



VOLUME 15

CLAUDIO MADUREIRA

Modelo de precedentes e justiça:

contributo para a realização da justiça nos casos concretos





Esta obra foi selecionada para integrar a “Coleção Pesquisa Ufes”, a partir de Chamada Pública feita pela Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação (PRPPG) da Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes) aos programas de pós-graduação da universidade.

A seleção teve por base pareceres que consideraram critérios de inovação, relevância e impacto.

O financiamento da Coleção foi viabilizado por meio do Programa de Apoio à Pós-Graduação (Proap) da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) e de recursos do Tesouro Nacional.



**Universidade Federal
do Espírito Santo**



Editora Universitária – Edufes

Filiada à Associação Brasileira
das Editoras Universitárias (Abeu)

Av. Fernando Ferrari, 514
Campus de Goiabeiras
Vitória – ES · Brasil
CEP 29075-910

+55 (27) 4009-7852
edufes@ufes.br
www.edufes.ufes.br

Reitor

Paulo Sergio de Paula Vargas

Vice-reitor

Roney Pignaton da Silva

Chefe de Gabinete

Zenólia Christina Campos Figueiredo

Diretor da Edufes

Wilberth Salgueiro

Conselho Editorial

Carlos Roberto Vallim, Eliana Zandonade,
Eneida Maria Souza Mendonça, Fátima Maria
Silva, Graziela Baptista Vidaurre, Isabella Vilhena
Freire Martins, José André Lourenço, Marcos
Vogel, Margarete Schat Góes, Rogério Borges
de Oliveira, Sandra Soares Della Fonte, Sérgio da
Fonseca Amaral

Secretaria do Conselho Editorial

Douglas Salomão

Administrativo

Josias Bravim
Washington Romão dos Santos

Seção de Edição e Revisão de Textos

Fernanda Scopel, George Vianna,
Jussara Rodrigues, Roberta
Estefânia Soares

Seção de Design

Ana Elisa Poubel, Juliana Braga,
Samira Bolonha Gomes, Willi Piske Jr.

Seção de Livraria e Comercialização

Adriani Raimondi, Dominique Piazzarollo,
Marcos de Alarcão, Maria Augusta
Postinghel, Maria de Lourdes Zampier



Este trabalho atende às determinações do Repositório Institucional do Sistema Integrado de Bibliotecas da Ufes e está licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.

Para ver uma cópia desta licença, visite <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.



Diretora da MC&G Editorial

Maria Clara Costa

Secretaria do Conselho Editorial

Helena Pires

Seção de Edição e Revisão de Textos

Carlos Otávio Flexa | Natalia Natalino | Kdu Sena
Roberto Azul | Joyce Guimarães | Thai Souza

Seção de Design

Glauco Coelho | Marcos Lourenço

Conselho Editorial

Alexandra Santos Pinheiro | UFGD | Brasil
Angélica Ferrarez de Almeida | UERJ | Brasil
Antonio Liberac C. Simões Pires | UFRB | Brasil
Arlindo Nkadibuala | UniRovuma | Moçambique
Juan Miguel González Velasco | UMSA | Bolívia
Luciano Brito | UFRB | Brasil
Maria Alice Resende | UFRB | Brasil
Núria Lorenzo Ramírez | UB-GREC | Barcelona
Rosy de Oliveira | UFRB | Brasil
Thayse Figueira Guimaraes | UFGD | Brasil

Preparação de texto

Carlos Otávio Flexa

Projeto gráfico

Edufes

Diagramação e capa

Glauco Coelho

Revisão de texto

Roberto Azul
Carlos Otávio Flexa

Fotografia da capa por
R.Classen obtida
banco imagens shutterstock

Esta obra foi composta com
a família tipográfica Crimson Text.

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)

M183 Madureira, Cláudio.

Modelo de precedentes e justiça : contributo para a realização da justiça nos casos concreto [recurso eletrônico] / Claudio Madureira. – Vitória : EDUFES ; Rio de janeiro : MC&G, 2022.
Dados eletrônicos (e-pub) . – (Coleção Pesquisa UFES ; 15)

Inclui bibliografia.

ISBN: 978-65-88077-00-9 [coleção]

ISBN: 978-65-88077-36-8

1. Precedentes judiciais - Brasil. 2. Arbitragem e sentença - Brasil. 3. Direito processual. 4. Instrução (processo civil) - Brasil. I. Título. II. Coleção.

CDD: 342.81085

Bibliotecária Priscila Pena Machado CRB - 7/6971

CLÁUDIO MADUREIRA

Modelo de precedentes e justiça:

contributo para a realização da justiça
nos casos concretos



 **EDUFES**

Vitória, 2022

*Para Brunela, Maria Luísa e Ana Maria,
amores de minha vida.*

Para encontrar a justiça, é necessário ser-lhe fiel. Ela, como todas as divindades, só se manifesta a quem nela crê

Piero Calamandrei

(CALAMANDREI, 2000, p. 4)

“[...] a maioria não pode dispor de toda ‘legalidade’, ou seja, não lhe está facultado, pelo simples facto de ser maioria, tornar disponível o que é indisponível”.

Jose Joaquim Gomes Canotilho

(CANOTILHO, 2000, p. 329)

Este trabalho se associa à pesquisa financiada pela Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Espírito Santo (Fapes), que estudou autocomposição como método adequado à resolução de controvérsias jurídicas envolvendo a Fazenda Pública (Edital n. 06/2015), ao Grupo de Pesquisa Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo (integrante da PROCNET, Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo Contemporâneo), ao Laboratório de Processo e Constituição do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (Laprocon-PPGDI-Ufes) e à linha de pesquisa Sistemas de Justiça, Constitucionalidade e Tutelas de Direitos Individuais e Coletivos, do mesmo Programa de Pós-Graduação, com área de concentração em Justiça, Processo e Constituição, que assume como objetivo geral a estruturação do processo como meio adequado de garantia dos direitos fundamentais erigidos em estatuta constitucional e traz entre os seus objetivos específicos a pesquisa dos fundamentos de hermenêutica jurídica voltados aos conceitos de teoria da norma por meio da crítica e do estudo dos diversos conceitos de justiça.

Sumário

Capítulo 1

1. Considerações introdutórias: o problema da realização da justiça no processo	12
--	-----------

Capítulo 2

2. O que é justiça?.....	15
2.1 Retrospecto histórico da evolução do conceito filosófico de justiça.	19
2.1.1 Crítica à aceção liberal-positivista de justiça.....	22
2.1.2 Crítica à aceção social-utilitarista de justiça.....	26
2.2 Direito, moral e justiça: dedução da ideia de justiça a partir de juízos racionais	27
2.2.1 Justiça e moralidade	28
2.2.2 Justiça e racionalidade.....	33

Capítulo 3

3. Ciência jurídica e justiça	38
3.1 A perspectiva sustentada por Hans Kelsen em sua	
3.2 Teoria Pura do Direito	41
3.3 A decidibilidade como objeto das preocupações dos juristas.....	43
3.4 A Ciência Jurídica e sua função social.	44
3.4.1 A função social da Ciência no modelo analítico.....	45
3.4.2 A função social da Ciência no modelo hermenêutico.....	47
3.4.3 A função social da Ciência no modelo empírico	48
3.5 Ciência Jurídica, Direito e Processo	49

Capítulo 4

4. Direito e justiça.....	52
4.1 O caráter flexível da aplicação do Direito na Era Contemporânea	53
4.1.1 Elementos semânticos: a contribuição da semiótica para compreensão dos textos normativos	54

4.1.2 Elementos históricos: superação do paradigma normativo liberal burguês e constitucionalização do Direito	57
4.1.3 Elementos teóricos: distinção conceitual entre regras e princípios	59
4.2 A aplicação do Direito entre norma, fato e valor	60
4.2.1 As normas abstratas positivadas nos textos legais como ponto de partida para a aplicação do Direito	61
4.2.2 A influência dos fatos na aplicação do Direito	62
4.2.3 A influência dos valores na aplicação do Direito	65

Capítulo 5

5. Processo e justiça	68
5.1 Notas sobre a Teoria da Instrumentalidade do Processo	73
5.1.1 A jurisdição como elemento central da Teoria do Processo	75
5.1.2 A relativização do binômio direito-processo	76
5.2 O formalismo-valorativo como alternativa ao instrumentalismo	77
5.2.1 A qualificação do processo como um direito fundamental do cidadão	83
5.2.2 A identificação do processo como ambiente de “criação” do Direito	84
5.2.3 A atribuição ao processo de uma posição central na Teoria	90
5.3 Pela concepção de uma teoria finalista do processo	94

Capítulo 6

Modelo de precedentes e justiça.....	99
6.1 A recepção da teoria dos precedentes pelo Direito Brasileiro	100
6.2 Especificidades do Modelo Brasileiro de Precedentes.....	107
6.2.1 Vinculação horizontal e vertical dos precedentes.....	107
6.2.2 Quais decisões vinculam e quais não vinculam?	109
6.2.2.1 <i>O que são precedentes?</i>	111
6.2.2.2 <i>Precedentes e jurisprudência persuasiva.</i>	114
6.2.2.2.1 <i>Precedentes vinculantes sem previsão legal.</i>	115
6.2.2.2.2 <i>A vinculatividade das decisões persuasivas invocadas.</i>	119

6.2.3 Como aplicar o modelo de precedentes?	121
6.3 A constitucionalidade do modelo brasileiro de precedentes.....	126
6.3.1 Inexistência de contrariedade ao princípio democrático.....	128
6.3.2 Inexistência de contrariedade aos princípios da legalidade e da separação de poderes	139
6.3.3 Distinção substancial entre a eficácia das súmulas vinculantes editadas com fundamento na Constituição e a vinculatividade das súmulas não vinculantes que assumem a forma de precedentes	140
6.4 Os precedentes na dimensão da igualdade e da segurança jurídica	142
6.5 O Modelo Brasileiro de Precedentes como metódica adequada a induzir a uniformização da interpretação jurídica e a realização concreta da justiça.....	146

Capítulo 7

À guisa de conclusão: justiça para todos!.....	150
---	------------

Referências.....	152
-------------------------	------------

Índice	167
---------------------	------------

Sobre o autor	170
----------------------------	------------

Capítulo 1

Considerações introdutórias: o problema da realização da justiça no processo

É nota corrente entre os processualistas a aspiração quanto à realização da justiça no processo (DINAMARCO, 1996; OLIVEIRA, 2009). Trata-se, por certo, de problema da maior relevância teórica e prática, mas de tormentosa resolução.

Afinal, não há consenso entre os pesquisadores sobre o que é a justiça, o que fomenta, na prática, a abstenção de alguns em procurar conceituá-la, existindo até mesmo quem defenda a sua inacessibilidade no campo da aplicação do Direito. Essa postura também se fundamenta na circunstância de os profissionais do Direito em geral terem dificuldades (que em alguns casos consubstancia resistência teórica mesmo) em lidar com conceitos trabalhados pela filosofia (entre os quais se situa a justiça), além de, como regra, demonstrarem pouca familiaridade com o pensamento científico.

Contudo, se é verdade que o processo se apresenta, como afirmam os processualistas, como ambiente adequado à realização da justiça, o Direito, como Ciência, não pode se escusar, se não à identificação de um conceito de justiça que possa ser aceito por todos, ao menos de encontrar definição de justiça que permita a sua realização nos casos concretos. Ainda que, para tanto, seus teóricos precisem enveredar, correndo todos os riscos, pelo terreno da filosofia.

Nesse campo, seria fácil afirmar que a justiça pode ser encontrada nos textos legislativos, como sustentavam os adeptos da Escola da Exegese (BOBBIO, 1995, p. 230). Porém, a História nos ensinou que as leis produzidas pelos homens podem ser injustas¹; o que conduziu, ao final da primeira metade do século passado, a uma contundente modificação na forma como os textos normativos passaram a ser produzidos; introduzindo substancial abertura à atividade cognitiva desenvolvida pelos intérpretes (também chamados aplicadores ou operadores do Direito), que passaram a assumir o papel de aplicar o Direito com justiça (MADUREIRA, 2014, p. 124-130); empregando, nesse contexto, o que Robert Alexy (2007-a) convencionou chamar pretensão de correção moral do Direito. Posto isso, apenas resta ao jurista, se considera ser viável, como os processualistas, a realização da justiça no processo, tomar o caminho mais difícil; que o remete a incursões inevitáveis nos campos da filosofia (para buscar compreender o que é justiça) e do pensamento científico (para procurar delimitar a extensão de sua atividade como teórico, de modo a que lhe seja possível identificar um conceito de justiça que possa ser realizado no processo).

1 Como ocorreu, para citar um exemplo bastante contundente, no regime jurídico nazista, que era muito efetivo, mas nada justo. Destarte, somente se fossem justas todas as leis editadas pelo Parlamento e, ainda assim, se justa fosse a sua aplicação a todas as contendas que emergem das relações sociais e culturais que compõem o mundo da vida, o que é desmentido pela experiência cotidiana, é que se poderia cogitar da realização da justiça sob a tecnologia instrumentalista (TUCCI, 2004. p. 179).

Esse não é, todavia, campo teórico em que reside uma única resposta possível. Quando muito, apenas se pode cogitar, nele, em que pese o aporte filosófico empregado e o cuidado científico do teórico na formulação de suas proposições, apresentar propostas de solução para serem debatidas no plano da Ciência. Foi precisamente por este motivo que desenvolvi este trabalho, em que procuro induzir a compreensão de que a justiça passível de realização no processo resulta da interpretação dos textos normativos no campo da aplicação do Direito, e de que, dado o caráter flexível do Direito de nosso tempo (cf. MADUREIRA, 2016-a, p. 305-306), o Modelo Brasileiro de Precedentes se apresenta como ferramenta adequada a orientar o fechamento do sistema, de modo a que se possa assegurar ao jurisdicionado (no âmbito do processo) e à própria sociedade (num plano mais geral) a construção de interpretações jurídicas na medida do possível uniformes, que possam produzir a contenção da litigiosidade do cidadão e, enfim, a aceitação das respostas produzidas pelos intérpretes como justa aplicação do Direito.

Capítulo 2

O que é justiça?

Hans Kelsen (2001), em obra dedicada à explicitação do que seria a justiça, da qual tomo por empréstimo o título deste capítulo, inicia seus trabalhos com a exposição da seguinte parábola²:

Quando Jesus de Nazaré, no julgamento perante o pretor romano, admitiu ser rei, disse ele: “Nasci e vim a este mundo para dar testemunho da verdade”. Ao que Pilatos perguntou: “O que é a verdade?” Cético, o romano obviamente não esperava resposta a essa pergunta, e o Santo também não a deu. Dar testemunho da verdade não era o essencial em sua missão como rei messiânico. Ele nascera para dar testemunho da justiça, aquela justiça que Ele desejava concretizar no reino de Deus. E, por essa justiça, morreu na cruz (KELSEN, 2001, p. 1).

Kelsen tem toda razão ao acentuar quão tormentosa é a missão de quem assume compromisso com a justiça. No entanto, em que pesem os infortúnios a que são submetidos aqueles que se propõem

2 Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, 2016, p. 1-24.

realizá-la, a começar pelo sacrifício dos seus próprios interesses pessoais, saber o que é a justiça é realmente uma questão fundamental. Sobretudo quando se assume como verdadeira a premissa de que é missão dos intérpretes realizá-la no campo da aplicação do Direito (cf. MADUREIRA, 2016, p. 93-115).

Kelsen não compartilha dessa premissa. Para esse professor austríaco, “a justiça é, antes de tudo, uma característica possível, porém, não necessária, de uma ordem social”; ela se encontra, “como virtude do homem, [...] em segundo plano, pois um homem é justo quando seu comportamento corresponde a uma ordem dada como justa (KELSEN, 2001, p. 2)”.³

Nada obstante, ainda que por razões distintas daquelas que me conduziram ao enfrentamento do tema, Kelsen jamais deixou de acentuar a relevância de saber o que é a justiça. Nas suas próprias palavras, “nenhuma outra questão foi tão passionalmente discutida; por nenhuma outra foram derramadas tantas lágrimas amargas, tanto sangue precioso; sobre nenhuma outra, ainda, as mentes mais ilustres — de Platão a Kant — meditaram tão profundamente” (2001, p. 1). Contudo, no seu modo de ver, “ela continua até hoje sem resposta:

[...] talvez por se tratar de uma dessas questões para as quais vale o resignado saber de que o homem nunca encontrará uma resposta definitiva”; para cuja solução ele deve, quando muito, “apenas tentar perguntar melhor” (KELSEN, 2001, p. 1).

3 Evidentemente essa acepção teórica não é aceita como absoluta, com terei a oportunidade de demonstrar na sequência. Perelman (2005, p. 146), por exemplo, exhibe posicionamento diametralmente oposto à tese defendida por Kelsen, dispondo que “a justiça é uma das noções mais prestigiosas de nosso universo espiritual”, de modo que, “[...] seja-se crente ou incrédulo, conservador ou revolucionário, cada qual invoca a justiça, e ninguém ousa renegá-la. A aspiração à justiça caracteriza as objurgações dos profetas judeus e as reflexões dos filósofos gregos. Invoca-se a justiça para proteger a ordem estabelecida e para justificar as reviravoltas revolucionárias. Nesse sentido, a justiça é um valor universal”.

Esta é, pois, a minha proposta neste trabalho: procurar perguntar melhor, para tentar compreender o que é a justiça. Não tenho a intenção, e nem a pretensão, de pacificar as discussões relativas à justiça. O que pretendo, em rigor, é identificar parâmetros objetivos para a assimilação do justo, com vistas a orientar a atuação dos intérpretes (e a minha, em particular) frente aos casos concretos. Posto esse objetivo, devo enfrentar, ainda, uma outra questão fundamental, subjacente ao problema da justiça, que consiste em saber se existe (ou não) uma justiça universal.

Essa proposição é prontamente repelida por Kelsen, que considera impossível a existência de “uma ordem justa, isto é, que proporcione felicidade a todos”, notadamente por entender “por felicidade, conforme o sentido original da palavra, o sentimento subjetivo que cada um compreende para si mesmo”, diante do que adverte ser “inevitável [...] que a felicidade de um entre em conflito com a felicidade de outro” (2001, p. 2)⁴. Essa objeção de Kelsen é de suma importância para a compreensão do que é a justiça. Como explicar, diante da perspectiva da existência de uma justiça universal, as posições conflitantes dos contendores?

O problema foi exposto com singular clareza por Chaïm Perelman, quando observou que “cada vez que um conflito opõe adversários, tanto nos tribunais como nos campos de batalha, os dois campos reclamam a vitória da causa justa”, de maneira que

4 Em outra passagem, dispõe que “se a justiça é felicidade, então uma ordem social justa é impossível, como justiça significar felicidade individual. Uma ordem social justa é impossível, mesmo diante da premissa de que ela procure proporcionar, senão a felicidade individual de cada um, pelo menos a maior felicidade possível ao maior número possível de pessoas” (KELSEN, 2001, p. 3). E, nessa senda, adverte, na sua “Teoria Pura do Direito”, que uma teoria do direito positivo deve ter por pressuposto a distinção entre direito e moral e entre direito e justiça, rejeitando, portanto, a concepção teórica “que pressupõe que apenas existe uma única moral válida – que é, portanto, absoluta – da qual resulta uma justiça absoluta” (KELSEN, 2000, p. 75).

“se uma voz neutra pleiteia o fim do conflito, graças a uma decisão justa ou pela conclusão de uma paz justa, ninguém a acusará de parcialidade”, visto que, em seu íntimo, “cada qual está convencido de que a justiça triunfará com a vitória de sua própria causa” (2005, p. 146). De todo modo, como adverte o filósofo na sequência de sua fala, “essa situação paradoxal não deve incentivar-nos a concluir imediatamente que, em todos os conflitos, pelo menos um dos adversários age de má-fé” (PERELMAN, 2005, p. 146). Para Perelman, “outra explicação é não só possível, mas também a mais verossímil, a saber: os campos opostos não têm a mesma concepção de justiça” (2005, p. 146). Assim, mesmo considerando que “a justiça é um valor universal, ou seja, universalmente admitido”, Perelman assinala que essa “é também uma noção confusa” (PERELMAN, 2005, p. 146-147).⁵

Posto isso, para além de assentar se existe (ou não) uma justiça universal, é dever do teórico buscar, no plano da Ciência, desenho metodológico que lhe permita enunciar critérios que possam induzir, no campo da aplicação do Direito, a realização de uma justiça concreta que possa ser aceita por todos, ou, pelo menos, por aqueles envolvidos no processo decisório, como justa aplicação do Direito. Tenciono encontrá-la (a justiça) nas discussões filosóficas, mais especificamente no desenvolvimento da obra de Immanuel Kant por Jürgen Habermas e Chaïm Perelman.

Assim, seguindo conselho generosamente outorgado por Kelsen (2000, p. 1) na passagem doutrinária anteriormente citada,

5 Ainda segundo Perelman, “[...] seja qual for a resposta a esta última pergunta, é fato inegável que a justiça assume rostos diversos, adaptados todas as vezes às teses dos adversários confrontados. E se dizem que, há milênios, nos conflitos públicos e privados, nas guerras e nas revoluções, nos processos e nas disputas de interesses, todos os antagonistas declaram e se empenham em provar que a justiça está do seu lado, que se invoca a justiça todas as vezes que se recorre a um juiz ou a um árbitro, percebe-se a confusão, à primeira vista inextricável, que os usos múltiplos dessa noção não deixaram de provocar”.

após proceder a um breve retrospecto da evolução histórica do conceito filosófico de justiça, que culminará com a crítica às aceções liberal-positivista e social-utilitarista, procurarei reorientar as indagações relativas ao problema da justiça, transportando-as da ótica interna dos agentes para o âmbito de uma razão comunicativa, concebida num processo de justificação racional da verdade (discurso), desenvolvido num contexto em que, para a construção de uma proposição valorativa válida, devem ser necessariamente consideradas as opiniões de todos aqueles interessados na formação do juízo (debate).

2.1 RETROSPECTO HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DO CONCEITO FILOSÓFICO DE JUSTIÇA

As primeiras discussões de que se tem notícia relativas ao problema da justiça remontam à Antiguidade Grega.⁶ Na obra “A República”, de Platão (2003), são formuladas indagações que doravante destinam-se a permanecer fundamentais para investigação do que é a justiça. O célebre diálogo entre Sócrates e Trasímaco, encartado nessa mesma obra de Platão, comporta discussão acerca da definição do justo e da justiça, que se desenvolve como uma longa e complexa refutação da tese de Trasímaco, segundo a qual a justiça consistiria na vantagem do mais forte. Nesse contexto, tomam forma duas indagações: uma primeira, que concerne à racionalidade da justiça (se, e por que devemos ser justos? e uma outra, relacionada à natureza da justiça como bem (que tipo de bem ela constitui e quais as razões que a tornam desejável?) (MAFFETONE; VECA, 2005, p. 3). Para Sebastiano Maffetone e Salvatore Veca a leitura do diálogo também “pode sugerir a relevância, para uma teoria da justiça, da conexão entre a estabilidade da vida coletiva e o senso de justiça dos indivíduos”, pois “uma sociedade bem-ordenada, em que é respeitado e preservado no tempo o equilíbrio

6 Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, 1995, p. 05-08.

entre as classes sociais, pressupõe indivíduos que vivem harmoniosamente e *vice-versa*” (2005, p. 4). Ainda na Grécia Antiga, Aristóteles, no livro V da obra “Ética a Nicômaco” (2003), apresenta a célebre classificação dos tipos de justiça e dos diferentes âmbitos a que eles se aplicam, que exerceu uma influência permanente nas teorias da justiça a partir de então, e que comporta, entre outras discussões, a distinção entre a justiça como respeito à lei e a justiça como equidade (MAFFETONE; VECA, 2005, p. 4). Bento Silva Santos, referindo-se a esse período, observa que, “segundo o direito natural clássico, a justiça é o princípio informador essencial do Direito”, num contexto em que, “se o Direito não é justo, ao menos em um grau mínimo, não deverá ser considerado como [...] direito válido e vinculante das condutas dos destinatários” (2005, p. 102). Nisso se funda a ideia da existência de uma conexão tão essencial entre justiça e Direito, que desautoriza a definição deste (do Direito) sem fazer referência àquela (à justiça) (SANTOS, 2005, p. 102).

Essa acepção de justiça é sensivelmente modificada na Era Medieval, período em que o problema da justiça passa a ser relacionado à existência de uma lei eterna, dita natural, descrita, nos termos seguintes, por Silva Santos, a partir da obra “Summa Theologiae” de São Tomás de Aquino (1995):

Em sua definição da lei, S. Tomás de Aquino diz que a lei humana é “a ordenação da razão dirigida ao bem comum, promulgada por aquele que tem o cuidado da comunidade” ou, como específica posteriormente, “um ditame da razão prática do soberano que governa uma comunidade perfeita”. Toda lei, assim definida, deriva da lei eterna, na medida em que participa da reta razão. A lei natural decorre da natureza humana, é participação da lei eterna na criatura racional, tendo sido promulgada através da sua impressão na mente humana, pelo que é naturalmente cognoscível: “Lex naturali nihil aliud est quam participatio legis aeternae in rationali creatura” (SANTOS, 2005, p. 103).

De seu turno, a Idade Moderna é marcada pela preocupação dos filósofos com o problema da justificação da obrigação política, embora os pensadores da modernidade o enfrentem por “modos diferentes, partindo de posições muitas vezes distantes umas das outras e chegando a conclusões reciprocamente diversas, para não dizer contrapostas”, como lecionam Maffetone e Veca (2005, p. 87). Uma leitura comparada dos textos indica que as diferenças entre teorias da justiça adotadas pelos filósofos da modernidade relacionam-se ao modo como cada um articula a sua própria teoria política normativa de fundo (MAFFETONE; VECA, 2005, p. 87). Hobbes (1997) sustenta que “a justiça é querer constantemente dar a cada um o que é seu” (propriedade), e que “onde não haja poder coercitivo e, portanto, onde não há um Estado não há propriedade, e os homens têm direito a todas as coisas” (MAFFETONE, 2005, p. 87-88). Por sua vez, Locke (para quem todo título válido para um bem deriva de um direito natural, anterior ao surgimento do Estado e independente dele), em sua teoria da justiça (1983), inverte a prioridade hobbesiana do Estado em relação ao direito natural (MAFFETONE; VECA, 2005, p. 88). Locke afirma que o contrato social não priva os indivíduos de todos os direitos que ele mantinha no estado natural, de modo que a força da sua teoria está justamente em reconhecer aos cidadãos alguns direitos fundamentais, como o direito à vida e à propriedade, dos quais pode depender uma ordem igualitária e eficiente da sociedade civil (MAFFETONE; VECA, 2005, p. 88). Já Rousseau (ROUSSEAU, 1999), sugere que uma teoria da justiça não pode apoiar-se exclusivamente na necessidade de um acordo social, nem deve renunciar a uma visão normativa e crítica da realidade, que vincule a aceitabilidade das instituições políticas e sociais à circunstância de os princípios da igualdade e da liberdade virem a ser observados na formulação e na vida efetiva do próprio contrato (MAFFETONE; VECA, 2005, p. 90). É nota singularizante dessa fase a identificação da justiça com o direito positivo, notadamente a partir do paradigma liberal-positivista.

Na Idade Contemporânea presenciou-se uma nova reformulação do conceito de justiça, que passou a ter como pano de fundo

a questão social. A distinção entre essa visão de justiça e aquela outra concebida pela modernidade é descrito com muita propriedade por Maffetone e Veca, quando observam que “a partir do final do século XVIII e durante todo o século seguinte, o principal interesse dos teóricos da justiça parece deslocar-se do problema da boa ordem política e do propósito das instituições para o âmbito das interações e das relações de conflito e cooperação social”, acrescentando que, “enquanto para os pensadores clássicos da era moderna a figura central continua sendo aquela da obrigação política, deixando em segundo plano as relações sociais, aqui ocorre mais ou menos o contrário” (2005, p. 227).

Em tal conjuntura, pelas mãos da questão social, a conceituação da ideia de justiça reorienta-se no sentido da sua afirmação como justiça distributiva, de modo que, nessa fase, o significado e o valor de uma teoria da justiça passam a se relacionar com a sua capacidade de satisfazer a fins e expectativas sociais (MAFFETONE; VECA, 2005, p. 227). Nesse contexto, ganha corpo, ao lado da acepção liberal-positivista de justiça, que jamais foi abandonada pelos teóricos do Direito, uma visão social-utilitarista do que seria a justiça. A elas me dedico nos tópicos que se seguem.

2.1.1 Crítica à acepção liberal-positivista de justiça

A escola liberal-positivista responde à pergunta “o que é justiça?” relacionando o justo ao direito positivo (BOBBIO, 1995, p. 230).⁷ Esse paradigma teve especial importância para a consolidação do Direito enquanto da Ciência (ZANETTI, 2007, p. 160),⁸ conforme se observa da seguinte passagem da obra de Miguel Reale (1998, p. 152-153):

7 Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, 2016, p. 08-11.

8 E foi particularmente importante para a consolidação do modelo judicial moderno (cf. ZANETTI, 2007, p. 160).

A Revolução Francesa teve vários reflexos e efeitos que não podemos, aqui, examinar. Dentre as suas consequências, devemos, entretanto, destacar uma: foi na época da Revolução Francesa que se advogou a necessidade de um Direito único para a totalidade da Nação. Anteriormente, havia um Direito que resolvia os problemas locais, assim, como havia um Direito de classes, um para a plebe e outro para a nobreza e o clero, com revoltantes desigualdades. Com a Revolução Francesa, por conseguinte, surge uma realidade histórica de cuja importância muitas vezes nos olvidamos: o *Direito nacional*, um direito único para cada Nação, Direito este *perante o qual todos são iguais*. O princípio da igualdade perante a lei pressupõe um outro: o da existência de um único Direito para todos que habitam num mesmo território. Com o advento do Código Civil francês e dos que foram elaborados, tomando-o como modelo, passaram os juristas a ter um Direito certo para todos e suscetível de indagação lógica e segura. A Ciência do Direito encontrou, assim, base para poder atingir notável grau de *sistematização*. Não mais o comentário ocasional, para atender a circunstâncias locais, mas um sistema que distribuía a matéria segundo uma ordenação lógica, permitindo a interpretação, a construção e a compreensão unitária das regras vigentes, segundo princípios de caráter geral (Grifos do autor).

Essa aceção de justiça encontra amparo teórico na obra singular de Hans Kelsen, sobretudo em sua “Teoria Pura do Direito”, onde esse professor austríaco argumenta, em apertada síntese, que a Ciência Jurídica, “como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto”, que, para Kelsen (2000, p. 1), relaciona-se ao que é o Direito e a como ele (Direito) é, e não a como deve ser o Direito, ou a como deve ele ser feito. O que com isso quis dizer o jurista foi que “a Teoria Pura do Direito é uma teoria do direito positivo” (KELSEN, 2000, p. 1) e que, portanto, não tem qualquer compromisso com a justiça ou

com a moral.⁹ Kelsen (2000, p. 78) abstrai do ambiente da aplicação do Direito qualquer preocupação com a sua legitimação, embora reconheça que “uma tal legitimação do direito positivo pode, apesar de sua insuficiência lógica, prestar politicamente bons serviços”.

A bem da verdade, o ponto de cisão entre a teoria pura e a concepção filosófica clássica que coliga o Direito à justiça é metodológico. Para Kelsen a temática da legitimação do Direito é insustentável do ponto de vista da Ciência Jurídica, já que ela (a Ciência) “não tem de legitimar o Direito, não tem por forma alguma de justificar — quer através da moral absoluta, quer através de uma moral relativa — a ordem normativa que lhe compete — tão somente — conhecer e descrever” (2000, p. 78).

Talvez por esse motivo Kelsen, mesmo havendo se dedicado, em suas obras, ao enfrentamento do problema da justiça, não o tenha levado às últimas consequências. Em “O que é justiça?” Kelsen (2001, p. 25) revela-se absolutamente ciente de que não respondeu à questão fundamental por ele abordada, quando afirma,

9 Kelsen (2000, p. 71-72) expõe a relação entre direito, justiça e moral nos seguintes termos: “[...] estabelecido que o direito e a moral constituem diferentes espécies de sistemas de normas, surge o problema das relações entre o direito e a moral. Esta questão tem duplo sentido. Pode com ela pretender-se indagar qual a relação que de fato existe entre o direito e a moral, mas também se pode pretender descobrir a relação que deve existir entre os dois sistemas de normas. Estas duas questões são confundidas uma com a outra, o que conduz a equívocos. À primeira questão responde-se por vezes que o direito é por sua própria essência moral, o que significa que a conduta que as normas jurídicas prescrevem ou proíbem também é prescrita ou proibida pelas normas da moral. E acrescenta-se que, se uma ordem social prescreve uma conduta que a moral proíbe, ou proíbe uma conduta que a moral prescreve, essa ordem não é o direito porque não é justa. A questão, porém, é também respondida no sentido de que o direito pode ser moral — no sentido acabado de referir, isto é, justo —, mas não tem necessariamente de o ser; que uma ordem social que não é moral, ou seja, justa, pode, no entanto, ser direito, se bem que se admita a exigência de que o direito deve ser moral, isto é, deve ser justo”.

de forma taxativa, que não sabe e nem pode precisar “o que seja justiça, a justiça absoluta, esse belo sonho da humanidade”, e que deve satisfazer-se “com uma justiça relativa”, para afirmar, em conclusão, que só pode declarar o que significa justiça para si próprio.

Embora nutra o maior respeito e a maior admiração por Hans Kelsen, assim como por sua obra, não posso a aderir ao desfecho por ele idealizado para a resposta aos questionamentos de que me ocupo. É que, sob essa acepção teórica, não há espaço para que se cogite da realização da justiça, no campo da aplicação do Direito, com a pretensão de correção do direito positivado nos textos legais, como venho defendendo, em meus escritos,¹⁰ desde a minha Dissertação de Mestrado (MADUREIRA, 2014). Ou se admite a existência de uma justiça em certa medida universal, capaz de ser aceita pelos contendedores como justa aplicação do Direito, o que abre campo para a sua revelação pelos intérpretes no ambiente processual; ou se considera, como em Kelsen, ser impossível definir-lhe os contornos, opção teórica que suscita, por coerência, o abandono da proposição atinente à sua realização no campo da aplicação do Direito. Os que aderem à primeira vertente de pensamento estão autorizados a invocar a justiça com a pretensão de correção do direito positivo; os demais precisam se contentar com a observação, característica da escola liberal-positivista, de que a justiça corresponde ao que resta prescrito nos textos legais, o que significa admitir que mesmo a aplicação de textos reconhecidamente injustos (como eram, a título de exemplo, as normas do Estado Nazista que prescreveram a perseguição ao povo judeu) redundaria em uma justa aplicação do Direito.

Não olvido ser essa uma questão ideológica. Mas como o homem, na feliz observação de Ortega y Gasset (1966, p. 322), traz sempre

10 Cf.: (MADUREIRA; ZANETI JUNIOR, 2019, p. 709-781); (MADUREIRA, 2017); (MADUREIRA; ZANETI JUNIOR, 2017, p. 85-125); (MADUREIRA; 2001); (MADUREIRA, 2015, p. 1-30); (MADUREIRA, 2015, p. 253-283); (MADUREIRA, 2015, p. 1-12) e (MADUREIRA; LIMA NETO, 2008, p. 169-192).

consigo, notadamente quando se posiciona frente aos problemas que lhe são submetidos, a marca das suas circunstâncias (*Yo soy yo y mi circunstancia, y si no la salvo a ella no me salvo yo*), a mim não resta outra alternativa, como teórico, que não procurar definir o que é a justiça para além da singela (e a meu ver superada) observação de que ela corresponderia ao que resta prescrito nos textos legais.

2.1.2 Crítica à aceção social-utilitarista de justiça

Na trincheira oposta, há a aceção social-utilitarista de justiça¹¹, retratada com muita fidelidade por Paulo Nader quando expôs, em doutrina, que “modernamente a humanidade reconhece a necessidade de implementar a chamada justiça social, que não constitui uma espécie distinta das anteriores, mas se caracteriza pela condição dos beneficiados e pelas necessidades que visa a atender” (NADER, 1999, p. 130-131). Seguindo no raciocínio, Nader advoga a existência de quatro modalidades de justiça: i) a *justiça distributiva*, relacionada ao dever do Estado de repartir os bens e os encargos entre os membros da sociedade; ii) a *justiça comutativa*, própria das relações privadas, que orienta a entrega a cada um do quinhão que lhe pertence; iii) a *justiça geral*, cuja formulação é atribuída a São Tomás de Aquino, de caráter solidário, que prevê a contribuição dos membros da comunidade para que seja alcançado o bem comum; e iv) a *justiça social*, cuja finalidade consiste na proteção dos pobres e desamparados, mediante a adoção de critérios que favoreçam uma repartição mais equilibrada da riqueza (1999, p. 131-132).

Dessa última modalidade de justiça exposta por Paulo Nader é que sobressai a aceção social utilitarista da justiça, que coliga a realização da justiça à proteção aos pobres e desamparados; como se as pretensões dos ricos (ou daqueles não tão pobres) e amparados (ou daqueles que têm meios de defender os seus interesses) não

11 Sobre a argumentação que se segue cf. MADUREIRA, 2014, p. 11-12.

se alinhassem com a realização da justiça; como se essas pretensões fossem, pela tão-só riqueza ou abastança de seus detentores, injustas e, portanto, reprováveis. Questão que se coloca, nesse contexto, é definir a quem competiria designar os possíveis destinatários da justiça como pobres ou abastados, como desamparados ou amparados. Ou, enfim, a quem competiria dizer, em concreto, com base em elementos intrínsecos à consciência pessoal desse emissor e, portanto, externos a parâmetros avaliáveis por um observador imparcial, o que é justo e o que é injusto.

Isso já seria motivo suficiente para orientar o abandono da aceção social-utilitarista de justiça. Porém, também a rejeito por considerá-la, como a aceção liberal-positivista, incompatível com a premissa teórica segundo a qual é possível a realização, no campo da aplicação do Direito, de uma justiça que possa ser aceita pelos os contendores (por todos eles) como justa aplicação dos textos legais. E penso desse modo porque semelhante perspectiva utilitarista relega a identificação do que seria justo aos sabores das valorações pessoais dos intérpretes, maleabilidade construtiva que atrairia para o ambiente em que se realizam os direitos subjetivos indesejável insegurança e, porque não dizer, a potencialidade da propagação de injustiças, já que, por óbvio, não há como se pretender realizar a justiça sem um mínimo de objetividade e segurança.

2.2 DIREITO, MORAL E JUSTIÇA: DEDUÇÃO DA IDEIA DE JUSTIÇA A PARTIR DE JUÍZOS RACIONAIS

Afastadas, nesses termos, como soluções para o problema, as proposições formuladas pelas escolas social-utilitarista e liberal-positivista (que, conquanto apresentem respostas contundentes à questão “o que é justiça?”, mostram-se claramente incompatíveis com o caráter universalista inerente à ideia subjacente à realização, no campo da aplicação do Direito, de uma solução que possa ser aceita por todos como justa), devo trilhar, então, caminho alternativo, que permita

identificar critério objetivo para a dedução da justiça (que não foi alcançado pela aceção social-utilitarista de justiça), mas sem que isso induza, na prática, a aplicação de textos legais reconhecidamente injustos (fruto da compreensão, propagada pela aceção liberal-positivista, de que a justiça corresponde ao que resta prescrito no direito positivo). Para tanto, adoto como base teórica o desenvolvimento, no campo da filosofia, da obra Immanuel (2003) por Jürgen Habermas (2003)¹² e Chaïm Perelman (2005), opção teórica que se justifica pela constatação de que o filósofo, como elemento externo ao ambiente construtivo do Direito, talvez seja, entre os teóricos, o único que possui o distanciamento necessário ao descortino do problema da justiça. Afinal, como disse Perelman (2005, p. 194), “o filósofo não é, como o juiz, encarregado de fazer que se respeite a ordem estabelecida; tampouco deve, como o político, se amoldar aos desejos de seus eleitores para ganhar-lhes os votos”; de modo que, “se existe uma missão, que seria a do filósofo, é a de ser o porta-voz da razão e o defensor dos valores universais, que se supõem válidos para todos os homens”.¹³

2.2.1 Justiça e moralidade

Para Kant, “a razão pura é por si só prática e dá (ao homem) uma lei universal, que chamamos lei moral” (KANT, 2003, p. 107).¹⁴ Kant divide as proposições valorativas dos atores sociais (por ele chamadas de princípios práticos), em *máximas* e *imperativos*. As *máximas* são subjetivas, porque se relacionam ao sujeito, caractere individualista que as tornam não-universalizáveis. Os *imperativos*, de seu turno, são objetivos, já que têm a pretensão de valer para todos. Kant os decompõe em *imperativos hipotéticos* (que são aqueles relacionados a regras

12 Cf.: (HABERMAS, 2003, v. I); (HABERMAS, 2003, v. II); (HABERMAS 2002); (HABERMAS, 2007); (HABERMAS, 1993, p. 288-304).

13 Sobre o assunto, cf. MADUREIRA, 2016, p. 12-13.

14 Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, 2016, p. 13-17.

técnicas e a conselhos de prudência, inerentes ao campo da ética) e *categóricos* (que são aqueles incondicionais, ou seja, que admitem testes de universalização, isto é, que se relacionam àquilo que pode ser considerado bom para todos) (2003, p. 107).¹⁵

Os imperativos categóricos, em Kant¹⁶, relacionam-se com a moral (1993, p. 290). Vê-se, pois, que Kant identifica a justiça com a razão prática e, por conseguinte, com moral (KANT, 2003, p. 109).

Habermas também relaciona a justiça à moral, assentindo com a proposição de Kant no sentido de que os mandamentos morais podem ser deduzidos a partir de imperativos categóricos (ou incondicionados) (LUCHI, 2001).¹⁷ Entretanto, divergindo de Kant,

15 Conferir também Luchi (2001, p. 175-200).

16 Em suas próprias palavras: “[...] este princípio da moralidade, devido justamente à universalidade da legislação que o torna supremo fundamento determinante formal da vontade sem consideração de todas as diferenças subjetivas da mesma, esclarece a razão ao mesmo tempo como uma lei para todos os entes racionais, na medida em que de modo geral tenham uma vontade, isto é, uma faculdade, de determinar a sua causalidade pela representação de regras, por conseguinte, na medida em que são capazes de ações segundo proposições fundamentais, por conseguinte, também segundo princípios práticos a priori (pois só estes têm aquela necessidade que a razão exige para a proposição fundamental). Esse princípio, portanto, não se restringe meramente a homens, mas concerne a todos os entes finitos que têm razão e vontade, antes, compreende até o ente infinito como inteligência suprema. No primeiro caso, porém, a lei tem a forma de imperativo, porque naquela, em verdade, como ente racional, pode pressupor uma vontade pura, mas, como ente afetado por carências e causas motoras sensíveis, nenhuma vontade santa, isto é, uma vontade que não fosse capaz de nenhuma máxima conflitante com a lei moral. Por conseguinte, a lei moral é naqueles um imperativo que ordena categoricamente, porque a lei é incondicionada [...]” (KANT, 2003, p. 109).

17 Cf. (LUCHI, 2001). Nas suas palavras: “O imperativo categórico, segundo o qual uma máxima é justa apenas se todos podem querer que ela seja seguida por cada um em situações comparáveis, é o primeiro a romper com o egocentrismo da ‘regra de ouro’ (‘Não faças a ninguém aquilo que não queres que te façam’). Cada um ‘tem de’ (muss) poder querer que a máxima de nossa ação se

Habermas não circunscreve a moral (e a justiça) à razão prática. Para Habermas, “dependendo de como o problema se põe, a questão ‘que devo fazer?’ ganha um significado pragmático, ético ou moral” (1993, p. 295). Em sua compreensão, a razão prática pode ser apreendida em três níveis distintos: o nível pragmático,¹⁸ correspondente ao que é útil para o indivíduo; o nível ético (HABERMAS, 1993, p. 295-296),¹⁹ correspondente ao que é bom²⁰ para ele;

torne uma lei universal. Apenas uma máxima capaz de universalização a partir da perspectiva de todos os envolvidos vale como uma norma que pode encontrar assentimento universal e, nesta medida, merece reconhecimento, ou seja, é moralmente impositiva. A questão ‘Que devo fazer?’ é respondida moralmente com referência àquilo que se deve fazer (*was man tun soll*). Mandamentos morais (moralische Gebote) são imperativos categóricos ou incondicionados que exprimem normas válidas ou fazem implicitamente referência a elas. Apenas o sentido imperativo desses mandamentos pode ser entendido como um ‘dever’ (sollen) que não é dependente nem de fins ou preferências subjetivas, nem da meta, para mim absoluta, de uma vida boa, uma vida de êxito ou não-malograda” (HABERMAS, 1993, p. 294-295).

18 Conferir ainda em Habermas (1993, p. 295), “o terminus ad quem de um discurso pragmático correspondente é a recomendação de uma tecnologia adequada ou de um programa exequível”.

19 Ainda recorrendo à literalidade das observações tecidas pelo filósofo: “o terminus ad quem de um discurso ético-existencial correspondente é um conselho para a orientação correta na vida, para a realização de um modo pessoal de vida. Uma outra coisa é, por sua vez, o julgamento moral de ações e máximas. Ele serve à elucidação de expectativas legítimas de comportamento em face de conflitos interpessoais que atrapalham o convívio regulado de interesses antagônicos. Neste caso, trata-se da fundamentação e da aplicação de normas que estabelecem deveres e direitos recíprocos. O *terminus ad quem* de um discurso prático-moral correspondente é uma compreensão sobre a solução justa de um conflito no âmbito do agir regulado por normas” (HABERMAS, 1993, p. 295-296).

20 Segundo Habermas (1993, p. 291), “decisões de valor grave são tratadas, desde Aristóteles, como questões clínicas (klinisch) do bem viver. Uma decisão ilusória — o relacionamento com um parceiro errado, a escolha equivocada de

e o nível moral, correspondente ao que é justo, ou seja, ao que é bom para todos (HABERMAS, 1993, p. 296). Habermas relaciona a razão prática à “capacidade (Vermögen) de fundamentar imperativos onde se modifique, conforme a referência à ação ou tipo de decisões a serem tomadas”, não somente “o sentido ilocutório do “ter de” (müssen) ou do “dever” (sollen), mas também o conceito de vontade que deve poder ser determinada a cada momento por imperativos fundamentados racionalmente” (1993, p. 296). Assim, para Habermas, a razão prática, longe de identificar-se sempre com a moral,²¹ por meio da realização de imperativos categóricos, também se volta “para o arbítrio do sujeito que age segundo a racionalidade de fins” (depreensão da razão prática no nível do agir pragmático), “para a força de decisão do sujeito que se realiza autenticamente” (depreensão da razão prática no nível do agir ético) ou “para a vontade livre do sujeito capaz de juízos morais” (depreensão da razão prática no nível do agir moral), “conforme seja usada sob os aspectos do adequado a fins, do bom ou do justo” (1993, p. 296).

Em Habermas, passam integrar o objeto de análise da filosofia, no campo da justificação das valorações pessoais, não apenas os imperativos categóricos, relacionados ao agir em nível moral, mas, também, as metas e preferências, relativas ao agir em nível pragmático (1993, p. 292), e as máximas, ínsitas ao agir em nível ético, especificadas por Habermas como “as menores unidades de um entrelaçamento de hábitos praticados, nos quais se concretizam a identidade e o projeto de vida de uma pessoa (ou de um grupo)” (p. 294).

alternativas profissionais — pode ter como consequência uma vida malograda. A razão prática, que neste sentido tem como objetivo não apenas o possível e o que é adequado a fins, mas também o bom, move-se então, se seguimos o uso clássico da linguagem, no âmbito da ética”.

21 Se em Kant (2003, p. 296), razão prática e moralidade coincidem, em Habermas, “apenas na autonomia, razão e vontade são uma só”. Conferir ainda Luchi (2001).

Segundo Habermas, as máximas constituem o ponto de intersecção entre ética e moral, já que podem ser julgadas simultaneamente sob ambos os pontos de vista (da ética e da moral).

A compreensão dessa assertiva demanda a avaliação pontual de hipótese aventada por Habermas, que supõe a utilização de uma “manobra de engodo” para a consecução de um determinado fim. A título de exemplo, um indivíduo poderia questionar-se, quando da sua submissão a uma seleção pública, se deve (ou não) valer-se clandestinamente de suas anotações pessoais para responder questão que considera difícil e de crucial importância para a sua aprovação, empregando, assim, expediente comumente conhecido como “cola”. A sua opção pelo emprego da “cola” lastrear-se-ia em uma sua meta pessoal, inscrevendo-se, assim, no nível do agir pragmático, pautando-se, portanto, exclusivamente no plano da sua utilidade para o indivíduo. Essa atuação, no entanto, pode ser inibida pela consciência do indivíduo, quer sob o ponto de vista da ética, quer no nível do agir moral. Com efeito, “a máxima de praticar também uma vez uma manobra de engodo pode não ser boa” para o indivíduo, especificamente “quando não se enquadra à imagem da pessoa que gostaria de ser e que, como tal” ele quer ser reconhecido (ninguém gostaria de ter seu nome associado à “cola” em uma seleção pública), o que o conduziria, então, a agir eticamente, impedindo-o de praticar o cogitado expediente pragmático. Do mesmo modo, essa atuação hipotética pode ser considerada injusta pelo indivíduo (por exemplo, por considerar que o emprego da “cola” prejudicaria os demais concorrentes), “se sua obediência universal não for igualmente boa para todos”, em situação em que a sua valoração pessoal orientar-se-ia por um juízo moral (HABERMAS, 1993, p. 294).

Abstraída essa singela divergência quanto à natureza das valorações que compõem a formação da razão prática, é certo que a justiça, tanto para Kant, quanto para Habermas, relaciona-se ao agir moral, ou seja, à moralidade.

2.2.2 Justiça e racionalidade

Nessa senda, Habermas, como Kant, sustenta que “a exigência da correção das afirmações normativas as apoia na validade presuntiva de uma norma estabelecida sobre fundamentos”, num contexto em que apenas “mandamentos morais (e normas do Direito que, como por exemplo, os direitos do homem, são por si só justificados moralmente) exigem validade absoluta como asserções, isto é, reconhecimento universal” (2002, p. 17-21)²². De todo modo, as teorias de um e outro filósofo entram novamente em conflito quando relacionam o procedimento adotado para a fundamentação da razão prática, já que, para Kant, ela é aferida a priori, num processo de justificação que se opera em foro íntimo, isto é, através de um diálogo que o agente mantém consigo mesmo (2003), ao passo que, para Habermas, ela é apropriada num ambiente comunicativo, num contexto em são consideradas as opiniões de todos aqueles interessados na formação do juízo (1993, p. 296).

Habermas, afirma que “de um teste de universalização levado a efeito de maneira egocêntrica, não se segue ainda que uma máxima seja aceita por todos como fio de prumo moral de seu agir”, advertindo que uma conclusão desse tipo somente seria correta se a valoração pessoal do agente fosse a fortiori congruente com a valoração de todos os outros indivíduos envolvidos no processo decisório, pois, em suas palavras, “aquilo que de minha perspectiva é igualmente bom para todos residiria de fato no interesse igual de todos apenas se minha identidade e meu projeto de vida refletissem uma forma de vida universalmente válida” (1993, p. 294). Na sua visão, “as normas morais devem poder encontrar, acima dos limites históricos e culturais dos mundos sociais tão variados, o reconhecimento racionalmente motivado de todos os sujeitos capazes de linguagem e ação” (HABERMAS, 2002, p. 63).

22 Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, 2016-b, p. 17-21.

Esse é o ambiente teórico em que pretendo identificar um critério objetivo para aferimento do justo. Habermas, e também Perelman (2005, p. 194), argumentam que a justiça sobressai da opinião abalizada de um auditório universal, composto por membros da comunidade aptos a justificar racionalmente, por meio do discurso, tomadas de posição no nível do agir moral.

Habermas destaca a configuração de “um outro grupo de problemas se coloca quando passamos a considerar os pressupostos pretensiosos e contrafáticos do agir comunicativo, que devem assegurar às pretensões de validade o caráter de incondicionalidade”, advertindo, quanto a eles, que “esse segundo nível de idealização determina, inclusive, a constituição da realidade social”, num contexto em que “todo acordo obtido comunicativamente e que torna possível a coordenação de ações, bem como a estrutura complexa de interações e a interligação de sequências de ações, mede-se pelo reconhecimento intersubjetivo de pretensões criticáveis”, que confere “função-chave ao funcionamento dos jogos de linguagem cotidianos e às tomadas de posição em termos de sim/não, que se apoiam numa dupla negação” (2003-a, v. 1, p. 38-39). Para esse professor alemão, essas “tomadas de posição carregam os fatos sociais, criados por elas, com uma tensão ideal, pois reagem a pretensões de validade, as quais, para serem justificadas, pressupõem o assentimento de um auditório idealmente ampliado” (2003-a, v. 1, p. 39).

Perelman, de seu turno, refere a essa razão comunicativa como “a faculdade de cada ser humano normal [...] que lhe permite ver evidências”, as quais, “impondo-se à razão de um apenas, se imporão por isso mesmo a todos os seres dotados de razão”, de modo que “essa faculdade, própria de cada qual e comum a todos os homens, deve, de fato, graças à intuição, apreender verdades universalmente válidas” (2005, p. 202). Mas adverte, nesse contexto, que a sua concepção da razão difere da concepção clássica, dispondo que não enxerga nela “uma faculdade oposta a outras faculdades do homem”, concebendo-a, a razão, “como

um auditório privilegiado, o auditório universal” (PERELMAN, 2005, p. 202-203).

Perelman (2005, p. 202-203) descreve o procedimento de dedução da razão prática (e, a partir dela, da moral e da justiça) perante o auditório universal na seguinte passagem da obra “Ética e Direito”:

“[...] o apelo à razão é apenas uma tentativa de convencer, mediante o discurso, os membros desse auditório, composto daquilo a que o senso comum chamaria homens razoáveis e informados. É a eles, ou pelo menos ao auditório universal tal como ele o imagina, com suas convicções e suas aspirações, que o filósofo se dirige, é a ele que quer convencer, a partir das teses e por meio de argumentos que acha aceitáveis para cada um de seus membros. [...] Para elaborar uma argumentação assim, o filósofo é mesmo obrigado a formar-se uma ideia desse auditório que quer convencer, ideia que pode não coincidir com a realidade. É por isso que as teses do filósofo, para serem aprovadas, devem ser submetidas à aprovação efetiva dos membros desse auditório. Estes podem contestar as convicções e as aspirações que o filósofo lhes atribui, opor-se ao modo como as seleciona, as formula e as precisa dada as necessidades de seu discurso, assim como argumentação com a qual fundamenta as conclusões a que chega. Sem a possibilidade sempre aberta do diálogo, sem uma disposição para ouvir as críticas, que terá de levar em conta se não tem condições de refutá-las, o filósofo não pode pretender transcender as crenças, os interesses e as aspirações dos grupos particulares a que se dirigem, entre outros, o teólogo ou o político”.

O leitor mais atento, a essa altura, já deve ter se dado conta de que a transposição da justificação da razão prática do âmbito interno dos agentes para o ambiente comunicativo não é

meramente retórica. Se, no campo das valorações pessoais, temos, como bem evidencia Kelsen (2001, p. 2), sérias dificuldades em conceituar a moral e a justiça como valores universais, esse argumento não se sustenta em um ambiente comunicativo, no curso do qual, com disse Perelman, “a solução dos problemas suscitados por esse cotejo não será nem evidente nem arbitrária”, já que “será dada graças a um posicionamento do teórico, que resultará de uma decisão pessoal, apresentada, porém, como válida para todas as mentes razoáveis” (2005, 398-399). A propósito, Perelman esclarece que essa decisão racional, não sendo tomada “por mera conformidade à evidência e não se apresentando como infalível, não se arrisca a fornecer um fundamento a um despotismo esclarecido, que escapa a qualquer controle e a qualquer crítica”, já que, a toda evidência, “as soluções contingentes e manifestamente perfectíveis apresentadas pelos filósofos só poderiam pretender-se razoáveis na medida em que são submetidas à aprovação do auditório universal” (2005, 398-399).

Nessa perspectiva, que pressupõe a justificação da razão prática dentro de um ambiente comunicativo, idealizado a partir da reconstrução, por Habermas e Perelman, do imperativo categórico de Kant, pode-se identificar a justiça (bem como a moral) com a ideia de racionalidade. Perelman (2005, 205-206) resume a tese segundo a qual é viável a dedução da ideia de justiça a partir de juízos racionais nessa outra passagem de sua obra:

Uma regra é injusta quando é arbitrária, quando constitui um desvio injustificado em relação aos costumes e aos precedentes, quando introduz distinções arbitrárias. Uma distinção é arbitrária quando não é justificada racionalmente. Os critérios e os valores utilizados no processo de justificação serão irracionais se manifestarem um posicionamento parcial, se constituírem uma defesa de interesses particulares, inaceitável para o auditório universal.

À minguia de critérios absolutos, de evidências irrefragáveis, os critérios e os valores que servem para justificar as regras de ação não podem ser subtraídos à crítica. Aqueles que aspiram a mais justiça nas relações humanas devem estar prontos para levar em conta todas as acusações de parcialidade proferidas a seu respeito. À minguia de critérios impessoais, suas teses filosóficas fornecem a justificação suprema das convicções e das aspirações do filósofo, sua última palavra em questão de racionalidade e de justiça.

Por óbvio essa racionalidade a que me refiro “não remete a uma razão definida como reflexo ou iluminação de uma razão divina, invariável e perfeita, mas a uma situação puramente humana, à adesão presumida de todos aqueles” considerados “interlocutores válidos no que tange às questões debatidas”, como disse Perelman (2005, p. 398-399). Até porque, em suas palavras, “o recurso aos membros do auditório universal, para concretizar a ideia do razoável, não pode deixar de nos remeter a uma antropologia, a uma teoria do homem, assim como ao dever do diálogo” (p. 399).

Essa seria, então, uma aceção de justiça em certa medida universal; na medida em que pode ser aceita por todos aqueles interessados na construção da decisão; vez que, sob essa ótica, a solução empregada funda-se em juízos racionais (discurso) concebidos no curso de um procedimento que garante aos contendores a plena consideração e a ampla discussão de todas as proposições apresentadas ao longo do processo decisório (debate).

Capítulo 3

Ciência jurídica e justiça

Expus, no capítulo antecedente, (i) que saber o que é a justiça é uma questão fundamental para quem assume como verdadeira a premissa de que é missão dos intérpretes a sua realização no campo da aplicação do Direito; (ii) que superados os períodos clássico (em que se inaugura a ideia de que a justiça é princípio informador do Direito) e medieval (em que semelhante inclinação teórica é mantida, embora com a ressalva de que, nessa fase, a ideia de justiça esteve relacionada à existência de uma *lei eterna*, dita *natural*), as discussões subjacentes ao problema da justiça polarizaram-se, ao longo dos séculos, entre as acepções liberal-positivista (concebida na modernidade, mas que em nenhum momento foi abandonada pela dogmática jurídica) e social-utilitarista (concebida na era contemporânea, com a acentuação da *questão social*); (iii) que, entretanto, essas acepções de justiça não se compatibilizam com a aspiração dos teóricos pela realização concreta da justiça, porque a primeira (acepção liberal-positivista) rejeita a existência de uma justiça universal (coligando, assim, a justiça àquilo que resta estabelecido nos textos legais), e porque a outra (acepção social-utilitarista) relega a identificação do justo aos sabores das valorações pessoais dos intérpretes (maleabilidade construtiva que atrairia

para o ambiente em que se realizam os direitos subjetivos indesejável insegurança e, porque não dizer, a potencialidade da propagação de injustiças). Disso resultou a minha opção por procurar trilhar caminho alternativo, lastreado no desenvolvimento da obra Immanuel Kant (2003) por Jürgen Habermas (2003-a, 2003-b, 2002, 2007) e Chaïm Perelman (2005, p. 398-399). O que proponho, em apertada síntese, é que a justiça pode ser deduzida, em referência ao que Habermas e Perelman convencionaram chamar *auditório universal*, a partir de juízos racionais construídos pelos intérpretes com o propósito de realizar e, por vezes, de corrigir o direito posto (discurso), desde que construída no curso de um procedimento que garanta aos contendores a plena consideração e a ampla discussão de todas as proposições apresentadas ao longo do processo decisório (debate).

Essas considerações indiciam que é viável, pelo menos no plano das ideias, a obtenção de uma justiça em certa medida universal, capaz de ser aceita por todos aqueles interessados na formação da decisão do juízo como justa aplicação do Direito. Porém, a consecução desse objetivo supõe, ainda, a transposição desses elementos (ínsitos ao campo da filosofia) também ao plano da Ciência Jurídica, campo da atuação dos juristas (pesquisadores, professores de Direito, autores jurídicos etc.), e que tem por objeto de análise as normas jurídicas que compõem o ordenamento²³.

As normas são editadas, como regra, pelo Parlamento,²⁴ e se qualificam como proposições prescritivas, porque prescrevem comandos que devem ser obedecidos pelos seus destinatários, comumente chamados intérpretes (ou aplicadores). Analisando-as, os juristas enunciam proposições descritivas, por meio das quais procuram descrever o Direito, criando um sistema.

23 Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, 2015-a, p. 2-3.

24 Muito embora também aфирam essa condição as normas administrativas, como os atos regulamentares, e as chamadas normas individuais, como a sentença, o contrato, etc.

Disso decorre a importância de se distinguir, no plano da Ciência, ordenamento jurídico e sistema. O ordenamento é composto por normas editadas por autoridades competentes (Direito), sob a forma de enunciados prescritivos, que são reais, porque pertencem ao mundo empírico; o sistema é o método de análise do ordenamento, o mecanismo pelo qual os juristas organizam seu objeto, que é o Direito, e por isso não é real, mas irreal, porque está no mundo do pensamento. O ordenamento apresenta contradições, que são bastante comuns no mundo fenomênico, a começar porque tantas vezes as preferências sociais de hoje destoam daquelas prevalentes no passado, o que pode induzir a formação de antinomias; o sistema não as comporta, porque nele os juristas procuram harmonizar o Direito, pela via do emprego de técnicas interpretativas e integrativas.

Assim, conquanto comumente se refira, em doutrina, ao Direito como um sistema (fala-se, a propósito, em “sistema jurídico”), o Direito não é sistema, embora possa ser visto pelos juristas como sistema (DINIZ, 2009, p. 199-204, *passim*). Outras vezes, os teóricos qualificam o ordenamento como sistema, mas o diferenciam do sistema produzido pela Ciência Jurídica.²⁵ Porém, independentemente das designações que lhes são atribuídas pela doutrina, é fato que o ordenamento e o sistema apresentam-se, frente ao fenômeno jurídico, como realidades distintas: o primeiro como objeto de análise dos juristas, ou outro como uma produção sua, cuja finalidade é conferir coerência e sistematicidade ao Direito.

O que fazem os juristas, então? Eles se debruçam sobre o ordenamento com o propósito de descrevê-lo tal como resta concebido. Nesse processo, os juristas, conquanto se ocupem de um objeto imperfeito, que apresenta contradições e lacunas, procuram descrevê-lo de forma organizada, ou sistematizada. Cumpre-lhes, então, transformar em sistema aquilo que não é sistema.

25 Conferir o posicionamento de Emil Lask, reproduzido por Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1976, p. 123-165), e de Lourival Vilanova (2005, p. 158-161).

Mas por que é que os juristas fazem esse esforço de sistematização? Eles o fazem para produzir Ciência, a sua própria Ciência, a Ciência Jurídica, que tem por objeto de análise das normas que compõem o ordenamento.

Posto isso, a pergunta que se coloca é se esse esforço descritivo compreendido pelos juristas também não poderia ser empregado para uma melhor operacionalização da aplicação do Direito. Ou seja, se a atividade descritiva realizada no Plano da Ciência não poderia ser desenvolvida também como forma de orientar a atividade desenvolvida pelos intérpretes no campo da aplicação do Direito, ostentando, assim, função social.

3.1 A PERSPECTIVA SUSTENTADA POR HANS KELSEN EM SUA TEORIA PURA DO DIREITO

Do ponto de vista estritamente científico, compreende-se, sob certa ótica, que o jurista não deve descrever o modo como se dá a aplicação do Direito (decidibilidade)²⁶. Hans Kelsen, em sua “Teoria Pura do Direito”, pretendeu purificar a Ciência Jurídica, quando procurou conferir-lhe um objeto próprio e encontrar uma metodologia própria para a atividade dos juristas. Para Kelsen, os juristas só podem estudar normas editadas por autoridades consideradas competentes por norma superior, segundo o procedimento estabelecido por essa norma superior. Assim, em Kelsen, os juristas não podem discorrer sobre o modo como o Direito deve ser aplicado. Nessa acepção teórica, a Ciência Jurídica tem por função exclusiva a descrição de normas, mediante a formulação de proposições (KELSEN, 2001, p. 99; KELSEN, 2000, p. 79-119; DINIZ, 2009, p. 116-131)²⁷, sendo que o resultado dessa atividade descritiva é o sistema jurídico.

26 Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, 2015-a, p. 3-5.

27 Em suas próprias palavras, a Ciência do Direito “[...] somente pode descrever as normas individuais, produzidas pelos tribunais, e as normas gerais,

A prevalecer esse ponto de vista, a Ciência, conquanto se dedique a conferir sistematicidade ao Direito, não ostentaria função social. Precisamente porque não se dedicaria a orientar a resolução de conflitos estabelecidos entre os indivíduos que compõem a sociedade (campo de incidência da decidibilidade).

Mas isso não quer dizer, em absoluto, que Kelsen ignorava o problema da decidibilidade. Com efeito, a Ciência Jurídica, para Kelsen, apresenta duas facetas: a teoria jurídica estática, que estuda o direito posto pelo legislador (sistema de normas) (2000, p. 121-213); e a teoria jurídica dinâmica, que estuda o Direito como aplicação da norma superior para criação da norma inferior, cujo objeto consiste em averiguar se o emissor da norma tem competência estabelecida em norma superior para analisar os fatos condicionantes do conteúdo das normas (2000, p. 215-308). Sob a perspectiva da teoria dinâmica, o Direito é descrito como sistema de atos aplicadores de normas superiores e criadoras de normas inferiores. Em atenção a esse específico aspecto de suas formulações teóricas, Kelsen afirma, categoricamente, que “somente a falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, o preconceito de que o Direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma jurídica individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é tão-só a continuação do processo de criação da norma jurídica e conduziu ao erro de ver nela apenas a função declarativa” (2000, p. 265).

No entanto, a despeito de enunciar, nesses termos, o caráter normativo das decisões judiciais, Kelsen entende que a construção da norma individual não é problema do jurista, mas dos aplicadores do Direito (intérpretes). É que, para esse professor austríaco, “na distinção entre proposição jurídica e norma jurídica ganha expressão a distinção que existe entre a função do conhecimento jurídico e a função, completamente distinta daquela, da autoridade jurídica”,

produzidas pelos órgãos legislativos e pelo costume, depois de elas serem vigentes” (KELSEN, 2000, p. 99).

representada pelos órgãos que compõem a comunidade jurídica, num contexto em que “a Ciência Jurídica tem por missão conhecer — de fora, por assim dizer — o Direito e descrevê-lo com base no seu conhecimento”, ao passo que “os órgãos jurídicos têm — como autoridade jurídica — antes de tudo por missão produzir o Direito para que ele possa então ser conhecido e descrito pela Ciência Jurídica” (KELSEN, 2000, p. 81).

Quando faz essa opção teórica, Kelsen isola o problema das lacunas no Direito, transportando-o do plano da Ciência para o campo da atuação dos aplicadores. E tal se dá porque, em Kelsen, o sistema é fechado²⁸, visto que é composto pela descrição, pelos juristas, apenas do conteúdo das normas postas por autoridades consideradas competentes por norma superior.

3.3 A DECIDIBILIDADE COMO OBJETO DAS PREOCUPAÇÕES DOS JURISTAS

É fato, contudo, que a questão da decidibilidade foi aprofundada²⁹, a partir de Kelsen, pelos teóricos, contexto em que se destaca a obra de Miguel Reale (cf. REALE, 1998; REALE, 1968)³⁰. Para Reale, como para Kelsen, o objeto da Ciência Jurídica é a descrição do Direito. Ocorre que, em Reale, o Direito não se manifesta, como em Kelsen, apenas através da norma, abarcando, também, a sua interação com os fatos e os valores (1998, p. 64-65). Essa referência de Reale aos fatos e aos valores transmuda o objeto da Ciência da simples descrição das

28 Sob a perspectiva da Ciência Jurídica, o sistema pode ser fechado ou aberto, conforme o posicionamento filosófico adotado pelo jurista: o sistema fechado é estático, retrospectivo e completo, e por isso não comporta lacunas; o sistema aberto é dinâmico, prospectivo e incompleto, e por isso comporta lacunas (DINIZ, 2009, p. 141-143).

29 Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, 2015, p. 5-6.

30 Cf. (REALE, 1998; REALE, 1968). Sobre o assunto, ler também em Siches(2009) e Madureira (2015).

normas postas no ordenamento por autoridades competentes para uma perspectiva pragmática.³¹

A teoria de Reale é prática. Nela, os juristas conhecem para decidir. O papel dos juristas é, pois, analisar decisões e enunciar respostas, para demonstrar uma decisão solucionadora de um problema, contexto em que a resposta adequada a solucionar um conflito é aquela que causa o menor número de perturbações no ambiente social.

A Ciência Jurídica assume, então, a conotação de pensamento tecnológico, que requer dos juristas pleno conhecimento e domínio de meios para chegar a um fim, uso correto do vocabulário jurídico e uso de técnicas interpretativas, integrativas e corretivas. Além disso, o sistema, porque abarca, além da norma, fato e valor, é múltiplo, aberto, dinâmico, prospectivo e incompleto (cf. DINIZ, 2009, p. 141-143) e por isso ostenta lacunas; o que justifica a preocupação dos juristas com a sua resolução.

3.4 A CIÊNCIA JURÍDICA E SUA FUNÇÃO SOCIAL

Nessa perspectiva, a Ciência Jurídica “exerce funções relevantes não só para o estudo do Direito, mas também para a aplicação jurídica”, porque se apresenta “como elemento de controle do comportamento humano, ao permitir a flexibilidade interpretativa das normas e ao propiciar, por suas criações teóricas, a adequação das normas no momento de sua aplicação”, qualificando-se, portanto, como “instrumento de viabilização do Direito” (DINIZ, 2009, p. 199), conforme leciona Maria Helena Diniz³². Essa professora paulista observa, ainda, que a decidibilidade é um problema dominado por aporias (como a da justiça, da utilidade, da certeza, da legitimidade etc.), e por isso se abre a diversas alternativas possíveis, o que faz com que “a Ciência Jurídica se depare com um espectro de teorias, às vezes, incompatíveis”

31 Sobre a natureza pragmática da Ciência Jurídica, cf. Ferraz Júnior, 2009, p. 114.

32 Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, 2015-a, p. 6-7.

(DINIZ, 2009, p. 198). Por esse motivo é que, conforme Diniz, a Ciência Jurídica tem função social e natureza tecnológica, porque delimita “as possibilidades abertas pela questão da decidibilidade, proporcionando certo fechamento no critério de combinação dos modelos” (2009, p. 198). Disso decorre a constatação, por Diniz, de que a função social da Ciência “está no dever de limitar as possibilidades de variação na aplicação do Direito e de controlar a consistência das decisões, tendo por base outras decisões” (2009, p. 199).

Em sintonia a esse pensamento, Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2008) propõe que a Ciência Jurídica comporta três modelos teóricos: o *modelo analítico*, o *modelo hermenêutico* e o *modelo empírico*.

O *modelo analítico* busca a *sistematização, não apenas de normas*, nos moldes descritos por Kelsen, *mas também de fatos e valores*. Aqui a *função da Ciência Jurídica* não é meramente descritiva, como em Kelsen, *mas é também organizatória*, o que permite ao jurista classificar e organizar os três elementos (norma, fato e valor) (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 68-219).

Por sua vez, o *modelo hermenêutico* busca o *uso correto de técnicas interpretativas, integrativas e corretivas de lacunas*, e por isso tem *função interpretativa*, que consiste em *interpretar o sentido e o alcance da norma*, mas *sempre ligados aos fatos e aos valores* (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 220-284).

Já o *modelo empírico* busca a *decidibilidade*, ostentando, assim, *função de previsão*; ótica sob a qual a *Ciência Jurídica* se apresenta *como uma teoria da decisão* (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 285-323).

A partir desses modelos teóricos, Ferraz Júnior procura descrever de que maneiras as proposições descritivas formuladas pelos juristas orientam e conformam a produção das decisões jurídicas no campo da aplicação do Direito.

3.4.1 A função social da Ciência no modelo analítico

Sob o modelo teórico analítico, a função social da Ciência Jurídica consiste, conforme Tércio Sampaio Ferraz Júnior, na “neutralização

do conflito em termos de ele não ser tratado em toda a sua extensão concreta, mas na medida necessária da sua decidibilidade com o mínimo de perturbação social” (2008, p. 7-8)³³. O que ocorre é que o modelo analítico, com toda a sua aparelhagem conceitual, proporciona uma congruência dinâmica entre os mecanismos de controle social (normas, valores, instituições), pelo que, nele, o sistema tem função regulativa, e não constitutiva (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 218).

Conforme Ferraz Júnior, “o que constitui o sistema é o comportamento social que exige e estabelece normas, institucionaliza procedimentos, marca ideologicamente seus valores, desenvolve regras estruturais etc.”. (2008, p. 218). Nesse sentido, cumpre à Ciência Jurídica conferir ao ordenamento “um mínimo de coerência e razoabilidade, para que se possa dominá-lo e exercitá-lo tecnicamente” (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 218). E isso porque o sistema jurídico é um sistema autônomo, composto por um conjunto de elementos e relações capaz de impedir eventos de outros sistemas seja necessariamente um evento dentro dele, regulando, assim, o que deve e o que não deve ser juridicizado, e também o que, sendo juridicizado (leia-se: tornado um evento dentro do sistema), deve ser considerado lícito ou ilícito (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 218).

Todavia, esse intercâmbio confere ao sistema grande variabilidade de eventos e de situações, que precisa ser dominada racionalmente (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 218). Disso se ocupa a Ciência Jurídica que, sob o modelo analítico, vale-se de seus conceitos sistematizadores e de sua função regulativa para lhe conferir unidade (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 218). Conforme Ferraz Júnior, essa orientação universalista “foi e é ainda de grande importância para o desenvolvimento de sociedades complexas”, de que são exemplos as sociedades industriais, na medida em que lhes possibilita “absorver e suportar enormes incertezas e diferenças sociais, pois o tratamento

33 Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, 2015-a, p. 7-8.

universalista neutraliza a pressão social imediata exercida pelo problema da distribuição social do poder e dos recursos”, que acaba sendo transportado “para dentro do sistema jurídico, onde ele é então, mediatizado e tornado abstrato” (2008, p. 219).

3.4.2 A função social da Ciência no modelo hermenêutico

Sob o modelo teórico hermenêutico o papel a Ciência Jurídica é fazer a lei falar (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 8-9)³⁴. Conforme Tércio Sampaio de Ferraz Júnior, “a hermenêutica jurídica é uma forma de pensar dogmaticamente o Direito que permite um controle das consequências possíveis de sua incidência sobre a realidade antes que elas ocorram”, de modo que “o sentido das normas vem, assim, desde o seu aparecimento, ‘domesticadas’” (2008, p. 284). Ferraz Júnior acrescenta, ainda, que “essa astúcia da razão dogmática se põe assim, a serviço do enfraquecimento das tensões sociais”, porque “neutraliza a pressão exercida pelos problemas de distribuição de poder, de recursos e de benefícios escassos”, na medida em que os transforma em “conflitos abstratos, isto é, definidos em termos jurídicos e em termos juridicamente interpretáveis e decidíveis” (2008, p. 284). Por isso é que, para esse professor paulista, “a hermenêutica possibilita uma espécie de neutralização dos conflitos sociais”, porque os projeta “numa dimensão harmoniosa — o mundo do legislador racional — no qual em tese tornam-se todos decidíveis” (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 284).

Assim, no modelo hermenêutico, como no modelo analítico, a função social da Ciência Jurídica decorre de sua capacidade de orientar a decidibilidade de questões práticas. Contudo, enquanto no modelo analítico os juristas exercem a função de isolar o Direito num sistema, no modelo hermenêutico cumpre-lhes, conforme Ferraz Júnior, “conformar o sentido do comportamento social à luz da incidência normativa” (2008, p. 284).

34 Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, 2015-a, p. 8-9.

3.4.3 A função social da Ciência no modelo empírico

Tércio Sampaio Ferraz Júnior também acentua que no modelo hermenêutico a Ciência Jurídica cria condições para decisão, mas não diz como deve ocorrer a decisão, o que só pode ser aferido pelos juristas sob a ótica do modelo empírico (2008, p. 09-12)³⁵. Conforme Ferraz Júnior, na decisão a verdade factual está sempre submetida a valoração, sendo que “valores são símbolos integradores e sintéticos de preferências sociais permanentes”, aos quais, como regra, ninguém se opõe (como a justiça, a utilidade, a bondade) (2008, p. 321).

Disso resulta que o discurso decisório, no modelo empírico, é avaliativo e ideológico, de maneira que a ideologia baliza a decisão, estabelecendo os princípios fundamentais do processo (por exemplo, a divisão dos poderes, a proibição de que um interfira nas decisões do outro), as guias ou orientações gerais (como princípio da ausência de responsabilidade sem culpa, da boa-fé), os fatores sociais que devem ser considerados como bases dogmáticas da decisão (exemplificativamente, a proibição da decisão contra a lei), as finalidades (metas do sistema) que permitem o controle da mens legis (bem comum, interesse público, etc.) e critérios para a constituição de premissas e postulados da argumentação (princípio da irretroatividade das leis, a exigência de que a mesma ratio legis deve permitir tratamento jurídico igual a casos semelhantes, entre outros) (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 322).

A Ciência Jurídica constrói, então, “um sistema conceitual que capta a decisão como um exercício controlado do poder, como se as relações sociais de poder estivessem domesticadas”, o que reduz “a carga emocional da presença da violência do Direito” (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 322-323). Destarte, a função social da Ciência Jurídica, sob a perspectiva do modelo empírico, decorre da circunstância dela se qualificar como “veículo para as ideologias da não-violência” (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 323).

35 Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, 2015-a, p. 9-12.

3.5 CIÊNCIA JURÍDICA, DIREITO E PROCESSO

Essas considerações põem em evidência que a Ciência Jurídica³⁶, para além de ocupar-se da descrição dos enunciados prescritivos que compõem o ordenamento (normas), sistematizando-os, também ostenta função social; precisamente porque os juristas, quando se dedicam a descrever e sistematizar as normas positivadas nos textos legislativos, precisam estar atentos à constatação teórica (ínsita à teoria tridimensional do Direito) de que a incidência jurídica também pressupõe a consideração (pelos intérpretes) dos fatos que animam a contenda e dos valores subjacentes ao ordenamento,³⁷ e de que por isso não podem voltar as costas ao problema da decidibilidade quando da realização dessa sua atividade descritiva.

Nessa perspectiva, compete aos juristas avaliar as possibilidades de aplicação do Direito, controlando, assim, a consistência das decisões jurídicas (DINIZ, 2009, p. 199). Essa sua atividade qualifica-se, em tudo e por tudo, como descrição do Direito; mas não se apresenta apenas como descrição do conteúdo das normas (abstratas) postas por autoridades superiores (Kelsen); porque também abarca a descrição, em vista dos fatos e dos valores incidentes sobre a contenda, do próprio processo de construção da norma concreta aplicável (decidibilidade).

Tal se depreende do o *modelo teórico analítico* proposto por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, que visa à sistematização pelos juristas de normas, fatos e valores, com o propósito de classificar e organizar esses três elementos (função organizatória) (2008, p. 68-219). Sob esse modelo teórico, a função social da Ciência Jurídica consiste neutralização dos conflitos, pela via da construção de decisões jurídicas que induzam o mínimo possível de perturbação social (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 219); contexto em que é papel dos juristas conferir

36 Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, 2015-a, p. 10-12.

37 Sobre o modo como se processa a aplicação do Direito a partir de normas, fatos e valores, cf. MADUREIRA, 2015.

ao ordenamento um mínimo de coerência e razoabilidade, que lhes possibilite dominá-lo e exercitá-lo tecnicamente (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 218). Cumpre-lhes, então, regular o que deve e o que não deve ser juridicizado, bem como o que, sendo juridicizado, deve ser considerado lícito ou ilícito (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 218).

A importância do trabalho dos juristas em orientação à incidência jurídica é potencializada no *modelo hermenêutico*, que se funda na hermenêutica, caracterizada por Ferraz Júnior como forma de pensar dogmaticamente o Direito, que permite o controle das consequências da sua incidência sobre os fatos e eventos apreendidos no mundo fenomênico (2008, p. 284). Nesse modelo teórico, incumbe aos juristas “fazer a lei falar”, conferindo sentido às normas e neutralizando os conflitos sociais (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 284).

Disso resulta a conclusão de Ferraz Júnior quando a decorrer a função social da Ciência Jurídica, quer no modelo hermenêutico (em que os juristas procuram conformar o sentido do comportamento social à luz da incidência normativa), quer no modelo analítico (em que os juristas exercem função mais restrita, de isolar o Direito num sistema), da sua capacidade de orientar a decidibilidade de questões práticas (2008, p. 284). Nesses modelos teóricos, a Ciência Jurídica cria as condições para decisão, mas não determina como deve ocorrer a decisão.

Esse objetivo somente pode ser alcançado no *modelo empírico* (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 284), em que os juristas constroem um sistema conceitual que capta a decisão como exercício controlado do poder (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 322). Nesse modelo teórico, a decisão está submetida aos valores, isto é, a símbolos integradores e sintéticos de preferências sociais aos quais em geral ninguém se opõe (justiça, utilidade, bondade etc.), o torna o discurso decisório avaliativo e ideológico (FERRAZ JÚNIOR, 2008, p. 321-322). Daí a necessidade de que os juristas controlem o exercício do poder, como forma de limitar os efeitos do componente ideológico sobre a aplicação do Direito, conferindo-lhe, assim, maior objetividade e segurança.

É inegável, pois, a importância da atividade descritiva desempenhada pelos juristas no plano da Ciência como forma de orientar a atividade desenvolvida pelos intérpretes no campo da aplicação do Direito. Ocorre que, para discorrer sobre a realização da justiça, o teórico precisa ultrapassar os campos da filosofia (que lhe confere o necessário suporte conceitual para desenvolver a discussão) da sua própria Ciência (a Ciência Jurídica, que lhe fornece o método de análise empregado), para procurar compreender como o Direito de seu tempo é aplicado (em especial quando se tem em vista o seu caráter flexível)³⁸ e o próprio ambiente (processo) instituído pelo legislador para induzir a sua aplicação (do Direito) quando ela não resultar naturalmente das relações sociais.

Volto, então, às minhas considerações ao início deste capítulo, em que afirmei, com aporte nas conclusões extraídas do capítulo antecedente, que a realização da justiça demanda (necessariamente) atividade interpretativa voltada à reconstrução do direito positivo (lastreando-se, portanto, em discurso jurídico), advertindo, contudo, que essa atividade reconstrutiva precisa ser instrumentalizada no curso de procedimento que assegure aos contendores a plena consideração e enfrentamento de suas razões, de modo a que se possa obter, pela via do necessário debate de ideias, a formação de consensos tendentes ao seu convencimento de que a solução encontrada corporifica a justa aplicação do Direito. E o faço para realçar os elementos de convicção que serão abordados na sequência. É que, na acepção teórica que assumo neste trabalho, não se pode pretender descrever a realização concreta da justiça, como elemento integrante do objeto de análise da Ciência Jurídica, sem entrar em considerações sobre a relação da justiça com o Direito (do que me ocuparei no Capítulo 4) e com o processo (do que me ocuparei no Capítulo 5).

38 De que me ocuparei no capítulo subsequente.

Capítulo 4

Direito e justiça

A realização do Direito, conquanto parta da identificação e da seleção dos textos normativos em tese aplicáveis aos casos concretos, também abarca a sua interpretação, o que conduz à necessidade de identificação do real sentido das palavras neles contidas, que se realiza no contexto de uma interpretação contextual, ou sistemática, do ordenamento jurídico positivo, por meio da qual se procura descobrir o sentido da lei (ou o seu espírito) a partir de uma referência do intérprete (aplicador) ao direito positivo quando considerado em sua integridade. Contudo, o Direito de nosso tempo tornou-se mais flexível, ou talvez mais “suave”, como sugere Gustavo Zagrebelsky (1992). Disso decorre que, em concreto, conforme variam os intérpretes, da interpretação do Direito pode resultar em diferentes soluções jurídicas para um mesmo problema.

Com efeito, na precisa alegoria construída por Eros Roberto Grau, “dá-se na interpretação de textos normativos algo análogo ao que se passa na interpretação musical” (2005, p. 36). Grau observa, quanto a esse pormenor, que “não há uma única interpretação correta (exata) da Sexta Sinfonia de Beethoven”, aduzindo, ao ensejo, que “a Pastoral regida por Toscano, com a Sinfônica de Milão, é

diferente da Pastoral regida por Von Karajan, com a Filarmônica de Berlim”, e que “não obstante uma seja mais romântica, mais derramada, a outra mais longilínea, as duas são autênticas — e corretas” (2005, p. 36). Com essas considerações, esse professor paulista rejeita “a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para o caso jurídico — ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico” (GRAU, 2005, p. 36).³⁹

O que com isso quero dizer é que o Direito de nosso tempo é flexível, dada a conjugação dos elementos semânticos, históricos e teóricos que adiante serão explicitados, e que, posto isso, tora-se absolutamente relevante (sobretudo porque, neste trabalho, tomo como objeto de análise, que se circunscreve à realização concreta da justiça) compreender como se processa a sua aplicação entre norma, fato e valor.

4.1 O CARÁTER FLEXÍVEL DA APLICAÇÃO DO DIREITO NA ERA CONTEMPORÂNEA

O problema subjacente ao caráter flexível, ou problemático, da aplicação do Direito na Era contemporânea é orientado por *elementos semânticos*, que podem ser visualizados com aporte na semiótica jurídica, por *elementos históricos*, que modificaram, ao longo do último século, o método de produção e interpretação das normas jurídicas (superação do paradigma normativo liberal burguês e constitucionalização do Direito), e por *elementos teóricos*, que resultam das consequências práticas da proposição, no plano da Ciência, quanto à existência de distinção conceitual entre regras e princípios.

39 Cf. MADUREIRA, 2016-a, p. 300-301 e 305-306.

4.1.1 Elementos semânticos: a contribuição da semiótica para compreensão dos textos normativos

Norberto Bobbio, em obra clássica dedicada ao estudo do positivismo jurídico⁴⁰, assevera que “interpretar significa remontar do signo (*signum*) à coisa significada (*designatum*), isto é, compreender o significado do signo, individualizando a coisa por este indicada” (1995, p. 212). O que com isso quis dizer o professor italiano é que “a linguagem humana (falada ou escrita) é um complexo de signos” e, assim, exige interpretação, já que “a relação existente entre o signo e a coisa significada (neste caso, entre a palavra e a ideia) não é uma relação necessária, mas puramente convencional, tanto que a mesma ideia pode ser expressa de modos diversos” (BOBBIO, 1995, p. 212-13). Daí a sua conclusão quanto a haver um certo desajuste entre a *ideia* e a *palavra*, que decorre da circunstância de a *ideia* ser mais rica, mais complexa, mais articulada do que a *palavra* utilizada para exprimi-la (BOBBIO, 1995, p. 213).

Semelhante observação, conquanto singela, é melhor aclarada no contexto da semiótica (na designação proposta por Charles Sanders Peirce) (1990) ou semiologia (tal como denominada por Ferdinand de Saussure) (2002). ramo de conhecimento qualificado por Luiz Alberto Warat (1995) como teoria geral dos sistemas sígnicos.⁴¹ O signo, em tal conceituação, é a unidade mínima de comunicação; e é composto por três elementos: o suporte físico, o significado e o significante. Nesse contexto, o suporte físico é designado como a expressão material do

40 Sobre a argumentação que se segue, cf. (MADUREIRA, 2014, p. 118-122) e (MADUREIRA, 2016-a, p. 301-303).

41 Como relata Warat (1995, p. 11), “quase simultaneamente, mas de forma independente, na Europa e nos Estados Unidos, Ferdinand de Saussure e Charles Sanders Peirce sugeriram a necessidade de construir uma teoria geral dos sistemas sígnicos”, sendo que “o primeiro propôs denominá-la semiologia e o segundo, semiótica”.

signo, o significado como o seu objeto real ou imaginário e o significante como a ideia ou conceito que os intérpretes formam acerca do suporte físico. Se transpusermos esse modelo semiótico para o campo da interpretação e aplicação do Direito, teremos no direito positivo o suporte físico, nas pré-compreensões dos intérpretes acerca da real conformação da norma abstrata em tese aplicável ao caso (Direito) e/ou da conduta humana sobre a qual essa norma hipoteticamente incide (fato) o seu significado e na norma jurídica (concreta) incidente sobre o caso, então construída (ou revelada) por meio de exercício hermenêutico, a significação que os intérpretes (aplicadores) atribuem ao seu objeto cognoscente (cf. CARVALHO, 1997, p. 6-7).

Destrinchada, nesses termos, a atividade cognitiva exercida pelos intérpretes com vistas à compreensão/aplicação do direito positivado dos textos normativos, torna-se evidente que o que Bobbio quis dizer quando referiu a existência de um certo desajuste entre a *ideia* (significante) e a *palavra* (suporte físico) foi que o Direito aplicado ao caso decidido pode não se apresentar, em concreto, como imagem espectral do direito expressado nos enunciados prescritivos aprovados pelo Parlamento. Com efeito, se a significação remonta à *ideia* (ou conceito) que o intérprete tem do suporte físico analisado (no caso, do direito positivo), e se essa percepção (da significação) é mutável no ambiente cognitivo do Direito, em vista da compreensão do intérprete acerca dos conceitos jurídicos expressados na norma jurídica em tese aplicável (significado), pode ocorrer, na casuística, de a norma concreta a ser revelada não reproduzir *ipsis literis* o que resta prescrito nos textos normativos. E tal ocorre, ainda, porque essa *ideia* (significação) formada pelo jurista acerca do seu objeto de análise (o direito positivo) também é influenciada pelas peculiaridades do caso concreto, isto é, porque a atividade do intérprete quando procura no ordenamento jurídico-positivo a norma abstrata capaz de regular o caso submetido à sua avaliação não se dissocia da decomposição do problema apresentado e da identificação, nos fatos, de caracteres e notas capazes de efetivar a ligação do fenômeno aos conceitos.

Essa perspectiva é aceita e sustentada inclusive por Hans Kelsen, que se qualifica, sem qualquer margem a dúvidas, como um dos teóricos mais influentes entre os positivistas da Era Contemporânea, e que concebe, em sua “Teoria Pura do Direito”, a norma jurídica como “esquema de interpretação”, dispondo, no corpo daquela sua obra seminal, que “o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa” (2000, p. 4). Kelsen adere a proposição de que o direito positivo figura como objeto da atividade cognitiva desenvolvida pelos intérpretes, qualificando-o como “ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano” (2000, p. 5). E acentua, em passagem doutrinária anteriormente transcrita, que “somente a falta de compreensão da função normativa da decisão judicial, o preconceito de que o Direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma jurídica individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é tão-só a continuação do processo de criação da norma jurídica e conduziu ao erro de ver nela apenas a função declarativa” (KELSEN, 2000, p. 265).

Disso resulta que, mesmo sob a ótica estrita da Teoria Pura do Direito, é irrefutável a afirmação de que os intérpretes põem norma no sistema, embora um tipo bastante específico de norma jurídica, comumente chamada de norma concreta, e adiante designada por José Joaquim Gomes de Canotilho (2000, p. 1221) como “norma de decisão”.⁴²

42 Eis, ao ensejo, o que escreveu o constitucionalista português acerca da atividade cognitiva desenvolvida pelos intérpretes a propósito da concretização normativa dos enunciados prescritivos positivados nos textos legais: “O processo de concretização normativo-constitucional, iniciado com a mediação do conteúdo dos enunciados linguísticos (programa normativo) e com a selecção dos dados reais constitutivos do universo exterior abrangidos pelo programa de norma, conduz-nos a uma primeira ideia de norma jurídico-constitucional: modelo de ordenação material prescrito pela ordem jurídica como vinculativo

4.1.2 Elemento histórico: superação do paradigma normativo liberal burguês e constitucionalização do Direito

Essa constatação é reforçada por um dado histórico⁴³. Com efeito, consolidou-se, a partir do último quadrante do século passado, notadamente em vista do que se convencionou chamar “a crise do Poder Legislativo”,⁴⁴ uma nova forma de pensar o Direito, que singulariza as reflexões jurídicas de nosso tempo. A partir de então, desenvolveu-se uma verdadeira revolução no método de construção política dos textos normativos, que paulatinamente passaram a ser representados em termos abertos (cf. HABERMAS, 2003-b, p. 174), mediante

e constituído por: a) uma medida de ordenação linguisticamente formulada (ou captada através de dados linguísticos; b) um conjunto de dados reais selecionados pelo programa normativo (domínio normativo). [...] A este nível, a norma jurídica é ainda uma regra geral e abstracta, que representa o resultado intermédio do processo concretizador, mas não é ainda imediatamente normativa. Para se passar da normatividade mediata para a normatividade concreta, a norma jurídica precisa de revestir o carácter de norma de decisão. [...] Uma norma jurídica adquire verdadeira normatividade quando com a “medida de ordenação” nela contida se decide um caso jurídico, ou seja, quando o processo de concretização se completa através da sua aplicação ao caso jurídico a decidir mediante: 1) a criação de uma disciplina regulamentadora (concretização legislativa, regulamentar; 2) através de uma sentença ou decisão judicial (concretização judicial; 3) através da prática de actos individuais pelas autoridades (concretização administrativa). Em qualquer dos casos, uma norma jurídica que era potencialmente normativa ganha uma normatividade actual e imediata através da sua ‘passagem’ a norma de decisão que regula concreta e vinculativamente o caso carecido de solução normativa” (CANOTILHO, 2000, p. 1221).

43 Sobre a argumentação que se segue, cf. (MADUREIRA, 2014, p. 122-128) e (MADUREIRA, 2016-a, p. 303-305).

44 Que resultou, entre outros fatores, da derrocada dos regimes nazifascistas que se espalharam pela Europa antes e ao longo da Segunda Guerra Mundial (que então se legitimavam sob o império do direito positivo) e da profusão de novas aspirações e novos direitos. A propósito, confira-se, por todos, em Cruz e Tucci (2004, p. 179).

o emprego de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.⁴⁵ Tamanha indeterminação do Direito culmina por repercutir nas relações entre os Poderes, pois, em tal conjuntura, a lei passou a exigir “acabamento do Poder Judiciário”, que, de seu turno, viu-se “provocado pelas instituições e pela sociedade civil a estabelecer o sentido ou a completar o significado de uma legislação” que então assumia conformação e motivações claramente distintas às da certeza jurídica, como lecionam Luiz Werneck Vianna, Manuel Palácios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos (1999, p. 21). Na prática, essa prerrogativa acabou atribuída a todo e qualquer intérprete autorizado, na esfera de suas relações jurídicas e/ou de suas atividades profissionais, a interpretar e aplicar do Direito. É o que ocorre, por exemplo, no âmbito administrativo, contexto em que, dada a incidência do princípio administrativo da legalidade, os agentes estatais

45 A distinção entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados é exposta com muita clareza por Rodrigo Mazzei (2006, p. 34), nos termos seguintes: “[...] a cláusula geral demandará do julgador mais esforço intelectual. Isso porque, em tal espécie legislativa, o magistrado, (1) além de preencher o vácuo que corresponde a uma abstração (indeterminação proposital) no conteúdo da norma, é (2) compelido também a fixar a consequência jurídica correlata e respectiva ao preenchimento anterior. No conceito jurídico indeterminado, o labor é mais reduzido, pois, como simples enunciação abstrata, o julgador, após efetuar o preenchimento valorativo, já estará apto a julgar de acordo com a consequência previamente estipulada em texto legal”. Essa virada de paradigma é acentuada por Francisco Vieira Lima Neto (2008, p. 39) na seguinte passagem de sua obra: “Essa atitude encontra ampla repercussão no direito atual, momento de grande insegurança e incerteza, no qual os modelos jurídicos, expressos por meio de dispositivos claros, precisos, de conteúdo previamente determinado cedem lugar aos conceitos jurídicos indeterminados, às cláusulas gerais, aos princípios, figuras dotadas de extrema vagueza semântica, que permitem ao intérprete construir seu significado e lhes dar concretização no caso em análise, decisão que não vale necessariamente para um outro caso semelhante a ser julgado no futuro”.

são chamados, em suas atividades cotidianas, a interpretar e aplicar o Direito (MADUREIRA, 2016-a, p. 34-44).

Mas esse não é, certamente, o único elemento histórico a ser considerado nesse processo⁴⁶. Ao ensejo, Hermes Zaneti Júnior observa que se “o Direito inclui, hoje, uma forte dose de indeterminação”, tal não decorre apenas da “profusão de normas de tecitura aberta, que não contêm a *fattispecie* e a consequência jurídica de forma determinada” (2007, p. 56), mas abarca, ainda, a constitucionalização dos direitos e dos princípios ocorrida no período imediatamente posterior ao segundo pós-guerra (2007, p. 54). A partir de então, prossegue Zaneti, “o Direito se constitucionalizou [...], com a principalização da Constituição (positivação dos princípios de direito natural: direito à vida, à dignidade, ao devido processo legal etc.) e a sua renovada postura de elemento unificador da ordem normativa”, de modo que “todo o Direito hoje ou é Direito Constitucional (conforme à Constituição) ou não é Direito” (2007, p. 56). Por esse motivo, a consolidação da jurisdição constitucional também teve influência decisiva para a conformação da interpretação e aplicação do Direito, tal como ela hoje se apresenta, em seu “estado da arte”.

4.1.3 Elementos teóricos: distinção conceitual entre regras e princípios

A esses elementos assoma-se, ainda, a notável flexibilização do Direito, no campo da sua aplicação, proporcionada pela distinção teórica entre regras e princípios jurídicos, inaugurada a partir da célebre dissensão entre Hart (2001) e Dworkin (2002).⁴⁷ Quanto ao particular, recobro a lição de Humberto Ávila, quando afirma,

46 Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, 2014, p. 128-133.

47 A propósito, Samuel Meira Brasil Júnior (2007, p. 86-87) observa de que Ronald Dworkin foi um dos primeiros autores a procurar estabelecer um critério científico para a distinção entre as regras e os princípios.

referindo-se ao magistério de Dworkin, que “as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada (*all-or-nothing*)”, de maneira que havendo colisão entre elas, uma delas deve ser considerada inválida; ao passo que os princípios “não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios” (2005, p. 28). Ávila expressa, nesse contexto, que os princípios jurídicos introduzem os valores no campo da aplicação do Direito, dispondo, a propósito, que “os *valores* constituem o aspecto axiológico das normas, na medida em que indicam que algo é bom e, por isso, digno de ser buscado ou preservado”, ao passo que “os *princípios* constituem o aspecto deontológico dos valores, pois, além de demonstrarem que algo vale a pena ser buscado, determinam que esse estado de coisas deve ser promovido” (2005, p. 95).⁴⁸

4.2 A APLICAÇÃO DO DIREITO ENTRE NORMA, FATO E VALOR

Expus que a norma concreta (*significação*) aplicada aos casos concretos não necessariamente se revela como um reflexo espectral do texto legal aplicado (*suporte físico*), tendo em vista os elementos semânticos, históricos e teóricos anteriormente minudenciados. No entanto, isso também ocorre porque, conforme terei a oportunidade de adiante explicitar, com aporte na doutrina jurídica do raciovitalismo, concebida pelo professor mexicano Luís Recasens Siches (2009), a *norma* aplicada sofre os influxos dos *atos* sobre os quais incide, e também porque a seleção (no ordenamento) dos textos legislativos incidentes e sobretudo) a compreensão de seu conteúdo e sentido também sofrem a influência dos *valores*.

48 Quanto ao particular conferir Madureira (2014, p. 122-128 e outras; 2017, p. 305.

4.2.1 As normas abstratas positivadas nos textos legais como ponto de partida para a aplicação do Direito

A aplicação do Direito tem como ponto de partida o direito positivo que os homens elaboram e os institutos jurídicos que eles fabricam (SICHES, 2009, p. 78), e por isso deve ter em consideração as normas jurídicas⁴⁹. Mas a norma, para Recasens Siches (2009), deve ser compreendida como objetivação da vida humana, e analisada sob o ponto de vista da índole e da estrutura da vida humana, pelo que “não pode ser julgada em si mesma como um fim, mas como um meio para a consecução dos valores concretos almejados pelo legislador, que são justiça, bem-estar social, dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade perante o Direito, oportunidades iguais de adequação de circunstâncias de eficácia e de bem-estar social” (cf. DINIZ, 2009, p. 95). Destarte, se a aplicação de uma norma a determinado fato concreto levar a efeitos contrários àqueles por ela visados, essa norma deve ser considerada inaplicável àquele fato (DINIZ, 2009, p. 95).

Disso se verifica que para o raciovitalismo a aplicação do Direito não tem em consideração apenas o direito positivo. Como observa Diniz, em referência ao pensamento de Recasens Siches, “aquele que cumpre a norma ou que executa a sentença revive praticamente o pensamento nela contido, realizando-o efetivamente”, precisamente porque “a aplicação do Direito termina a norma jurídica, por meio do acréscimo que a individualiza e a faz agir”, razão pela qual, “muitas vezes, só se sabe o que é o Direito, quando a sentença mostra o que ele representa por meio dos efeitos concretos” (DINIZ, 2009, p. 95). É que, para Siches, a atividade do órgão jurisdicional compreende uma série de funções que não são previamente cumpridas pela norma geral, e que o juiz tem que levar a cabo por sua conta própria, muito embora ao fazê-lo deva seguir as diretrizes que a lei assinala (2009, p. 196). O que Siches acentua,

49 Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, 2015-c, p. 18-20.

nessa passagem, é que a norma individualizada na sentença judicial⁵⁰ contém ingredientes novos, que não estão na norma geral, e que por isso a função judicial tem necessariamente dimensão “criadora”, que aporta outros elementos ao processo construtivo do Direito (2009, p. 197). Esses ingredientes são os fatos e os valores.

A propósito, Recasens Siches afirma que o Direito apresenta três dimensões: fato, norma e valor. Para ele o Direito é um fato, uma obra humana, estimulada pela consciência de necessidades da vida social; obra essa produzida sob a forma de normas; e que tem por função satisfazer essas necessidades no sentido da realização de valores específicos; apresentando-se, assim, como uma realidade tridimensional (SICHES, 2009, p. 40).⁵¹

4.2.2 A influência dos fatos na aplicação do Direito

Recasens Siches (2009, p. 25) observa que há no mundo uma série de objetos que não são coisas e nem fatos produzidos pela natureza, porque são produzidos por homens⁵²; ou seja, são resultado da atividade dos homens, e por isso pertencem ao mundo da cultura⁵³. Esses

50 Assim como nas resoluções administrativas, nos contratos etc.

51 Nessa passagem, Siches refere à doutrina de Miguel Reale (1968), mas deixa claro que tomou a liberdade de introduzir alguns ajustes na sua Teoria Tridimensional do Direito.

52 Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, 2015-c, p. 20-23.

53 Também Daniel Mitidiero (2015, p. 21-52) observa que o Direito, e mesmo o processo, pertencem ao mundo da cultura. Em suas próprias palavras: “A consciência do caráter cultural do direito processual civil e de seu íntimo relacionamento com a teoria do direito, com o direito material e com o direito constitucional evidenciam a necessidade de se pensar o processo civil a partir de uma renovada base teórica. Isto é, a partir de um caldo de cultura capaz não só de oferecer soluções constitucionalmente comprometidas com um ângulo interno de análise do processo (como, por exemplo, aquele ligado à equilibrada distribuição do trabalho entre o juiz e as partes — a que a colaboração procura

objetos, conforme Siches, têm substratos reais, que podem ser corpóreos ou psíquicos. No entanto, a sua essência não corresponde a essas realidades (de substratos corpóreos ou psíquicos), mas reside na circunstância de poderem ter um sentido, uma significação, uma intencionalidade ou um propósito. Esses objetos são vida humana objetivada, porque são revividos, ou repensados, ou reutilizados, ou reatualizados pelos homens, e por isso constituem vida humana revivida, vida humana reatualizada (SICHES, 2009, p. 25).

Para explicar-se, Siches refere à obra de Cervantes, destacando, a propósito, que o livro “Don Quixote”, no momento em que foi escrito, apresentava-se como uma peripécia da vida individual do autor, um pedaço dele, um segmento de sua própria existência; mas observa que, uma vez escrita, sobretudo depois da morte de Cervantes, essa obra literária permanece como algo que é nosso, como um conjunto de pensamentos cristalizados que podem ser repensados por quem o quiser. O livro se apresenta, então, como um complexo de pensamentos objetivados, fossilizados ou coisificados; como algo que tem uma estrutura de pensamento, mas que já não é pensamento vivo, a começar porque quem o pensou originariamente já morreu. O que em sua criação foi um processo subjetivo vivo de alguém (no caso, de Cervantes) agora aparece como pensamento convertido em coisa, como um produto objetivado à disposição de todos, de modo que quem o quiser o poderá repensar, como um bem de utilização comum (SICHES, 2009, p. 25-26).

O exemplo proposto nos dá conta de que uma obra humana que com o tempo se converteu objeto da vida humana cristalizada (coisa) pode vir a ser, em alguma medida, reatualizada ou revivida. Essa obra pode voltar a viver pela atuação de outras pessoas contemporâneas ou posteriores ao seu autor, como ocorre, por exemplo, quando essas outras pessoas leem o livro e pensam novamente os pensamentos que ele contém (SICHES, 2009, p. 26). É o que ocorre, ainda a título de

oferecer uma resposta), mas também com ângulo externo (como, por exemplo, aquele ligado à tutela dos direitos)” (MITIDIERO, 2015, p. 50-51).

exemplo, quando escrevo estas linhas, em que procuro conferir vida ao pensamento objetivado por Recasens Siches em sua obra.

O mesmo se aplica às regras de conduta; visto que as pessoas, quando as cumprem, repetem comportamentos anteriores, seguindo um regime pré-estabelecido; mas, ao fazê-lo, não podem manter fidelidade total à regra de conduta aplicada, de modo a produzir reproduções fotográficas ou gravações em fita magnética do produto objetivado. Na verdade, as pessoas tendem, nesse processo, a modificar, em maior ou em menor grau, o produto objetivado que estão vivendo novamente, seja suprimindo alguns de seus componentes, seja incluindo modificações ou novidades. (SICHES, 2009, p. 26).

Para Recasens Siches, é precisamente nesse reino da vida humana objetivada que encontramos o Direito. Quanto ao particular, Siches acentua que o Direito, enquanto conjunto de normas pré-constituídas (leis, regulamentos, contratos, sentenças judiciais etc.), situa-se no universo das objetivações da vida humana, no reino da cultura. E observa que o cumprimento, ou a individualização, do Direito pelos funcionários judiciais e administrativos encerra, sempre, uma reatualização dessas normas em novas condutas reais, condutas que, muitas vezes, incluem novidades, modificações, supressões, incrementos, correções etc. Nesse processo de reviver e reatualizar as normas jurídicas, que implicam novos matizes, novas modalidades, novas consequências, algo que estava predeterminado de modo completo e fixo na norma anterior recebe nova objetivação (SICHES, 2009, p. 26).

No entanto, deve estar claro que essas as objetivações da vida humana (normas), enquanto cristalizações, são incapazes de se transformar por si próprias, como adverte Recasens Siches (2013, p. 27). E isso precisamente porque, definitivamente, essas objetivações não são vida autêntica, mas fotografias de vida que se foi (SICHES, 2009, p. 27.). Por isso é que, para Siches, é equivocado qualificar esses produtos como realidades substantivas vivas (2009, p. 27), como se a norma cristalizada nos textos legais exaurisse o processo construtivo do Direito, como pretendiam os artífices do empirismo exegético. O

que acontece é que essas objetivações da vida humana, que se apresentam como os pensamentos expressados em um livro, como normas determinadas em uma lei, como imagens materializadas em uma escultura ou como esquemas técnicos postos em uma máquina, estão à disposição de outros seres humanos, que ao ler o livro, ao cumprir a lei, ao contemplar uma escultura, ao utilizar a máquina, até certo ponto pensam e reatualizam os pensamentos depositados nesses objetos, vivendo-os outra vez, ou revivendo a vida humana neles objetivada (SICHES, 2009, p. 27-28). Para Siches, essa é a zona do mundo onde vive o Direito, que inclui o campo da vida humana objetivada (normas), mas também da sua revisitação, ou revivência, com as modificações promovidas nesse contexto (2009, p. 27).

Nisso reside a importância dos fatos para a aplicação do Direito. A propósito, Maria Helena Diniz observa, em referência à doutrina jurídica do raciovitalismo, que “se a norma jurídica é um pedaço de vida humana objetivada, não pode ser uma norma abstrata de moral, de ética, desligada dos fatos concretos”, porque se qualifica como “um enunciado para a solução de um problema” (2009, p. 94). Assim, é inevitável o emprego pelo intérprete/aplicador de uma metódica tópico-problemática,⁵⁴ que parte da premissa de que o sentido normativo não reside apenas no texto da norma abstrata, mas também no próprio intérprete, porque o intérprete, quando se reporta ao Direito para aplicá-lo, não o pensa abstratamente, mas relacionando-o ao problema enfrentado (OLIVEIRA, 2004).

4.2.3 A influência dos valores na aplicação do Direito

Outra nota importante do pensamento de Recasens Siches situa-se na qualificação do homem como herdeiro do pensamento predominante

54 Como se verá adiante, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2004) e Hermes Zaneti Júnior (2007, p. 88) situam o emprego da tópica como uma das características da aplicação do Direito no processo civil do formalismo-valorativo.

em seu tempo, e também como referência para o pensamento das gerações futuras⁵⁵. Para Siches, o homem é sempre herdeiro, pois o homem de hoje, necessariamente, de modo forçoso, é diferente do homem de ontem, porque quando o homem de hoje começa a viver encontra um conjunto de dogmas, de convicções, de crenças, de conhecimentos, de modos de vida, de técnicas, de instrumentos, de artefatos e utensílios, que não existiam quando começou a existência dos homens da geração de seus pais. (2009, p. 37). Assim, esse homem de hoje, que começou a viver num mundo diferente daquele em que se iniciou a vivência de seus pais, modificará por sua conta própria o legado recebido de seus antecessores. Por sua vez, as contribuições que a sua geração presta à interpretação do mundo que receberam quando do início de sua existência farão com o que os homens da nova geração (ou seja, os seus filhos e netos) encontrem outro ponto de partida quando começarem a sua vida (SICHES, 2009, p. 37).

O que Recasens Siches está a dizer é que todos nós baseamos nossa existência na interpretação construída pela geração anterior, enquanto nossos sucessores tomarão como ponto de partida a interpretação que lhes deixaremos, que será diferente, em maior ou menor grau, daquela que recebemos inicialmente (2009, p. 37). A isso Siches denomina historicidade. Em sua concepção, o homem é essencialmente histórico, assim como o são os produtos culturais, isto é, todas as obras humanas (2009, p. 38).

Mas a historicidade, para Siches, é devida à combinação do social com o individual. O homem, porque é social, apoia-se no que recebe como legado cultural dos outros, e por ser individual retifica ou inova no que recebeu, e por isso inventa (SICHES, 2009, p. 37). Enfim, o homem é capaz de aproveitar o passado, de beneficiar-se das conquistas deixadas por seus predecessores, mas, por outro lado, tem a capacidade de se fazer livre do que foi ontem, de ser diferente, de corrigir ou aumentar a herança cultural recebida (SICHES, 2009, p. 38).

55 Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, 2015-c, p. 23-26.

Conforme Siches, também o Direito é histórico (2009, p. 38). É que, para ele, o Direito se apresenta como um conjunto de normas elaboradas pelos homens sob o estímulo de determinadas necessidades sentidas em sua vida social, e com o propósito de satisfazer essas necessidades de sua existência coletiva de acordo com valores específicos (justiça, dignidade da pessoa humana, autonomia e liberdade individuais, bem-estar social, segurança etc.) (SICHES, 2009, p. 40). A historicidade é que possibilita, então, que as normas jurídicas positivadas, essas objetivações da vida humana, sejam revividas no contexto de sua aplicação aos casos concretos, dada a natural modificação dos valores de geração para geração (SICHES, 2009, p. 41). Disso resulta a conclusão, no plano da Ciência, de que o direito positivo é reconstruído (embora não necessariamente criado) pelos intérpretes no campo da sua aplicação. Com isso, refuta-se à compreensão, ínsita a uma versão extremista do positivismo jurídico⁵⁶, de que a norma concreta expressada na sentença constituiria mero reflexo espectral do texto legal aplicado.

56 Ao ensejo, recobro a referência de Norberto Bobbio (1995, p. 230) a essa versão extremista do positivismo, segundo a qual o direito é sempre justo, por si mesmo, pelo simples fato de ser válido.

Capítulo 5

Processo e justiça

As considerações feitas no capítulo antecedente põem em evidência que a atividade cognitiva desenvolvida pelos intérpretes no campo da aplicação do Direito pressupõe a investigação do real sentido das palavras neles contidas, que se realiza no contexto de uma interpretação contextual (ou sistemática) do ordenamento jurídico, por meio da qual os intérpretes/aplicadores procuram descobrir o sentido da lei (ou o seu espírito) a partir da sua referência ao direito positivo quando considerado em sua integridade.⁵⁷ No entanto, também lhes compete investigar, à luz das especificidades do ambiente fático que emoldura a contenda, se a norma (abstrata) em tese aplicável está apta a incidir sobre o caso concreto, podendo chegar, num estágio mais avançado, notadamente quando

57 Sobre a interpretação sistemática, Carlos Maximiliano (1957, p. 164) preceitua que ela consiste na comparação do “dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto”, com vistas a que “por umas” se conheça “o espírito das outras”.

se cogita da incidência de princípios jurídicos,⁵⁸ à introdução do elemento axiológico nessa sua tarefa interpretativa, pela via da sua referência a valores juridicizados pelo legislador⁵⁹. Disso resulta o caráter flexível da aplicação do Direito de nosso tempo, que denota a absoluta pertinência da observação de Mitidiero quanto a ser o processo não apenas “um instrumento do direito material”, mas também “um momento constitutivo deste, sendo a atividade jurisdicional sempre e em alguma medida, criativa da normatividade estatal” (2005, p. 72-73). Por isso é que se afirma, no plano da Ciência, que o processo se apresenta, em concreto, como instrumento

58 Brasil Júnior (2007, p. 86-87) recobra de que Ronald Dworkin foi um dos primeiros autores a procurar estabelecer um critério científico para a distinção entre as regras e os princípios. O objetivo do estudo de Dworkin, segundo Humberto Ávila (2005, p. 28), era fazer “um ataque geral ao Positivismo (general attack on Positivism), sobretudo no que se refere ao modo aberto de argumentação permitido pela aplicação do que ele viria a definir como princípios (principles)”. Ávila (2005, p. 28) leciona que, conforme Dworkin, “as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada (all-or-nothing)”, de maneira que havendo colisão entre elas, uma delas deve ser considerada inválida, ao passo que os princípios “não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios”. Samuel Brasil (2007, p. 87) também refere ao magistério de Robert Alexy, pondo em destaque a circunstância de esse professor alemão haver qualificado os princípios como “mandamentos de otimização (Optimierungsgebote)”. Em rigor, Alexy, “partindo das considerações de Dworkin, precisou ainda mais o conceito de princípios”, como expõe Humberto Ávila (2005, p. 28). Abstraindo as distinções entre as doutrinas de Dworkin e Alexy, cuja discussão extrapola aos objetivos deste estudo, o fato é que os princípios jurídicos “têm uma idoneidade irradiante que lhes permite “ligar” ou cimentar objectivamente todo o sistema”, como disse Canotilho (2000, p. 1163), e se qualificam, conforme Miguel Reale (1968, p. 306-307), como “enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas”.

59 Sobre o assunto, ler também (MADUREIRA, 2014, p. 117-206) e (MADUREIRA, 2015-c).

voltado à reconstrução do direito positivo pelos intérpretes e, por intermédio dessa sua atividade reconstrutiva, como ambiente adequado a induzir a realização da justiça.

Mas isso nem sempre foi assim. Na verdade, ainda é relativamente recente, sobretudo entre nós, a compreensão de que o processo é instrumento voltado à realização concreta da justiça.

Cândido Rangel Dinamarco divide a história do processo em três fases metodológicas distintas, a fase sincrética, a fase autonomista e a fase instrumentalista (2007, p. 21-25). Daniel Mitidiero sugeriu divisão similar, também propondo a partição da evolução do processo em três momentos, que seriam o praxismo (correspondente à pré-história processual), o processualismo (correspondente à modernidade processual) e o formalismo-valorativo (correspondente à contemporaneidade processual) (2005, p. 17-21)⁶⁰.

É consenso entre os doutrinadores que predominava na primeira fase a noção de que o processo era simples meio de exercício de direitos e de que a ação seria apenas um dos aspectos do direito subjetivo material violado, o qual, uma vez lesado, adquiriria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2007, p. 48). Nesse contexto, a ação corresponderia, na esclarecedora alegoria construída por Marcelo Abelha Rodrigues, ao “direito material em pé de guerra” (2000, p. 178, v. 1). Mitidiero identifica essa fase, por ele designada como praxismo,

60 Mitidiero (2011) retificou esse seu posicionamento no seu “Colaboração no Processo Civil” (2009), quando observou que o formalismo-valorativo encerra uma quarta fase metodológica do processo, que sucedeu o instrumentalismo; posicionamento que foi mantido na segunda edição desse trabalho. Depois disso, quando da publicação da terceira edição da mesma obra, Mitidiero (2015, p. 48-50) passou a designar a quarta fase metodológica do processo como “processo civil no Estado Constitucional”. Sobre a argumentação que se segue, cf. (MADUREIRA, 2014, p. 27-34) e (MADUREIRA, 2017, p. 21-25). Sobre o assunto, ler também (MADUREIRA; ZANETI JUNIOR, 2017), (MADUREIRA; ZANETI JUNIOR, 2019, p. 709-781) e (MADUREIRA, 2015-b).

com a “caracterização do direito processual civil como direito adjetivo, como algo que só ostentava existência se ligado ao direito substantivo”. (2005, p. 17-21).

A fase seguinte, dita autonomista, inaugura-se pela compreensão do processo como ramo autônomo do Direito (daí a sua designação, por Mitidiero, como processualismo) (2005, p. 17). Sobre a transição da primeira para a segunda fase metodológica do processo, recobre-se, com José Roberto dos Santos Bedaque, que em meados do século XIX, sobretudo a partir da polêmica entre Windsheid e Muther,⁶¹ “passaram os juristas a vislumbrar a existência de um direito autônomo de provocar a atividade jurisdicional do Estado”, nascendo, assim, “o conceito moderno de ação” (2006, p. 25). Dinamarco assevera que foi nessa fase que “surgiram os grandes tratados e importantíssimas monografias que são do conhecimento geral e serviram para possibilitar o uso adequado do instrumental que o direito processual oferece” (2007,

61 Conferir Bedaque (2006, p. 25), quanto ao particular: “Em 1856 travou-se a famosa polêmica entre dois juristas alemães, Bernardo Windscheid, catedrático em Greifswald, e Teodoro Muther, professor em Könisberga, a respeito da *actio romana*. [...] Para Windscheid, ação significava direito à tutela jurisdicional, decorrente da violação de outro direito. Não era essa, todavia, a noção do direito romano, pois o *Corpus Júrís* previa inúmeras *actiones*, que não pressupunham a violação de um direito: embora a todo direito corresponda uma ação, a recíproca não é verdadeira. [...] Os romanos viviam sob um sistema de ações, não de direitos. E a razão principal era, além de seu senso prático, o grande poder conferido ao magistrado de decidir até mesmo contra a lei. Importava o que ele dizia, não o que constava do direito objetivo; a pretensão precisava estar amparada por uma *actio* pelo magistrado que exercia jurisdição. [...] Segundo Muther, o conceito de ação romana formulado por Windscheid é inexato. Para ele o direito subjetivo é pressuposto da *actio*. Quando o pretor formulava um edito, estava criando norma geral e abstrata para amparar pretensões. Tal norma, embora não pertencente ao *ius civile*, lhe era equivalente. Conclui haver coincidência entre a *actio romana* e a ação moderna”.

p. 19). De seu turno, Mitidiero identifica como características marcantes dessa fase a aspiração dos processualistas, forçados que estavam a justificar o direito processual civil como um ramo próprio e autônomo da árvore jurídica, à construção de um instrumento puramente técnico, totalmente alheio a valores em sua intencionalidade operacional, à eliminação da disciplina processual de todo e qualquer resíduo de direito material e à retirada do problema da justiça do plano do processo, em favor da aplicação de uma racionalidade jurídica e técnica, colocando-se em seu lugar o problema da norma jurídica (2005, p. 19). Nesse ponto, o direito processual, anteriormente designado como um direito adjetivo, procura libertar-se do direito material (chamado substantivo), assumindo, assim, a marca do formalismo.

Ocorre que semelhante postura autonomista, que soava absolutamente natural e perfeitamente justificável num momento em que se pretendia construir cientificamente métodos objetivos para a resolução dos conflitos individuais, materializou-se num sistema falho na sua missão de produzir justiça (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2007, p. 49). A premissa que orienta o declínio do processualismo é a inauguração da preocupação dos intérpretes (aplicadores do Direito) com a efetividade da tutela jurisdicional, com os resultados do processo, com sua capacidade de realizar concretamente o direito material e, através dele, o ideal de justiça. Nessa conjuntura, o processo passou a ser analisado sob um ponto de vista externo (e não mais sob a ótica introspectiva que marcou a fase autonomista) e examinado em seus resultados práticos (MITIDIERO, 2005, p. 49). Esses são, em apertada síntese, os elementos que singularizam a terceira fase metodológica do processo, que Dinamarco convencionou chamar fase instrumentalista e que num primeiro momento foi designada por Mitidiero como formalismo-valorativo.

Essas duas doutrinas jurídicas (que se ocupam, cada qual a seu modo,⁶² da realização dos direitos e da justiça no processo) inauguraram entre nós a discussão, no plano da Ciência, sobre o íntimo relacionamento entre o direito material e o direito processual.

5.1 NOTAS SOBRE A TEORIA DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

O instrumentalismo ganha corpo entre nós a partir da década de oitenta do século passado,⁶³ quando se deu a publicação da obra “A instrumentalidade do processo”, de Cândido Rangel Dinamarco (2007)⁶⁴. A perspectiva metodológica instrumentalista, concebida na esteira da identificação dos escopos sociais e políticos do processo, inaugura (ou, quando menos, renova) a preocupação teórica com os resultados do processo, com a sua capacidade não apenas de propiciar aos litigantes a atuação concreta do direito material (escopo jurídico), mas, também, de servir de instrumento de pacificação social (escopo social) e garantidor da participação

62 Instrumentalismo e formalismo-valorativo são proposições teóricas concebidas, no contexto da superação do formalismo característico da fase autonomista do Direito Processual Civil Brasileiro, com o propósito de possibilitar a realização da justiça no processo, mas que procuram atingir essa finalidade por meio da aplicação de técnicas claramente distintas, exatamente porque partem, uma e outra doutrina jurídica, de compreensões igualmente dessemelhantes sobre qual seria o verdadeiro papel da atividade cognitiva desenvolvida pelos intérpretes no campo da aplicação do Direito. Sobre o assunto, cf. MADUREIRA, 2017, p. 21-72.

63 Conforme informação colhida do currículo lattes de Dinamarco. Disponível em: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.jsp?id=K4727823T9>. Acesso em: 13 mar. 2009. “A instrumentalidade do processo” foi publicada originariamente em 1986.

64 Sobre a argumentação que se segue, cf. (MADUREIRA, 2014) e (MADUREIRA, 2017, p. 25-26).

dos indivíduos nos destinos da sociedade (escopo político) (DINAMARCO, 2007, p. 270). Nessa perspectiva, o processo passa a ser encarado não mais como simples elo de ligação (interface) entre o direito abstrato desatendido (direito positivo) e o direito concreto realizado (direito subjetivo), assumindo uma dimensão ampliada, de instrumento voltado para fora do sistema, que tem por objetivo primordial a entrega de uma prestação jurisdicional adequada, tendente à realização do ideal de justiça.

O ponto central das construções teóricas decorrentes do instrumentalismo está na conscientização de que o processo deve ser descrito não mais como mero instrumento técnico a serviço da ordem jurídica, mas, acima disso, como um poderoso instrumento ético, destinado a servir à sociedade e ao Estado (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2007, p. 51). Somente sob essa perspectiva é que se poderá assegurar ao jurisdicionado o desfecho descrito por Marcelo Abelha Rodrigues como finalidade essencial do processo, que consiste, precisamente, na sua capacidade de “servir de instrumento de modo que, ao seu final, seja possível olhar para trás e dizer: foi dada a razão a quem a tinha, trazendo uma pacificação ao conflito” (2003, p. 5).

Esse objetivo nunca saiu das mentes dos juristas (que operam no plano da Ciência) e dos intérpretes (que se ocupam da aplicação do Direito). Em rigor, o problema que atualmente se coloca tem natureza distinta e decorre da circunstância de o processo e seus institutos terem sido desenvolvidos sob premissas autonomistas que, embora perfeitamente adequadas a um dado contexto histórico, com o correr dos anos mostraram-se ineficazes à solução das dificuldades inerentes à realização do Direito e da justiça. Com efeito, dia após dia juristas e intérpretes/aplicadores são chamados a testemunhar que o formalismo característico das premissas autonomistas que outrora orientaram a construção da Teoria do Processo não poucas vezes impede a plena realização do direito material deduzido em juízo, ensejando injustiças.

5.1.1 A jurisdição como elemento central da Teoria do Processo

O mérito da teoria da instrumentalidade do processo reside na identificação de metodologia adequada a compatibilizar o direito processual ao direito material⁶⁵. Dinamarco, quando discorre sobre os escopos do processo e, sobretudo, quando identifica a existência de escopos não-jurídicos, de natureza social e política, faz uma reavaliação da Teoria do Processo.⁶⁶ E, nesse exercício teórico, permite-se analisar o processo sob a ótica externa dos seus resultados, chegando à conclusão de que a Teoria deve ter como elemento central, não a ação⁶⁷ ou o processo⁶⁸, mas a jurisdição (DINAMARCO, 2007, p. 81).

65 Sobre a argumentação que se segue, cf. (MADUREIRA, 2014, p. 36-38) e (MADUREIRA, 2017, p. 26-27).

66 Na precisa observação de Dinamarco (2007, p. 270), “a força das tendências metodológicas do direito processual civil na atualidade dirige-se com grande intensidade para a efetividade do processo, a qual constitui expressão resumida a ideia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda plenitude todos os seus escopos institucionais”.

67 Não pode ser a ação por causa da perspectiva publicista do processo. Segundo Dinamarco (2007, p. 45-46), para quem, preocupação central com a ação é sinal da visão privatista do regime processual, “a ciência dos processualistas de formação latina apresenta a ação como pórtico de todo o sistema, traindo com isso a superada ideia (que, conscientemente, costuma ser negada) do processo e da jurisdição voltados ao escopo de tutelar direitos subjetivos”.

68 Não pode ser o processo porque “dentro de um sistema que em si mesmo é instrumental, ele é o instrumento por excelência ao exercício de uma função que também está a serviço de certos objetivos (exteriores ao sistema)”. Demais disso, “o processo em si próprio, como conjunto ou modelo de atos, traz profunda e indissociável marca de formalismo”. Assim, “colocar como polo principal do sistema esse instituto assim marcadamente formal e potencialmente instrumental conduziria aos extremos de incluir na teoria geral áreas jurídicas até onde não chega à utilidade desta (e sem qualquer proveito para a boa compreensão das diversas espécies de direito processual)” Conferir em Dinamarco, 2007, p. 79).

A *premissa* adotada pelo instrumentalismo é a de que, para compatibilizar os escopos jurídico, social e político do processo e, por conseguinte, para realizar a justiça, *cumpram aos juízes conformar o processo às exigências do direito material* encartado nos textos legais, com vistas à sua efetiva realização. Essa perspectiva metodológica reflete uma mudança de enfoque na avaliação dos objetivos do processo, proporcionada pelo deslocamento da jurisdição para a posição central antes ocupada pela ação na Teoria do Processo, que permitiu ampliar o campo de visão do fenômeno processual, fazendo renascer o interesse pelo estudo da tutela jurisdicional, instituto de suma importância na fase sincrética, mas que havia sido deixado de lado durante o período autonomista.⁶⁹

5.1.2 A relativização do binômio direito-processo

Vê-se, pois, que o instrumentalismo comporta uma singela, mas contundente, revisitação da perspectiva sincrética,⁷⁰ que resulta no que em doutrina se convencionou chamar *relativização do binômio direito-processo*.⁷¹ Conforme leciona José Roberto dos Santos Bedaque “essa ‘revisitação’ requer nova análise interna do sistema processual, para adaptá-la às necessidades externas”, bem como a “consciência de que os institutos processuais são concebidos à luz do direito material”; o que permite concluir que “a distância entre direito e processo é muito menor do que se imaginava e que a reaproximação de ambos não compromete a autonomia da Ciência Processual” (2006, p. 14-15).

Disso resulta, a compreensão, expressada por Dinamarco, de que a autonomia (do processo) não deve ser confundida com isolamento, pois “o processo e o direito completam-se e a boa compreensão de um

69 Quanto a isso, Bedaque (2006, p. 164) acentua que “o estudo da tutela jurisdicional revela o fim da fase autonomista do direito processual”.

70 Sobre a argumentação que se segue, cf. (MADUREIRA, 2014, p. 38-46) e (MADUREIRA, 2017, p. 27-28).

71 A propósito, cf. (DINAMARCO, 1996, p. 272) e (BEDAQUE, 2006, p. 13).

exige o suficiente conhecimento do outro” (1996, p. 272). Destarte, se o direito material “é constituído por um conjunto de normas destinadas a regular conflitos de interesses, de natureza individual ou coletiva, determinando qual deve prevalecer”, e se é verdade que o direito processual “é formado por regras cuja finalidade é garantir que a norma substancial seja atuada, mesmo quando o destinatário não o faça espontaneamente” (BEDAQUE, 2006, p. 11), a *relativização do binômio direito-processo*, compreendida como esforço dos julgadores para promover a flexibilização do formalismo processual com vistas à realização do direito material deduzido em juízo, apresenta-se, sob certa ótica, como tecnologia tendente a induzir o acesso dos jurisdicionados a uma ordem jurídica justa.

Assim, o prognóstico dos instrumentalistas para assegurar a realização, no curso do processo, do Direito e da justiça assenta-se na necessidade de que os juízes (consequência da atribuição à jurisdição de uma posição central na Teoria do Processo) promovam uma reaproximação entre o direito processual e o direito material (consequência da *relativização do binômio direito-processo*), de modo a que, nos casos concretos, as formalidades processuais não impeçam a consecução desse objetivo (MITIDIERO, 2015, p. 35).

5.2 O FORMALISMO-VALORATIVO COMO ALTERNATIVA AO INSTRUMENTALISMO

A opção metodológica por atribuir à jurisdição uma posição central na Teoria do Processo (caractere fundamental do instrumentalismo) é objeto de crítica contundente dirigida à Teoria da Instrumentalidade do Processo, pautada na afirmação de que, adotada essa premissa, não existiriam mecanismos adequados ao controle da atividade jurisdicional⁷². O que se dá é que o instrumentalismo, quando privilegia

72 Sobre a argumentação que se segue, cf. (MADUREIRA, 2014, p. 57-67) e (MADUREIRA, 2017, p. 29-33).

a jurisdição em detrimento da ação e do processo, concebe e avalia a conformação de uma relação assimétrica entre o juiz e as partes, conferindo ao julgador posição de superioridade no processo, o que abre campo, por um lado, para a prolação de decisões judiciais arbitrárias e, por outro, para que a parte sucumbente prossiga questionando a justiça da decisão proferida mesmo após o encerramento das discussões no ambiente processual.⁷³

Não se questiona que a realização da justiça se insere entre os anseios do instrumentalismo, que inaugura, enquanto proposição teórica, a preocupação dos processualistas brasileiros com os resultados do processo, assim como com a entrega de uma prestação jurisdicional efetiva e adequada. Aliás, é preciso que se diga, por questão de justiça, que foi a partir desse zelo dos instrumentalistas com os resultados do processo que se fomentaram as condições necessárias para a virada de paradigma que pôs a termo entre nós a fase autonomista do desenvolvimento do direito processual.⁷⁴ Contudo, o instrumentalismo, quando coloca a jurisdição ao centro da Teoria, parece circunscrever o papel dos juízes à realização no processo um direito material pré-existente,⁷⁵ e por isso parece

73 Retomarei esse ponto no capítulo subsequente.

74 Nesse sentido se posiciona Daniel Mitidiero; como se depreende desta passagem doutrinária: “Constitui mérito da obra de Cândido Rangel Dinamarco a superação em larga escala da perspectiva puramente técnica do direito processual civil. A negação do caráter puramente técnico do processo, aliás, perpassa a informa toda sua obra de cátedra” (2015, p. 35).

75 Ao ensejo, Hermes Zaneti Júnior (2007, p. 229) alude a uma tomada de posição de Dinamarco, assim como de grande parte dos juristas de tradição romano-germânica, pela teoria dualista (capitaneada por Chiovenda, em que se identificam dois planos bem distintos, o do direito material e o do direito processual, e onde prevalece a compreensão de que a sentença apenas revela “direitos”), com a conseqüente rejeição à teoria monista ou unitária (capitaneada por Carnelutti e que seria caracterizada por uma fusão entre processo e direito material em uma só unidade, sendo a produção de direitos subjetivos,

assimilar a acepção de justiça própria do pensamento positivista,⁷⁶ de inspiração liberal-burguesa, segundo a qual seria justo tudo quanto estivesse impresso nos textos legais.⁷⁷

Nesse ponto se situa a crítica de José Joaquim Calmon de Passos (2001, p. 57), para quem “o modismo da ‘instrumentalidade do processo’ camufla [...] equívoco a ser corrigido”, pois antes de o direito condicionar o processo, é o processo que condiciona o direito. Afinal, conforme leciona Antônio Adonias Aguiar Bastos, o processo, conquanto

obrigações e concretas relações jurídicas obra da sentença judicial). O problema é descrito por Zaneti nesta outra passagem de sua obra: “Infelizmente, contudo, com o mesmo brilhantismo com que Dinamarco defende a utilização da ‘técnica jurídica a serviço dos objetivos políticos e sociais’ (2007, p. 151), afasta completamente a atividade criativa do juiz, ao afirmar que ‘excluída a integração do sistema processual no labor de criação das situações jurídicas de direito material e tendo-se por demonstrada a tese dualista do ordenamento jurídico [direito material/direito processual], chega-se com naturalidade ao reconhecimento de que o escopo jurídico da jurisdição não é a ‘composição das lides’, ou seja, o estabelecimento da regra que disciplina e da solução em cada uma delas em concreto; a regra do caso concreto já existia antes, perfeita e acabada, interessando agora dar-lhe efetividade, ou seja, promover sua atuação” (2007, p. 138, nota de rodapé; 209).

76 É o que se infere da seguinte síntese descritiva do instrumentalismo, construída por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2009, p. 2-3): “[...] o processo passa a ser encarado como instrumento de realização do direito material. Ainda se verifica o predomínio do positivismo, embora outras concepções do mundo jurídico comecem a surgir aqui e ali. O juiz passa a ser ativo. Prepondera o enfoque técnico e o único valor ressaltado pelos processualistas, mesmo assim, apenas a partir dos anos setentas do século XX, é o da efetividade. O direito constitucional, embora já objeto de alguma elaboração doutrinária, não é colocado em lugar de destaque, geralmente é compreendido tão somente na ótica das garantias, vale dizer como noção fechada, de pouca mobilidade, visualizada mais como salvaguarda do cidadão contra o arbítrio estatal”.

77 Norberto Bobbio (1995, p. 230) refere, em sua obra, a essa versão extremista do positivismo, segundo a qual o direito é sempre justo, por si mesmo, pelo simples fato de ser válido.

deva propiciar a solução de conflitos e a efetivação do direito material, não é apenas um instrumento para dizer o direito material, que somente acontecerá (leia-se: será produzido) “no processo e pelo processo”, visto que nele (processo) é que será criado o direito do caso concreto, o que faz com ele (processo) se apresente como elemento integrativo do Direito (2005, p. 1-2). Disso resulta a observação de Bastos quanto a ser “inconcebível a ideia de que, existindo as regras de direito material no ordenamento jurídico, o juiz simplesmente utilizaria um método para verificar se tais normas de direito material incidem sobre um dado caso concreto”, de modo a dizer um direito “que já seria pré-existente ao momento processual, como se estivesse “entificado”, como se fosse uma coisa dada por si mesmo”, pois é “impróprio acreditar que o processo judicial é o método pelo qual o juiz (intérprete-aplicador) alcançará a verdade, dizendo a solução jurídica previamente existente para o caso concreto, como se a atividade processual não interferisse e não integrasse o próprio objeto do litígio” (2005, p. 10), como parecem defender os instrumentalistas brasileiros. O que ocorre, na prática, é que o julgador, quando forma a sua compreensão sobre o objeto litigioso (atividade intelectual que invariavelmente é afetada pelas especificidades do ambiente fático que emoldura a contenda e também pelos valores juridicizados pelo ordenamento),⁷⁸ “cria uma norma jurídica (sentença) que operará seus efeitos, só aí produzindo conteúdo, anteriormente inexistente” (BASTOS, 2005, p. 10). Nessa perspectiva, o magistrado, como intérprete, opera a construção (ou, como considero mais adequado afirmar, a sua reconstrução) do direito positivado nos textos legais (pretensão de correção),⁷⁹ com vistas à justa aplicação do Direito; o que impõe a observância, no curso do processo, de “rigorosa disciplina, em todos os seus aspectos — agentes,

78 Cf. (REALE, 1998) e (REALE, 1968). Retomarei esse ponto na sequência, com base na doutrina do raciovitalismo (1998; 1968). Cf. também MADUREIRA, 2015-c.

79 Cf. ALEXY, 2007, p. 21.

organização e procedimentos —, sob pena de se privilegiar o arbítrio dos decisores”, como arremata Calmon de Passos (2001, p. 57).

Essas premissas foram assumidas pelo formalismo-valorativo, construção teórica singular concebida no seio da escola processual gaúcha sob a liderança de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira,⁸⁰ cujo objetivo, nas palavras do saudoso professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, é “analisar a antinomia existente entre formalismo e justiça, buscando dar solução a esse aflitivo problema que assola o direito processual” (OLIVEIRA, 2008, p. 13). O formalismo-valorativo distingue-se do instrumentalismo por se designar como *formalismo*, quando coloca o processo (e não a jurisdição) ao centro da Teoria, como técnica adequada a induzir a proteção dos jurisdicionados contra o arbítrio dos julgadores; e por pretender ser *valorativo*, quando assume que a atividade cognitiva desenvolvida no ambiente processual se destina à reconstrução do direito positivo pelos intérpretes/aplicadores (inclusive mediante a consideração de elementos axiológicos) e por isso identifica o processo como direito fundamental do cidadão e como ambiente de “criação” do Direito.

Em nossas aulas no Mestrado em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, Hermes Zaneti Júnior apresentava oito notas distintivas entre o instrumentalismo e o formalismo-valorativo.⁸¹ Esses elementos diferenciadores foram expressados no artigo “O processo coletivo e o formalismo-valorativo como nova fase metodológica do processo civil”, que Zaneti publicou conjuntamente com Camilla de Magalhães Gomes (2011, p. 44, nota de rodapé), que foi minha contemporânea no curso de Mestrado. Por efeito didático, reorganizo-os

80 A propósito, Zaneti (2007, p. 44, nota de rodapé) relata que a expressão formalismo-valorativo foi cunhada por Alvaro de Oliveira em aula do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul no ano de 2004.

81 Cf. (MADUREIRA; ZANETI JÚNIOR, 2017, p. 85-125) e (ZANETI JÚNIOR, 2019).

em três pontos de diferenciação, nos quais procuro congrega cada uma das notas distintivas elencadas por Zaneti e Gomes. Assim, nas linhas que se seguem, procurarei induzir a compreensão de que o formalismo-valorativo se dissocia do instrumentalismo (i) porque qualifica o processo como direito fundamental do cidadão,⁸² (ii) porque identifica o processo como ambiente de “criação” do Direito⁸³ e (iii) porque atribui ao processo (e não à jurisdição) uma posição central na Teoria.⁸⁴

82 Que vai ao encontro das afirmações de Zaneti e Gomes (2011, p. 20-21) (i) quanto a constituir-se o formalismo-valorativo o modelo mais adequado ao Estado Democrático Constitucional (enquanto o instrumentalismo se associa ao Estado de Direito tradicional; ii) quanto prevalecer no formalismo-valorativo a constitucionalização do processo (enquanto no instrumentalismo o processo está em pé de igualdade com a Constituição; iii) quanto a nele apresentarem as normas processuais características próprias da teoria dos direitos fundamentais (enquanto no instrumentalismo as normas processuais figuram como garantias liberais ou sociais) e iv) quanto a marcar-se o processo do formalismo-valorativo por seu preenchimento pela ideologia constitucional e pela sua afetação pelos valores constitucionais (enquanto no instrumentalismo o processo se apresenta como instrumento marcadamente formal).

83 Que abarca a observação de Zaneti e Gomes (p. 21) no sentido de que (v) o formalismo-valorativo identifica como finalidade do processo a realização da justiça, compreendida como pretensão de correção em conformidade com a Constituição (enquanto no instrumentalismo a finalidade do processo é a realização de um direito material pré-existente).

84 Que assimila a proposições de Zaneti e Gomes (vi) quanto a ser colaborativo o processo civil do formalismo-valorativo, inclusive para efeito de impor ao juiz o dever de debater com as partes (enquanto o instrumentalismo é assimétrico, porque relega ao juiz o papel mais importante na relação processual; vii) quanto a reconhecer esse modelo de processo a importância do equilíbrio entre as partes (enquanto o instrumentalismo se apresenta como processo civil do autor) e viii) quanto a opor-se à opção teórica do instrumentalismo por colocar a jurisdição ao centro da Teoria do Processo (contexto em que o juiz exerceria “atividade de mera revelação do preexistente, sem nada acrescentar ao mundo jurídico além da certeza”), porque confere essa posição central ao processo, ressaltando, a par dessa escolha metodológica, “a função participativa do

5.2.1 A qualificação do processo como um direito fundamental do cidadão

O formalismo-valorativo qualifica o processo como um direito do cidadão, o que faz incidir sobre as normas que o disciplinam o regime jurídico dos direitos fundamentais.⁸⁵ Disso resulta a observação de seus adeptos quanto a existir um direito fundamental do jurisdicionado ao processo justo (ZANETI JÚNIOR, 2007, p. 44).

Semelhante aspiração teórica é compartilhada pelos instrumentalistas, que também se propõem a induzir a realização da justiça no processo. A rigor, a distinção entre as teorias é de perspectiva.

O cumprimento dessa expectativa, sob a tecnologia instrumentalista, restringe-se ao campo da flexibilização do formalismo processual em favor da realização de um direito material pré-existente (ou da *aplicação justa do direito positivo*), não abarcando, assim, considerações sobre a justa aplicação do Direito (ou sobre a *aplicação de um Direito justo*). Aliás, o instrumentalismo, precisamente porque tenciona realizar a justiça sob viés exclusivamente procedimental, encontra dificuldades para concretizar esse objetivo, visto que, na medida em que se dedica a tornar efetivo o direito positivo, apenas pode pretender produzir sentenças justas quando forem justos os textos legais aplicados. Ao ensejo, não é demais recobrar que a efetividade do direito positivo e a realização da justiça não necessariamente andam juntas, como se viu (para citar um exemplo bastante contundente) no regime jurídico nazista,⁸⁶ que era muito efetivo,

procedimento em contraditório e as consequências profundas da alteração do Direito e da jurisdição no modelo do Estado Democrático Constitucional” Conferir ainda em Zaneti e Gomes (2011, p. 21-22).

85 Sobre a argumentação que se segue, cf. (MADUREIRA, 2014, p. 77-79) e (MADUREIRA, 2017, p. 33-34).

86 Cuja incidência propiciou, entre outras barbaridades, a perseguição ao povo judeu e o ideal de purificação da raça ariana.

mas nada justo. Destarte, somente se fossem justas todas as leis editadas pelo Parlamento e, ainda assim, se justa fosse a sua aplicação a todas as contendas que emergem das relações sociais e culturais que compõem o mundo da vida (o que é desmentido pela experiência cotidiana) é que se poderia cogitar da realização da justiça sob a tecnologia instrumentalista.

O formalismo-valorativo, por sua vez, sustenta que o Direito é reconstruído (ou recriado) no contexto da aplicação dos textos normativos aos casos concretos, mormente no processo judicial (do que resulta a identificação do processo como ambiente de “criação” do Direito), sob a mediação do formalismo que lhe é característico (do que resulta a atribuição ao processo — e não à jurisdição — de uma posição central na Teoria).

5.2.2 A identificação do processo como ambiente de “criação” do Direito

A segunda nota distintiva entre as teorias reside na circunstância de o formalismo-valorativo encarar o processo como ambiente de “criação” do Direito, assumindo, assim, acepção de justiça potencialmente distinta daquela adotada pela Teoria da Instrumentalidade do Processo.⁸⁷ A expressão *criação* vai aqui grafada entre aspas, porque, em rigor, os intérpretes, quando aplicam o Direito, partem dos textos normativos, procurando adaptá-los às especificidades do ambiente fático que emoldura a contenda e, por vezes, temperando-os com os valores juridicizados pelo legislador no corpo dos princípios jurídicos.⁸⁸ Opera-se, pois, mais propriamente, um processo de *recons-*

87 Sobre a argumentação que se segue, cf. (MADUREIRA, 2014, p. 79-87) e (MADUREIRA, 2017, p. 35-36).

88 Sobre o relacionamento entre princípios e valores, Humberto Ávila (2005, p. 95) leciona que “os valores constituem o aspecto axiológico das normas, na medida em que indicam que algo é bom e, por isso, digno de ser buscado ou

trução do direito positivo, sob a mediação dos fatos e dos direitos fundamentais (usualmente reproduzidos sob a forma de princípios jurídicos), com vistas à efetiva realização dos direitos e da justiça (MADUREIRA, 2015-c).

A tecnologia empregada pelos formalistas-valorativos é ilustrada pela Teoria Circular dos Planos⁸⁹, segundo a qual, na observação de Mitidiero (2005, p. 70), em referência à doutrina de Hermes Zaneti Júnior, “o processo deve partir do direito material, da realidade substancial, e ao direito material deve voltar”. O que Zaneti acen-tua, nesse contexto, é que “o processo devolve (sempre) algo diverso do direito material afirmado pelo autor, na inicial, algo que por sua vez é diverso mesmo da norma expressa do direito material positi-vado”, de maneira “que entre o processo e o direito material ocorre uma relação circular”, segundo a qual “o processo serve ao direito material, mas para que lhe sirva é necessário que seja servido por ele” (2007, p. 204-205). Disso resulta, “que o direito processual é essen-cial ao direito material, assim como esse é igualmente fundamental àquele” (MITIDIERO, 2005, p. 71). Afinal, “sem o direito material, o processo civil simplesmente não teria função alguma”, enquanto que “sem o direito processual, o direito material não conseguiria supe-rar eventuais crises na sua realização” (MITIDIERO, 2005, p. 71).⁹⁰

preservado”, ao passo que os princípios “constituem o aspecto deontológico dos valores, pois, além de demonstrarem que algo vale a pena ser buscado, determi-nam que esse estado de coisas deve ser promovido”. Semelhante assertiva tem fundamento de validade em Alexy (1997, p. 140-141). Nada obstante, como bem observa Flávio Quinaud Pedron (2005, p. 71), os princípios, em Alexy, podem ser equiparados aos valores — embora não sejam valores, já que, como nor-mas, apontam para o que se considera devido, ao passo que os valores apontam para o que pode ser considerado melhor, do que discordam Dworkin e Habermas (2005, p. 77, nota).

89 Inicialmente designada por Zaneti (2004, p. 248) como “Teoria da Relação Circular”.

90 Cf. também AMARAL, 2005, p. 83-100.

Destarte, sob a ótica do formalismo-valorativo, o direito positivo é reconstruído pelos intérpretes no processo judicial, contexto em que, sob a medição do formalismo, conjugam-se, em um ambiente dialógico, os esforços do julgador e dos contendores para que se obtenha a sua justa aplicação⁹¹. Eis, então, o cerne da cizânia entre as teorias: se o instrumentalismo apregoa a flexibilização do direito processual como técnica adequada à realização no processo de um direito material pré-existente e, partir dele, do ideal de justiça; para o formalismo-valorativo mesmo o direito material deve ser flexibilizado, no sentido da sua justa aplicação, visto que a efetiva conformação do direito material aplicável aos casos concretos apenas sobressai da sua incidência casuística, mormente no ambiente processual.

Assim, o processo civil do formalismo-valorativo não se destina tão somente à declaração da vontade concreta da lei (ou do direito positivo). Sua tarefa é “ordenar os debates dentro de um procedimento apto a permitir a *correta* aplicação do Direito (pretensão de correção)”, como adverte Zaneti (2007, p. 65); que com isso identifica a perspectiva metodológica do formalismo-valorativo com a teoria do discurso, descrita por Robert Alexy como uma teoria procedimental da correção prática do Direito (2007-a, p. 25); que, por sua vez, deriva da conjugação no processo de discursos práticos reais, que se distinguem “pelo fato de neles [...] ser procurada a resposta a uma questão prática” (ALEXY, 2007-a, p. 28-29). Destarte, para o formalismo-valorativo, a justiça, em vez de identificar-se com o direito positivo (como parecem defender os instrumentalistas brasileiros), sobressai justamente dessa atividade corretiva (ou reconstrutiva) desempenhada pelos intérpretes (aplicadores), visto que, para essa singular doutrina concebida pela escola processual gaúcha, o sentido normativo não está no texto da norma abstrata, mas no próprio intérprete.

Vê-se, pois, que o formalismo-valorativo se propõe a pensar o Direito a partir do próprio problema, assumindo, assim, uma

91 Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, 2017, p. 50-54.

perspectiva tópico-retórica, como defendem em doutrina Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2004) e Hermes Zaneti Júnior (2007, p. 88).⁹² A propósito, cumpre referir à lição de Theodor Viehweg, que designa a tópica como uma técnica do pensamento orientada para o problema (2008, p. 33), cujo campo de aplicação é exatamente a interpretação, através da qual se torna possível ao intérprete, sem violar as antigas formas, descobrir novas possibilidades de compreensão (2008, p. 43-44), Referências semelhantes podem ser extraídas do seguinte excerto da obra de José Joaquim Gomes Canotilho (2000, p. 1211):

*O método tópico-problemático, no âmbito do direito constitucional, parte das seguintes premissas: 1) carácter prático da interpretação constitucional, dado que, como toda a interpretação, procura resolver os problemas concretos; (2) carácter aberto, fragmentário ou indeterminado da lei constitucional; (3) preferência pela discussão do problema em virtude da open texture (abertura) das normas constitucionais que não permitam qualquer dedução subsuntiva a partir delas mesmo. A interpretação da constituição reconduzir-se-ia, assim, a um processo aberto de argumentação entre os vários participantes (pluralismo de intérpretes) através da qual se tenta adaptar ou adequar a norma constitucional ao caso concreto. Os aplicadores-intérpretes servem-se de vários *topoi* ou ponto de vista, sujeitos à prova das opiniões pró ou contra, a fim de descortinar, dentro das várias possibilidades derivadas da polissemia de sentido do texto constitucional, a interpretação mais convincente para*

92 Conforme Zaneti: a tópica “tem a seguinte metodologia: o ponto de partida é formado pelo *sensus communis* (sentido comum, *common sense*), que manipula com o verossímil (*verossimila*), inter-relaciona pontos de vista de acordo com os cânones da tópica retórica, atuando por meio de um tecido de silogismos. Esse tecido de silogismos pode ser denominado epiqueirema” (p. 85).

o problema. A tópica seria, assim, uma arte de invenção (*inventio*) e, como tal, técnica do pensar problemático. Os vários tópicos teriam como função: *i*) servir de *auxiliar* de orientação para o intérprete; *ii*) constituir um *guia de discussão* dos problemas; *iii*) permitir a decisão do problema *jurídico* em discussão.

Não se nega que Canotilho vê com ressalvas a utilização de uma metódica tópico-problemática no campo da aplicação do Direito. Para esse professor português “a interpretação não deve partir do problema para a norma, mas desta para os problemas”, por ser “actividade normativamente vinculada, constituindo a *constitutio scripta* um limite ineliminável (Hesse) que não admite o sacrifício da primazia da norma em prol da prioridade do problema (F. Müller)” (2000, p. 1212). Canotilho sustenta, então, que mais adequado à concretização dos direitos no Estado Constitucional é o método hermenêutico-concretizador, que tem por premissa a “ideia de que a leitura de um texto normativo se inicia pela pré-compreensão do seu sentido através do intérprete”, consistindo em “uma compreensão de sentido, um preenchimento de sentido juridicamente criador, em que o intérprete efectua uma actividade prático-normativa, concretizando a norma para e a partir de uma situação histórica concreta” (2000, p. 1212). Esse método, em suas próprias palavras:

[...] vem realçar e iluminar vários pressupostos da tarefa interpretativa: 1) os pressupostos subjectivos, dado que o intérprete desempenha um papel criador (pré-compreensão) na tarefa de obtenção do sentido do texto constitucional: 2) os pressupostos objectivos, isto é, o contexto, actuando o intérprete como operador de mediações entre o texto e a situação em que se aplica: 3) relação entre o texto e o contexto com a mediação criadora do intérprete, transformando a interpretação em “movimento de ir e vir” (círculo hermenêutico) (CANOTILHO, 2000, p. 1212).

Semelhante compreensão, entretanto, não se incompatibiliza com a proposição do formalismo-valorativo quanto à adoção de uma racionalidade prática discursiva e do discurso prático do caso especial como instrumento de resolução dos problemas, sobretudo na perspectiva projetada por Zaneti quando dispôs que, nesse contexto, a lei, a dogmática e os precedentes formariam “os catálogos tópicos especiais com que o jurista deve lidar para obter um discurso racional” (2007, p. 88). Com efeito, se a divergência identificada por Canotilho entre os métodos tópico-problemático e hermenêutico-concretizador reside na circunstância de que “o último pressupõe ou admite o primado do problema perante a norma”, ao passo que “o primeiro assenta no pressuposto do primado do texto [...] em face do problema” (2000, p. 1212), e se, sob a ótica do formalismo-valorativo, a norma jurídica integra, e com posição de destaque, os catálogos tópicos que são consultados pelos intérpretes no campo da aplicação do Direito, é natural que se conclua que a distinção por ele apontada não impede a consecução dos objetivos da teoria. É que aqui não ocorre, como na hipótese aventada pelo professor português, a desconsideração da norma abstrata na construção da solução aplicada ao problema. Essa solução, conquanto seja construída sob a perspectiva do problema (conforme prevê o método tópico-problemático) e ainda que não seja orientada pela aplicação mecânica de um direito material pré-existente (já que toma em consideração, além das especificidades fáticas do problema, a carga axiológica do regime jurídico, revelada pelo posicionamento dos julgadores no contexto da resolução de casos semelhantes),⁹³ tem por pré-condição necessária uma referência do julgador à norma abstrata, que figura, sob a ótica do formalismo-valorativo, como

93 Porque Zaneti inclui os precedentes entre os elementos que compõem os *catálogos tópicos especiais* de que se vale o intérprete no campo da aplicação do Direito. Quanto ao pormenor, cf. MADUREIRA, 2017, p. 124-177.

ponto de referência (ou catálogo tópico, para utilizarmos a expressão empregada por Zaneti)⁹⁴ para a aplicação casuística do Direito.

O que interessa, a bem da verdade, é que a aplicação do Direito no processo civil do formalismo-valorativo exige um trabalho interpretativo concretizador, cuja base metódica reside na circunstância, descrita por Canotilho com a clareza que lhe é peculiar, de as funções do Estado serem exercidas por órgãos que, segundo a sua estrutura interna, composição e métodos de trabalho, estejam legitimados para tomar decisões eficientes segundo procedimentos justos e para suportar a responsabilidade pelos resultados da sua decisão (2000, p. 1214-1215). É do contexto dessa atividade interpretativa concretizadora que sobressai a terceira nota distintiva entre o instrumentalismo e o formalismo-valorativo, consistente na identificação do processo, ou do formalismo que lhe é característico, como elemento central da Teoria.

5.2.3 A atribuição ao processo de uma posição central na Teoria

Em franca divergência com o instrumentalismo (que atribui à jurisdição uma posição central na Teoria do Processo), o formalismo-valorativo coloca o processo ao centro da Teoria.⁹⁵ Em defesa da posição instrumentalista, Cândido Rangel Dinamarco sugere que o processo não pode ser designado como elemento central porque ele, “em si próprio, como conjunto ou modelo de atos, traz profunda e indisfarçável marca de formalismo” (2009, p. 79). Daí que, para esse professor paulista, “colocar como polo principal do sistema esse instituto assim marcadamente formal e potencialmente instrumental

94 Cf. ZANETI JÚNIOR, 2007, p. 88.

95 Sobre a argumentação que se segue, cf. (MADUREIRA, 2014, p. 87-91) e (MADUREIRA, 2017, p. 54-57).

conduziria aos extremos de incluir na teoria geral áreas jurídicas até onde não chega à utilidade desta” (DINAMARCO, 2009, p. 79).

Essa afirmação de Dinamarco quanto a ser impróprio colocar ao centro da Teoria esse “instituto assim marcadamente formal” claramente desconsidera a distinção entre *forma*, *formalidade* e *formalismo*, que para o formalismo-valorativo tem fundamental importância para a realização, no curso do processo, do Direito e da justiça. Com efeito, na lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2009), o *formalismo* (ou *forma* em sentido amplo) não deve ser confundido com a forma do ato processual individualmente considerado, já que “diz respeito à totalidade formal do processo”, porque compreende “não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, a coordenação de sua atividade, a ordenação do procedimento e a organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais”. O *formalismo* visa, então, assegurar a consecução das finalidades do processo, com destaque para a proteção do jurisdicionado contra a prolação das decisões judiciais arbitrárias (e, por isso mesmo, potencialmente injustas) que podem resultar da inclinação teórica (ínsita à identificação da jurisdição como elemento central da Teoria) quanto a competir aos juízes solucionar os litígios sob a ótica introspectiva da sua percepção pessoal sobre os casos julgados,⁹⁶ portanto num contexto em que eles (juízes) não estariam obrigados (como decorrência da atribuição ao processo de uma posição central na Teoria)

96 Nessa perspectiva, muito embora Dinamarco tenha se referido, já no título de sua obra, à instrumentalidade do processo, quem figura, em rigor, como instrumento para a realização dos direitos e da justiça são os juízes, não o processo. Propôs-se, então, sob certa ótica, a instrumentalidade dos juízes, e não propriamente a instrumentalidade do processo.

a considerar e efetivamente enfrentar as razões apresentadas pelos litigantes.⁹⁷

Disso resulta o equívoco da observação de Dinamarco quanto a ser medida desprovida de utilidade prática a identificação do processo (“esse instituto assim marcadamente formal”) como elemento central da Teoria. A propósito, basta ver que a crítica correntemente dirigida ao instrumentalismo (que impediu, ao longo de todos esses anos, que a teoria da instrumentalidade do processo, a despeito de seus méritos, viesse a ser assimilada por parte considerável dos processualistas brasileiros) insere-se precisamente na circunstância de a atribuição à jurisdição dessa posição central na Teoria do Processo ter o condão de desestimular a instituição de mecanismos adequados ao controle à atividade jurisdicional, porque concebe e avaliza a conformação de uma relação assimétrica entre o juiz e as partes, colocando o julgador em posição de superioridade aos contendores, e deixando-os, assim, desprotegidos contra o arbítrio estatal.

97 A propósito, Daniel Mitidiero (2007, p. 37) acentua que contraditório “não se cinge mais a garantir tão somente a bilateralidade da instância, antes conferindo direito, tanto ao demandante como ao demandado, de envidar argumentos para influenciar na conformação da decisão judicial”. Assim, para esse professor gaúcho, o contraditório é mais do que uma simples norma de igualdade formal, pois assume “papel central na experiência do processo, cujo resultado não pode ser outro que não um ‘ato de três pessoas’, como um autêntico ambiente democrático e cooperativo” (p. 37-38). Conforme Mitidiero essa acepção renovada do contraditório é resultado da consolidação da “dimensão ativa do caráter fortemente problemático do direito contemporâneo, constatação hoje igualmente corrente, e da complexidade do ordenamento jurídico atual” (p. 37). E induz a compreensão de que a tarefa dos juízes, quanto ao particular, não se exaure na iniciativa de oportunizar às partes uma manifestação no processo, abarcando, também (e principalmente), a imposição a que, na motivação de suas decisões, efetivamente considerem e enfrentem as razões apresentadas. Seguindo no raciocínio, tem-se que a extensão e a profundidade da motivação construída pelo magistrado para justificar a sua decisão é também decorrência do princípio do contraditório.

Deve estar claro, contudo, que o processo não deve ser encarado, nessa perspectiva, como ato formal e inflexível (*forma*), mas como *formalidade* indispensável a regular e orientar o procedimento. Até porque “o processo civil não é fim em si mesmo”, exatamente porque, em seu curso, a “forma serve como garantia, e não amarra da justiça”, como adverte Hermes Zaneti Júnior (2007, p. 49). E tal se dá porque o processo funciona, precisamente em razão do formalismo que lhe é característico, como mecanismo de controle da atividade jurisdicional, já que, em seu corpo, instaura-se uma relação dialética entre as partes reciprocamente e entre elas e o Estado-Juiz, no curso da qual o julgador e os contendores conjugam seus esforços no sentido da justa aplicação do Direito, equilíbrio que, segundo Zaneti, só é possível “em um quadro institucional que constrange à ‘disponibilidade para a cooperação’, marcada por ‘regras do jogo’ previamente delimitadas e objetivando resultados não-conceituais, à medida que podem ser aceitos pelos participantes por razões diferentes” (2007, p. 168).⁹⁸

Daí a afirmação, pelos adeptos do formalismo-valorativo, de que um modelo ideal de processo seria aquele em que o magistrado é *paritário no diálogo* (assumindo, assim, uma postura democrática frente ao processo, o que pressupõe a consideração e o efetivo enfrentamento de das razões apresentadas pelas partes em suas manifestações processuais) e *assimétrico apenas na decisão* (o que significa dizer que o magistrado, após considerar e enfrentar as razões apresentadas por uma e outra parte, deverá apresentar uma solução para o litígio),⁹⁹ ambiente dialógico que além de prevenir o arbítrio estatal no campo da aplicação do Direito, fomenta as condições necessárias a que as partes reconheçam a justeza da decisão prolatada, o que

98 Cf. MITIDEIRO, 2015.

99 Cf. também MITIDEIRO, 2015, p. 64-65.

converte o processo, sob a mediação do formalismo que lhe é característico, em um verdadeiro instrumento da justiça.¹⁰⁰

5.3 PELA CONCEPÇÃO DE UMA TEORIA FINALISTA DO PROCESSO

Expus, nos tópicos antecedentes, que o direito e o processo, longe de manterem a relação de subordinação que prevaleceu na fase sincrética e de se apresentarem como polos autônomos da seara jurídica (nos moldes sustentados na fase autonomista), guardam entre si contundente relação de complementariedade e interdependência. Essa conclusão pode ser extraída tanto da doutrina do instrumentalismo, quando daquela relativa ao formalismo-valorativo, cujos adeptos divergem entre si apenas quanto a aspectos muito específicos do problema, consistentes na qualificação do processo como direito fundamental do cidadão e como ambiente de reconstrução do direito positivo pelos intérpretes (como sustentam os formalistas-valorativos em contraposição a opção teórica supostamente assumida pelos instrumentalistas) e na atribuição de posição central à jurisdição (pelos instrumentalistas) ou ao processo (pelos formalistas-valorativos).

Porém, muito embora eu esteja pessoalmente inserido no contexto da crítica dirigida pelos formalistas-valorativos ao instrumentalismo, tenho refletido, depois da leitura de trabalho publicado por José Roberto dos Santos Bedaque no ano de 2016, sobre ser viável (e, talvez, oportuna e necessária) que se estabeleça alguma convergência entre as teorias. Bedaque (2016, p. 7) se ressentia da crítica formulada por adeptos do formalismo-valorativo (em

100 Ou como um microsistema do ambiente comunicativo descrito por Habermas no campo da Filosofia do Direito, como sustentei em trabalho anterior, cf. MADUREIRA, 2014, p. 209-214. Sobre o assunto, ler também HABERMAS, 2003-a, p. 49-52 e 140-143.

específico das objeções levantadas por Daniel Mitidiero) à teoria da instrumentalidade do processo, advertindo, quanto a ela, que não vê oposição entre a proposição do formalismo-valorativo quanto a qualificar-se o processo como direito fundamental do cidadão e as premissas e técnicas de atuação adotadas pelo instrumentalismo,¹⁰¹ e acrescentando, em referência à afirmação de que os instrumentalistas se dedicariam a realizar (no lugar da justiça) um direito material pré-existente, que, conquanto Mitidiero tenha razão em “afirmar que a norma aparece apenas no momento da sua interpretação”, “essa é

101 Em suas próprias palavras: “A ideia, hoje sustentada por boa parcela da doutrina, a respeito da importância da cooperação entre os sujeitos do processo, está presente na visão instrumentalista. Para o idealizador da perspectiva teleológica, instrumentalista, a efetividade do processo depende fundamentalmente da garantia de participação de todos, inclusive do juiz, com observância do contraditório” (p. 6). Disso resulta a sua advertência no sentido de que é equivocada a afirmação da “suposta despreocupação do instrumentalismo com os destinatários da tutela jurisdicional”, que não são “colocados em situação de meros expectadores da atividade judicial”; enfim, no Instrumentalismo, “jamais se defendeu a ideia de efetividade sem considerar a participação dos sujeitos parciais do processo na formação do convencimento do juiz” (BEDAQUE, 2016, p. 7).

uma conclusão óbvia,¹⁰² jamais questionada pelos dualistas,¹⁰³ visto

102 Em suas próprias palavras: “A compreensão da vontade da lei depende de análises morfológica e sintática, cujo resultado é influenciado decisivamente pela axiologia. Assim, à luz do dualismo, o juiz declara sim o direito. Ao fazê-lo, ele confere à norma o significado a seu ver correto. Sua conclusão pode não coincidir, e frequentemente não coincide, com a de outro juiz. Isso ocorre exatamente porque cada um levou em consideração sua escala de valores para determinar o sentido do texto legal, ou seja, a norma jurídica. Em outras palavras, o processo de declaração do direito acrescenta sim algo de novo, pois antes da interpretação nada existia. Ao declarar o que a lei quer dizer, o juiz vale-se do processo interpretativo e cria fenômeno até então inexistente: o significado da lei. Essa divergência, salvo engano, acaba sendo meramente terminológica. Aliás, a afirmação feita por mim e criticada por Mitidiero, segundo a qual a atividade jurisdicional visa à declaração da vontade concreta do enunciado normativo de direito material, deve ser compreendida no contexto em que se encontra: destacou-se que a declaração da vontade da lei implica, mediante a interpretação feita pelo juiz, adequação do texto à realidade social e às necessidades do momento” (BEDAQUE, 2016, p. 74). Não se nega à sentença judicial, portanto, natureza criadora. Entende-se apenas que ela se limita a, mediante declaração do significado do texto legal, reconhecer o direito já existente. As divergências muitas vezes decorrem da má compreensão dos fundamentos de determinada posição doutrinária, causada pela ausência de clareza do expositor ou pela falta de atenção do leitor” (BEDAQUE, 2016, p. 23, nota de rodapé).

103 Bedaque parece aderir a essa proposição; conforme se depreende da seguinte passagem doutrinária: “Conveniente e necessário explicar o que os dualistas entendem por ‘declarar o direito’. Sustentar a natureza declaratória da atividade jurisdicional não significa dizer que o significado da norma abstrata é antecedente à intervenção judicial e único. Não. Para declarar o direito, o juiz confere à lei o sentido que, a seu ver, é condizente com o interesse social. Ao interpretá-la, ele extrai a vontade da lei. Esse processo, evidentemente, sofre influência dos valores considerados pelo juiz na determinação do conteúdo da norma. Exatamente em razão da axiologia, não há como estabelecer um significado único para o dispositivo legal. Isso não significa, todavia, que o direito não exista antes da interpretação feita pelo julgador. A subsunção de determinada situação da vida a uma norma jurídica é suficiente ao nascimento do direito. É possível que os integrantes dessa situação diverjam sobre qual o interesse efetivamente

que sem interpretação não há como estabelecer o sentido da lei” (BEDAQUE, 2016, p. 23, nota de rodapé).

O fato é que, muito embora permaneçam inconciliáveis as opções teóricas de instrumentalistas e formalistas-valorativos por conferir posição central (respectivamente) à jurisdição e ao processo, a circunstância de o Código de Processo Civil de 2015 haver concebido modelo de processo nitidamente dialético, e que não se pauta tão somente nos princípios invocados por uma e outra doutrina para construir seus respectivos modelos, mas em regras jurídicas muito claras,¹⁰⁴ parece esvaziar essa dissensão teórica. Afinal, posto isso, os pontos de divergências se concentrariam única e exclusivamente na identificação (ou não) do processo como direito fundamental do cidadão e como ambiente de reconstrução do Direito pelos intérpretes;

tutelado pela norma. Verificada a controvérsia sobre a efetiva subsunção do fato ao direito objetivo, competirá ao juiz, mediante interpretação do respectivo enunciado normativo, declarar a quem pertence o direito subjetivo. Mediante a hermenêutica, declara-se o direito preexistente” (BEDAQUE, 2016, p. 23). Referências semelhantes podem ser encontradas na obra de Samuel Meira Brasil Júnior (2007, p. 71-72), para quem a “crença na correção moral das normas jurídicas enunciadas reflete a pretensão de correção, e é um elemento necessário ao conceito do direito, que estabelece a correção, e é um elemento necessário ao conceito do direito, que estabelece a conexão entre a moral e o direito”, contexto em que “se a norma jurídica não formula ou não satisfaz à pretensão de correção, por existir uma contradição performativa entre a norma enunciada e a correção moral (justiça) da prescrição, então a norma será juridicamente deficiente (inválida)”, pelo que “será possível reconhecer a deficiência (invalidade) da norma, para construir outra mais justa (moralmente correta), que satisfaça a pretensão de correção do Estado”. Haveria, no ponto, uma aproximação entre o Instrumentalismo e o Formalismo-Valorativo.

104 De que são exemplos o disposto no inciso VI do parágrafo 1º do seu artigo 489, que impõe aos julgadores o enfrentamento das razões deduzidas pelas partes, e no artigo 10 e no parágrafo 1º do artigo 493, que lhe determina que enfrentem inclusive as razões não deduzidas, quando relativas a fatos novos e fundamentos novos.

elementos que, pelo menos para Bedaque (discípulo de primeira hora de Dinamarco, e certamente um dos nomes mais importantes do instrumentalismo), não são incompatíveis com a teoria da instrumentalidade do processo.

Porém, isso é, certamente, assunto para outro estudo. Por agora, apenas desejo introduzir esse novo elemento à discussão, na expectativa de que, em vista dele, possamos, juntos, instrumentalistas e formalistas-valorativos, contribuir para a construção de uma teoria finalista do processo, que o descreva, efetivamente, como instrumento voltado à realização do Direito e, através dele, da justiça.

Capítulo 6

Modelo de precedentes e justiça

A premissa, assumida nos capítulos anteriores, de que a justiça pode ser realizada no processo, mediante reconstrução do direito positivo pelos intérpretes, conquanto seja operativa quando se tem em vista a pacificação de conflitos por atos jurisdicionais, não conduz, por si só, à resolução do problema da justiça. É que, em princípio, a atividade cognitiva nesse âmbito desenvolvida pelos intérpretes, porque não se apresenta como solução jurídica pré-estabelecida, não afetaria a aplicação voluntária do Direito no seio da sociedade.

Refiro-me, no ponto, ao atributo de predeterminação formal do Direito, que se apresenta, em verdade, como exigência da Teoria Geral do Direito, há muito expressada por Miguel Reale (1992, p. 273), e que tem por finalidade assegurar a necessária segurança nas relações interpessoais. Reale observa, a propósito dele, que, “de todas as espécies de experiência social, o Direito é a que mais exige forma predeterminada e certa em suas regras” (1992, p. 273). Para esse professor paulista, “não se compreende o Direito [...] sem um mínimo de legislação escrita, de certeza, de tipificação da conduta

e de previsibilidade genérica”, precisamente porque “o Direito, ao facultar-lhe a possibilidade de escolha entre o adimplemento ou não dos seus preceitos, situa o obrigado no âmbito de uma escolha já objetivamente feita pela sociedade, escolha esta revelada através de um complexo sistema de fontes” (REALE, 1992, p. 273). Daí que, conforme Reale, “o direito [...] exige predeterminação formal, sendo a lei a expressão máxima dessa exigência” (1992, p. 273).¹⁰⁵

Em rigor, mesmo no ambiente processual poderiam se verificar discrepâncias na incidência jurídica, visto que, dado o caráter flexível do Direito de nosso tempo, pode acontecer, na casuística, de juízes diferentes virem a conferir soluções distintas para problemas semelhantes, com prejuízo à realização do direito fundamental dos jurisdicionados a serem tratados de forma isonômica no curso do processo, o que também afeta a incidência do princípio constitucional da segurança jurídica (igualmente situado entre os direitos fundamentais).

Todavia, o problema adequadamente pode ser superado por uma utilização adequada do Modelo Brasileiro de Precedentes, que se apresenta, em concreto, como cláusula de fechamento do sistema e, por conseguinte, como técnica voltada a induzir maior racionalidade e uniformização à atividade de reconstrução normativa desenvolvida pelos intérpretes com vistas à realização da justiça.

6.1 A RECEPÇÃO DA TEORIA DOS PRECEDENTES PELO DIREITO BRASILEIRO

É inquestionável que a utilização de precedentes tem a potencialidade de tornar mais objetiva a aplicação do Direito e, bem assim, de induzir o convencimento do jurisdicionado sobre a juridicidade das razões apresentadas pela parte adversária (orientando a celebração

¹⁰⁵ Sobre a exigência de predeterminação formal das normas jurídicas, Cf.: ainda, a doutrina de Márcio Cammarosano (2006. p. 42; 63-64).

de acordos) ou, ainda, da motivação de pronunciamento jurisdicional que procura solucionar o litígio (orientando a sua abstenção quanto à apresentação de recursos no processo). Como cediço, o Direito aplicado aos casos concretos decorre da atividade cognitiva dos intérpretes (também chamados aplicadores ou operadores do Direito), que, por sua vez, deve ser fundada em construções jurídicas embasadas no direito positivo, mas adequadamente temperadas no campo da sua aplicação. Afinal, a realização do Direito, conquanto parta da identificação e da seleção dos enunciados prescritivos em tese aplicáveis aos casos concretos, também abarca a interpretação desses textos normativos.

Essa particularidade da aplicação do Direito de nosso tempo, quando somada à constatação de que os fatos e os valores interferem significativamente nesse processo interpretativo, evidenciam que, conforme o caso, a norma concreta revelada, pode não corresponder em tudo e por tudo aos preceitos positivados pelo legislador (cf. MADUREIRA, 2015-c, p. 01-30). O que com isso quero dizer é que podem surgir, na casuística, interpretações dissonantes sobre como devem incidir as regras e princípios¹⁰⁶ que compõem o ordenamento.

106 No ponto, Samuel Meira Brasil Júnior (2007, p. 86-87) leciona que Ronald Dworkin foi um dos primeiros autores a procurar estabelecer um critério científico para a distinção entre as regras e os princípios. O objetivo do estudo de Dworkin, segundo Humberto Ávila (2005, p. 28), era fazer “um ataque geral ao Positivismo (general attack on Positivism), sobretudo no que se refere ao modo aberto de argumentação permitido pela aplicação do que ele viria a definir como princípios (principles)”. Ávila leciona que, conforme Dworkin, “as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada (all-or-nothing)”, de maneira que havendo colisão entre elas, uma delas deve ser considerada inválida, ao passo que os princípios “não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios” (2005, p. 28). Samuel Brasil (2007, p. 87) também refere, em sua obra, ao magistério de Robert Alexy, pondo em destaque a circunstância de esse professor alemão haver qualificado os princípios

Essa possibilidade de dissonância na interpretação do Direito amplifica as chances de que as pessoas divirjam entre si sobre a configuração de suas posições jurídicas em relação às posições sustentadas por seus adversários.¹⁰⁷

Pode acontecer, a título de exemplo, de um trabalhador considerar que tem direito subjetivo a obter uma aposentadoria, e de o INSS entender que ele não faz jus ao benefício. Suponhamos, então, que esse trabalhador afirme e demonstre que exerceu atividades laborais pelo período que a lei exige para a obtenção da aposentadoria, e que o órgão previdenciário não questione essa afirmação, fundando o indeferimento do benefício na observação de que o que se postula é uma *aposentadoria por tempo de contribuição*, que não seria devida porque uma das empresas a quem o trabalhador se vinculou ao longo dos anos não recolheu contribuições à previdência social. A isso o trabalhador objeta que não tinha meios de fiscalizar o recolhimento de contribuições previdenciárias pela empresa, porque era simples empregado, que inclusive poderia vir a ser demitido se procurasse se imiscuir nessas questões; com o que conclui que é responsabilidade do INSS (e não dos empregados) cobrar das empresas as contribuições que considera devidas; o que torna injusta, sob o seu ponto de vista, a negativa de cobertura previdenciária fundada tão somente na inércia do empregador em efetivar os referidos pagamentos.

Pronto! Está configurada a contenda, que muito provavelmente será conduzida ao Poder Judiciário, vez que, dada a conformação das razões apresentadas por uma e outra parte, é factível que o trabalhador não logre solucionar o problema na esfera administrativa, e que por isso demande a sua solução aos órgãos jurisdicionais. Também

como “mandamentos de otimização (*Optimierungsgebote*)”, proposição teórica que atende ao reclame de conferir maior objetividade à aplicação desse novo direito, mais flexível ou, talvez, mais “suave. Conferir em Zagrebelsky (1992), que é característico de nosso tempo).

107 Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, 2017, p. 124-129.

previsível que os contendores desejem levar às últimas consequências a discussão judicial do tema, conduzindo-a, se possível, ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal. Ter-se-á, então, mantidas essas condições, típica contenda alimentada pela litigiosidade processual, que não se funda, é importante que se registre, na intransigência ou na má-fé dos contendores, mas na circunstância, oportunamente assinalada por Chaïm Perelman, de os campos opostos não terem a mesma concepção de justiça, que resulta da compreensão, igualmente manifestada pelo filósofo, de que a justiça “é também uma noção confusa” (2005, p. 146).

Porém, no curso desse dissídio hipotético, os contendores terão a oportunidade de verificar que resta consolidado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o entendimento segundo o qual o segurado empregado não tem a obrigação de fiscalizar o recolhimento de contribuições previdenciárias pelo empregador, e por isso não pode ser penalizado com o indeferimento do benefício.¹⁰⁸ Isso significa dizer que o trabalhador, se conseguir conduzir o processo à Corte Superior de Justiça, mediante a interposição de recursos, poderá vir a obter do Poder Judiciário o benefício pretendido.

A questão que se coloca, nesse contexto, é se os juízes e tribunais não estariam vinculados a esse posicionamento firmado pelo

108 Com se verifica, a título de exemplo, do seguinte julgado: “PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE SERVIÇO URBANO. SEGURADO-EMPREGADO. RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES. OBRIGAÇÃO DO EMPREGADOR. 1. Nos termos do artigo 142 do Decreto n. 77.077/76, do artigo 139 do Decreto n. 89.312/84 e do artigo 30 da Lei n. 8.212/91, o recolhimento das contribuições previdenciárias do segurado-empregado cabe ao empregador, não podendo aquele ser penalizado pela desídia deste, que não cumpriu as obrigações que lhe eram imputadas. 2. Recurso especial não conhecido” (STJ. Classe: RESP - RECURSO ESPECIAL – 566405. Processo: 200300776563 UF: MG Órgão Julgador: QUINTA TURMA. Data da decisão: 18 de novembro de 2003 Documento: STJ000521388. Fonte DJ DATA:15 de dezembro de 2003 PÁGINA: 394. Relator(a) LAURITA VAZ) (grifos nossos).

Superior Tribunal de Justiça em uniformização da jurisprudência relativa à aplicação da lei previdenciária. Ou, num plano mais geral, se seria justo e adequado exigir do jurisdicionado que aguarde prolação dessa decisão em grau de recurso.

Na pendência de uma resposta normativa para semelhante questionamento (que somente foi consolidada de forma efetiva por ocasião da edição do Código de Processo Civil de 2015) os aplicadores do Direito passaram a seguir, intuitivamente, precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal no que se refere à aplicação da Constituição e aqueles lavrados pelo Superior Tribunal de Justiça no contexto da uniformização da jurisprudência quanto à aplicação do direito infraconstitucional. Aproveitando essa experiência, o legislador, com o nítido propósito de imprimir maior celeridade ao desfecho dos processos, passou a conceber, ainda na vigência do CPC-1973, dispositivos que encartam opção político-normativa por dotar o direito pátrio de mecanismos que habilitam seus intérpretes/aplicadores a ampliar a eficácia dos precedentes judiciais, tornando-os vinculantes ou, quando menos, sumamente importantes para aplicação do Direito (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2008, p. 348-349; MADUREIRA, 2014, p. 252-253).¹⁰⁹ Tal se infere da previsão, pelo código de 1973, como forma de conferir maior celeridade à resolução das contendas, da possibilidade de julgamento dos processos por seus Relatores nos Tribunais (art. 557 e § 1º-A), da sentença de improcedência liminar (art. 285-A) e da sistemática de julgamento de recursos repetitivos (arts. 543-A, 543-B e 543-C), todas ancoradas na premissa segundo a qual o Direito deve ser aplicado com base em precedentes firmados pelos Tribunais.

Essas disposições legislativas, encartadas no código de 1973, foram integralmente incorporadas ao texto do Código de Processo Civil de 2015. Com efeito, esse novo código manteve a sistemática de julgamento de recursos repetitivos inaugurada pelo código de

109 Sobre a recepção da teoria dos precedentes pelo ordenamento jurídico-positivo brasileiro, ler também: MARINONI; MITIDIERO, 2007.

1973 (art. 1.035, §§ 5º e 8º, artigo 1.036 e § 1º, artigo 1.039 e p. único, artigo 1.040, I e artigo 1.041 e §§ 1º e 2º). Também resta contemplada nesse novo regramento processual a possibilidade de julgamento dos processos por seus Relatores nos Tribunais, como forma de conferir celeridade à sua resolução, desde que essas decisões monocráticas tenham por fundamento a jurisprudência dominante dos Tribunais de Cúpula, inclusive do Supremo Tribunal Federal (art. 932, IV e V e artigo 1.011, I); além da sentença de improcedência liminar, que se reporta, na *novatio legis*, diretamente aos precedentes do Excelso Pretório (questões constitucionais), dos demais Tribunais de Cúpula (uniformização da jurisprudência acerca da aplicação do direito infraconstitucional) ou dos Tribunais de Segunda Instância a que se encontram vinculados os juízes que as prolatarem (direito local) (art. 332).

Isso não bastasse, a Emenda Constitucional n. 45 cuidou integrar ao texto da Constituição da República, ainda na vigência do CPC-1973, o seu artigo 103-A, que autoriza ao Supremo Tribunal Federal aprovar súmula que, a partir de sua publicação na Imprensa Oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública. Por disposição constitucional expressa, essa súmula vinculante tem por objeto a validade, interpretação e eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários, ou entre esses e a Administração Pública, e que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica (art. 103-A, § 1º). Acerca dela, o poder constituinte reformador teve o cuidado de destacar, no corpo da mesma Emenda Constitucional, que do ato administrativo ou da decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação¹¹⁰ ao Supremo Tribunal Federal, que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará

110 Ação judicial concebida para coibir a inobservância a precedentes da Suprema Corte. Conferir: alínea “I”, inciso I, artigo 102-A, Carta da República.

a decisão judicial reclamada e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação do verbete (art. 103-A, § 3º).¹¹¹

111 Essa opção do legislador brasileiro pela ampliação do espectro da incidência da vinculatividade das decisões proferidas pela Suprema Corte em controle difuso de constitucionalidade, assim como daquelas proferidas pela Corte Superior de Justiça no que se refere à unificação pretoriana acerca da interpretação e aplicação do Direito pátrio, denota a recepção pelo Direito brasileiro do princípio do *stare decisis* (cf. ZANETI JÚNIOR, 2007, p. 50). Na precisa definição de Mauro Cappelletti (1992, p. 81-82), esse princípio “opera de modo tal que o julgamento de inconstitucionalidade da lei acaba, indiretamente, por assumir uma verdadeira eficácia erga omnes”, e por isso não se limita “a trazer consigo o puro e simples efeito da não aplicação da lei a um caso concreto, com possibilidade, no entanto, de que em outros casos a lei seja, ao invés, de novo aplicada”. Segundo Cappelletti, por força desse princípio é que, “uma vez não aplicada pela Supreme Court por inconstitucionalidade, uma lei americana, embora permanecendo ‘on the blocks’, é tornada ‘a dead law’, uma lei morta” (1992, p. 82). Hermes Zaneti Júnior (2016, p. 310-311), por sua vez, leciona que o “*stare decisis* é uma expressão latina que significa, literalmente, ‘concordar com ou aderir a casos já decididos’”, e acrescenta que “em direito esta expressão está ligada ao respeito dos próprios tribunais aos casos-precedentes”, num contexto em que, “quando um tribunal estabelece uma regra de direito aplicável a certos conjuntos de fatos considerados relevantes do ponto de vista jurídico, tal regra deverá ser seguida e aplicada em todos os casos futuros em que se identifiquem fatos ou circunstâncias similares”. Conforme Zaneti (2016, p. 312), “a prática judicial do *stare decisis* conduz aos precedentes judiciais, o que significa que as decisões dos tribunais adquirem um valor normativo de precedentes para os casos-futuros em que sejam identificadas as mesmas circunstâncias de fato e de direito”. Nesse mesmo sentido se posicionam Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2008, p. 348-349), que observam, em doutrina, que o *stare decisis* se assenta na compreensão de que “o precedente judicial, sobretudo aquele emanado de Corte Superior, é dotado de eficácia vinculante não só para a própria Corte como para os juízos que lhe são hierarquicamente inferiores”; e aludem, na sequência de sua obra, à “indiscutível força persuasiva que têm os precedentes judiciais na solução de casos concretos”, notadamente em vista da “crescente força vinculativa que lhes vem dando o legislador brasileiro”.

6.2 ESPECIFICIDADES DO MODELO BRASILEIRO DE PRECEDENTES

Esses dispositivos legais e constitucionais¹¹² suportam, no plano normativo, o que Hermes Zaneti Júnior convencionou chamar *modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes*.¹¹³ No ponto, Zaneti dispõe tratar-se de “um modelo de corte suprema, cortes de vértice, que tem a função de dar estabilidade interpretativa ao Direito”, num contexto em que “estas cortes são, antes de tudo, vinculadas aos próprios precedentes, para somente depois vincularem os juízes e tribunais hierarquicamente inferiores” (2007, p. 21).

6.2.1 Vinculação horizontal e vertical dos precedentes

Nisso reside a distinção, proposta por Zaneti, entre a vinculação horizontal e a vinculação vertical dos precedentes.¹¹⁴

A *vinculação horizontal* se relaciona à imposição jurídico-normativa a que os Tribunais uniformizem a sua jurisprudência e que a mantenham estável, expressada no *caput* do artigo 926 do código de 2015, que “significa dizer que os tribunais deverão aplicar seus próprios precedentes, tendo um ônus argumentativo agravado em caso de modificação” (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 353-354). Assim, “a vinculação horizontal atinge o próprio tribunal que estabeleceu o precedente” (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 354).

A *vinculação vertical*, por sua vez, “atinge os tribunais e juízes hierarquicamente vinculados” (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 354) e se encontra positivada no artigo 927 do novo código, que estabelece,

112 Sobre a argumentação de que segue, cf. MADUREIRA, 2017, p. 158-159.

113 Cf. ZANETI JÚNIOR, 2016, que encerra versão comercial da Tese de Doutorado desenvolvida por Zaneti sob orientação de Luigi Ferrajoli e apresentada com sucesso à Università di Roma.

114 Sobre a argumentação de que segue, cf. MADUREIRA, 2017, p. 159-162.

textualmente, que os juízes e tribunais devem observar as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, as suas súmulas vinculantes, os acórdãos proferidos em incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, aqueles exarados no contexto do julgamento de demandas/recursos repetitivos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, as súmulas por eles editadas em matéria constitucional (STF) e infraconstitucional (STJ) e a orientação do plenário ou do órgão Especial dos Tribunais aos quais estiverem vinculados. Comentando o dispositivo, Zaneti observa que o legislador processual estabeleceu “uma hierarquia entre as Cortes Supremas Brasileiras”, conferindo vinculatividade plena às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e àquelas prolatadas pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional,¹¹⁵ que precisam ser respeitadas por todos os juízes e tribunais, e concebeu, ainda, uma vinculatividade mais restrita às decisões dos Tribunais de Segunda Instância, esclarecendo, quanto ao particular, que os juízes e tribunais somente estarão obrigados a observar a orientação do plenário ou órgão especial a que estiverem vinculados (2016, p. 354).¹¹⁶

115 Assim como os demais Tribunais de Cúpula em suas respectivas áreas de atuação.

116 Essa distinção entre os níveis de vinculatividade entre as decisões proferidas pelos Tribunais de Cúpula e pelas Cortes de Apelação também é depreendida no Direito norte-americano; conforme expressa Zaneti nesta outra passagem doutrinária: “[...] É importante perceber que todas as decisões nos Estados Unidos da América do Norte formam precedentes vinculantes apenas para os tribunais e juízes vinculados hierarquicamente sob a mesma jurisdição, ou seja, juízes e tribunais da mesma estrutura judicial. Por exemplo, nos Estados Unidos, as decisões do Fifth Circuit of Appeals são válidas como precedentes apenas nos Estados dentro da jurisdição territorial da corte (Texas, Louisiana e Mississippi). Da mesma forma, as decisões da Corte Suprema da Flórida são precedentes apenas para os casos decididos pelas cortes da Flórida. Por outro lado, as

6.2.2 Quais decisões vinculam e quais não vinculam?

Uma leitura isolada do artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015 poderia conduzir a interpretação no sentido de que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em suas respectivas áreas de atuação, mas que não se enquadrarem nas hipóteses descritas em seus incisos I, II, III, IV e V, não vinculariam juízes e tribunais e, talvez, que não constituiriam precedentes.¹¹⁷ Afinal, no ponto, o legislador apenas referiu, no que se refere à Suprema Corte, às decisões por ela proferidas em controle concentrado de constitucionalidade (art. 927, I) e em incidentes de assunção de competência ou em julgamento de demandas/recursos repetitivos (art. 927, I), bem como às suas súmulas vinculantes (art. 927, II) e não vinculantes (art. 927, IV), e, no que concerne à Corte Superior de Justiça, às decisões por ela proferidas em incidentes de assunção de competência ou em julgamento de demandas/recursos repetitivos e às suas súmulas não vinculantes (art. 927, IV). Todavia, não há sentido em supor que um regime jurídico que admite que precedentes firmados a partir de decisões proferidas pelos Tribunais de Segunda Instância, mesmo quando não proferidas em incidentes de assunção de competência, em julgamento de demandas/recursos repetitivos ou encartadas em suas súmulas (art. 927, V), devam ser adotados pelos magistrados a eles vinculados não contemple a vinculatividade das decisões de mesmo conteúdo proferidas pelos Tribunais de Vértice.¹¹⁸

decisões da Suprema Corte do Estados Unidos (U.S. Supreme Court) são precedentes para todas as cortes americanas” (2016, p. 314).

117 Sobre a argumentação de que segue, cf. MADUREIRA, 2017, p. 162-168.

118 Até porque, como destaca Zaneti, em referência ao modelo norte-americano, “os precedentes mais fortemente vinculantes nos Estados Unidos são aqueles formados pela U.S. Supreme Court”, contexto em que, “decidindo a Suprema Corte, todas as demais devem obediência à corte de hierarquia institucional superior”, do que resulta “que, embora qualquer corte possa fixar um

Esse problema é solucionado por interpretação capaz de compatibilizar o texto inciso V do artigo 927 do código de 2015 à imposição constitucional a que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça funcionem como Cortes uniformizadoras da aplicação e interpretação do Direito; que decorre, entre outras coisas, da circunstância de o constituinte haver concebido recursos excepcionais que desafiam acórdãos que apliquem/contrariem a Constituição (recurso extraordinário, direcionado ao Supremo Tribunal Federal, retratado no inciso III do artigo 102) e o direito infraconstitucional aplicável a todo o país (recurso especial, direcionado ao Superior Tribunal de Justiça, disciplinado pelo inciso III do artigo 105). Essa relevante função conferida pela Constituição a esses Tribunais de Cúpula orienta que seus entendimentos sejam observados por todos os juízes e Tribunais de Segunda Instância, sob pena e risco de que se verifique, nos casos concretos em que os processos se encerram sem chegar ao Supremo Tribunal Federal e/ou ao Superior Tribunal de Justiça, decisões dissonantes com esses seus posicionamentos uniformizadores. Está claro, então, que o que o legislador estabeleceu no inciso V do artigo 927 do novo código, quando impôs aos julgadores que observassem “a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados” foi que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça no contexto dessa atividade interpretativa uniformizadora vinculam todo e qualquer integrante do Poder Judiciário, enquanto que aquelas proferidas pelos plenários/órgãos especiais dos Tribunais de Segunda

precedente, uma vez determinada a matéria pela Corte Suprema, todos os juízes e tribunais estarão vinculados ao precedente” (2016, p. 317). A propósito, recobro, ainda, a observação de Zaneti, anteriormente expressada, quanto a caracterizar-se o modelo de precedentes adotado pelo código de 2015 como “um modelo de corte suprema, cortes de vértice, que tem a função de dar estabilidade interpretativa ao direito” (2016, p. 21).

Instância vinculam tão somente os magistrados que se situam na sua estrutura hierárquica.

Portanto, nos precisos termos da lei processual brasileira, (i) *vinculam todos os juízes e Tribunais* (i.1) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade (art. 927, I; i.2) as suas súmulas vinculantes (art. 927, II; i.3) os acórdãos firmados em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (art. 927, III; i.4) as súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e as do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional (art. 927, IV) e i.5) às demais decisões proferidas pelo plenário ou órgão especial desses Tribunais de Cúpula (art. 927, V), às quais todos os integrantes do Poder Judiciário se encontram hierarquicamente subordinados¹¹⁹; *enquanto que* (ii) *as orientações do Plenário ou do Órgão Especial dos Tribunais de Segunda Instância* (art. 927, V) *e os acórdãos que firmarem em julgamentos de incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos* (art. 927, III), *apenas podem ser opostas aos magistrados (juízes e desembargadores) a eles vinculados.*

6.2.2.1 O que são precedentes?

Essas são as modalidades de pronunciamentos jurisdicionais capazes de formar, entre nós, o que Hermes Zaneti Júnior (2016) conveniou chamar precedentes normativos formalmente vinculantes.¹²⁰

119 No ponto, refiro-me a uma subordinação decisória, e não administrativa. O que com isso quero dizer é que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal quando interpreta a Constituição e aquelas proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça no contexto da uniformização da aplicação do direito nacional orientam a atuação de todos os magistrados.

120 sobre a argumentação de que segue, cf. MADUREIRA, 2017, p. 168-172.

Porém, é preciso deixar muito claro que os precedentes não devem ser confundidos com esses pronunciamentos. É que, nas palavras de Zaneti, os precedentes “consistem no resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas”, dispondo, a propósito, que “no momento da aplicação deste caso-precedente, analisado no caso-atual, se extrai a *ratio decidendi* ou *holding* como o core do precedente” (2016, p. 304). O precedente é, então, “solução jurídica explicitada argumentativamente pelo intérprete a partir da unidade fático-jurídica do caso-precedente (material facts somados à solução dada para o caso) com o caso-atual”. (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 305-306).

Os precedentes também não se confundem com a jurisprudência, seja porque não traduzem tendências do Tribunal, mas a sua própria decisão (ou decisões) a respeito da matéria, seja porque obrigam o próprio Tribunal que decidiu, que é responsável, como as cortes inferiores, por sua manutenção e estabilidade (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 306-307). Também os distinguem a circunstância deles poderem “ser identificados a partir de apenas uma decisão, mesmo que possam ser compreendidos à luz de uma série de decisões, cadeia de precedentes, bastando um *leading case* que modifique ou crie uma nova tese jurídica para formar um precedente”, enquanto a formação da jurisprudência pressupõe “decisões reiteradas dos Tribunais” (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 308).

Porém, essas notas distintivas, embora relevantes para a compreensão do problema, não possibilitam por si só a precisa definição, nos casos concretos, sobre se determinada decisão judicial encerra precedente ou se ela se apresenta como julgado representativo de jurisprudência persuasiva. Essa definição somente pode ser feita quando se tem em vista que os precedentes têm função normativa. Conforme Zaneti, “não será precedente a decisão que aplicar lei ao objeto de controvérsia”, limitando-se, assim, “a indicar a subsunção de fatos ao texto legal, sem apresentar conteúdo interpretativo relevante para o caso-atual e para casos-futuros”, isto é, “que apenas refletir a

interpretação dada a uma norma legal vinculativa pela própria força da lei”, hipótese em que o cumprimento da regra “não depende da força do precedente para ser vinculativa”, mas resulta, em rigor, da própria norma abstrata aplicada (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 309). De igual modo, não constitui precedente a decisão que cita decisão anterior, mas “sem fazer qualquer especificação nova ao caso”, contexto em que a vinculação decorrerá “do precedente anterior, do caso-precendente, e não da situação presente no caso-atual” (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 309). Assim, somente será precedente “a decisão que resultar efeitos jurídicos normativos para os casos futuros”, ou que constituir “acréscimos (ou glosas) aos textos legais relevantes para a solução de questões jurídicas” (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 309-310).

Os precedentes encerram, portanto, normas jurídicas extraídas pelos intérpretes dos pronunciamentos jurisdicionais referidos pelo artigo 927 da lei processual. Atento a isso, Gabriel Sardenberg Cunha (2020, p. 107-109) os diferencia precedentes desses pronunciamentos-tipo, quando propõe, em doutrina, a distinção entre a *norma-precendente* e o *texto-precendente*. Em suas próprias palavras:

“[...] o precedente pode ser compreendido a partir tanto da ideia de uma decisão judicial em si, quanto da ideia de norma jurídica de caráter geral que provém da interpretação dessa decisão. Para o primeiro caso definiu-se o conceito de precedente em sentido amplo (sentido próprio) e, para o segundo, o conceito de precedente em sentido estrito (sentido impróprio). No primeiro caso, o precedente, visto como espécie de decisão judicial proferida em momento certo e específico do passado, assume a característica de texto normativo, proferido com autoridade, e, agregar aos textos que servem de objeto para ser interpretado de modo a resultar nas normas que compõem esse ordenamento. Já no segundo caso, o precedente é a norma em si mesma. Ou seja, é a *ratio decidendi*, equivale às razões determinantes utilizadas e universalizadas pelo julgador do caso precedente para solucionar

determinada questão concreta. Ao formar-se a solução dessa questão, no passado, promulga-se uma norma de decisão, uma norma individual e concreta capaz de solucionar a controvérsia factual ou interpretativa que seja. Todavia, no particular dos precedentes, como essas razões determinantes para promulgar-se referida norma de decisão foram construídas em pretensão de universalidade e valendo-se de uma interpretação operativa dos textos já existentes, elas mesmas serão normas gerais e concretas a serem aplicadas na resolução de questões futuras” (CUNHA, 2020, p. 107-108).

Enfim, os pronunciamentos-tipo elencados no artigo 927 do código de 2015 (que se apresentam como decisões judiciais que se lançam como recorte textual de textos legais ou constitucionais) encerram o que Cunha convencionou chamar *texto-precedente*, ao passo que da sua interpretação futura (mediante consideração de outros textos igualmente vigentes) (CUNHA, 2020, p. 108) resulta a formação daquilo que por ele foi designado como *norma-precedente* (CUNHA, 2020, p. 107-108). Destarte, *precedente*, tal como anteriormente delineado com base na doutrina de Zaneti, que lhe atribui vinculatividade formal, *é aquele que Cunha chamou de norma-precedente*, o que significa dizer que os pronunciamentos-tipo (textos-precedentes, na classificação de Cunha) não ostentam, por si só, eficácia vinculante.

6.2.2.2 Precedentes e jurisprudência persuasiva

Hermes Zaneti Júnior também defende que os pronunciamentos jurisdicionais podem se apresentar, ora como *precedentes*, ora como simples *jurisprudência persuasiva*. Ao ensejo, Zaneti propõe que “os chamados ‘precedentes persuasivos’ ou ‘*de facto*’” devam ser “desconsiderados como precedentes, sendo agregados a uma categoria por ele denominada ‘jurisprudência persuasiva’”; opção teórica adotada

“justamente para marcar fortemente a passagem de um modelo de ‘jurisprudência’” (em que as decisões não vinculam, embora o seu conteúdo possa produzir certo grau de convencimento) “para um modelo de ‘precedentes’” (que vinculam independentemente de o julgador considerar suas razões boas ou ruins) (2016, p. 21).

De toda sorte, *no modelo brasileiro, ambos são dotados de vinculação*: os precedentes, que não abarcam tão somente os pronunciamentos elencados no artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015, porque também incluem as decisões uniformizadoras proferidas por turmas/câmaras/sessões especializadas dos tribunais (precedentes vinculantes sem previsão legal), vinculam os julgadores independentemente deles terem sido invocados pelas partes; a jurisprudência persuasiva, por sua vez, somente alcança essa eficácia quando textualmente invocadas no processo.

6.2.2.2.1 *Precedentes vinculantes sem previsão legal*

Os Tribunais de Cúpula podem manter turmas/câmaras/sessões especializadas para julgamento de matérias específicas (direito administrativo, direito previdenciário etc.), que culminam por enfrentar questões constitucionais e de direito nacional que muitas vezes não chegam a ser conduzidas aos seus plenários/órgãos especiais. Esses pronunciamentos jurisdicionais, na medida em que não se encontram referidos no artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015, não integram o que Hermes Zaneti Júnior convencionou chamar de *precedentes normativos formalmente vinculantes* (inclusive na vertente, também destacada por Zaneti, dos *precedentes normativos formalmente vinculantes fortes*); mas podem ser incorporados ao conceito de precedentes sob a forma *precedentes normativos vinculantes*, terceiro elemento da classificação proposta por Zaneti para os precedentes (2016, p. 21).

Os *precedentes normativos formalmente vinculantes e os precedentes normativos formalmente vinculantes fortes* são aqueles extraídos

do pronunciamentos jurisdicionais-tipo elencados pelo artigo 927 do código de 2015. Em ambos “a vinculatividade é compreendida a partir do ônus argumentativo previsto em lei”, que “reforça a presunção a favor dos precedentes através da obrigatoriedade legal de seguir os próprios precedentes (vinculação horizontal) e os precedentes das cortes hierarquicamente superiores (vinculação vertical)” (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 325-326). A diferença entre eles é que os primeiros (precedentes normativos formalmente vinculantes) “possibilitam a impugnação por via recursal das decisões que não seguirem o precedente, com base na não observância” (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 325), enquanto que os outros (precedentes normativos formalmente vinculantes fortes) “possibilitam a impugnação por via recursal (via ordinária)” e também “por via autônoma diretamente nos tribunais superiores per saltum (via extraordinária)” (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 326), por exemplo, por meio da apresentação de reclamação por descumprimento de súmula vinculante (p. 354-355). Conforme Zaneti (2016, p. 317), “no Brasil, atualmente as decisões fortemente vinculantes são as cristalizadas em súmulas vinculantes e as decorrentes de ações de controle de constitucionalidade concentrado” (precedentes normativos formalmente vinculantes fortes), enquanto que os demais pronunciamentos-tipo referidos no artigo 927 do código¹²¹ formam precedentes normativos formalmente vinculantes.

Contudo, esses não são os únicos precedentes adotados pelo Direito Brasileiro. Há, ainda, a terceira via destacada na classificação de Zaneti, que comporta os chamados *precedentes normativos vinculantes*, cuja vinculatividade não resulta de taxativa imposição normativa,

121 Decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça em incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, decisões exaradas por esses Tribunais de Cúpula no contexto do julgamento de recursos repetitivos, súmulas não vinculantes por eles editadas e decisões adotadas por seu plenário/órgão especial.

mas da circunstância de o ordenamento jurídico reconhecer “o papel de cortes supremas às cortes de vértice” e de levar “a sério os seus tribunais e suas decisões”, que configura “uma ‘presunção a favor do precedente’, de cunho normativo, muito embora não conte com uma previsão formal (legal) de vinculatividade expressa e explícita dos textos legais” (2016, p. 325).¹²²

Zaneti defendia a adoção da teoria dos precedentes pelo Direito Brasileiro mesmo antes da edição do código de 2015 (2007, p. 50)¹²³ Porém, em suas próprias palavras, o Brasil apresentava até então “um modelo fraco de precedentes judiciais”, pois “muito embora em alguns casos houvesse vinculatividade (ex.: súmulas vinculantes) não havia uma regra geral de *stare decisis* e a recepção do modelo de *stare decisis* tinha sido até o presente momento apenas uma recepção parcial e mitigada” (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 357). Existia, então, “uma ideologia que, do ponto de vista cultural e normativo, compreendia os precedentes como instrumentos fracos de persuasão e não como normas vinculantes de nosso sistema”, num contexto em que “a teoria das fontes reconhecia aos precedentes um papel de fontes secundárias e a prática judicial lhes emprestava o caráter de argumentos de reforço, muitas vezes relevantes, mas não vinculantes em relação às decisões dos casos-atuais” (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 357).

122 Afinal, é “sinal de maturidade jurídica o ordenamento levar em consideração os precedentes de outras cortes em casos análogos” (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 324).

123 Nesse mesmo sentido se posicionaram Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2008, p. 348-349), quando acenaram, a partir do tratamento constitucional conferido à matéria e dos dispositivos do código de 1973 que dispunham sobre a utilização dos entendimentos firmados pelos Tribunais como parâmetro para a resolução de casos futuros, à “indiscutível força persuasiva que têm os precedentes judiciais na solução de casos concretos”, notadamente em vista da “crescente força vinculativa que lhes vem dando o legislador brasileiro”.

Esse quadro se modificou com a edição do código de 2015, quer porque o seu artigo 927 vincula os juízes e tribunais ao cumprimento de precedentes extraídos pelos intérpretes de determinados pronunciamentos jurisdicionais-tipo (*precedentes normativos formalmente vinculantes* e *precedentes normativos formalmente vinculantes fortes*), quer porque o inciso VI do § 1º de seu artigo 489¹²⁴ a eles impõe seguir (entre outros pronunciamentos jurisdicionais)¹²⁵ os precedentes invocados pelas partes em suas manifestações no processo; aqui incluídos não apenas os *precedentes normativos formalmente vinculantes* e os *precedentes normativos formalmente vinculantes fortes*, mas também os chamados *precedentes normativos vinculantes*.¹²⁶ É precisamente nesse contexto que se situam as decisões uniformizadoras proferidas pelas turmas/câmaras/sessões especializadas dos Tribunais de Cúpula (e também pelos Tribunais de Segunda Instância); que, por deterem essa característica (pretensão de

124 CPC-2015. “Art. 489 [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

125 Cuja vinculatividade será abordada no tópico subsequente.

126 A diferença entre eles, no que concerne ao grau de vinculação jurídica, “é a obrigatoriedade formal de levar os casos-precedentes em consideração”; ressaltada, evidentemente, a existência de distinção ou a superação do entendimento, que afastam a vinculatividade de todos eles (dos precedentes normativos formalmente vinculantes, dos precedentes normativos formalmente vinculantes fortes e dos precedentes normativos vinculantes); muito embora quanto aos precedentes normativos formalmente vinculantes e aos precedentes normativos formalmente vinculantes fortes não se admita “a superação (orverruling) do caso-precedente pelo órgão de hierarquia inferior” e sem embargo desses últimos (precedentes normativos formalmente vinculantes fortes) exigirem quórum qualificado para a sua superação (cf. ZANETTI JÚNIOR, 2016, p. 325-326).

uniformização), impõem-se, nos casos concretos, como *precedentes vinculantes sem previsão legal*.

6.2.2.2.2 A vinculatividade das decisões persuasivas invocadas

Todavia, entre nós, também vinculam a atividade cognitiva desenvolvida pelos julgadores a jurisprudência (inclusive aquela reproduzida em súmulas) invocada pelas partes no curso do processo. É que o inciso VI do § 1º do artigo 489 do Código de Processo Civil de 2015¹²⁷ estabelece, textualmente, que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão” (art. 489, § 1º) que deixar de seguir (não apenas precedentes, mas também) enunciado de súmula e jurisprudência “invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (art. 489, § 1º, VI).

E não prospera, ao ensejo, a suposição de que o legislador, quando empregou, no texto do código, a frase “enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado”, quis referir tão somente aos precedentes extraídos dos pronunciamentos jurisdicionais elencados em seu artigo 927, ou, quando menos, que estaria se reportando a eles e aos precedentes mencionados no tópico anterior, em que abordamos os precedentes normativos vinculantes (embora não formalmente vinculantes) que resultam de decisões uniformizadoras proferidas por turmas/câmaras/sessões especializadas.

Em primeiro lugar porque a confirmação dessa interpretação jurídica pressupõe que se admita que, em Direito, a lei contém (ou que poderia conter) palavras inúteis, suposição amplamente

127 Mencionado no tópico anterior com o propósito de justificar a vinculatividade de decisões uniformizadoras proferidas por turmas/câmaras/seções especializadas de tribunais, e que designamos, em vista da classificação proposta por Zaneti, como precedentes normativos vinculantes, embora não formalmente vinculantes.

rejeitada pela tradição jurídica; *como se a opção do legislador por impor aos julgadores que sigam enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente* invocado pelas partes sempre que não lograrem demonstrar a configuração de distinção ou superação nos casos concretos *significasse, na prática, que apenas os precedentes invocados mereceriam semelhante acatamento*; sobretudo quando se tem em vista que se o legislador tivesse efetivamente desejado que apenas os precedentes invocados precisassem ser observados no curso do processo bastaria que ele somente tivesse empregado, no dispositivo, o signo *precedente*, deixando de fora do texto legal a referência feita aos signos *enunciado de súmula e jurisprudência*.

Em segundo lugar porque também desmente essa ilação a própria inclusão, no texto normativo, da preposição *ou* que por si só indica que o legislador considerou abarcados pela regra formulada cada um dos três tipos de pronunciamentos mencionados (enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente), e não apenas um deles (precedente).

Em terceiro lugar porque a adstrição de juízes e tribunais aos precedentes (que Zaneti convencionou chamar *eficácia vertical*) já resulta do texto do artigo 927 da lei processual, que projeta a obrigatoriedade que têm os julgadores de, independentemente da sua invocação nas manifestações processuais, observá-los em suas decisões/sentenças/acórdãos.

Disso se verifica que o inciso VI do § 1º do artigo 489 do código de 2015 enuncia, (i) quanto aos precedentes, tão somente a possibilidade do afastamento da sua obrigatoriedade (imposta pelo artigo 927 do código de 2015) quando o julgador puder demonstrar a configuração de distinção ou superação, prevendo, (ii) quanto aos enunciados de súmula e a jurisprudência invocados pelas partes,¹²⁸ que esses

128 Ambos situados por Zaneti no contexto do que ele convencionou chamar jurisprudência persuasiva, mas que, por efeito didático, convencionamos chamar, simplesmente, de decisões persuasivas invocadas.

pronunciamentos (ii.1) precisam observados pelos julgadores¹²⁹ e que, como os precedentes, (ii.2) somente podem ter a sua aplicação afastada nos casos concretos quando o julgador vier a demonstrar a existência distinção ou superação.¹³⁰

6.2.3 Como aplicar o modelo de precedentes?

Definido, nesses termos, o que são precedentes, e também o que não são precedentes, e convencionado, pelas razões dantes expostas, que, ressalvada a configuração de distinção ou superação, não apenas precedentes, mas também decisões persuasivas invocadas devem ser seguidas nas decisões/sentenças/acórdãos proferidas pelos julgadores, cumpre delimitar, em vista desses modelo-tipo, o que vincula (*ratio decidendi*) e o que não vincula os julgadores (*obiter dictum*), para adiante minudenciar os conceitos de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruled*), cuja configuração, nos casos concretos, é condição

129 Como ocorre com os precedentes, embora quanto a eles sequer seja necessária à sua invocação pelas partes, dada a imposição jurídico-normativa que sobressai do artigo 927 da lei processual.

130 Por óbvio, a noção de superação aplicada às decisões persuasivas invocadas (que se diferenciam dos precedentes, por não possuem caráter uniformizador) precisa ser a adequada à sua natureza, sob pena e risco de que se configure, na casuística, imposição a que os julgadores observem, ao mesmo tempo, posicionamentos jurídicos contraditórios (ou que se verificaria, por exemplo, se autor e réu invocarem acórdãos de Tribunais distintos proferidos em sentido diametralmente opostos). Porém, isso é assunto para estudo mais aprofundado, quando ao que recomendamos a leitura da dissertação de Mestrado apresentada por Gabriel Sardenberg Cunha ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Ufes, e que foi aprovada com distinção por banca composta, juntamente com o autor (orientador da pesquisa), pelos professores Hermes Zaneti Júnior, Daniel Mitidiero e Samuel Meira Brasil Júnior, que certamente se inserem entre os principais especialistas na matéria no âmbito do Direito Brasileiro (cf. CUNHA, 2020, p. 208-211).

sine qua non para o afastamento da vinculatividade de precedentes e decisões persuasivas invocadas.

A *ratio decidendi* (ou *holding*, como a designam os norte-americanos), corresponde, na lição de Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, aos fundamentos jurídicos que sustentam a decisão, que carregam a opção hermenêutica adotada no julgamento do caso paradigma (2008, p. 350). E constitui-se, na precisa definição de José Rogério Cruz e Tucci, como a tese jurídica empregada para decidir o caso concreto (2004, p. 175). Assim, diversamente do que se verifica na imposição de uma decisão judicial às partes envolvidas no conflito em que foi proferida, que se tornam vinculadas ao que se expressou na sua parte dispositiva, quando se cogita da aplicação de precedentes (e também de decisões persuasivas invocadas) o que vincula os julgadores são os fundamentos do julgamento que solucionou o caso paradigma (*ratio decidendi*).

A propósito, Luiz Guilherme Marinoni refere ao conceito de *eficácia transcendente da motivação*; que suscita a seguinte operacionalização no campo da aplicação do Direito:

Com a expressão *eficácia transcendente da motivação* se pretende passar o significado de *eficácia* que, advinda da fundamentação, recai sobre situações que, embora especificamente distintas, tem grande semelhança com a já decidida e, por isto, reclamam as mesmas razões que foram apresentadas pelo tribunal ao decidir. Assim, se a norma constitucional “X” foi considerada inconstitucional em virtude das razões “Y”, a norma constitucional “Z”, porém substancialmente idêntica a “X”, exige a aplicação das razões “Y” (MARINONI, 2010-a. p. 265).

Dito isso, Marinoni observa que a expressão *motivos determinantes da decisão*, usualmente tomada como sinônima do conceito *eficácia transcendente da motivação*, “contém detalhe que permite a aproximação do seu significado ao de *ratio decidendi*”,

pois “há, nesta expressão, uma qualificação da motivação ou da fundamentação, a apontar para aspecto que estabelece claro *link* entre os motivos e a decisão” (2010-a, p. 265). Com efeito, “os motivos têm que ser determinantes para a decisão”, de modo que “não é todo e qualquer motivo que tem eficácia vinculante ou transcendente”, mas “apenas os motivos que são determinantes para a decisão” (MARINONI, 2010-a, p. 265-266). Esses “motivos que determinam a decisão nada mais são do que as razões de decidir, isto é, a *ratio decidendi*” (MARINONI, 2010-a, p. 266).

Quanto ao particular, deve estar claro que quando uma decisão judicial assume a forma de precedente (ou de persuasiva invocada) apenas a sua *ratio decidendi* vincula os juízes, que não são afetados por argumentos expostos apenas de passagem em sua motivação, “consubstanciando juízos acessórios, provisórios, secundários, impressões ou qualquer outro elemento que não tenha influência relevante e substancial para a decisão”, que se qualificam, conforme Didier, Braga e Oliveira, como *obiter dictum* (2008, p. 350). Também são *obiter dictum* “os pronunciamentos que dizem respeito a pedido não formulado e a causa de pedir não invocada”, assim como os “fundamentos que, embora façam parte da causa de pedir, não foram alegados e discutidos pelas partes, e, assim, estariam sendo tratados no processo pela primeira vez”; vez que “os pronunciamentos relativos a estes pontos são, em regra, não aprofundados e não decorrem de discussão entre todos os membros do colegiado,¹³¹ sendo feitos de passagem ou lateralmente ao enfrentamento de outra

131 Ao ensejo, Zaneti (2016, p. 353) observa que “somente serão considerados fundamentos determinantes aptos a formarem a *ratio decidendi* aqueles efetivamente debatidos ou incorporados pelo voto dos juízes em decisão colegiada”. Mas adverte que o voto vencido não deve ser confundido com o *obiter dictum*, pois, no regime do código de 2015, “o voto vencido integra o acórdão para todos os fins, inclusive para fins de pré-questionamento (art. 941, § 3º)” (cf. ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 353-nota de rodapé).

questão” (MARINONI, 2010-a, p. 272). Enfim, “tudo aquilo que não for essencial à decisão, que não constitui fundamentos determinantes, será *obiter dictum*”, e, portanto, não terá efeito vinculante (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 352).

Porém, é importante ter em vista, ainda, que nem sempre a *ratio decidendi* de um caso paradigma pode ser aplicado aos casos concretos. É que a teoria dos precedentes também trabalha com a figura da distinção (*distinguishing*), método “pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma” (TUCCI, 2004, p. 174), e que ocorre quando há “distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma”, que pode se fundar na constatação de que “não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica)”, ou, ainda, na verificação de que, “a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente” (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2008, v. 2., p. 353). No ponto, Zaneti observa que o código de 2015 “prevê a possibilidade de afastamento/distinção entre o caso atual e o caso-precedente atribuída a todos os juízes ou tribunais”, destacando, em referência ao texto legal, que “o artigo 489, § 1º, VI, afirma que não será considerada fundamentada a decisão que deixar de seguir o precedente sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento” (2016, p. 355).

Também se cogita da superação do precedente (e também de decisão persuasiva invocada), técnica por meio da qual ele (ela) perde a sua força vinculante, sendo substituído (substituída) por outro precedente (ou decisão persuasiva invocada) (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2008, p. 354).¹³²

132 A superação também pode ser parcial, que ocorre quando o Tribunal apenas limita o âmbito da sua incidência, em função da superveniência de uma regra ou princípio legal (cf. ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 355).

Ao ensejo, Zaneti leciona que “os precedentes não são imutáveis”, porque podem “ser modificados, alterados, superados pelo tribunal que os estabeleceu ou por tribunal superior”, e acrescenta que “a existência de uma nova lei, válida substancial e formalmente, determina o afastamento do precedente” (2016, p. 355-356). Nesse âmbito, “as Cortes Supremas podem, [...] mesmo diante da regra do *stare decisis*, superar o precedente [...], desde que considerem ser esta a melhor solução de direito” (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 315-316).¹³³

O mesmo raciocínio pode ser aplicado às decisões persuasivas invocadas, muito embora quanto a elas se torne necessária uma readequação do conceito de superação. A propósito, Gabriel Sardenberg Cunha defende a concepção de um conceito de superação mais flexível, que considere suficiente à sua configuração (que para os precedentes “deve ser feita exclusivamente pelo próprio tribunal que firmou o precedente ou por tribunal hierarquicamente superior”) a existência de pronunciamento em sentido diverso pelo “o Tribunal a que esteja institucionalmente vinculado o julgador (2020, p. 209). A ser de outro modo, “isto é, se o próprio o Tribunal que firmou a decisão persuasiva invocada precisasse superá-la para que” julgadores vinculados a outros tribunais pudessem considera-la superada, “não seriam as decisões do Supremo Tribunal Federal (matéria

133 Mas deve estar claro que os precedentes normativos formalmente vinculantes e os precedentes normativos formalmente vinculantes fortes, que são aqueles cuja vinculatividade decorre de taxativa previsão legal, somente podem ser superados pelos tribunais que os firmaram (a título de exemplo, um precedente firmado pelo Superior Tribunal de Justiça em incidente de julgamento de recursos repetitivos somente pode ser superado por essa Corte Superior de Justiça); sendo que, quanto a esses últimos (precedentes normativos formalmente vinculantes fortes), a superação está a exigir, ainda, o mesmo quórum aplicável à sua formação (ainda exemplificativamente, uma súmula vinculante adotada pelo Supremo Tribunal Federal só pode ser superada por decisão desse mesmo Tribunal tomada por maioria de dois terços, quórum imposto pela Constituição à sua edição) Conferir também em Zaneti Júnior (2016, p. 325-326).

constitucional) ou do Superior Tribunal de Justiça (matéria de lei federal) que levariam à uniformização da aplicação do Direito, mas as decisões do Tribunal local que decidisse primeiro”; do que resultaria, conforme Cunha, “a formação de uma espécie de hierarquia institucional por prevenção” (2020, p. 209-210).

Afastadas essas hipóteses (distinção e superação), os precedentes (e também as decisões persuasivas invocadas) devem ser respeitados.¹³⁴ Quanto a isso, Zaneti refere à necessidade de o regime jurídico “garantir o constrangimento normativo a partir dos textos legais e dos precedentes normativos formalmente vinculantes” (aos quais acrescentamos, pelas razões dantes expostas, os precedentes que resultam dos pronunciamentos uniformizadores de turmas/câmaras/seções especializadas mantidas por tribunais e as decisões persuasivas invocadas), “para que se reduza a discricionariedade judicial e aumente a racionalidade das decisões judiciais”; contexto em que “o Poder Judiciário, como instituição, exerce uma dupla função social”, porque lhe compete decidir a controvérsia e enriquecer a oferta de normas jurídicas; o que “implica dois discursos possíveis a partir da decisão judicial”, a discussão do caso, atinente à resolução da controvérsia, e o discurso do precedente (igualmente extensível, no modelo brasileiro, às decisões persuasivas invocadas), que comporta “a reconstrução do ordenamento jurídico a partir da interpretação operativa que acresce conteúdo normativo”. (2016, p. 361-362).¹³⁵

6.3 A CONSTITUCIONALIDADE DO MODELO BRASILEIRO DE PRECEDENTES

Em que pese a contundente operatividade do Modelo Brasileiro de Precedentes para orientar a aplicação do Direito nos casos

134 Como acentua Zaneti (2016, p. 361), “o intérprete não é livre, uma vez que tem o dever de seguir o precedente”.

135 Cf. MITIDIERO, 2012, p. 85-89 e 91.

concretos, na medida que induz, pela via da construção de interpretações jurídicas uniformizadoras pelos Tribunais, a prolação de decisões jurídicas que possam ser aceitas pelos contendores como justa aplicação do Direito, *há quem sustente*, no plano da Ciência, *a inconstitucionalidade do artigo 927 do código de 2015*,¹³⁶ em especial do disposto nos seus incisos III, IV e V (que vinculam os juízes e tribunais aos acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência e na sistemática de julgamento de demandas/recursos repetitivos, às súmulas não vinculantes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e aos precedentes firmados pelos demais Tribunais), *fundados na suposição de que a vinculatividade dos precedentes precisaria ser determinada pela Constituição* (os incisos I e II não tiveram a sua constitucionalidade impugnada porque tratam das decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional em controle concentrado e das suas súmulas vinculantes, cuja vinculatividade foi afirmada pelo texto constitucional), *sob pena e risco de que se configure ofensa à separação de poderes, ao princípio da legalidade e, enfim, à própria ideia de democracia* (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 367)¹³⁷ Zaneti (2016, p. 367) reporta-se, nesse contexto, aos magistérios de José Rogério Cruz e Tucci (2015) e de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery (2015).

Cruz e Tucci observa, ao ensejo, que o dispositivo consigna lamentável equívoco quando “impõe aos magistrados, de forma cogente — “os tribunais observarão” —, os mencionados precedentes, como se

136 CPC-2015. “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

137 Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, 2017, p. 138-141.

todos aqueles arrolados tivessem a mesma força vinculante vertical” (2015, p. 454). E considera que esse desacerto também consubstancia uma inconstitucionalidade, “visto que a Constituição Federal [...] reserva efeito vinculante apenas e tão somente às súmulas fixadas pelo Supremo, mediante devido processo e, ainda, aos julgados originados de controle direto de constitucionalidade” (TUCCI, 2015, p. 454).

Em mesma direção é o posicionamento Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, quando assentam que “no direito brasileiro somente a súmula vinculante, emitida pelo STF nos casos e na forma da CF 103-A, tem natureza de texto normativo geral e abstrato”, alçando, assim, aplicação geral equivalente à da lei; para concluir, na sequência que “a vinculação do juiz nas hipóteses previstas no CPC 927 III, IV e V é inconstitucional, pois não existe autorização expressa na CF, como seria de rigor, para que haja essa vinculação” (2015, p. 1156). Disso resulta a sua afirmação quanto a ser “exigível emenda constitucional para autorizar o Poder Judiciário a legislar”, visto que “a jurisprudência não tem, *de lege lata*, força normativa maior do que a CF ou da lei”, pelo que “somente nas hipóteses previstas no CPC 927, I e II a vinculação é possível, pois para isso há expressa autorização constitucional (art. 102, § 2º e 103-A *caput*)” (NERY JÚNIOR; NERY, 2015, p. 1156.)

6.3.1. Inexistência de contrariedade ao princípio democrático

No ponto, devo registrar desde logo que é inadequado procurar atribuir caráter legislativo à atividade cognitiva desenvolvida pelos Tribunais no contexto da formação dos precedentes¹³⁸. Com efeito, a atividade cognitiva desenvolvida pelos julgadores no processo judicial é resultado do esforço de reconstrução normativa empreendido pelos intérpretes com o propósito de compreender e aplicar os enunciados

138 Sobre a argumentação que se segue, cf. (MADUREIRA, 2014, p. 214-233) e (MADUREIRA, 2017, p. 141-151).

que compõem o direito positivo. Trata-se, sob certa ótica, de atividade normativa. Porém, não se pode atribuir a ela a conotação de atividade legislativa, a suscitar ofensa ao princípio democrático.

E tal se dá porque, como leciona José Joaquim Gomes Canotilho, a circunstância de a democracia ter como suporte ineliminável o princípio majoritário, não significa que o princípio democrático admita o absolutismo (ou o domínio) da maioria (2000, p. 329). Daí que, como adverte o professor português, “a maioria não pode dispor de toda “legalidade”, ou seja, não lhe está facultado, pelo simples facto de ser maioria, tornar disponível o que é indisponível”, o que implica reconhecer que o direito da maioria sempre estará em concorrência com o direito das minorias, notadamente no que se refere aos direitos, liberdades e garantias e, em geral, a toda a disciplina constitucionalmente fixada, contexto em que “o princípio da constitucionalidade sobrepõe-se ao princípio majoritário” (CANOTILHO, 2000, p. 329).

Exatamente por esse motivo é não se pode ter por absoluta a separação entre os Poderes, contexto em que o Parlamento assume o papel do Legislativo, mas com limitações,¹³⁹ o que torna relativo o racionalismo situado na base da ideia do balanceamento (próprio da teoria republicana) e diferencia esse regime daquele racionalismo absoluto do Iluminismo (próprio da teoria liberal).¹⁴⁰ Dentro dessa

139 A propósito, confira-se, também, essa outra passagem da obra de Canotilho (2000, p. 559): “Embora se defenda a inexistência de uma separação absoluta de funções, dizendo-se simplesmente que a uma função corresponde um titular principal, sempre se coloca o problema de saber se haverá um núcleo essencial caracterizador do princípio da separação e absolutamente protegido pela Constituição. Em geral, afirma-se que a nenhum órgão podem ser atribuídas a outro. Quer dizer: o princípio da separação exige, a título principal, a correspondência entre órgão e função e só admite exceções quando não for sacrificado o seu núcleo essencial”.

140 Canotilho pontua a distinção entre essas duas abordagens teóricas na seguinte passagem de sua obra: “A teoria liberal assenta nos seguintes postulados:

ótica republicana, que é característica do regime jurídico brasileiro, a separação entre os poderes torna-se essencial para a busca da justiça, que vai aqui entendida como um ideal objetivo, desvinculado do sentimento popular, pois “supõe-se que as Cortes fazem o que é certo, e não o que é popular”, como disse Owen Fiss (2004, p. 155)¹⁴¹. Essa forma de independência, argumenta o professor norte-americano, “também permite que o Judiciário, ao se manter em consonância com a doutrina de separação de poderes, aja como uma força em contrapeso no Estado, verificando a ocorrência de abusos de poder por parte do Legislativo e Executivo” (FISS, 2004, p. 155). Essa é, pois, a conformação e a missão do regime de freios e contrapesos que, nas palavras de Paulo Bonavides, “constitui a primeira correção essencial que se impôs” ao princípio democrático, “como decorrência, até certo ponto empírica, da prática constitucional” (2007. p. 74).

1) a política é um meio para a prossecução de fins, estando estes fins radicados numa esfera de liberdade social preexistente à própria política; (2) o processo democrático serve para colocar o estado ao serviço da sociedade, reduzindo-se este estado a um aparelho administrativo e estruturando-se a sociedade como um sistema econômico baseado no comércio entre pessoas privadas; (3) a política deve orientar-se no sentido de prosseguir estes interesses privados perante um aparelho administrativo que se transformou em poder especializado de prossecução de fins colectivos. [...] Segundo a teoria republicana a política é uma dimensão constitutiva da formação da vontade democrática e por isso: 1) assume a forma de um compromisso ético-político referente a uma identidade colectiva no seio da comunidade; (2) não existe espaço social fora do espaço político traduzindo-se a política numa forma de reflexão do bem comum; (3) a democracia é, desta forma, a auto-organização política da comunidade no seu conjunto” (2000, p. 1414-1415).

141 Até porque, conforme leciona Raffaele De Giorgi (1998. p. 41), “a ideia de representação parlamentar exprime publicamente os temas da política, organizando as decisões de modo a produzir consenso, não obstante o dissenso sobre os princípios”.

O que se dá é que os problemas característicos da Era Contemporânea agregaram maior complexidade ao campo da aplicação do Direito. A substancial alteração do modo com vinham sendo construídos os textos jurídicos, pela via do emprego de normas de tecitura aberta, assim como a positivação de princípios jurídicos nas Cartas Constitucionais, vão de encontro à lógica liberal que procurava restringir a atividade jurisdicional a uma aplicação mecânica do direito positivo, pautada única e exclusivamente na subsunção da lei aos fatos. Nessa conjuntura, a própria circunstância de o legislador haver abandonado o paradigma normativo-liberal burguês impõe aos intérpretes um esforço de concretização das proposições normativas abstratas que, como expus, redundam na reconstrução casuística do direito positivo, algo que, se for empreendido dentro de um processo dialético, em que sejam consideradas as opiniões de todos aqueles interessados na prolação do juízo, longe de opor-se ao princípio democrático, revigora-o, no contexto de uma aceção renovada de democracia.¹⁴²

Canotilho alude, em sua obra, às diversas dimensões do princípio democrático, dispondo, adiante, que somente a partir delas é que “se conseguirá explicar a relevância dos vários elementos que as teorias clássicas procuravam unilateralmente transformar em *ratio* e *ethos* da democracia” (2000, p. 288). Nessa conjuntura, o constitucionalista refere à *democracia representativa* (que qualifica, entre outros fatores, pela existência de órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes) e à *democracia participativa* (que coliga à “estruturação de processos que ofereçam aos

142 Daí a absoluta pertinência da observação de Raffaele De Giorgi (1998, p. 57) quando disse que “a democracia é a manutenção da complexidade”, ou a “estrutura seletiva que reproduz complexidade baseada na permanente ativação de operações de tomada de decisões”, designando-se, também, como a oportunidade que tem a “comunidade de intérpretes” “de reproduzir sempre novos horizontes de decisão sob as condições de autocontrole fixadas no sistema da política”.

cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões”) (CANOTILHO, 2000, p. 288). Noutra passagem, após discorrer sobre as particularidades da aplicação do Direito de nosso tempo, Canotilho refere à *democracia deliberativa*, cujos contornos principais seriam a existência de uma política deliberativa assente na ideia de virtude cívica, assim como a possibilidade de que se promova a igualdade entre os participantes no processo político, o consentimento universal nas disputas normativas através da razão prática e os direitos de participação dos cidadãos na vida pública, pela via do controle dos seus representantes (2000, p. 1416). E também à *democracia discursiva*, cuja concepção Canotilho atribui a Jürgen Habermas, e que, em sua opinião, distingue-se do republicanismo liberal norte-americano por não se assentar “em direitos universais do homem (ou direitos preexistentes na perspectiva liberal), nem na moral social de uma comunidade determinada (como sustenta a visão republicana)”, fundando-se, para o constitucionalista, “em regras de discussão, formas de argumentar, institucionalização de processos [...], cujo fim é proporcionar uma solução nacional e universal a questões problemáticas, morais e éticas da sociedade” (2000, p. 1416-1417).¹⁴³

143 Também Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 235-236) refere à democracia deliberativa. Ao ensejo, esse professor paranaense observa que a “percepção do inevitável envelhecimento e esgotamento das disposições legislativas” pôs em evidência “a necessidade de a lei conter espaços capazes de dar ao juiz o poder de adaptação da norma às novas realidades e valores”; contexto em que sugeram as cláusulas gerais, que reproduzem uma “profunda modificação na maneira de o legislativo produzir direito”, na medida em que conferem ao juiz a possibilidade de “considerar circunstâncias não normatizadas para dar solução adequada aos casos concretos”. Essa flexibilidade cognitiva é ampliada, entre nós, pela admissibilidade do controle difuso de constitucionalidade, que “coloca o juiz na posição de agente capaz de negar o produto elaborado pelos representantes da maioria” (MARINONI, 2010-b, p. 244). No entanto, “embora o controle da constitucionalidade possa ser visto como força contra-majoritária, a

Pessoalmente, compreendo a *democracia deliberativa* e a *democracia discursiva* referidas por Canotilho como uma mesma acepção de democracia, que desigmo simplesmente como *democracia deliberativa*.¹⁴⁴ Justifico essa minha opção teórica na constatação de que Habermas, em seus escritos, refere reiteradamente a uma “política deliberativa”, por ele qualificada como o âmago do processo democrático, e que ele procura distinguir da concepção do Estado tido como protetor de uma sociedade econômica e do conceito republicano de uma comunidade ética institucionalizada na forma de Estado.¹⁴⁵ Também Alexy, celebrizado pelo desenvolvimento da teoria

suas legitimidade advém da circunstância” de os direitos fundamentais estarem “excluídos da disposição do Legislativo, tendo o Judiciário o dever de protegê-los, concretizá-los e afirmá-los para a própria constitucionalização do ordenamento jurídico” (MARINONI, 2010-b, p. 244-245). Conforme Marinoni, “não se trata simplesmente de opor o direito fundamental à lei, mas sim de demonstrar, mediante adequada argumentação, que a lei se choca com o direito fundamental” (p. 245). Disso resulta que “a democracia não se resume apenas a um processo de decisão marcado pela existência de eleições periódicas e pela regra da maioria”, abarcando, em rigor, “não somente decisão, mas também discussão”, cuja inclusão no “conceito de democracia torna a democracia deliberativa” (MARINONI, 2010-b, p. 246).

144 Cf. MADUREIRA, 2014, p. 214-233. Nesse mesmo sentido se posiciona André Ramos Tavares (2007, p. 79, nota de rodapé), que, mesmo ressaltando que Canotilho distingue a democracia participativa discursiva da deliberativa, admite que dessas opções terminológicas possam “ocasionar confusões conceituais de correntes de armadilhas da linguagem” e a elas refere como sendo uma só categoria, quando, adiante, observa que a “democracia deliberativa é também conhecida como dialógica, consensual, inclusiva ou discursiva”.

145 É o que depreende da seguinte passagem da obra do professor alemão: “De acordo com o resultado de nossas considerações sobre a teoria do direito, o processo da política deliberativa constitui o âmago do processo democrático. E esse modo de interpretar a democracia tem consequências para o conceito de uma sociedade centrada no Estado, do qual procedem os modelos de democracia tradicionais. No entanto, há diferenças, não somente em relação à concepção do Estado tido como protetor de uma sociedade econômica, como também

do discurso, designa essa dimensão do princípio democrático como *democracia deliberativa*, dispondo taxativamente que “o princípio do discurso exige a democracia deliberativa” (2007-a, p. 35).¹⁴⁶

Acerca dessa acepção de democracia, André Ramos Tavares (2007, p. 81) acentua que “uma das obras contemporâneas que mais influenciou o debate sobre o assunto, considerada como referencial obrigatório, é a de Amy Gutmann e Dennis Thompson”, para quem “a democracia deliberativa afirma a necessidade de justificar decisões tomadas por cidadãos e seus representantes”, num contexto em que se espera “que ambos justifiquem as leis que eles imporiam um ao outro”(GUTMAN; THOMPSON, 2007, p. 19).¹⁴⁷ De seu turno, Claudio Pereira de Souza Neto leciona, reportando-se à teoria deliberativa,¹⁴⁸ que “a democracia deliberativa surge, nas duas últimas décadas do século XX, como alternativa às teorias da democracia então predominantes, as quais a reduzem a um processo de agregação de interesses particulares, cujo objetivo seria a escolha de elites governantes” (2007, p. 104).¹⁴⁹ Conforme Souza Neto, a democracia deliberativa

em relação ao conceito republicano de uma comunidade ética institucionalizada na forma de Estado” (HABERMAS, 2003-b, p. 18).

146 Para Alexy, “a democracia deliberativa é mais do que um procedimento para a produção de uma compensação de interesses ótima abaixo do limite de ditadura ou guerra civil”, pois, “nela, o plano dos interesses e do poder é coberto por um plano dos argumentos, no qual todos os participantes lutam por uma solução política correta” (2007-a, p. 35).

147 Esse texto, publicado no primeiro número da Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, editado sob a coordenação de André Ramos Tavares e Pedro Buck, compõe o primeiro capítulo da obra *Why Deliberative Democracy?* (GUTMAN; THOMPSON, 2004).

148 Cf. (SOUZA NETO, 2006), (SOUZA NETO, 2007, p. 104-143), (TAVARES, 2007, p. 79-103), (GUTMAN; THOMPSON, 2004), (GUTMAN; THOMPSON, 2007, p. 17-78) e (BOBBIO, 2007, p. 144-170).

149 Bem retrata a concretização de semelhante expediente entre nós as seguintes advertências apresentadas pelo historiador Sérgio Buarque de Holanda (1995, p. 146): “[...] a democracia no Brasil sempre foi um lamentável mal-entendido.

contrapõe-se a essas teorias agregativas, e assume como premissa a compreensão de que o processo democrático não pode se restringir à prerrogativa popular de eleger representantes (já que a experiência histórica demonstra que democracia assim concebida, pode ser amesquinhada e manipulada), devendo, portanto, “envolver, além da escolha de representantes, também a possibilidade efetiva de se deliberar publicamente sobre as questões a serem decididas” (2007, p. 104).

Nessa perspectiva, os juízes, quanto procedem à reconstrução do direito positivo, não contrariam (ou ofendem) o princípio democrático, mas o confirmam. Até porque, como expressa Souza Neto, “não há verdadeira democracia sem respeito aos direitos fundamentais” (2007, p. 105).¹⁵⁰

Uma aristocracia rural e semifeudal importou-a e tratou de acomodá-la, onde fosse possível, aos seus direitos ou privilégios, os mesmos privilégios que tinham sido, no Velho Mundo, o alvo da luta da burguesia contra os aristocratas. E assim puderam incorporar à situação tradicional, ao menos como fachada ou decoração externa, alguns lemas que pareciam os mais acertados para a época e eram exaltados nos livros e nos discursos”.

150 Confira-se, a propósito, a seguinte passagem da obra de Alexy (2007-b, p. 51-52): “Tudo isso explica porque em todos os estados, dotados com catálogo de direitos fundamentais e jurisdição constitucional, sobre a interpretação dos direitos fundamentais, não só é refletido com calma, mas também litigado na arena política. Pode falar-se de uma luta pela interpretação dos direitos fundamentais. Juiz arbitral nessa luta, porém, não é o povo, mas o tribunal constitucional respectivo. Isso é compatível com o princípio democrático, cujo núcleo, no artigo 1º, parágrafo único, da constituição brasileira, assim como no artigo 20 alínea 2, proposição 1, da lei fundamental, é expressado com a formulação clássica: “Todo poder estatal provém do povo”? Os direitos do homem parecem converter-se em um problema para a democracia quando eles são levados a sério e de um mero ideal transformados, por institucionalização, em algo real. É exata essa impressão? É o ideal, do qual se trata no preâmbulo da declaração dos direitos do homem universal, uma quimera que leva ao arrebatamento uma contradição entre direitos fundamentais e democracia?”.

Mas, para tanto, devem ser observados os postulados da teoria deliberativa, quando menos para que todos aqueles interessados na formação do juízo sejam ouvidos no processo decisório, cuja solução, exatamente pela potencialidade de encartar a inaplicabilidade (ou a reestruturação) de proposições normativas dimanadas pelo Parlamento, deverá, sempre, ter em consideração as razões por apresentadas pelos contendores. E tal se dá, porque, como disse Tavares nesta síntese de como se processa a teoria deliberativa:

“[...] a abertura de um espaço deliberativo na formação das leis ou decisões que vincularão os participantes já oferece uma (convincente) razão para que estes sujeitos se sintam obrigados a seguir essas leis (BOHMAN, 1996, p. 4; nesse mesmo sentido, tratando das políticas públicas, parece posicionar-se BOBBIO, 2004, p. 26).

Uma das vantagens apontadas pelos teóricos da democracia deliberativa estaria numa espécie de *capacidade pacificadora* deste modelo, na medida em que as escolhas mais difíceis seriam mais aceitáveis por todos se as afirmações e as reivindicações de cada um tivessem sido avaliadas adequadamente para se chegar àquela solução (GUTMANN; THOMPSON, 2004, p. 10). A democracia deliberativa exige, essencialmente, que os participantes dialoguem entre si e estejam abertos aos argumentos contrários aos seus pontos de vista, recebendo-os para aceitá-los ou refutá-los de maneira racional e convincente. Isso exige que se levem a sério os argumentos dos adversários (GUTMANN; THOMPSON, 2004, p. 11) e que haja um certo “policimento” quanto aos argumentos próprios que serão apresentados. ‘A democracia deliberativa representa, desse modo, uma aplicação da ética do discurso no campo da política’ (SOUZA NETO, 2006, p. 145). Os modelos dialógicos comunicativos concebidos teoricamente (e praticados em alguns setores públicos e sociais) insistem na

necessidade de que os diversos atores envolvidos cheguem a um ponto comum, a uma posição aceita por todos, por meio do convencimento racional, ainda que isso não signifique um consenso. Esse modelo, portanto, trabalha com o pressuposto de que, numa discussão adequada, o diálogo poderá ser capaz de transformar posições inicialmente adotadas pelos participantes desse processo, ampliando o conhecimento daqueles que deliberam, por meio do que se poderia chamar *diálogo responsável*". (TAVARES, 2007, p. 82-83).

Observados esses cuidados, que decorrem, no que interessa ao objetivo deste trabalho, da própria estruturação do Processo Civil Brasileiro, a atividade reconstrutiva desenvolvida pelos intérpretes não será antidemocrática, mas absolutamente democrática.

Essa atividade cognitiva também é compatível com o princípio democrático porque não corporifica invasão ao feixe de competências conferido pela Constituição ao Parlamento. Essa circunstância é sublinhada por Cappelletti na seguinte passagem de sua obra:

Devemos inquirir se a criatividade judiciária, ou sua mais acentuada medida, torna o juiz legislador; se, em outras palavras, assumindo os juízes (ou alguns deles, como os constitucionais e comunitários) papel acentuadamente criativo, a função jurisdicional termina por se igualar à legislativa, e os juízes (ou aqueles outros juízes) acabam por invadir o domínio do poder legislativo. Na sua "Holdsworth Lecture" de 1965, Lord Diplock disse que "em razão de sua própria função, os tribunais estão constrangidos a agir como legisladores". Desde logo, não estou absolutamente de acordo com essa assertiva: os argumentos desenvolvidos nos parágrafos precedentes e os resultados aí obtidos evidenciam que os juízes estão constrangidos a ser criadores do direito, 'law-makers'. Efetivamente, eles são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar,

e não raro a criar ex novo o direito. Isto não significa, porém, que sejam legisladores. Existe realmente [...] essencial diferença entre os processos legislativo e jurisdicional. (CAPPELLETTI, 1999, p. 73-74).

A propósito dessa distinção entre os processos legislativo e jurisdicional, Cappelletti acentua, adiante, “que o *judicial process*, diversamente do que ocorre nos procedimentos legislativo e administrativo, impõe atitude passiva, no sentido de que não pode ser iniciado *ex officio* pelo tribunal, necessitando de um autor, cuja *actio* constitui, exatamente, a condição sem a qual não pode o juiz exercer em concreto o poder jurisdicional” (1999, p. 75). Essas *virtutes passivas*, que se apresentam, em rigor, como *limites processuais*, “diferenciam o processo jurisdicional dos de natureza ‘política’”. (CAPPELLETTI, 1999, p. 75-76).

Reforça essa conclusão de Cappelletti quanto a serem as decisões judiciais atos normativos mas não legislativos o magistério de Ronald Dworkin. Esse professor norte-americano observa que o ideal seria se os juízes pudessem “aplicar o direito criado por outras instituições” em vez de “criar um novo direito” (DWORKIN, 2002, p. 128). Mas reconhece que isso “não pode ser plenamente concretizado na prática”, já que alguns casos “colocam problemas tão novos que não podem ser decididos nem mesmo se ampliarmos ou reinterpretarmos as regras existentes” (DWORKIN, 2002, p. 128). De todo modo, como Cappelletti, Dworkin rejeita a tese segundo a qual os juízes atuam como legisladores complementares, distinguindo o papel de legisladores e juízes com base na distinção entre *argumentos de princípio* e *argumentos de política*. Dworkin os diferencia pela circunstância de os primeiros (*argumentos de política*) justificarem uma decisão mostrando que ela “fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo” (como se verifica, a título de exemplo, na opção por tributar pesadamente o comércio de bebidas alcoólicas e cigarros), ao passo que os outros (*argumentos de princípio*) justificam-na “mostrando que a decisão respeita ou

garante um direito de um indivíduo ou de um grupo” (como ocorre, no mesmo exemplo, da decisão hipotética que considere abusiva a tributação cogitada, por identificar nela, por exemplo, efeito de confisco, ou ofensa à liberdade do cidadão em persistir consumindo tais produtos independentemente de serem prejudiciais à sua saúde) (DWORKIN, 2002, p. 129). E, assim, observa que se não foge “à competência do Poder Legislativo aderir a argumentos de política e adotar programas gerados por tais argumentos”, na fase oposta “as decisões judiciais não originais, que apenas aplicam os termos claros de uma lei de validade inquestionável, são sempre justificadas por argumentos de princípio, mesmo que a lei em si tenha sido gerada por uma política” (DWORKIN, 2002, p. 1300-131). Por isso Dworkin defende “que as decisões judiciais nos casos civis, mesmo em casos difíceis [...], são e devem ser, de maneira característica, gerados por princípios, e não por políticas” (2002, p. 132).; estabelecendo, assim, a par da afirmação de Cappelletti no sentido de que distinguem a atividade normativa dos julgadores e a atividade legislativa as *virtudes passivas* (ou *limites processuais*) cogentes ao processo judicial (CAPPELLETTI, 1999, p. 75-76), que os juízes não são legisladores também porque, embora estejam autorizados a construir, em reconstrução ao direito positivo (composto por normas abstratas), as normas concretas que resolverão os litígios, quando o fazem, recorrem a *argumentos de princípios*, e não aos *argumentos de política* que designam e qualificam o exercício político-parlamentar como atividade legislativa.

Está claro, então, que a atividade interpretativa subjacente à formação dos precedentes não converte os juízes em legisladores; não ensejando, assim, ofensa ao princípio democrático.

6.3.2 Inexistência de contrariedade aos princípios da legalidade e da separação de poderes

Também não se cogita de contrariedade aos princípios da legalidade e da separação dos poderes. Com efeito, os “precedentes são normas

gerais e concretas”, enquanto as “leis são normas gerais e abstratas” (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 368).¹⁵¹

O caráter geral dos precedentes judiciais decorre da possibilidade de universalização da decisão proferida no caso precedente “para todos os casos análogos a partir das mesmas razões de decidir” (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 291). Mas eles, ostentam, por outro lado, a conotação de normas concretas. Afinal, como adverte Zaneti, “os precedentes no direito brasileiro exigem, a partir do Código de 2015, a consideração do caso concreto”, dada a imposição jurídico-normativa a que os juízes expliquem na motivação de decisão fundada em precedentes “a relação da causa ou questão decidida com os fundamentos determinantes do caso-precedente” (2016, p. 347).

Apenas a admissão de que os julgadores poderiam estabelecer normas gerais e abstratas feriria esses princípios constitucionais (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 368). Disso resulta a conclusão de Zaneti no sentido de que “uma teoria de precedentes não afeta, pelo menos tendencialmente e se utilizada de forma correta, os postulados da legalidade ou da completude deontica do ordenamento jurídico”. (2016, p. 291).

6.3.3 Distinção substancial entre a eficácia das súmulas vinculantes editadas com fundamento na Constituição e a vinculatividade das súmulas não vinculantes que assumem a forma de precedentes

Outra objeção que a doutrina jurídica opõe à validade constitucional das disposições normativas colhidas do artigo 927 do código de 2015 (mais especificamente de seu inciso IV)¹⁵² diz respeito à

151 Conferir também em Madureira (2017, p. 151-152).

152 CPC-2015. “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...] IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional”.

ilação de que o legislador teria convertido as súmulas não vinculantes em súmulas vinculantes.¹⁵³ Quanto a isso, Zaneti (2016, p. 369) informa que a doutrina alega “que não podendo uma súmula ser mais relevante que a outra o CPC teria igualado sua força vinculante, ao alvedrio da diferenciação constitucionalmente estabelecida, criando por norma infraconstitucional uma nova súmula vinculante” (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 369).

A afirmação, todavia, não conduz à inconstitucionalidade do dispositivo. É que, como todos sabem, a súmula vinculante também obriga a Administração Pública, de modo que “sua vinculatividade é maior do que a prevista no CPC, que se refere apenas aos juízes e tribunais”, característica que “é comum também às ações de controle de constitucionalidade concentrado” (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 369).

Destarte, se “as súmulas vinculantes vinculam a Administração Pública, diferentemente das demais súmulas, que apenas teriam força persuasiva para a Administração”, configura-se, em razão disso, “uma hierarquia nesta vinculatividade, pois sendo o enunciado da súmula vinculante constituído por quórum qualificado esta não poderá ser afastada por súmula do STF formulada por quórum simples”, o que denota que “há uma razão para existir a menção às duas espécies de súmulas no artigo 927, incisos II e IV” (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 369). Está claro, então, que o legislador, quando concebeu o texto do artigo 927 do código de 2015, para além de não haver abdicado da sua prerrogativa de construir normas gerais e abstratas (porque apenas conferiu aos julgadores a concepção, sob a forma de precedentes, de normas abstratas de conteúdo concreto), também não criou uma nova súmula vinculante, e por isso não modificou o regramento constitucional relativo à matéria.

153 Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, 2017, p. 152-153.

6.4 OS PRECEDENTES NA DIMENSÃO DA IGUALDADE E DA SEGURANÇA JURÍDICA

Disso resulta a conclusão de Hermes Zaneti Júnior (2016, p. 369-370) quanto a constituir-se “a vinculação dos incisos III, IV e V do artigo 927 do CPC [...] um desdobramento da progressiva recepção do *stare decisis* no ordenamento jurídico brasileiro, iniciada ainda com as reformas do CPC de 1973 e com a EC 45/04”, que não configura inconstitucionalidade por ofensa aos princípios da separação de poderes e da legalidade, quer porque “a vinculação se dá apenas aos órgãos do Poder Judiciário”, quer “por se tratar de vinculação formalmente estabelecida por lei”¹⁵⁴. A adoção de precedentes como parâmetros para a aplicação do Direito traduz, em verdade, uma integração entre as funções exercidas pelo Poder Legislativo (“criar direito como legislador na moldura da Constituição”) e pelo Poder Judiciário (“reconstruir direito como juiz dentro do processo de interpretação”), num contexto em “que a vinculatividade formal dos precedentes reduz o espaço de discricionariedade dos juízes e ao mesmo tempo garante mais racionalidade, previsibilidade e igualdade no direito” (ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 370).

Esse ponto é absolutamente relevante à definição da constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) da vinculação dos juízes aos precedentes firmados pelos Tribunais Brasileiros. É que, dado o caráter flexível da aplicação do Direito de nosso tempo, a necessidade de contenção da discricionariedade dos juízes faz com que a utilização de precedentes, nos moldes cogitados pelo código de 2015, apresente-se, num plano mais geral, como exigência do princípio constitucional da isonomia e, sobretudo, do princípio da segurança jurídica.

Luiz Guilherme Marinoni, quando analisa os precedentes na dimensão da igualdade, denuncia que os juízes do *civil law* não se submetem a esse princípio “no momento de decidir, vale dizer, no instante de cumprir o seu dever, prestando a tutela jurisdicional”, e adverte que eventual

154 Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, 2017, p. 153-158.

raciocínio tendente a “desculpar o Judiciário” por atuar desse modo “apenas seria admitido como válido caso lhe coubesse decidir de forma desigual casos iguais” (2010-b, p. 227). No ponto, Flávio Cheim Jorge recobra que é bastante comum no ambiente jurídico a formação interpretações diferentes sobre um mesmo enunciado prescritivo, aludindo, a propósito, a ações que encartam litígios mantidos por servidores públicos com vistas à percepção de diferenças salariais que alegadamente deveriam ter sido incorporadas às suas remunerações (2003, p. 12). Em hipótese como tais, complementa o processualista, “é comum juízes concederem a incorporação dos benefícios e tantos outros não concederem, para servidores detentores da mesma realidade fático-jurídica”, impondo a eles a situação inusitada de “uns recebem determinado salário para desempenhar uma função e outros outro salário, apesar de encontrarem-se disciplinados e regidos pela mesma legislação” (JORGE, 2003, p. 12).

Essa prática encerra, conforme Marinoni (2010, p. 230), uma grave lacuna.¹⁵⁵ Com efeito, “vendo-se a decisão como fruto do sistema judicial e não como mera prestação atribuída a um juiz singularmente considerado, torna-se inevitável constatar que a racionalidade da decisão está ancorada no sistema e não apenas no discurso do juiz que proferiu” (MARINONI, 2010-b, p. 230).

Marinoni reconhece que “o problema da aplicação da lei não está propriamente no poder conferido ao juiz, mas na própria dicção da norma legal”, dada a constatação de que “a compreensão da lei, e, portanto, o subjetivismo, varia na medida em que a letra da norma abre maior ou menor espaço para o magistrado atuar na definição

155 Em suas próprias palavras: “Em que local está a igualdade diante das decisões judiciais? Ora, o acesso à justiça e a participação adequada no processo só tem sentido quando correlacionados com a decisão. Afinal, esta é o objetivo daquele que busca o Poder Judiciário e, apenas por isso, tem necessidade de participar do processo. Em outros termos, a igualdade de acesso, a igualdade à técnica processual e a igualdade de tratamento no processo são valores imprescindíveis para a obtenção de uma decisão racional e justa” (MARINONI, 2010, p. 230).

do significado normativo” (2010-b, p. 234). Disso resulta, para esse professor paranaense, a necessidade de se conferir às decisões proferidas pelos Tribunais alcance geral obrigatório (MARINONI, 2010-b, p. 246).

Essa necessidade é inquestionável nos regimes que admitem o controle difuso da constitucionalidade, como no Brasil; contexto em que “não há como admitir que um juiz de primeiro grau de jurisdição, ou mesmo qualquer tribunal, possa decidir mediante uma concepção de direito fundamental destoante da que lhe tenha sido atribuída pelo STF” (MARINONI, 2010, p. 246). Não se trata, aqui, de decisões que fazem “coisa julgada *erga omnes*, própria às ações em que o controle de constitucionalidade é concentrado, ou em súmula vinculante”, mas da vinculatividade das decisões tomadas pelo Excelso Pretório em controle difuso, pois o “Judiciário não pode legitimamente conviver com concepções diversas e antagônicas acerca de um direito fundamental, máxime quando o seu significado já foi definido pelo Supremo” (MARINONI, 2010-b, p. 246-247).¹⁵⁶

O mesmo raciocínio pode ser aplicado às decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (assim como pelos demais Tribunais de Vértice em suas respectivas áreas de atuação) no contexto da uniformização da jurisprudência quanto à aplicação do direito infraconstitucional. No particular, Marinoni observa que não há racionalidade “na decisão ordinária que atribui à lei federal interpretação distinta da que lhe foi dada pelo órgão jurisdicional incumbido pela Constituição Federal de uniformizar tal interpretação, zelando pela unidade do direito federal”, sendo que “a irracionalidade é ainda mais indisfarçável na decisão que se distancia de decisão anterior, proferida pelo mesmo órgão jurisdicional

156 A isso Marinoni acrescenta que “imaginar que as decisões tomadas por este tribunal, apenas por serem produzidas em controle difuso, não obrigam os demais juízes, é desconsiderar a fragilidade do coeficiente de legitimidade democrática do Judiciário e esquecer-se da importância do discurso - visto como elemento componente da democracia - como via de legitimação do controle de constitucionalidade” (2010-b, p. 247).

em caso similar” ou “em caso que exigiu a apreciação de questão jurídica que o órgão prolator da decisão já definira” (2010-b, p. 230).

Nesse sentido, a atribuição de eficácia vinculante aos precedentes firmados pelo Poder Judiciário no campo da aplicação do Direito, para além de não traduzir ofensa ao princípio democrático, à legalidade e à separação dos poderes, também tem a funcionalidade de prevenir a proliferação de decisões distintas para casos iguais; suprindo, com isso, a lacuna destacada por Marinoni quanto se reportou à fórmula de decisão tradicionalmente empregada nos regimes jurídicos do *civil law*; e com isso realizando o princípio da isonomia de forma mais adequada do que esse princípio seria realizado se pudesse prevalecer, mesmo em vista do caráter flexível da aplicação do Direito de nosso tempo,¹⁵⁷ concepção teórica segundo a qual os juízes poderiam resolver as contendas sob a ótica introspectiva do seu livre convencimento pessoal.

Para além de possibilitar uma melhor efetivação da igualdade entre os jurisdicionados, a vinculatividade dos precedentes também lhes confere maior segurança jurídica. Ao ensejo, Marinoni recobra que a tradição do *civil law* trabalha com a supremacia do Poder Legislativo, que traz na base a suposição de que “a lei e os códigos deveriam ser tão claros e completos que não poderiam suscitar quaisquer dúvidas ao juiz”; mas adverte “que a codificação foi incapaz de dar conta ao que se propôs”, dado o surgimento de “uma hiperinflação de leis especiais e de regras processuais de conteúdo aberto, destinadas a dar aos juízes oportunidade de considerar situações imprevisíveis ao legislador”, o que tornou sem sentido “a ideia de que os juízes deveriam somente aplicar as leis” (2010-c, p. 213-214). Assim, a constatação dessas particularidades da aplicação do Direito, que indicam que “a previsibilidade não depende da norma em que a ação se funda, mas da sua interpretação judicial”, induz, ainda, a conclusão de que também “a segurança jurídica está ligada à decisão judicial e não à norma jurídica em abstrato” (MARINONI, 2010-c, p. 214).

157 Cf. MADUREIRA, 2017, p. 36-50.

Afinal, se “há alguma preocupação, na ordem jurídica brasileira, com a previsibilidade”, expressada nas “normas constitucionais que preveem as funções do Superior Tribunal de Justiça” (entre outras Cortes de Vértice) “e do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, de uniformizar a interpretação da lei federal e de ‘afirmar’ o sentido das normas constitucionais”, e se é verdade que “a segurança jurídica é direito fundamental e subprincípio concretizador do princípio do Estado de Direito”, essas decisões uniformizadoras proferidas por imposição constitucional não podem ser ignoradas no campo da aplicação do Direito (MARINONI, 2010-c, p. 216).

6.5 O MODELO BRASILEIRO DE PRECEDENTES COMO METÓDICA ADEQUADA A INDUZIR UNIFORMIZAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E A REALIZAÇÃO CONCRETA DA JUSTIÇA

Essas considerações põem em evidência que *o caráter flexível da aplicação do Direito de nosso tempo pode ter seus efeitos minimizados, no campo da aplicação do Direito, por uma aplicação adequada do Modelo Brasileiro de Precedentes.*

Dele resulta, pelas razões dantes expostas, não apenas na imposição jurídico-normativa a que os tribunais uniformizem sua jurisprudência e a mantenham íntegra e coerente (eficácia horizontal dos precedentes, disciplinada pelo artigo 926 do código de 2015) e a que os julgadores (todos eles) observem (eficácia vertical dos precedentes, positivada no artigo 927 da lei processual civil) “as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade”, os seus “enunciados de súmula vinculante” (que Zaneti convencionou chamar precedentes normativos formalmente vinculantes fortes), “os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, “os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional” e “a orientação do

plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados” (que Zaneti convencionou chamar precedentes normativos formalmente vinculantes), mas também a vinculação dos julgadores aos precedentes que resultam dos acórdãos firmados pelas turmas/câmaras/seções especializadas dos Tribunais (aderentes ao conceito de precedentes normativos vinculantes, também proposto por Zaneti, mas que neste trabalho designamos, por efeito didático, simplesmente como precedentes vinculantes sem previsão legal) e às decisões persuasivas invocadas (que Zaneti remete ao campo da jurisprudência persuasiva), que somente podem deixar de ser aplicadas pelos julgadores quando lhes for possível demonstrar a configuração de distinção ou superação.

Semelhante vinculação jurídica, imposta pela processual aos julgadores, é também extensível às partes processuais (cf. MADUREIRA, 2019, p. 195-196), por aplicação do disposto nos artigos 5º e 77, II da lei processual civil. O seu artigo 5.º estabelece, textualmente, que “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”. Por sua vez, o inciso II do seu artigo 77, elenca entre os “deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo [...] não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento” (dever processual de não litigar contrariamente ao Direito).

A conjugação desses dispositivos processuais à constatação (a partir do texto da lei processual) de que as decisões/sentenças/acórdãos invariavelmente observarão os precedentes firmados pelos Tribunais Brasileiros¹⁵⁸ não deixa alternativa aos jurisdicionados. Afinal, *não se pode dizer que atua com boa-fé (art. 5º), ou que se abstém de formular pretensão/defesa destituídas de fundamento (art. 77, II), aquele se*

158 Como expus, o legislador processual (art. 927) foi muito claro ao determinar aos julgadores que observem precedentes, visto que a locução verbal empregada (observarão) não deixa espaço para que se veicule interpretação que atribua a esses precedentes eficácia meramente persuasiva.

recusa a conferir cumprimento voluntário a pretensão fundada em precedente vinculante, ou que insiste em veicular/manter pretensão refutada por precedente vinculante.

Em rigor, somente é legítimo litigar, nesse contexto, enquanto houver dúvida sobre quem vai vencer o processo. Porém, se o deslinde da *vexata quaestio* estiver a depender exclusivamente da definição sobre se deve prevalecer, enquanto interpretação jurídica, a tese (pretensão do autor) ou a antítese (resistência do réu a essa pretensão), a simples invocação de precedente vinculante (ressalvada, evidentemente, a hipótese de configuração de distinção ou superação) afasta qualquer dúvida neste sentido (precedentes vinculam os julgadores, que, posto isso, precisam adotá-los em suas decisões/sentenças/acórdãos), tornando ilegítimo o ato de litigar/prosseguir litigando.

O fato é que, presentes essas precondições, ter-se-á a certeza da derrota na demanda, o que faz com que o ato de litigar (ou prosseguir litigando) contraponha-se, ao mesmo tempo, aos deveres processuais de agir com boa-fé no processo (art. 5º) e de não litigar contrariamente ao Direito (art. 77, II).¹⁵⁹ Destarte, a conclusão que se impõe é que o Modelo Brasileiro de Precedentes se apresenta, em concreto, como metódica adequada à uniformização da interpretação jurídica e, por conseguinte, a induzir a realização concreta da justiça.

Isso se verifica, ademais, mesmo quando se cogita da aplicação voluntária do Direito no seio da sociedade. É que a própria sinalização, em vista dele, de como serão decididas as demandas porventura submetidas aos Poder Judiciário, quando conjugada à extensão da sua

159 O mesmo raciocínio se aplica à Fazenda Pública, sobre a qual também incidem os precitados deveres processuais (agir com boa-fé no processo e não litigar contrariamente ao Direito). Porém, quanto a ela, são aplicáveis, ainda, os princípios administrativos da legalidade e da eficiência (cf. MADUREIRA, 2019, p. 196-201).

vinculatividade aos jurisdicionados, induz, na prática, predeterminação formal semelhante àquela atribuída por Miguel Reale aos textos normativos.

Com efeito, se é verdade que o Direito exige forma determinada e certa em suas regras, que decorre da circunstância de não ser possível ao cidadão compreendê-lo sem um mínimo de legislação escrita, que lhe confira certeza, tipificação da conduta e previsibilidade genérica, de modo a que lhe seja possível escolher entre cumprir ou descumprir os seus preceitos, (REALE, 1992, p. 273) e se também é certo que essa tomada de posição pode vir a ser afetada, no campo da aplicação do Direito, pelo seu caráter flexível,¹⁶⁰ *os precedentes* (e de igual modo as decisões persuasivas invocadas, que com eles compõem o Modelo Brasileiro de Precedentes) *conferem a ele (cidadão) a possibilidade de conhecer de antemão como os textos legislativos serão aplicados pelo Poder Judiciário* (dada a sua eficácia vinculante, que impõe aos julgadores a sua observância nos casos concretos)¹⁶¹ e, até mesmo, *como as demais pessoas deverão se comportar nas demandas judiciais porventura instauradas* (dada a extensão da sua vinculatividade também às partes processuais).

O que com isso quero dizer é que *sempre que os textos legislativos* (dado o caráter flexível do Direito de nosso tempo) *não lograrem conferirem ao cidadão, como primeira camada normativa, a segurança necessária à construção das suas tomadas de posição individuais sobre como comportar nos casos concretos, os precedentes* (e também as decisões persuasivas invocadas) *possibilitam o esclarecimento necessário, proporcionando-lhe, como segunda camada normativa, a certeza e a previsibilidade genérica de que necessita para decidir “entre o adimplemento ou não dos seus preceitos”* (REALE, 1992, p. 273).

160 Cf. MADUREIRA, 2016-a, p. 300-306.

161 Ressalvadas, tão somente, as hipóteses de configuração de distinção ou superação (CPC-2015, artigo 489, § 1º, VI).

Capítulo 7

À guisa de conclusão: *justiça para todos*

O Modelo Brasileiro de Precedentes sobressai, pelas razões dantes expostas, de dispositivos positivados no Código de Processo Civil de 2015, que disciplina, entre nós, o Direito Processual Civil. Todavia, essa sua particularidade não impede a extensão de seus efeitos aos demais ramos do processo, de modo a que a metódica de realização da justiça descrita neste trabalho também lhes possa ser aplicável.

Em primeiro lugar porque o seu artigo 15 da lei processual civil estabelece, textualmente, que as suas disposições são aplicadas, supletiva e subsidiariamente, “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos”. Em segundo lugar porque, conforme acentua Hermes Zaneti Júnior (2020, p. 312), em referência a esse dispositivo, o código de 2015 “é a lei *processual* infraconstitucional mais importante no Estado Democrático Constitucional”, porque não encerra “mera alteração cosmética”, mas corporifica “uma mudança profunda de paradigmas”, e porque

se apresenta, posto isso, com núcleo do sistema processual, no “entorno do qual gravitam os demais ordenamentos processuais”¹⁶².

Destarte, mais do que induzir a realização da justiça no Processo Civil Brasileiro, o *Modelo Brasileiro de Precedentes* também possibilita a sua concretização no Processo do Trabalho, no Processo Administrativo e no Processo Eleitoral. Por esse motivo, e porque dele também resulta, como efeito pedagógico, a observância de precedentes e decisões persuasivas invocadas também pelos jurisdicionados (quando da atuação concreta no ambiente processual) e pelo próprio cidadão (no contexto da sua inserção na aplicação voluntária do Direito no seio da sociedade), é possível afirmar, seguindo no raciocínio, que o Modelo Brasileiro de Precedentes tem a potencialidade de produzir, em concreto, justiça para todos.

Todavia, não almejo construir única via interpretativa capaz de solucionar o problema de que me ocupo. Em verdade, dou-me por satisfeito se esses meus apontamentos sobre o tema puderem suscitar, no futuro, questionamentos e debates tendentes à sua consolidação no plano da Ciência.

162 Para Zaneti (2020, p. 312), “o CPC deve ser compreendido como um Código do movimento da (Re)Codificação, portanto, permeável, plástico e adaptável às novas exigências do ordenamento jurídico” (IRTI, Natalino. *L’età della decodificazione*, cit.), a suscitar diálogo de fontes entre o CPC entre ele e os demais diplomas processuais”. Sobre o assunto, ler também (MARQUES, 2012) e (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 113).

Referências

ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. *In*: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007-a.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007-b.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. *In*: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AMARAL, Guilherme Rizzo. A polêmica em torno da ação de direito material. **Revista de processo e constituição**, Porto Alegre, n. 2, maio 2005.

AQUINO, Tomás de. **Summa Teologia**. Madrid: BAC, 1995.

ARAÚJO, Clarice von Oertzen. **Semiótica do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. Uma análise fenomenológica do processo: crítica à teoria da instrumentalidade. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 14. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? *In*: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Eli Pierre. **Garantismo processual**: garantias constitucionais aplicadas ao processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Eli Pierre. **Garantismo processual**: garantias constitucionais aplicadas ao processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. Justiça, **Direito e Processo**: a argumentação e o direito processual de resultados justos. São Paulo: Atlas, 2007.

BOBBIO, Luigi. As arenas deliberativas. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan.-mar. 2007.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução e notas: Márcio Pugliese; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os Juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional na moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1992.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CUNHA, Gabriel Sardenberg. **Precedentes e decisões (potencialmente) vinculantes**: obrigatoriedade racional e obrigatoriedade formal na lei processual. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). PPGDIR. UFES, 2020. Disponível em: http://portais4.ufes.br/posgrad/teses/tese_14402_Disserta%E7%E3o%20Final_GABRIEL%20SARDEMBERG.pdf Acesso em 27 jul. 2020.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: SAFE, 1998.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processo civil**. Salvador: Juspodivm, 2008. v. 2.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buriel de; ATHAIDE JÚNIOR, Jaldemiro R. de (Coords.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). **Reflexos do novo Código Civil no direito processual**. Salvador: Juspodivm, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Conceito de direito no sistema**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica: ensaio de pragmática na comunicação normativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FISS, Owen. O correto grau de independência. *In*: FISS, Owen. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade**. Tradução: Daniel Porto Godinho da Silva; Melina de Medeiros Rós. Coordenação da tradução de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FISS, Owen. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade**. Tradução: Daniel Porto Godinho da Silva; Melina de Medeiros Rós. Coordenação da tradução: Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GASSET, José Ortega y. *Meditaciones del Quijote*. *In*: GASSET, José Ortega y. **Obras completas**. Madrid: Revista de Occidente, 1966. v. 1.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUTMAN, Amy; THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan.-mar. 2007. Fórum.

GUTMAN, Amy; THOMPSON, Dennis. **Why Deliberative Democracy?** Princeton: Princeton University, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão descentralizada**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003-a. v. 1.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003-b. v. 2.

HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. *In*: STEIN, E & BONI, Luiz A. de. **Dialética e liberdade**. Petrópolis: Vozes, 1993.

HART, Herbet L. A. **O conceito de Direito**. 3. ed. Tradução: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

KELSEN, Hans. **O que é Justiça?** São Paulo. Martins Fontes, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LIMA NETO, Francisco Vieira. **O Direito de não sofrer discriminação genética**: uma nova expressão dos direitos da personalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOCKE, John. **Carta da tolerância**: segundo tratado sobre o Governo. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

LUCHI, José Pedro (Coord.). **Linguagem e sociedade**. Vitória: EdUFES, 2005.

LUCHI, José Pedro. Propedêutica habermasiana ao direito. **Sofia**: revista de Filosofia, Vitória, n. 7, p. 175-200, 2001.

MAFFETONE, Sebastiano; VECA, Salvatore. **A ideia de Justiça de Platão a Rawls**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MADUREIRA, Claudio. A Ciência Jurídica e sua função social. **Revista Derecho y Cambio Social**, v. 42, p. 1-12, 2015-a. Disponível em: https://www.derechocambiosocial.com/revista042/A_CIENCIA_JURIDICA_E_SUA_FUN%C3%87AO_SOCIAL.pdf. Acesso em: 26 jul. 2020.

MADUREIRA, Claudio. **Advocacia Pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016-a.

MADUREIRA, Claudio. **Direito, processo e justiça**: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça. Salvador: Juspodivm, 2014.

MADUREIRA, Claudio. **Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro**: o processo civil do formalismo-valorativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MADUREIRA, Claudio. Formalismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS**, v. 10, p. 253-283, 2015-b.

MADUREIRA, Claudio. O que é justiça? **Revista Derecho y Cambio Social**, v. 43, p. 1-24, 2016-b. Disponível em: https://www.derechocambiosocial.com/revista043/O_QUE_E_JUSTI%C3%87A.pdf. Acesso em: 26 jul. 2020.

MADUREIRA, Claudio. Recasens Siches e a aplicação do Direito a partir da interação entre norma, fato e valor. **Derecho y Cambio Social**, n. 40, p. 1-30, 2015-c. Disponível em: https://www.derechocambiosocial.com/revista040/RECASENS_SICHES_E_A_APLICACAO_DO_DIREITO.pdf. Acesso em: 26 jul. 2020.

MADUREIRA, Claudio. **Royalties de petróleo e Federação**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MADUREIRA, Claudio; LIMA NETO, Francisco Vieira. O instrumentalismo e a perspectiva de um processo socialmente adequado. **Cadernos de Direito**, v. 2, p. 169-192, 2008.

MADUREIRA, Claudio; ZANETI JUNIOR, Hermes. Formalismo-valorativo e o Novo Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 272, p. 85-125, 2017.

MADUREIRA, Claudio; ZANETI JUNIOR, Hermes. Processos estruturais e formalismo-valorativo. *In*: SICA, Heitor; CABRAL, Antônio; SEDLACEK, Federico; ZANETI JÚNIOR, Hermes (Org.). CONGRESSO BRASIL-ARGENTINA DE DIREITO PROCESSUAL, Temas de Direito Processual Contemporâneo, 3., Serra: Milfontes, 2019. v. I.

MARINONI, Luiz Guilherme. Elaboração dos conceitos de *ratio decidendi* (fundamentos determinantes da decisão) e *obiter dictum* no Direito Brasileiro. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2010-a.

MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2010-b.

MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2010-c.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: RT, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo das Fontes do Conflito à Coordenação de Normas no Direito Brasileiro**. São Paulo: RT, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como método da nova teoria geral do Direito: um tributo a Erik Jayme. *In*: MARQUES, Cláudia Lima. **Diálogo das Fontes do Conflito à Coordenação de Normas no Direito Brasileiro**. São Paulo: RT, 2012.

MAZZEI, Rodrigo. Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). **Reflexos do novo Código Civil no direito processual**. Salvador: Juspodivm, 2006.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. *In*: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo; FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (Orgs.). **Processo civil**: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2012.

MITIDIERO, Daniel. **Processo civil e Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo; FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (Orgs.). **Processo civil**: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2012.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Cadernos de direito processual – PPGDIR-UFES**, v. 2, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *In*: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). **Processo e Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). **Processo e Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 26, n. 102, abr.-jun. 2001.

PIERCE, Charles Sanders. **Semiótica**. Tradução: José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 1990.

PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. **Revista CEJ**, Brasília, n. 30, jul.-set. 2005.

PLATÃO. **A República**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

REALE, Miguel. **O Direito como experiência**: introdução à epistemologia jurídica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1968.

ROCHA, Claudio Jannotti da Rocha; MADUREIRA, Claudio; CARVALHO, Leticia Fabres de; MATTOS, Luciléia da Conceição Fabres de; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. **Direito, processo e justiça em debate**: estudos em homenagem ao Professor Thiago Fabres de Carvalho. Curitiba: CRV, 2020.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação Civil Pública e meio ambiente**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

SANTOS, Bento Silva. Direito e Justiça em S. Tomás de Aquino. *In*: LUCHI, José Pedro (coord.). **Linguagem e sociedade**. Vitória: EdUFES, 2005.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Escritos de linguística geral**. Tradução: Carlos Augusto Leuba Salum e Ana Lúcia Franco. São Paulo: Cultrix, 2002.

SICA, Heitor; CABRAL, Antônio; SEDLACEK, Federico; ZANETI JÚNIOR, Hermes. (Orgs.). CONGRESSO BRASIL-ARGENTINA

DE DIREITO PROCESSUAL, 3.: Temas de Direito Processual Contemporâneo. Serra: Milfontes, 2019. v. 1.

SICHES, Luís Recasens. **Introducción al estudio del derecho**. 16. ed. México, D.F.: Porrúa, 2009.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, ano 1, n. 1, jan.-mar. 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TAVARES, André Ramos. Democracia deliberativa: elementos, aplicações e implicações. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan.-mar. 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. O regime do precedente judicial no novo CPC. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de; ATHAIDE JÚNIOR, Jaldemiro R. de (Coord.). **Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VIANNA, Luiz Werneck; MELO, Manuel Palácios Cunha; e BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Tradução: Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: SAFE, 2008.

VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2005.

WARAT, Luís Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1995. p. 11.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il Diritto Mitte – Legge, Diritti, Giustizia**. Nuova edizione. Torino: Einaudi, 1992.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. Direito material e direito processual: relações e perspectivas. **Revista Processo e Constituição – Coleção Galeno Lacerda de Estudos de Direito Constitucional**, 2004.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função: pro futuro in malam partem (matéria penal) e *tempus regit actum* (matéria processual penal). In: ROCHA, Claudio Jannotti da Rocha; MADUREIRA, Claudio; CARVALHO, Leticia Fabres de; MATTOS, Luciléia da Conceição Fabres de; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. **Direito, processo e justiça em debate**: estudos em homenagem ao Professor Thiago Fabres de Carvalho, v.2, Curitiba: CRV, 2020.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional**: o modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZANETI JÚNIOR, Hermes; GOMES, Camilla de Magalhães. O processo coletivo e o formalismo-valorativo como nova fase metodológica do processo civil. **Revista de Direitos Difusos**, ano 11, v. 53, p. 13-32, mar. 2011.

Índice

A

Ação 30, 31, 34, 37, 70, 71, 75,
76, 78, 146, 153

Auditório universal 34, 35, 36, 37, 39

C

Ciência 9, 13, 14, 18, 22, 23, 24, 38, 39,
40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48,
49, 50, 51, 53, 67, 69, 73, 74,
76, 127, 152, 159

Criação 10, 42, 56, 57, 63, 79, 81, 82, 84

D

Decidibilidade 9, 41, 42, 43, 44,
45, 46, 47, 49, 50

Decisões persuasivas 10, 119, 121, 122,
126, 127, 148, 150, 152

Direito 4, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 16, 17,
18, 20, 22, 23, 24, 25, 27, 28,
33, 35, 38, 39, 40, 41, 42, 43,
44, 45, 47, 48, 49, 50, 51, 52,

53, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61,
62, 64, 65, 67, 68, 69, 71, 72,
73, 74, 76, 77, 80, 81, 82, 83,
84, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 93,
94, 97, 98, 99, 100, 101, 102,
104, 105, 106, 107, 109, 110,
117, 120, 122, 123, 126, 127,
131, 132, 143, 145, 146, 147,
148, 149, 150, 151, 152, 154,
155, 156, 158, 159, 160, 161,
162, 164, 165, 166, 167

Direito fundamental 10, 81, 82, 83, 94,
95, 97, 100, 133, 144, 145, 146

Discurso 19, 30, 34, 35, 37, 39, 48,
50, 51, 86, 89, 127, 134,
137, 144, 145, 157

Distinção 10, 11, 17, 20, 22, 36, 42, 53,
58, 59, 69, 83, 89, 91, 101, 107,
109, 114, 118, 119, 120, 121,
122, 124, 125, 126, 130, 138,
139, 141, 148, 149, 150

E

Ético 30, 31, 32, 74, 130, 158

F

Fatos 10, 34, 42, 43, 45, 49, 50,
55, 60, 62, 65, 85, 97, 101,
106, 113, 124, 131

Formalismo-valorativo 10, 65, 70,
72, 73, 77, 81, 82, 83, 84,
86, 87, 89, 90, 91, 93, 94, 95,
160, 161, 163, 167

Função social 9, 41, 42, 44, 45, 46, 47,
48, 49, 50, 127, 159

I

Igualdade 11, 21, 23, 61, 82, 92, 132,
142, 143, 144, 146, 161

Instrumentalidade 10, 73, 75, 77, 79,
84, 91, 92, 95, 98, 154, 156, 163

Instrumentalismo 10, 70, 73, 74, 76,
77, 78, 79, 81, 82, 83, 86, 90,
92, 94, 95, 98, 154, 160

J

Jurisdição 10, 59, 71, 75, 76, 77, 78, 79,
81, 82, 83, 84, 90, 91, 92, 94, 97,
109, 136, 144, 157

Jurisprudência persuasiva 10,
113, 115, 121, 148

Justiça 8, 9, 28, 33, 103, 104, 106,
108, 109, 110, 111, 117, 125,
126, 127, 128, 141, 145, 146,
147, 154, 159, 164

M

Modelo analítico 9, 45, 46, 47, 50

Modelo empírico 9, 45, 48, 50

Modelo hermenêutico 9, 45, 47, 48, 50

Moral 9, 13, 17, 24, 27, 28, 29,
30, 31, 32, 33, 34, 35, 36,
65, 97, 133, 158

Moralidade 9, 28, 29, 31, 33, 155

N

Normas 10, 24, 25, 30, 31, 33, 39,
40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47,
49, 50, 53, 56, 59, 60, 61, 62,
64, 65, 67, 69, 77, 80, 82, 83,
84, 85, 87, 97, 100, 105, 112,
113, 114, 118, 127, 131, 140,
141, 142, 146, 151

O

Obiter dictum 122, 124

Obrigatoriedade 116, 119, 121, 156

Overruled 122

P

Positivismo 54, 67, 69, 79, 101, 155

Positivista 9, 19, 21, 22,
25, 27, 28, 38, 79

Pragmático 30, 31, 32, 158

Precedentes 4, 10, 11, 14, 100, 107,
115, 116, 127, 147, 149, 150,
151, 152, 156, 165, 166

Princípios 10, 11, 21, 23, 28, 29,
48, 53, 58, 59, 60, 69, 84,

- 85, 97, 101, 102, 131, 140,
141, 142, 149, 154
- Processo 8, 9, 10, 49, 68, 70, 73, 74, 75,
76, 77, 82, 84, 90, 92, 97, 103,
104, 105, 109, 115, 116, 119,
138, 151, 152, 154, 160, 161,
162, 163, 166, 167
- R**
- Racionalidade 9, 19, 31, 33, 36, 37, 72,
89, 100, 127, 143, 144, 145
- Ratio decidendi* 112, 114, 122, 123, 124
- Razão prática 20, 29, 30, 31, 33, 35,
36, 132, 158, 159
- Reconstrução 36, 51, 70, 80, 81,
84, 94, 97, 99, 100, 127,
129, 131, 136, 140
- Regras 10, 23, 29, 37, 46, 53, 59, 60,
64, 69, 77, 80, 93, 97, 100, 101,
102, 133, 139, 146, 149
- S**
- Segurança jurídica 11, 100,
142, 143, 146, 161
- Semiologia 54
- Semiótica 9, 53, 54
- superação 10, 53, 57, 73, 78, 118,
119, 120, 121, 122, 125,
126, 148, 149, 150
- U**
- Utilitarista 9, 19, 22, 26, 27, 28, 38
- V**
- Valores 10, 28, 36, 37, 43, 45, 46, 48,
49, 50, 60, 61, 62, 65, 67, 69, 72,
80, 82, 84, 85, 96, 101, 133, 144
- Vinculante 20, 105, 107, 115, 117,
123, 124, 125, 126, 127,
128, 141, 142, 145, 147,
148, 149, 150, 166
- Vinculatividade 10, 11, 106, 108, 109,
110, 115, 116, 117, 118, 119,
122, 125, 128, 141, 142, 143,
145, 146, 149, 150

Sobre o autor

CLAUDIO MADUREIRA é Doutor em Direito pela PUC/SP, Mestre em Direito Processual pela Ufes, professor dos cursos de Graduação e Mestrado em Direito Processual da Ufes. É também Procurador do Estado do Espírito Santo e Advogado.

