha. Tradução de Fernando Couto. Porto: Rés-Editora Ltda, p. 82

Ora, considerar ética nos meios diz com o expungir da astúcia, escoimá-la de qualquer decisão, pensar indiretamente na efetividade e imediatamente no bem que se pugna promover com a arte de bem decidir.

Prudência exige grande intelecção do caso em testilha, circunspecção, observação das circunstâncias que rodeiam a ação a ser executada, já exortahábito dos primeiros princípios práticos donde promana a lei natural (dar o devido a quem o tem conforme o mérito, viver honestamente e não lesar outrem) e à qual se projetará à prudência para bem decidir, requesta, ainda, a docilidade que exige ouvir, porquanto, em Tomas de Aquino, já se advertia que não se pode conceber a acessibilidade a todas as coisas, não se sabe tudo de qualquer coisa, então é imprescindível abrir-se para o dialogo, as teses, para inteirar-se do tema a decidir.¹⁸

O silogismo prático que se espera da prudência exige, enfim, do jurisprudente, intelecção e sensibilidade para determinar com riqueza a premissa menor (boa memória, intelecção do caso concreto, circunspecção, hábito da sindérese, docilidade), porquanto Aristóteles exigirá que da premissa maior da lei natural, há de se inteligir bem a premissa menor que adjunge algo de particular ao juízo, dando ensejo ao silogismo prático¹⁹. Ou seja, o preceito da premissa menor trazido a lume ao caso problemático, haverá de recrutar todos os aspectos da situação, e encaixando-se ao à premissa mais generalizadora, chegará, taxativamente à sentença – ato de bem decidir com sensibilidade e racionalidade.

Portanto, a prudência impele à conclusão de uma retenção dos primeiros princípios generalizadores da premissa maior, ou seja, a (pré)compreensão do plano normativo como, ainda, todos os aspectos do real, individual e concreto que forma a premissa menor, máxime diante de uma decisão jurisdicional, que respeita um grau de universalidade intermediário. A phronésisé uma sabedoria prática da ação, para e na ação.²⁰

Aqui não é uma episteme, ciência, senão uma decisão, um juízo prático sentencial, luz a evidenciar o que a vontade escolherá, o que, na perspectiva da prudência, esmaece sobremodo o arbítrio e a tirania no juízo decisório. Tanto para conhecer os princípios universais, seja da natureza humana, do conjunto normativo positivo, quanto para o juízo concreto a ser formulado na premissa menor, já não há espaço para o pré-determinado, o arbitrário, que,

¹⁸ TOMAS DE AQUINO. Suma Teológica. Parte II (Primeira Parte). Madrid. Biblioteca de Autores Cristianos, 1998.

¹⁹ ARISTÓTELES. Retórica. Biblioteca de Autores Clássicos.

²⁰ SPONVILLE-André Comte. Pequeno Tratado das Grandes Virtudes. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins e Fontes, 2.009, p. 39.

possivelmente chegaria à decisão mais astuta, ou seja, eficaz e rápida, contudo se se propugna o bem julgar, é na argúcia e não pela astúcia que se encaminha a sentença.

Pode-se conciliar a eficácia com a verdade, tanto do universal quanto do particular, pressuposto que o ente enquanto tal seja digno de ciência e sendo bom, correto e justo, nutrir a decisão.²¹

Destarte é rica em diretivas a técnica decisória incorporada no novo Código de Processo Civil, à medida que, inspirado no devido processo justo, enxerta o contraditório, enquanto texto normativo abstrato, de um amalgama a pavimentar a própria definição de processo, como garantia de etapas participativas de uma decisão justa²².

Em realidade, a consolidação da novel estrutura processual salientada pelo código avoca os baldrames da dialética clássica, pela qual a construção do juízo decisório era participada ao modelo tópico-retórico, confeccionada pelo jurisprudente como arte, refutando-se o laivo solitário e de pré-compreensão subjetiva, imprimindo à decisão a justiça que fundamenta e a valide.

4. A proposta de jurisprudência assumida pelo Novo CPC

É corrente o sufrágio de que o contraditório coevo impõe-se como essência do processo, conquanto seja esse procedimento a consolidar decisão participativa e justa. Se nos albores do Estado de Direito a hermenêutica supunha um juiz “convidado de pedra”²³, de postura passiva e neutral, com incumbência de gerir o procedimento, a passagem ao Estado Social desaguou no papel participativo do julgador, comprometido com a função político-social da jurisdição, chegando a substituir-se às partes, imiscuindo-se na dialética processual

²¹ A prudência é necessária tanto à sabedoria, virtude especulativa, quanto à práxis ética. In SPONVILLE-André Comte. Pequeno Tratado das Grandes Virtudes. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins e Fontes, 2.009, p. 40.

²² Significativa a admissão do *amicus curiae* em todas as instâncias, desde que relevante a matéria em debate, ou a repercussão social da controvérsia e mesmo sua especificidade, poderá requerer ou aceitar intervenção dos amigos da Corte, tudo na perspectiva de construir o resultado justo e democrático na decisão. Essa é a interpretação extraída do art. 138, do Novo CPC.

²³ Expressão incorporada à doutrina de João Batista Lopes para estabelecer o papel do juiz no contraditório ao modelo do Estado liberal, onde vigorava com apogeu o princípio dispositivo e se primava pela ampla participação dos contendentes com postura tímida e acanhada do juiz, na qualidade de gestor do procedimento, mantendo a neutralidade e equidistância necessárias à ideologia liberal. LOPES, João Batista. Os Poderes do Juiz e o Aprimoramento da Prestação Jurisdicional. Revista de Processo n. 37. São Paulo: RT, 1.989

como protagonista, mesmo relegando os argumentos expendidos para, solipsista, decidir ao seu bel talante²⁴²⁵.

Outrossim, o ativismo judicial passou a despertar certo temor da doutrina, a fortiori na tarefa de criação do direito, embora inevitável o gigantismo do magistrado ante a tarefa afeita da concretização material da Constituição, a par da inação dos outros poderes, profusos em promessas programáticas institutivas, negligentes na efetividade e realização dos direitos fundamentais, com o que gerava-se lesão e perturbação sistêmica, com grande repercussão negativa à dignidade da pessoa humana.²⁶

Noutra senda, assinala-se um verdadeiro palco de democracia nas entranhas do Poder, com o sentimento de participação comunitária nos atos de decisão, exurgida no bojo da marcha processual, quando os contendentes passam a apresentar seus argumentos à autoridade judiciária, que, ponderando as teses na dialética, conclui pela sentença prenhe das considerações dos participantes do processo²⁷, tratando-se, concretamente, o processo, como esfera pública por excelência.

Bem de ver que mesmo patrocinando a defesa do ativismo judicial, a que se denominou poder criativo do julgador, destacando, entre outras virtudes, após a consideração sobre enfermidades acometidas à novel teoria, Cappelletti verbera que a democracia que se garante na marcha processual sobrepõe-se ao argumento crítico trivial dirigido à postura ativa do magistrado, acerca da posição contra-majoritária vislumbrada nesse expediente. Não lhe passou imune os limites que haveriam de cercar o papel criativo do julgador no sistema de checks and balances que investiga com vagar.²⁸

E, com efeito, a preocupação centrada na participação democrática no âmago do processo, associado ao resultado justo que se espera com a dialética procedimental, e o dever de prudência implícita na arte de construir a decisão endoprocessual, marcam os flancos do novo

²⁴Lenio Luiz Streck, considerando o livre convencimento motivado, tece duras críticas à postura do juiz ao ensinar que pelo princípio não há peias ao julgador para adotar, como fundamento de seu veredicto, as suas convicções pessoais do caso em exame. STRECK, Lênio Luiz. O Novo CPC, os precedentes e a decisão jurídica: os ganhos da adoção do integracionismo workiniano. In FREIRE, Alexandre e outros (organizadores). Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil, Salvador: Jurispodivum, 2.014, v. IV.

²⁵Inolvidável lamentável afirmação do juiz Holmes, no pragmatismo jurídico, com a criação livre do direito, ao afirmar que “o Direito é aquilo que os juízes comeram no café da manhã”. *Apud* GIACOMUZZI, José Guilherme. As Raízes do Realismo Americano: breve esboço acerca de dicotomias, ideologia, e pureza no Direito dos USA. *Revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/download/.../403*

²⁶BARROSO, Luis Roberto. Judicialização. Ativismo Judicial. Legitimidade Democrática.

²⁷Mauro Cappelletti. Juízes Legisladores. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1.996.

²⁸CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1.996.

CPC, mostrando-se cristalino o compromisso em diversos dispositivos e na própria sistemática empregada pelo projeto aprovado recentemente.

4.1.A Garantia de Contraditório Participativo e suas Consequências no Processo Civil

Apropriando-se da tradição do Direito e da história do princípio do contraditório, reluzindo, algures, como ciência de atos procedimentais aos litigantes e, subsequentemente, participação ativa do julgador como fator atenuante das desigualdades reais no âmago do processo, a terceira fase do princípio quer espelhar a síntese de ambas as fases que o marcaram, isso para edificar o sentido de decisão participada e justiça democrática.

Bem de ver que o Judiciário, atendo à docilidade exigível em toda eleição prudencial de meios para obrar fins justos, não deverá descurar, por imperativo legal e tradutor da cultura hodierna de participação democrática, da influência que os argumentos dos contendentes haverão de imprimir no espírito do juiz, pena de nulidade absoluta da decisão. Eis a máxima de que a totalidade do conhecimento não se consubstancia a qualquer pessoa e, por consequência, a resposta mais adequada à hipótese apresentada, haverá de perquirir todas as circunstâncias e particularidades do caso.

A cooperação entre os sujeitos do processo, incluindo o Julgador, é premissa constante em texto explícito no novo CPC, exortando obtenção de resultado justo no mérito em tempo razoável.²⁹

Emergem duas questões de curiosa elucubração. Em primeiro instante há matérias de ordem pública que podem ser conhecidas de ofício pelo julgador e compõem o arsenal daquilo que representa vício capital à existência e desenvolvimento do processo, máxime as condições da ação e os pressupostos processuais. Ainda assim, ensina Fred Didier Junior³⁰ que antes de o magistrado quedar-se pela extinção do processo haverá de ouvir os litigantes sobre a questão,

²⁹ Esse é o tegumento do art. 6º, do Novo CPC. Essa colaboração das partes, especificamente, reproduz-se no âmbito da prova, no art. 376, onde a colaboração à produção da verdade pelo meio de prova indicado é da essência do procedimento, ressalvado o direito de não produzir prova auto-incriminatória ou a cujo dever de profissão não pode romper sigilo.

³⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2.010.

deixando-se influenciar pelos argumentos e não causando surpresa no ato de decidir, o que, por si só, geraria a celeridade, mas, em absoluto, eleição de meios éticos e transparentes, conjugados e participativos, para apascentar o conflito.

De se ponderar que o aforismo clássico do “iuranovitcuria” não estaria reduzido à revogação com a nova incursão do policentrismo³¹ no âmago do contraditório, senão que o julgador, mesmo laborando com a parêmia, e prevendo novel tese não alinhavada pelos contendentes na marcha processual, haverá de assinalar aos contendentes a hipótese exurgida, para, então, após manifestação, e a hipotética influência, decidir a querela.³²

Como a participação das partes e do julgador serão elementares à ideia do novel contraditório, cuja vereda é garante de uma decisão justa marcada por amplo debate e influência na construção do resultado, a boa-fé passa a ser o norte na tessitura de argumentos na postura de todos os colaboradores da concreta resposta jurisdicional. O compromisso ético é agudo e fundamenta todo o espírito dialético do contraditório.

Figuras da tradição do jus, desenvolvidas nas regras de direito insculpidas nas Institutas são resgatadas no plano doutrinário, emaranhando o público do processo ao privado das categorias jurídicas em referência, no sentido de se guarnecer eticidade na marcha e atos processuais³³, circunscrevendo a todos, mesmo os juízes.

Antonio do Passo Cabral³⁴ invoca a proteção à confiança e traz a pelo os apotegmas *nemopotestvenire contra factumproprium* e o *tu quoque*, respectivamente a vedação ao retorno aos próprios passos, como conduta incompatível adotada pelos participantes, ao mesmo tempo em que as recriminações fundadas no ilícito lançadas nos argumentos dos colaboradores do processo impõem que os mesmos não tenham laborado na mesma injuricidade.

Também se evoca o aforismo da *suppressio*³⁵ para impedir que se corrobore qualquer atitude cuja delonga do tempo presumia, pelo valor da confiança, desinteresse e renúncia pelo

³¹ FAZZALARI, Elio. *Instituzionididirittoprocessuale*. 8ª ed., Pádua: Cedam, 1.996.

³² O que não se imagina a partir do contraditório participativo é a decisão de terceira via, cuja matéria pode ser de sua sabença e nem ter sido invocada pelas partes, mas, de modo algum, gestará uma decisão sem que as mesmas, previamente, possam sobre ela manifestar-se. É o que dispõe o art. 10, do Novo CPC.

³³ O art. 5º, do Novo CPC impõe a todo participante do processo comportamento lúdimo e de boa-fé.

³⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa Julgada e preclusões dinâmicas*. Salvador: Juspodivum, 2.013, p. 127.

³⁵ Diferente da *suppressio*, a *surrectio* exorta à equidade, na postura habitual da parte em convalidar ações de outrem até que, de súbito, passa a lhe recusar o direito. Decisões reiteradas do STJ aludem à *surrectio* para conformar a legitimidade do contrato de seguro de vida quando a seguradora, inusitadamente, após longos anos de renovação, nega-se a tal, ferindo a boa-fé e a confiança por ter gerado expectativa da renovação, impedindo

praticante, malgrado o prazo não estar fulminado pela prescrição ou decadência, tampouco pela preclusão temporal.

Em última ratio busca-se evitar a surpresa e o agir escuso na marcha cooperativacarakterizando-se a quebra da confiança. A preocupação do novo CPC é com a prudência na eleição de meios para o desfecho de uma justiça participativa, elemento do devido processo democrático,³⁶ tanto que o julgador, de quem se espera a decisão justa pautada nos argumentos dos contendentes, há de comprometer-se a preveni-los quando forem lacunosos, prolixos e contraditórios³⁷

De resto, o direito à prova e ver os argumentos considerados pelo judiciário é corolário da leitura hodierna do princípio do contraditório, agregando em seu tegumento a autonomia dos contendentes e a participação do poder jurisdicional, inclusive quando necessária a atenuante às desigualdades reais endoprocessuais. Possibilitando-se a paridade dos litigantes, no acesso à justiça, na dinamização da prova, e reconhecendo a argumentação coligida no processo, certamente a decisão final será imunizada contra o arbítrio, ao mesmo tempo em que a atividade dos participantes não será de cumprimento de função ou papel na sociedade funcional, senão de sentimento democrático de participação donde colher veredicto revestido de legitimidade.

4.2.O método decisório do novo CPC

Intuitivo que se o contraditório marca o conceito de processo por, além de permitir a paridade e simetria na relação jurídica processual, converte-se no desenvolvimento dialético a garantir uma decisão participada e legitimamente construída em colaboração entre todos os atores processuais, é a técnica decisória o estágio emblemático de consolidação da garantia.

que o segurado pudesse acessar à novel seguradora anteriormente. *In* STJ 3ª T., REsp. 254.548/SP Rel. Ministro Ari Pargendler. Ac. 09.10.07, DJU 05.03.08.

³⁶Comoglio ventila uma metamorfose do devido processo legal ao processo democrático, onde a garantia, para além de implicar o respeito ao procedimento, exorta o compromisso com a equidade, a justiça e a correção da decisão, em uma perspectiva substancial do devido processo. COMOGLIO, Luigi Paolo. Valorietici e ideologiedel “giusto processo” (modelli a confronto). *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LII, n. 3, 1998, p.899.

³⁷DIDIER JUNIOR. *Fredie. Leituras Complementares de processo Civil*. 5ª ed., Salvador: Juspodivum, 2.007, p. 52.

Já não haverá espaço ao simulacro decisório de perfil estratégico engendrado habitualmente, quiçá para imprimir uma marcha célere ao desgastado processo carcomido pela morosidade e lentidão, saindo das estatísticas negativas do CNJ que depõem contra a atuação jurisdicional.

Juízos simplificados amparados em mera indicação da fonte formal do direito passam a ser insustentáveis; fosse à luz de uma lógica formal, em que o silogismo toma de empréstimo o enunciado normativo e, encaixado ao fato concreto, supedâneo na “verdade formada”, ou por indicação pura e simples da ementa de uma decisão precedente, conclui pela procedência ou sucumbência, desafiando recursos que, não em vão, reformam mais de 30% das sentenças prolatadas.

A exauriência no exame de todos os fatos e argumentos ventilados no curso da marcha processual implica em labuta de fôlego dos julgadores, mas traduzem nesse trabalho de Penélope, a auto-dignificação do sujeito julgador, comprometido, agora, com a verdade e a justiça, colaborando e sendo amparado pelas partes, que, por sua vez, também serão alentadas com sentimento participativo, blindadas contra o arbítrio, tratadas como pessoas e não como números e dados nas estatísticas negativas dos abarrotados arquivos cibernéticos.

Sequer há alusão à motivação das decisões, preferindo a novel redação do CPC, no art. 486, redarguir à fundamentação, certamente para enaltecer o plano da dialogia e influência no instante da decisão. Dar motivos para optar entre fontes formais de direito não corresponde à justificar a correção na adoção de tais argumentos e refutação a outros, eis o padrão democrático e legitimatório que se espera da decisão judicial.³⁸

A decisão será a garantia de todos os elementos radicados no juízo prudencial tão indispensável à ideia de direito justo, pois permite aferição, por parte dos interlocutores participantes, da reconstrução normativa no concreto excerto jurídico decisório à luz do problema à solução. Verificar se o magistrado recobrou os princípios gerais e abstratos e os atualizou à luz dos valores históricos prevaescentes, mas não olvidou de prospectar o devenir da justiça que transcende a história e implica o bem comum que se espera de uma sociedade, como, ainda, se foi circunspecto, arguto, valeu-se da docilidade na oitiva às partes e, como resultado da concreção, promoveu o encaixa prudente, eis o conteúdo decisório que passará

³⁸ As decisões do STF, acolhendo a pura necessidade de motivação em substituição à fundamentação, como ato de escolha e autoridade, ratificaria a exigência do art. 93, IX, da CF, sem indagar do consenso sobre a correção decisória, já não terão eco a partir do novo CPC.

pela adesão a tais e quais argumentos, rechaço a outros tantos, colmatação dos conceitos abertos, e tudo em coerência narrativa com os valores constitucionais.

A fortiori haverá de justificar a escolha dos precedentes, exaurindo os motivos da adoção da fundamentação da decisão e não propriamente de sua ementa, eis que a superficialidade no alusão aos precedentes empobrece o fenômeno jurídico e maquia a correção necessária que há de estar atrelada às especificações do caso concreto.

Adverte Nelson Nery Junior, com propriedade, que o precedente, utilizado na motivação da decisão, impõe vínculo de sua fundamentação com a hipótese a ser decidida, e não puramente com o enunciado citado, tampouco por emanar de autoridade tornando-se um argumento irreprochável.³⁹

Aliás, dada a relevância dos precedentes⁴⁰ na composição de sistemas, incorporados pelo novo CPC, a garantia de influência provinda do contraditório, na decisão, permitirá a formação da jurisprudência e sua aplicação em situações de simetria, como, ainda, induzir ao overruling (superação e ou modificação do precedente) e ao distinguishing (falta de idiosincrasia com a tese incorporada no precedente).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Filiados à corrente jusnaturalista clássica que pressupõe uma natureza humana donde emanam os princípios basilares de direito, evidentes indemonstráveis, que, dado seu teor de abstração e generalidade, exultam à tradução mobilista da existencialidade pessoal e social, em regras jurídicas, a prudência de que devem ser dotados os juristas é fundamental, tanto na elaboração das normas postas, quanto às decisões concretas dos problemas apresentados ao equacionamento.

³⁹ NERY JUNIOR, Nelson. O Direito e os Precedentes do Novo CPC. Palestra realizada na ANAMATRA em Setembro de 2.014.

⁴⁰ O CPC aprovado prevê que o relator de um recurso negue seu conhecimento quando os argumentos se contrapuserem às súmulas dos tribunais superiores ou dos tribunais regionais. Mas prevê a possibilidade de o julgador superar a força vinculante dos precedentes se não há idiosincrasia entre o caso concreto e os fundamentos da decisão vinculativa, ou, ainda, quando os precedentes já estiverem superados pelos valores históricos prevalentes. Ainda assim, para escoimar as surpresas, o Juízo haverá de pontuar detalhadamente os motivos da superação dos precedentes. *In* BUSTAMANTE. Thomas da Rosa. Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2.012, p. 388.

Isso quer significar que a pessoa está no centro de toda a normatividade e qualquer atividade judicativa, como princípio e fim de qualquer decisão jurídica, afinal, direito é ato de decisão prudencial que contextualiza a natureza das coisas, da humanidade e solidariedade dos grupos, e na dialogia com a situação concreta, acresce algo de particular e singular à solução. Não há direito pronto e edificado em camadas fixas apriorísticas. Seja na construção das regras jurídicas, seja nas sentenças, há sempre mobilidade, acréscimo e ato de decisão que exige prudência, um tornar-vir-a-ser, o devenir que remete à ideia de justiça.

Também é consabido que o processo contemporâneo, diante das multifacetadas complexidades do ambiente social, as enunciações normativas de programas e fins políticos, não raro lacunas por deficiência legiferante ou ideologia do poder, passa a ser o palco da máxima efetividade dos direitos fundamentais, esfera pública que garante a participação e o sentimento democrático na produção da decisão de direito.

Eis a nova configuração do processo, essencialmente a garantia dialética de solução compartilhada, cuja decisão é legitimada, exatamente, pelo sentimento da participação dialógica e de influência na produção julgada.

A responsabilidade do jurista que criará o direito é prudencial, diferentemente do que se sugeria a propósito da pura efetividade, onde a astúcia e a economia de tempo sobrepujam-se à dialética-problemática-decisão jurídica, cuja docilidade na colheita de teses e seu entrecruzamento rumo ao justo, porque dialogado e em coerência narrativa com os princípios constitucionais, notabiliza a técnica de criação concreta do direito, sempre a adjungir singularidade à decisão.

A fundamentação normativa no novo CPC induz à jurisprudência do jurisconsulto romano, já a partir da relevância da dialética, apta a influenciar e não surpreender, banhada de argumentos inspirados na teoria da confiança e colimando o fim justo, porque participado e democrático, simétrico às diretivas constitucionais.

O juiz do novo CPC é o sacerdote da justiça, o representante da boa partilha, cujas teses são apresentadas pelos contendentes e para o que afunila-se uma decisão de prudência, construída em arte que persegue o bom e o equo.

6. REFERÊNCIAS

ARENDR, Hannah. Origens do Totalitarismo. Anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 1.989.

ARISTÓTELES. Retórica. Biblioteca de Autores Clássicos.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização. Ativismo Judicial. Legitimidade Democrática.

BUSTAMANTE. Thomas da Rosa. Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2.012, p. 388.

CABRAL, Antonio do Passo. Coisa Julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Juspodivum, 2.013, p. 127.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 1.996.

CASTANHEIRA NEVES, A. Digesta. Coimbra: Coimbra Editora, p. 277.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. O Direito Hoje e com que Sentido? Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 13 e seguintes.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. O Direito Hoje e com Que Sentido? Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 30 e seguintes.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Valorietici e ideologiedel “giusto processo” (modelli a confronto). Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, anno LII, n. 3, 1998, p.899.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2.010.

DIDIER JUNIOR. Fredie. Leituras Complementares de processo Civil. 5ª ed., Salvador: Juspodivum, 2.007, p. 52.

FAZZALARI, Elio. Istituzioni di diritto processuale. 8ª ed., Pádua: Cedam, 1.996.

GIACOMUZZI, José Guilherme. As Raízes do Realismo Americano: breve esboço acerca de dicotomias, ideologia, e pureza no Direito dos USA. Revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/download/.../403

LOPES, João Batista. Os Poderes do Juiz e o Aprimoramento da Prestação Jurisdicional. Revista de Processo n. 37. São Paulo: RT, 1.989

MARITAIN, Jacques. Neuf Leçons sur les Notions Premières de la Philosophie Morale. Paris: Collection Dirigée par J. Maritain, O. Lacombe, M – V. Leroy, 1.949 Ensaio sobre a Fenomenologia. Entre Ser e Nada.

MARTINS, Nádia Bevilaqua. In Resolução Alternativa de Conflito. Complexidade, Caos e Pedagogia. Curitiba: Juruá, 2006.

- MENDONÇA, Jacy de Souza. O Sentido do Conhecimento Jurídico.
www.valorjustica.com.br/artigo8.htm.
- NERY JUNIOR, Nelson. O Direito e os Precedentes do Novo CPC. Palestra realizada na ANAMATRA em Setembro de 2.014.
- SARTRE. Jean Paul. O Ser e o Nada. 13º ed., Rio de Janeiro: Vozes Editora, 2.005.
- SPONVILLE-André Comte. Pequeno Tratado das Grandes Virtudes. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins e Fontes, 2.009, p. 39.
- STRECK, Lênio Luiz. O Novo CPC, os precedentes e a decisão jurídica: os ganhos da adoção do integracionismo workiniano. In FREIRE, Alexandre e outros (organizadores). Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil, Salvador: Jurispodivum, 2.014, v. IV.
- TOBENAS, Jose Castan. Teoria de la Aplicacion e Integración del Derecho. Madrid, 1.947, p. 24.
- TOMAS DE AQUINO. Suma Teológica. Parte II (Primeira Parte). Madrid. Biblioteca de Autores Cristianos, 1998.
- VILLEY. Michel. Direito Romano. Prefácio e notas de Paulo Ferreira da Cunha. Tradução de Fernando Couto. Porto: Rés-Editora Ltda, p. 74/75.