



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DO ARAGUAIA
INSTITUTO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS
CURSO DE DIREITO**

EDUARDO VIEIRA DOS SANTOS

**A FORMULAÇÃO DE UMA TEORIA DA DECISÃO À LUZ DO CPC/15:
uma revisitação filosófica de Dworkin e Habermas**

Barra do Garças – MT
2022

EDUARDO VIEIRA DOS SANTOS

**A FORMULAÇÃO DE UMA TEORIA DA DECISÃO À LUZ DO CPC/15:
uma revisitação filósifica de Dworkin e Habermas**

Monografia apresentado ao Curso de Direito, do Instituto de Ciências Humanas e Sociais, do Campus Universitário do Araguaia, da Universidade Federal do Mato Grosso, como requisito parcial para aprovação na disciplina de Trabalho de Curso II, sob orientação da prof. Ma. Aline Trindade do Nascimento e coorientação dos professores. Dr. Felipe Rodolfo Carvalho e Me. Alexandre Fernandes Silva.

Barra do Garças – MT
2022

EDUARDO VIEIRA DOS SANTOS

**A FORMULAÇÃO DE UMA TEORIA DA DECISÃO À LUZ DO CPC/15:
uma revisitação filosófica de Dworkin e Habermas**

Monografia apresentado ao Curso de Direito, do Instituto de Ciências Humanas e Sociais, do Campus Universitário do Araguaia, da Universidade Federal do Mato Grosso, como requisito parcial para aprovação na disciplina de Trabalho de Curso II.

Barra do Garças – MT, em 23/03/2022

BANCA EXAMINADORA

Professora Mestra Aline Trindade do Nascimento
Orientadora

Professor Mestre Alexandre Fernandes Silva
Coorientador

Professor Doutor Felipe Rodolfo Carvalho
Coorientador

Professor Mestre Valdeir Ribeiro de Jesus
Membro interno – UFMT

AGRADECIMENTOS

Ao prof. Dr. **Felipe Rodolfo Carvalho**, com admiração, pela excepcional orientação acolhida e por tudo que me proporcionou ao longo da confecção deste trabalho, notadamente o aprendizado, do qual serei eternamente grato.

Ao prof. Me. **Alexandre Fernandes Silva**, pela minha aceitação e desejo em permanecer seguindo a orientação comigo.

À prof. Me. **Aline Trindade do Nascimento**, por agasalhar a minha proposta e, apesar das adversidades, dedicar a analisar o meu trabalho com esmero.

Aos meus amigos **Paulo Fernando Lima**, amigo de todas as horas e companheiro no decorrer do trabalho; **Renato Alves e Samuel Oliveira**, pela preocupação e apoio, na nossa longa amizade; **Edson Veloso**, sempre à disposição para fazer alguma indicação, conversar ou contar sua experiência; **Amaro Gabriel**, se prontificou a colaborar no meu desenvolvimento acadêmico e profissional; e **Marcos Antônio**, amigo que esteve ao meu lado durante todo o curso, sempre compartilhando o que tinha comigo e o mais valioso: sua amizade.

A **Vitoria Alves Beserra**, namorada, companheira, amiga, confidente e leitora, por todo o apoio, atenção, carinho e incentivo no decorrer do trabalho, sempre me dando força e motivação para seguir em frente, me ajudando a me manter em pé e não desistir, mesmo com as adversidades.

Aos meus colegas **Natan Inácio, Murilo Rodrigues, Matheus Alencar, Carolina Faloni e Vinicius Eduardo** por todo o companheirismo e apoio durante o curso, colaborando para minha formação como profissional.

Ao meu eterno professor e amigo **Valdeir Ribeiro de Jesus**, por me oportunizar o desenvolvimento do raciocínio científico. A quem abriu as portas para mim da pesquisa e se tornou uma inspiração na docência.

A **Fernando da Fonsêca Melo**, magistrado a quem tenho a honra de assessorar, pelo acolhimento e instigação ao debate dos institutos da filosofia, cujas falas sempre puderam me proporcionar imenso crescimento.

Ao meu irmão **Eryck Vieira dos Santos**, por todo o carinho e preocupação com o meu desenvolvimento, sempre confiando em mim, até mesmo quando eu mesmo não confiava.

Ao meus pais **Maria Vieira Coelho e Wiliomar Dias dos Santos**, que me deram a oportunidade de vir estudar e sempre incentivaram pelo meu constante crescimento, pessoas mais importantes da minha vida.

“É [o direito], por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter.”

(Ronald Dworkin)

RESUMO

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, houve uma constante revisitação de teorias sobre a teoria da decisão judicial e sua importância na construção de um sistema coerente, estável e íntegro. A proposta deste trabalho está voltada às premissas que permearam a construção do mencionado texto legal, o que colaborou para uma análise filosófica, que proporcionou o desenvolvimento de uma teoria da decisão adequada ao cenário brasileiro, especialmente compatível com os institutos incorporados pelo CPC/15. Organizado em quatro partes, o trabalho terá início com a exposição das principais propostas de Ronald Dworkin, bem como as concepções filosóficas que ele procurou debater. Com o objetivo de proporcionar um incremento às suas ideias e por meio de um raciocínio dialético, num segundo momento, a Filosofia da Ação Comunicativa, de Jürgen Habermas, aparecerá para dar uma perspectiva procedimental à teoria da decisão judicial e se opor a algumas teses de Dworkin, o que possibilitará a defesa de que a melhor resposta judicial virá de uma sobreposição entre as propostas dos mencionados autores. Além do debate no campo filosófico, que apresentará suporte teórico suficiente para a aplicação do método dedutivo, o CPC/15, exaltado pela incorporação de teorias estrangeiras, será colocado como meio adotado para proporcionar a construção de melhores decisões, na terceira parte do trabalho, momento em que serão expostas algumas controvérsias doutrinárias decorrentes de seu texto. No último capítulo, buscar-se-á fazer uma análise pragmática dos institutos do referido *códex*, bem como problemas na sua interpretação à luz das propostas de Habermas e Dworkin. Com todas estas ideias, tornar-se possível cogitar a elaboração de uma teoria da decisão para o direito brasileiro, desde que trabalhada constantemente pelos operadores e possibilite que, de fato, seja possível fornecer a tão aclamada justiça.

Palavras-chave: Decisão judicial; Ronald Dworkin; Jürgen Habermas; Código de Processo Civil.

ABSTRACT

With the advent of the Brazilian Civil Procedure Code of 2015, there was a constant revisiting of judicial decision theories and this importance in the construction of a coherent, stable and integral system. The purpose of this work tilted to premises that permeated in the mentioned legal text, which collaborates with an philosophical analysis, which provided a development of a decision theory adequate for the Brazilian environment, especially compatible with the institutes of Brazilian Civil Procedure Code of 2015. Organized in four parts, the work will begin with the exposition of Ronald Dworkin's main proposals, as well as philosophical conceptions that he sought to debate. Aiming to provided an increment to the ideas and thought of dialectics thoughts, in a second moment, the Philosophy of Communicative Action of Jürgen Habermas, will show up to give a procedural perspective for the judicial decision theory and oppose himself to some theses of Dworkin, which will make possible the defense that the best judicial response will come from an overlap between the proposals of the aforementioned authors. Beyond the debate in the philosophical field, which will present sufficient theoretical support for the application of the deductive method, the Brazilian Civil Procedure Code of 2015, exalted by the incorporation of foreign theories, will be placed as a mean adopted to provide the construction of better decisions, in the third part of this work, when doctrinal controversies arising from its text will be exposed. In the last chapter, it's time to seek a pragmatic analysis of the referenced institutes of the mentioned code, as well as their problems of interpretation based on Habermas and Dworkin's proposals. With all these ideas, it becomes possible to consider to elaborate a judicial decision theory for Brazilian law, as long as it is constantly worked on by the law operators will be possible to provide the much-acclaimed justice.

Keywords: Judicial decision; Ronald Dworkin; Jürgen Habermas; Brazilian Civil Procedure Code.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A BUSCA POR UMA RESPOSTA JUDICIAL CORRETA E O DESENVOLVIMENTO DE UMA TEORIA DA DECISÃO A PARTIR DE RONALD DWORKIN.....	14
1.1 O positivismo jurídico e a sua concepção de decisão judicial.....	14
1.1.1 As escolas clássicas do século XIX. O Positivismo legalista: o apego às leis e à doutrina	15
1.1.2 A decisão judicial como ato de vontade e o positivismo normativo de Hans Kelsen	17
1.1.3 A discricionariedade no ato de aplicação normativa e o positivismo jurídico hartiano ..	19
1.2 As raízes da teoria de Ronald Dworkin.....	21
1.2.1 O positivismo para Dworkin e o debate com Herber Hart	22
1.2.2 A concepção convencionalista criterial atingida pelo agulhão semântico	23
1.2.3 Além do modelo de regras: os princípios como mitigadores de discricionariedades.....	25
1.3 A tese da resposta correta visualizada a partir do comportamento de um juiz ideal: a interpretação da história institucional.....	28
1.3.1 O mito de Hércules e a idealização do trabalho de um juiz	28
1.3.2 O Direito como conceito interpretativo e a importância da literatura no Direito.....	30
1.3.2.1 Um contraponto hermenêutico: a interpretação conversacional.....	33
1.3.3 O sistema jurídico a partir do princípio da integridade e a elaboração do romance em cadeia.....	36
1.3.3.1 A antecipação de conceitos em Dworkin: os problemas na distinção entre casos difíceis e fáceis	39
1.3.4 A tese da resposta correta para controvérsias jurídicas	42
2 TEORIA DISCURSIVA DE JÜRGEN HABERMAS: A RESPOSTA CORRETA VISUALIZADA A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA ARGUMENTATIVA.....	45
2.1 A Filosofia de Jürgen Habermas e as suas formulações discursivas para o trabalho da decisão judicial.....	46
2.1.1 A racionalidade argumentativa em Jürgen Habermas e a Teoria do Agir Comunicativo.....	46
2.1.2 A filosofia habermasiana no direito: um debate acerca da validade do sistema jurídico e a elaboração de um procedimento argumentativo institucionalizado	50
2.1.3 A decisão judicial para a teoria discursiva habermasiana: o procedimento participativo no discurso jurídico e a crítica ao projeto teórico de Dworkin.....	52

2.1.3.1 A hermenêutica e a razão comunicativa habermasiana	57
2.2 A defesa de Dworkin e a contribuição de Habermas para o desenvolvimento da tese da resposta correta	60
2.2.1 Em defesa do juiz de Hércules e a abertura interpretativa em Dworkin	61
2.2.2 A preocupação exagerada com a figura individual de um julgador. A ausência da abordagem procedimental coparticipava em Dworkin e a importância da teoria discursiva formulada por Habermas no desenvolvimento da teoria da decisão	63
3 A PROPOSTA DO CPC/15 PARA A ELABORAÇÃO DE UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL: UM OLHAR CRÍTICO DOS INSTITUTOS JURÍDICOS PROCESSUAIS	68
3.1 A incorporação das teses de Ronald Dworkin ao direito brasileiro por meio do CPC/15	68
3.2 A figura dos precedentes judiciais a partir do CPC/15 e a sua importância na orientação do trabalho dos tribunais.....	71
3.2.1 A obediência aos precedentes. Coerência e integridade no direito brasileiro. O art. 926 do CPC/15. Precedentes, jurisprudência e súmulas.....	73
3.2.2 A obrigatoriedade dos precedentes brasileiros e a observância ao rol (exemplificativo) do artigo 927 do CPC	75
3.2.2.1 Os efeitos práticos jurídicos dos precedentes no direito brasileiro	80
3.2.2.2 Os elementos vinculantes de um precedente e a distinção entre <i>ratio decidendi</i> e <i>obiter dictum</i>	82
3.2.2.3 As súmulas e a sua (in)capacidade vinculativa: redução de discursos a partir de enunciados	85
3.2.3 Um desenvolvimento argumentativo após o precedente vinculante e a questão do <i>distinguishing</i> e <i>overruling</i>	88
3.3 A fundamentação mínima a partir do CPC/15: um avanço inquestionável para a sistemática brasileira no enriquecimento discursivo e no combate à discricionariedade	91
4 CRÍTICAS AO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO A PARTIR DO EXAME PRÁTICO DOS TRIBUNAIS E NA RELEITURA FILOSÓFICA DE DWORKIN E HABERMAS.....	96
4.1 O incorreto manejo dos precedentes vinculantes: a decisão como mera repetição do precedente e a indevida pretensão de fixar respostas prontas às novas questões jurídicas	96

4.1.1 A (in)existência de coerência entre os julgados após a fixação de um precedente vinculante: uma análise dos distintos acórdãos (unânicos) proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso acerca do mesmo tema	97
4.1.2 O emprego de precedentes por meio de enunciados e ementas: a falta de confronto analítico com os julgados anteriores.....	103
4.2 A necessidade de revisitação da filosofia do direito na formação de um discurso jurídico adequado para a realidade brasileira: um olhar crítico dos institutos do CPC/15	107
4.2.1 Os déficits do processo civil brasileiro na recepção da teoria do “romance em cadeia” de Dworkin	109
4.2.2 A resposta correta por meio de um procedimento adequado: a proposta do CPC/15 na tentativa de institucionalizar discursos e funcionalizar um sistema coerente	113
CONCLUSÃO.....	117
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	122

INTRODUÇÃO

Talvez um dos maiores problemas do ser humano está no ato de julgar, pois sempre voltado apenas às suas concepções próprias, advindas de sentimentos pessoais do meio em que está inserido. É interessante, pois, que não sabe agir sem julgar, mesmo que intimamente, os fenômenos sociais, por estar sendo constantemente influenciado por conceitos prévios acerca de determinada matéria, por isto o faz muito mal. Nestas razões, comumente compreende-se que o juízo deverá estar ligado à ideia de um processo, o que remete que o indivíduo procede ou deve proceder de alguma forma, de modo que com ele seria possível ao menos agir com prudência e realizar uma avaliação racional¹.

Com o fito de conseguir trabalhar com os julgamentos do ser humano sobre os fenômenos, exsurge a necessidade de nos debruçarmos sobre a filosofia, pois é a partir dela que estas reflexões começam. Esta questão consegue ser mais bem visualizada quando verificamos que a sociedade contemporânea é marcada por constantes conflitos, ocorridos em razão de uma miríade de fatores (ex: concentração de riquezas, escassez de recursos, ineficiência estatal em respeitar os direitos dos cidadãos), o que faz com que o direito apareça como um meio para fornecer respostas para estas celeumas por meio de um ordenamento jurídico. É neste contexto que cabe preponderantemente ao Poder Judiciário o dever de proferir julgamentos mais racionais às realidades sociais que rogam pelo cumprimento dos direitos básicos garantidos aos indivíduos.

A legislação, neste sentido, torna-se o meio de regular a atividade dos indivíduos e fornecer meios de solver desavenças. No entanto, é possível visualizar que textos não são absolutos, não abarcam todas as situações possíveis de ser enfrentadas pelo ser humano e, da mesma forma, fornecem, a partir de infinitas operações linguísticas, interpretações distintas acerca do seu teor. São por tais razões que é necessário compreender que o direito não pode se tornar aquilo que os julgadores dizem que é ou ser permitido que o intérprete projete sentidos que lhe convêm, hipótese que implicará em um exercício arbitrário por aqueles dotados de notável poder estatal.

Vislumbrando os problemas da discricionariedade no ato decisório, notadamente o disparate que sua adoção pode ser visualizada contra as premissas básicas de um Estado Democrático de Direito, que o trabalho de Ronald Dworkin é abordado. A obra deste autor norte-americano passou a ser revista hodiernamente pela doutrina brasileira, sobretudo com a

¹ CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Tradução: Roger Vinícius da Silva Costa. São Paulo: PILLARES, 2015, p. 20.

famigerada discussão com Herbert Hart e a sua contribuição para a superação de modelos positivistas. É preciso, no entanto, ter cuidado para não cair na tentação de um pensamento acrítico, que seja capitulado à eloquência do autor, pois sua abordagem necessita ser exposta com prudência, sobretudo quando se busca incorporá-la à legislação.

Com a filosofia dworkiniana, afastamos a ideia de julgamentos silogísticos, reconhecendo que há uma subjetividade presente no cenário jurídico, mas que sua realização poderá, como elaborado por Habermas, ser mitigada apenas a partir de critérios discursivos. Agora, não podemos admitir que seja outorgado aos juízes o poder de decidirem livremente para interpretarem as fontes jurídicas da maneira como bem entenderem, atribuindo sentidos sem critérios. Estas são as razões pelas quais o procedimento, tal qual colocado por Habermas, se torna um meio de mitigar atos arbitrários e funcionalizar a atuação jurisdicional na pacificação de conflitos, pois remete a um meio próprio de julgar, com critérios previamente estipulados.

É neste cenário que o presente trabalho se vale do método dialético, de modo que busca confrontar as principais formulações de Dworkin e o contraponto fornecido por Habermas na elaboração de uma teoria da decisão. A partir deste debate filosófico, haverá substrato suficiente para a reflexão dos institutos jurídicos adotados pelo Código de Processo Civil, de 2015, confrontado com o raciocínio, teórico e pragmático, difundido pelos operadores na sua aplicação. Nesta perspectiva, possível o desenvolvimento da pesquisa também por meio de um raciocínio dedutivo, na medida que utilizará estes aportes teóricos para a proposta de uma teoria da decisão a partir do referido diploma processual.

Muito embora os institutos do CPC/15 promovam um importante debate acerca da aplicação do direito, notadamente por buscar adotar novos conceitos e promover uma mudança discursiva, ainda é preocupante os seus impactos no Brasil. Essa afirmação decorre do fato de que a justiça brasileira se encontra abarrotada de ações em número infinitamente maior do que suas reais condições de julgar, influenciando os magistrados a realizarem julgamentos mais céleres, simplificados e menos trabalhados, o que culminou na adoção de posturas discricionárias, algumas realizadas por meio de interpretações deturpadas do referido código, que reduzem o discurso jurídico a operações meramente subsuntivas.

É dentro desta perspectiva que o confronto das teses jusfilosóficas com a pragmática e dogmática brasileira ganha especial atenção, pois esta abordagem tem o condão de proporcionar um melhor exame das peculiaridades do imaginário jurídico brasileiro e sua resistência na adoção de novas teses, ato este que poderá se tornar um empecilho no desenvolvimento da ciência jurídica. Por tais razões, a preocupação principal deste trabalho é com a

(im)possibilidade da adoção de uma teoria da decisão, por meio do CPC/15, compatível com o sistema brasileiro e que possa ser agasalhada pelos seus operadores.

Para o desenvolvimento destas ideias, busca-se a realização de pesquisa bibliográfica, analisando as principais obras de Dworkin e Habermas, expostas com o auxílio de autores brasileiros e estrangeiros que abordem a temática da decisão judicial. Além disso, o trabalho contará com as obras de importantes nomes do Direito Processual Civil, em que se discutirá os institutos do CPC/15, bem como as bases teóricas que auxiliaram nas suas formações, sobretudo os precedentes e a fundamentação adequada. E, bem expostas estas questões, haverá uma análise pragmática acerca das problemáticas apontadas no decorrer do trabalho, perscrutando principalmente a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Mato Grosso e a formação de teses pelo referido tribunal, o que auxiliará na proposta para a decisão judicial aqui construída.

Atinente à confecção desta pesquisa, esta terá como principal preocupação a proposta da teoria da decisão por meio da Filosofia do Direito e como ela pode ser elaborada por meio de leis processuais, o que será visto por meio do CPC/15 no caso do Brasil. Com o escopo de expor todas estas questões, o trabalho será dividido em 04 (quatro) partes, em que as 02 (duas) primeiras serão voltadas principalmente ao debate filosófico e as últimas ao direito processual civil brasileiro, bem como a contribuição das bases teóricas para o sistema pátrio.

De logo, averbe-se que no primeiro capítulo, a tese da resposta correta de Ronald Dworkin e suas principais premissas ganham especial relevo para este trabalho pois é a partir deles que se buscará dialogar com o aspecto da decisão judicial. O procedimentalismo habermasiano, trazido no segundo capítulo, também merecerá a devida atenção, pois fornecerá suporte para a reflexão do instituto da decisão por meio do aspecto processual.

Bem expostas estas questões, o debate será trazido para a realidade do direito brasileiro num terceiro momento do trabalho, de modo que serão desenvolvidos os principais institutos do CPC/15 que influenciam neste tema, notadamente os precedentes e a fundamentação. Por fim, serão problematizados os referidos institutos por meio de uma análise pragmática de alguns julgados do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, bem como pelo diálogo com a filosofia dworkiniana e habermasiana no fornecimento de uma teoria da decisão para o direito brasileiro.

Com tais reflexões, a pesquisa partirá do pressuposto da inadmissibilidade, em um Estado Democrático de Direito, de autorizar alta carga de discricionariedade para os julgadores, de modo que não haja objetividade nas ciências jurídicas, sob a justificativa de que a aplicação da lei possibilita uma miríade de interpretações. A decisão judicial, portanto, deverá se debruçar neste campo de debate, para que seja mais bem elaborada, respeitando todos os preceitos básicos de um Estado, bem como os clamores sociais e, sobretudo, os das partes que batem às

portas do judiciário. É neste sentido que o trabalho fará uma exposição destas teses à luz da sistemática processual civil e o caráter participativo no debate jurídico.

1 A BUSCA POR UMA RESPOSTA JUDICIAL CORRETA E O DESENVOLVIMENTO DE UMA TEORIA DA DECISÃO A PARTIR DE RONALD DWORKIN

Ao revisitar a literatura jurídica sobre a temática da decisão judicial, é difícil deixar de abordar o pensamento do autor norte-americano Ronald Dworkin, pois aparece com especial destaque por, ao mesmo tempo realizar críticas contundentes a um modelo (positivista), doravante compreendido como insustentável para a prestação jurisdicional, propor a tese da única resposta correta. A sua teoria chama atenção pelo fato de se mostrar uma idealização, *a priori*, muito longe da realidade, pois é notório que há constantes discrepâncias acerca das interpretações, sobretudo no contexto jurídico, que podem resultar em diferentes respostas judiciais. Todavia, as razões desta sua abordagem merecem ser destrinchadas e bem expostas no sentido de conseguir extrair como pode contribuir para o desenvolvimento das ciências jurídicas, notadamente no que diz respeito ao fornecimento de melhores decisões judiciais para a sociedade.

As propostas do autor norte-americano, longe de se mostrarem isentas de críticas e aceções sem um filtro dialético com outras abordagens, mostram-se pertinentes justamente por imprimir uma nova perspectiva para o discurso jurídico. Com as suas teorias, houve maior atenção em buscar examinar como os juízes, de fato, decidem e como deveriam fazê-lo sob um olhar democrático, notadamente quando inseridos em uma sociedade complexa, que exige maior compreensão do trabalho judicial e segurança jurídica. Sempre preocupado com esta prestação jurisdicional, Dworkin trabalha com conceitos similares à equidade para as decisões judiciais, propondo que o direito deve ser visto a partir da integridade, o que, longe de estabelecer uma retórica apenas moralista, funcionaliza a prestação da tutela jurisdicional como algo mais bem trabalhado e preza que a justiça seja mais visualizada na atuação dos tribunais.

1.1 O positivismo jurídico e a sua concepção de decisão judicial

O progresso moral e científico da sociedade, sobretudo a partir do iluminismo do século XVIII, fez com que emergisse uma preocupação pelo conhecimento dos fenômenos observáveis. Neste sentido, Augusto Comte, um dos principais expoentes no começo do positivismo, apregoava a necessidade de se compreender o modo de existência das coisas. Bem por isto, a partir da investigação e explicação dos fatos, poder-se-ia formular leis gerais que possibilitassem uma observação empirista e fizesse alcançar conhecimento por meio de um

único método: o científico.

O positivismo jurídico, por sua vez, preocupado com as concepções do jusnaturalismo, surge com o objetivo de estabelecer uma postura metodológica específica para a descrição do direito produzido pelo Estado. Uma de suas características mais importantes diz respeito à separação realizada do direito à moral, porquanto, para a postura juspositivista, ao contrário da jusnaturalista, o direito possui validade de acordo com os procedimentos formais do sistema, não dependendo do conteúdo que o regulamenta. Em outras palavras, possui a pretensão de metodologicamente assumir um “caráter descritivo de cunho adequacionista”² das proposições jurídicas, de maneira que haja um discurso neutro, sem influências dos elementos psicológicos ou políticos.

Com tais ideias, uma vez que uma das propostas deste trabalho é analisar criticamente a teoria da decisão proposta por Ronald Dworkin, necessário identificar a vertente do positivismo jurídico que o autor-norte americano buscou confrontar e o cenário em que foi construída.

1.1.1 As escolas clássicas do século XIX. O Positivismo legalista: o apego às leis e à doutrina

A insatisfação com um direito consuetudinário, que se pautava em proselitismos políticos e em benefícios para a corte, fez surgir na França do século XIX, após a Revolução Francesa, o Código Napoleônico de 1804. Inspirado em ideais iluministas, revolucionários e pós-revolucionários, buscou-se por meio desta codificação oferecer proteção à liberdade e à propriedade individual, limitando-se o poder absoluto dos governantes, de tal sorte que a lei seria considerada o único instrumento capaz de regular a conduta dos cidadãos. Por isto, o direito francês neste momento é marcado pelo rigor metodológico que deveria ocorrer entre fato e texto, porquanto a atividade jurisdicional estaria preocupada na atribuição de sentidos aos casos por meio de meras operações exegéticas-substantivas da legislação.

Este movimento, denominado positivismo exegético (ou Escola da Exegese), repudiava as manipulações interpretativas realizada por juízes, ao mesmo tempo que defendiam que deviam se atentar apenas à letra da lei, concebendo-a como a vontade do legislador, portador da razão racional do povo, e postulava que a moral fosse separada do direito. Sua abordagem metodológica é fruto de uma desconfiança difundida na França por práticas jurisprudenciais marcadas pela erudição, porque a decisão judicial nada mais deveria ser do que a aplicação do

² STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020, p. 36.

código ao caso, de modo que não cederia espaço para o juiz, portador de um discurso incompreensível pelos cidadãos, dar novos sentidos aos comandos normativos.

O Código Civil Francês de 1804, apesar de buscar uma nova tradição jurídica, apregoando uma sistematização do ideal lógico-sistemático do jusnaturalismo racionalista³, desenvolvendo uma ruptura com o direito natural, não ignorou a hipótese de que poderia a legislação ser obscura, insuficiente ou silenciosa quanto aos fatos. Exatamente por conta desta possibilidade, dispunha o referido código, em seu artigo 4º, que a recusa de julgamento a pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei poderá culminar nas sanções oriundas de denegação de justiça. Ao identificar a omissão da legislação, segundo Norberto Bobbio, analisando os escritos dos principais expoentes desta corrente, principalmente Jean Ch. F. Demolombe, caberá ao juiz buscar a regra no interior do sistema legislativo (auto-integração) e aplicar critérios estabelecidos pelas próprias leis, observando a vontade do legislador⁴.

Diferente do modelo francês do século XIX, em que repercutia a necessidade de interpretações amarradas à legislação, na Alemanha, os conceitos gerais e abstratos deduzidos pelos juristas-filósofos assumem um papel relevante. Preocupada com a sistematização do Direito por meio de uma lógica formal, a Jurisprudência dos Conceitos, também conhecida como Pandectismo, elaborou uma “genealogia dos conceitos”, que consistiria na atividade de se obter o conceito mais geral, que seria deduzido em outros mais específicos e, logo após, a atividade jurídica seria articulada a partir do movimento dedutivo descendente ou indutiva descendente⁵.

Apesar da pretensão do Pandectismo não estar voltada à construção de um sistema formal, mas histórico-formal dos conceitos do Direito, para esta corrente a decisão judicial também seria fruto de uma atividade subsuntiva do juiz aos conceitos elaborados. Deste modo,

³ Neste ponto, válidas são as advertências de Hespanha, que informa que apesar do apego às leis, “os juristas que lhe correspondem oscilam entre a fidelidade aos novos códigos e uma substancial adesão ao jusnaturalismo que dominava a segunda metade do século XVIII”, pois poderiam articular que a legislação seria fruto de uma razão natural, que culminaria em “máximas para regular a sociedade” (HESPANHA, António Manuel. **A cultura jurídica europeia: síntese de um milénio**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 404).

⁴ Norberto Bobbio explica que, na verdade, o objetivo inicial desta legislação era possibilitar a integração da lei a juízos de equidade, exatamente por isto dispunha o eliminado artigo 9º que nas matérias civis, na falta de leis escritas, o juiz deveria ser guiado pela equidade, o que repercutiria, conforme o próprio texto legal, o retorno à lei natural. O artigo 4º, por sua vez, tinha a intenção de evitar que os juízes se abstenham de decidir e enviem a causa ao poder legislativo para obter disposições a propósito. Todavia, Bobbio explica que “eliminado o segundo artigo [artigo 9º], o primeiro [artigo 4º] – considerado isoladamente e prescindindo dos motivos históricos que o haviam sugerido – é compreendido pelos primeiros intérpretes do Código de modo completamente diverso, isto é, é interpretado, assim, no sentido de que se deveria sempre deduzir da própria lei a norma para resolver quaisquer controvérsias” (BOBBIO, Norberto, **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 77).

⁵ ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; e OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Introdução ao direito: Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 493-494.

a atividade jurisdicional limitava-se a reproduzir conceitos pré-determinados colocados por juristas, furtando-se os julgadores à interpretação das fontes legais.

Assim, é importante destacar, conforme observa Bobbio, que, enquanto na Alemanha não houve codificação das leis no período analisado (Código Civil Alemão formulado apenas em 1900), pois foi elaborada uma teoria de aplicação conceitual do direito de forma independente, na França foi confeccionado um código sem a elaboração de estudos teóricos acerca da codificação⁶. Embora suas elaborações tenham sido realizadas em contextos fáticos distintos, ambas as propostas são marcadas por estabelecer a decisão judicial como uma tarefa subsuntiva de leis ou conceitos aos casos concretos, de modo que não há espaço para o papel do Direito como ciência autônoma.

1.1.2 A decisão judicial como ato de vontade e o positivismo normativo de Hans Kelsen

O avanço político das sociedades do século XX proporcionou um intenso crescimento do poder político dos Estados, situação que demonstrou a insustentabilidade do positivismo legalista, de tal forma que se enxergavam problemas na aplicação do Direito. Neste contexto, surge a Teoria Pura de Hans Kelsen com o objetivo de estruturar o positivismo jurídico e abandonar o rigor jurídico metodológico anterior.

Atinente à sua construção teórica, Kelsen, sob influência kantiana⁷, enxerga a necessidade de perscrutar a validade do ordenamento jurídico a partir da norma hipotética fundamental. Esta percepção advém da premissa de que o sistema jurídico deveria buscar fundamento para a sua validade a partir de um pressuposto lógico-transcendental, que possibilite o Direito a estabelecer uma máxima que deve servir de amparo para o restante do conjunto normativo. Esta concepção da lógica transcendental do ordenamento jurídico serve para estabelecer uma postura necessária para que o teórico possa identificar as normas válidas do sistema jurídico em vigor.

A Teoria Pura do Direito estabelece uma cisão entre ser e dever ser, incumbindo ao

⁶ BOBBIO, Norberto, **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 91.

⁷ Kelsen afirma que “assim como Kant pergunta: como é possível uma interpretação, alheia a toda metafísica, dos fatos dados aos nossos sentidos nas leis naturais formuladas pela ciência da natureza, A Teoria Pura do Direito pergunta: como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas, como Deus ou a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas? A resposta epistemológica (teórico-gnoseológica) da Teoria Pura do Direito é: sob a condição de pressupormos a norma fundamental: devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição”. (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 225).

segundo ser objeto de estudo dos cientistas do direito. Enquanto o Direito, para Kelsen, é indivisível à política, tanto no aspecto da sua criação como da aplicação, a Ciência do Direito deveria se ver livre de aspectos relativos a situações sociais, psicológicas e políticas. Exatamente no campo de atuação da ciência que se encontra a “pureza” de sua teoria, pois caberia a esta descrever as normas que foram produzidas, o que possibilitará a transmissão de informações sobre como elas estabelecem o comportamento em cada situação⁸. Por isto, a interpretação do ordenamento jurídico realizada pelos cientistas deverá ser vista como um ato de conhecimento, realizada de forma objetiva e neutra.

Por outro turno, a tese de Kelsen reside na compreensão da indeterminação do Direito, por entender que é inegável a existência de plurissignificações dos textos jurídicos. Desta forma, o ato de aplicação normativa pelos órgãos judiciais vai além da descrição do Direito e permite ao julgador escolher a interpretação que lhe convier, motivo pelo qual é denominado um ato de vontade. A decisão judicial a partir desta premissa consistiria, como ato de aplicação do Direito, na criação de uma norma inferior com base na norma superior ou no ato de execução estatuído na norma jurídica aplicanda.

Em consonância com as ideias expostas alhures, reverbera no estudo do positivismo normativista a impossibilidade de uma única resposta correta diante as lacunas da lei, pois segundo Kelsen:

(...) a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral⁹.

Como observado, apesar das duras críticas lançadas à Teoria Pura do Direito hodiernamente, é de se projetar que, não obstante afaste a possibilidade da elaboração de uma teoria da decisão, buscou o mencionado autor estabelecer critérios para a aplicação das normas jurídicas (moldura da lei). Sua formulação jurídico-científica possui como mote a redução da pluralidade de significações que pode advir dos textos legais, o que poderá proporcionar a

⁸ SGARBI, Adrian. **Clássicos de teoria do direito**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p.54.

⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 390-391.

obtenção de maior grau possível de segurança jurídica¹⁰. Em arremate, importante perceber que, abandonada a premissa da aplicação como mera operação exegética-substantiva, a atividade decisória, como ato de vontade, é visualizada com maior complexidade, pois compreendida a presença de um pluralismo extraído da conjuntura normativa.

1.1.3 A discricionariedade no ato de aplicação normativa e o positivismo jurídico hartiano

A abordagem hartiana do direito é caracterizada por aproximar os aspectos da linguagem às ciências jurídicas. O jusfilósofo inglês volta seus estudos à compreensão da intencionalidade do agente nas práticas jurídicas e ao “jogo” gramatical, segundo o qual, embora possível fixar cânones interpretativos, não seria factível eliminar as incertezas advindas das regras jurídicas, porquanto haveria casos fáceis e difíceis. Estes “cânones”, empregados de maneira genérica, apesar de exigirem interpretação, para os casos simples é possível dispensar a atividade hermenêutica, porquanto haveria um juízo consensual quanto à aplicabilidade dos termos classificatórios¹¹.

Ronaldo Porto Macedo Júnior explica que com Hart houve o reconhecimento de que a objetividade da realidade está em nós mesmos. Isto significa que os conceitos fundamentais para a compreensão do mundo (e para as ciências jurídicas) dependeriam de nossa experiência, de modo que a descrição normativa partisse dos conceitos de regra social¹². As formulações de proposições jurídicas necessitam, portanto, de uma interpretação sobre os institutos jurídicos, isto é, para argumentação/aplicação de uma norma jurídica imprescindível estabelecer o mesmo *topoi* para sua construção, fixando um critério para aferir a existência da obrigação jurídica, alcançada por meio de uma aceitação.

Nesta linha, a estrutura do próprio Direito para Hart deve se ater à concepção de identificação de comandos jurídicos, normas primárias e secundárias. As primeiras são concebidas como a forma de estabelecer o que o cidadão pode ou não fazer, ao passo que as segundas atuam para pôr fim às incertezas advindas das normas primárias. Esta concepção, para o autor britânico, possibilitava fixar critérios de validade para o Direito, de modo a estabelecer

¹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 397.

¹¹ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 165.

¹² Ronaldo Porto Macedo Júnior esclarece também que esta compreensão mundana não pode se confundir com a pressuposição kantiana, pois não se tratava de uma questão transcendental, mas basta partir do compartilhamento de ideias. (MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 132).

um padrão mínimo de sua aplicação.

A solução alvitada para a identificação das normas primeiras pertencentes à ordem jurídica, possibilitando que as lacunas legais sejam observadas, foi denominada por Herbert Hart como “regra de reconhecimento”. Neste sentido, não se poderia reconhecer a validade de uma lei nas sanções impostas *de per se* quando haja o desrespeito ao seu comando, mas apenas na hipótese que haja o reconhecimento da validade desta regra por meio de múltiplos critérios, conforme afirma:

Num sistema jurídico moderno, no qual existem várias ‘fontes’ do direito, a norma de reconhecimento é correspondentemente mais complexa: os critérios para identificar a norma jurídica são múltiplos e geralmente incluem uma constituição escrita, a promulgação pelo legislativo e precedentes judiciais. Na maior parte dos casos, há mecanismos destinados a solucionar possíveis conflitos, hierarquizando-se esses critérios segundo uma ordem de subordinação e primazia relativas. É assim que, no sistema inglês, o *common law* se subordina à lei positivada (*statute*)¹³.

Esta regra de reconhecimento, assim como afirma Lênio Streck¹⁴, está para Hart assim como a norma hipotética fundamental para Kelsen, porquanto ambos buscam fornecer uma resposta para o problema do fundamento do sistema jurídico. No entanto, a regra de reconhecimento está vinculada a um conceito mais sociológico do que a norma hipotética kelseniana, pois voltada ao Direito como uma construção conceitual acerca das normas, dependente da aceitação de uma regra a partir de uma prática social.

Ao reconhecer a indeterminação e a incompletude do Direito, o autor utiliza da expressão “textura aberta” da linguagem para explicar a necessidade do reconhecimento das normas imprecisas pelo juiz e, logo após, agir discricionariamente para a criação de uma norma derivada para o caso concreto. Esta tese parte da premissa de que não haveria um método único para a interpretação casuística da razão prática. Portanto, a função do direito seria “orientar” as autoridades e os indivíduos aos padrões variáveis que podem surgir nas decisões, frutos do poder discricionário que os julgadores possuem na aplicação da norma.

Nesta exegese, os poderes do juiz ao realizar uma escolha discricionária seriam restringidos pelas disposições legislativas. No entanto, identificado o caso difícil, inexistiria uma decisão correta, pois nestas situações deverá o magistrado criar o direito, mas não arbitrariamente, como argumenta Hart, porquanto deverá se valer de razões gerais e suas

¹³ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 130.

¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 507.

próprias convicções para atuar como se legislador fosse¹⁵. O direito seria, portanto, como um jogo de xadrez, pois teria como ponto de partida as mesmas regras aceitas e os desacordos teóricos adviriam desta base convencional, cujo órgão aplicador teria a incumbência de criar para o caso prático.

Outro ponto que ganha destaque na obra de Herbert Hart, característico do positivismo jurídico (e preocupante para Dworkin), diz respeito à compreensão da moral no Direito. O jusfilósofo inglês deixa claro, logo no início de seu debate de moral e direito, que seria um disparate negar que a moral e os ideais convencionais de grupos sociais têm influenciado o desenvolvimento do direito. Todavia, o que deve ficar claro é que, para Hart, é errada a concepção de que deveria haver uma conformidade do sistema jurídico com a moral¹⁶.

O positivismo hartiano, portanto, concebe que os juízos morais não devem ser a preocupação dos juristas, pois também são indeterminados. Admite, ao contrário de outros positivistas, que, apesar do conteúdo do direito poder ser identificado por referência às fontes sociais do direito, há casos em que o direito incorporou critérios morais para a sua identificação.

1.2 As raízes da teoria de Ronald Dworkin

O norte-americano Ronald Myles Dworkin dedicou grande parte dos seus estudos para apresentar críticas às formulações do positivismo jurídico, principalmente as elaboradas pelo seu ex-professor e antecessor como professor em Oxford, Herbert Hart. Dworkin, além de possuir uma postura antipositivista, elaborou uma teoria da decisão judicial voltada ao debate do papel dos princípios e à postura ideal do julgador ao proferir decisões. Sua preocupação era oferecer uma proposta que conseguisse orientar situações em que a ação judicial não pode ser submetida a regras claras (*hard cases*).

Antes de adentrar ao principal ponto que nos interessa, a tese da resposta correta para casos controversos, cabe desmitificar as raízes de sua construção filosófica. Portanto, deverá ser analisada a concepção de Ronald Dworkin para o Direito e as suas propostas para melhorar o desenvolvimento das ciências jurídicas.

¹⁵ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 352.

¹⁶ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2020, p. 239.

1.2.1 O positivismo para Dworkin e o debate com Herbert Hart

Na obra “Levando os Direitos a Sério”, Dworkin tem como uma das suas principais preocupações apontar as falhas da proposta positivista do Direito. A teoria de Herbert Hart sofre as mais duras críticas, porquanto o norte-americano acreditava ser a concepção mais influenciadora da época.

Dworkin esclarece, logo no começo da obra, que é possível identificar um “esqueleto” do positivismo, de tal modo que o compreende como: (a) o direito de uma sociedade é um conjunto de regras especiais, que poderão ser identificadas e distinguidas com auxílio de critérios específicos, que não dizem respeito ao seu conteúdo, mas à sua formulação, o que Dworkin denomina de *pedigree*; (b) havendo um caso em que não há a cobertura por estas regras, deverá o juiz buscar por algum outro tipo de padrão que oriente na confecção de uma nova regra ou na complementação de uma já existente; e (c) a obrigação jurídica é fruto de uma regra jurídica válida e, na ausência desta, o juiz decide uma matéria controversa exercendo sua discricionariedade¹⁷. Portanto, o positivismo é um modelo para um sistema de regras, que nos leva a esquecer outros *standards* que estão além do conjunto normativo.

Neste contexto, cabe uma rápida digressão a respeito da divisão realizada por Jules Coleman acerca das “espécies” de positivistas, mencionada por Dworkin. A primeira diz respeito ao “positivismo exclusivo”, que insiste em que o direito não pode depender de qualquer critério moral. Já a segunda, denominado de “positivismo inclusivo”, permite a introdução de critérios morais no texto para identificar o direito válido, mas somente se a comunidade jurídica tiver adotado uma convenção que assim o determine. No entanto, o autor norte-americano aduz que o “positivismo inclusivo” distancia-se da doutrina do positivismo, de tal sorte que a aceitação da moral seria a demonstração da dificuldade em responder às críticas formuladas¹⁸.

Voltando-se à proposta de Hart, a defesa do reconhecimento de validade das normas jurídicas pela “regra de reconhecimento” é alcunhada por Dworkin como “tese do pedigree”¹⁹. Para este, a formulação de Hart funcionaria como um padrão unificador e garantidor da identidade jurídica, não sendo a regra mesma validada, mas antes aceita como um fato social. O grande problema desta concepção é abandonar os demais conjuntos de normativos que estão

¹⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 27-28.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 266-267.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 27-28.

presentes no sistema jurídico, principalmente olvidando da importância dos princípios como fontes do direito.

Em consonância com o que foi exposto em linhas pretéritas, extrai-se da doutrina de Hart a defesa de que deveria haver a descrição neutra do direito por meio de um sistema de regras reconhecidamente válidas e o argumento só é normativo quando as fontes sociais tornam os critérios morais parte do Direito. Dworkin afirma que, pelo contrário, o argumento jurídico é completamente moral, ao ponto de que não há como identificar o direito sem que haja alegações morais e éticas.

Desta controvérsia, Dworkin traz como exemplo o caso da senhora Sorenson, em que esta necessitava de um medicamento genérico para aliviar seu sofrimento. Ocorre que o remédio era fabricado e comercializado com diferentes nomes por 11 (onze) diferentes laboratórios farmacêuticos. A medicação fornecida, no entanto, possuía severos efeitos colaterais e a sra. Sorenson passou a ter problemas cardíacos em virtude do remédio, mas não havia como comprovar quais comprimidos havia tomado e de qual fabricante, motivo pelo qual processou todos os que o fabricaram. Neste caso, enquanto para a tese das fontes de Hart, o argumento de que não havia regras ou decisões judiciais do passado tratando deste caso deverá ser aplicado, Dworkin defendia que a pretensão da sra. Sorenson é possível de ser procedente, ao passo que poderia o julgador realizar um juízo de valor sobre esta questão²⁰.

Para além disso, o positivismo hartiano sustenta que a partir do reconhecimento conferido à regra que confere a autoridade para um juiz decidir legitimamente, o julgador poderá, em casos que não haja a regra que discipline a celeuma, invocar a discricionariedade e realizar uma escolha. Aqui, Dworkin se ocupa em realizar severas críticas, porquanto, para ele, não apenas as regras seriam vinculantes, mas também concebe a importância dos princípios no fornecimento de padrões observáveis. De igual sorte, visualizando a hipótese de um caso em que haja dúvidas a respeito da aplicação das regras ou esta seja insuficiente, é dever do juiz articular com os princípios uma decisão judicial, descobrindo o melhor direito que assiste às partes.

1.2.2 A concepção convencionalista criterial atingida pelo aguilhão semântico

Alguns teóricos, como Herbert Hart, sustentam que os conceitos jurídicos seriam frutos de convenções linguísticas e os desacordos advêm de uma “zona de penumbra” em que as

²⁰ DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 205.

proposições jurídicas são marcadas por significativa vagueza. Nesta linha de intelecção, surge a proposta de que o fundamento do direito seria determinado pelo consenso acerca dos conceitos jurídicos, que dependeriam também dos mesmos critérios de aplicação das proposições jurídicas. Para esta corrente, denominada teoria semântica, não seria possível haver desacordo acerca do conteúdo e das fontes jurídicas, pois o direito está inserido apenas no plano fático, de tal sorte que as discordâncias seriam de natureza empírica sobre a história das instituições jurídicas.

Dworkin chama atenção neste ponto por acreditar que há uma falha da proposta destas ideias e que o compartilhamento desta concepção é prejudicial para o desenvolvimento do Direito. A partir das teorias semânticas, acredita-se que as ciências jurídicas deveriam oferecer um acordo linguístico e que os operadores do direito deverão aceitar os mesmos critérios para a aplicação das regras, todavia este argumento limita-se a descrever os desacordos como mera circunstância criterial. Para tanto, desenvolve a expressão do “agulhão semântico” para descrever a insuficiência das teorias semânticas que não concebem os “desacordos genuínos” e insistem na busca de critérios convergentes para tornarem verdadeiras ou falsas as proposições jurídicas. Nas palavras de Ronaldo Porto Macedo Júnior, ao explicar a crítica dworkiniana, é afirmado:

Além disso, existe uma razão mais forte associada a seu argumento sobre a controvérsia, que atinge não apenas as concepções semânticas, mas certas formas de convencionalismo que também são atacadas por Dworkin. Para este, o erro fatal a que estão sujeitas as teorias positivistas ou a principal agulhoada (ou ferroada) que as atinge, consiste no fato de que admitem um pressuposto convencionalista que contamina metodologicamente suas conclusões. A pressuposição convencionalista não é fundamentalmente relacionada à semântica do direito, mas antes à natureza do desacordo no e sobre o direito (e envolve pensar em que medida esse desacordo é possível)²¹.

Na crítica lançada à concepção convencionalista, o autor norte-americano concebe que é necessário, para estabelecer um debate jurídico, partir dos mesmos critérios. Com vistas a ilustrar esta tese, invoca o exemplo da discussão a respeito de quantos livros poderá haver em uma estante, pois, a princípio, necessário que haja um acordo a respeito do conceito de um livro. Enquanto um debatedor discordar se o exemplar de *Moby Dick* não é um livro, pois romances não são livros, qualquer divergência acerca da contagem será apenas ilusória²².

²¹ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 185.

²² DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 55.

São por meio de tais observações que é possível desconstruir a comparação do Direito com o jogo de xadrez. Ao mesmo tempo que possuem regras devidamente estipuladas que ditam as jogadas dos participantes, as ciências jurídicas diferenciam-se pela discrepância acerca das interpretações realizadas das normas que disciplinam sua aplicação. Neste passo, a decisão judicial, ao contrário dos jogos de xadrez, tem que o argumento em favor de uma regra pode ser mais importante do que o extraído desta regra para o caso particular²³.

Em síntese, o compartilhamento de conceitos não pode ficar simplesmente dependente dos mesmos critérios, ao passo que os juristas podem divergir sobre o conteúdo do direito. A questão criterial é relevante apenas para haver, de fato, uma discordância real, mas o que será compartilhado entre os juristas será um conceito interpretativo acerca do debate²⁴.

1.2.3 Além do modelo de regras: os princípios como mitigadores de discricionariedades

Conforme explicado em linhas pretéritas, uma das grandes falhas do positivismo hartiano apontada por Dworkin foi a excessiva preocupação com o modelo de regras válidas e inválidas (identificadas por meio do “teste de pedigree”) e, em casos controversos, a utilização da discricionariedade. O autor norte-americano conhece que não apenas as regras, mas também os princípios, têm força vinculante e a observância de ambos poderia evitar o juízo discricionário lançado na “textura aberta” outrora mencionada por Hart.

Para a explicação do papel dos princípios no ordenamento jurídico e a sua importância nas decisões judiciais, Dworkin traça uma distinção destes com as regras. Embora os dois conjuntos de padrões apontassem para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, distinguem-se quanto à natureza da orientação oferecida²⁵, pois as regras estariam voltadas à determinação de uma obrigação finalística, ao passo que os princípios traçariam uma diretriz a ser percorrida. Prossegue a exposição afirmando que as regras são aplicáveis à maneira do “tudo ou nada”, isto é, uma regra é válida e a resposta fornecida deve ser aceita, ou é inválida e nada contribui para a decisão²⁶, os princípios, por sua vez, enunciam

²³ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 175.

²⁴ DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 313.

²⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 39.

²⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 41.

uma razão que conduz o argumento em certa direção²⁷.

Para Dworkin:

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, uma dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é²⁸.

Partindo destas premissas, deve ser considerado que reduzir o fenômeno normativo apenas às regras poderá gerar prejuízos à argumentação jurídica, pois impossibilitaria o balanceamento de razões na prática jurídica. Dworkin, admitindo que haveria uma distinção entre casos fáceis e difíceis, em que os últimos dizem respeito a questões não solucionáveis pela reta aplicação da norma e haja dúvidas sobre o seu sentido, necessário dimensionar a celeuma por meio de princípios, que poderão atuar também para a justificação da decisão²⁹. Exatamente por meio de tal constatação defende que, ao contrário do positivismo, em casos difíceis não cabe ao juiz inovar e criar direitos, mas sim descobrir o que já foi posto pelo ordenamento jurídico, articulando com princípios.

Nesta linha de intelecção, importante notar que, uma vez que as regras são voltadas a uma obrigação finalística, as orientações para sua aplicação poderão sofrer distintas influências, notadamente em casos controversos em que o texto legal não consiga identificar o melhor direito que assiste o caso. Por isto, é importante a distinção acerca da política judiciária que poderia cogitar o juiz a adotar, isto é, por meio de argumentos de política, as decisões poderiam estar imbuídas de concepções próprias de atividades legislativas a serem adotadas para promover o bem-estar geral, olvidando-se, portanto, o julgador de realizar uma interpretação do conjunto normativo (lembrando-se do caráter deontológico dos princípios, assim como as regras).

²⁷ Francisco José Borges Mota faz uma importante observação a respeito da juridicidade dos princípios. Explica que a sua validade não depende de uma decisão específica em que este tenha sido empregado, mas num sentido de adequação ou propriedade que vai se confirmando ao longo da história, de tal sorte que seu peso deriva da manutenção deste sentido (MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 126).

²⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 42-43.

²⁹ SGARBI, Adrian. **Clássicos de teoria do direito**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p.163.

Sua proposta de direito como prática interpretativa, conforme será exposto no decorrer do trabalho, tem como corolário a existência de controvérsias, cujas naturezas não podem confundir-se. Nas palavras do autor, deve haver uma distinção entre princípios e diretrizes políticas:

Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio. A distinção pode ruir se interpretarmos um princípio como a expressão de objetivo social (isto é, o objetivo de uma sociedade na qual nenhum homem beneficia-se de seu próprio delito) ou interpretamos uma política como expressando um princípio (isto é, o princípio de que o objetivo que a contém é meritório), ou ainda, se adotarmos a tese utilitarista segundo a qual os princípios de justiça são declarações disfarçadas de objetivos (assegurar a maior felicidade para o maior número). Em alguns contextos a distinção tem usos que se perdem, quando ela desmorona dessa maneira³⁰.

Em consonância com estas ideias, basta aqui destacar que Dworkin não ignora o papel das diretrizes políticas para o Direito, tanto é que faz uma distinção a respeito das interpretações realizadas das leis e das decisões pretéritas, pois o julgador, no que diz respeito às primeiras, deveria atribuir à linguagem jurídica argumentos de princípio ou de política que forneçam a melhor justificação desta norma à luz das responsabilidades do poder legislativo. O que deve ficar claro é que a aplicação deverá pautar-se em argumentos de princípio, ao passo que a política será utilizada para compreender os direitos já criados pelo Legislativo, atitude esta compreendida em interpretações teleológicas. Às decisões judiciais devem ser atribuídos tão somente os argumentos de princípio, pois não devem estar envolvidas com uma política judiciária aos tribunais, o que demandaria um arbítrio judicial que daria azo a enviesamentos políticos, motivo pelo qual devem apenas serem guiados por fundamentos de princípios³¹.

³⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 36-37.

³¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 173.

1.3 A tese da resposta correta visualizada a partir do comportamento de um juiz ideal: a interpretação da história institucional

Além da preocupação com a proposta difundida pelo positivismo jurídico, Ronald Dworkin desenvolve uma teoria do direito preocupada com a postura dos julgadores e com as decisões judiciais. Objetivando explicar suas formulações, o autor norte-americano se vale de metáforas para que sejam identificadas posturas e conceitos equiparáveis às ciências jurídicas. Este meio de argumentação, como bem explica Lênio Streck, decorre do fato de que metáforas existem porque se acredita que determinado fenômeno poderá ser mais bem explicado a partir de um outro fenômeno já compreendido, isto é, deverá ser entendida como a possibilidade, a partir da diferença ontológica, de “ligar significantes e significados”³².

No decorrer de suas obras, o autor norte-americano confronta diversas teses contrapostas e críticas formuladas após as suas primeiras publicações, donde se nota que buscou desde o início dos seus escritos dialogar com as propostas difundidas na época, distanciando-se das correntes dominantes, sobretudo o positivismo. Por isto, ao utilizar metáforas para explicar estes fenômenos jurídicos ainda não consolidados, gerou inúmeras controvérsias e críticas incoerentes, ou mal compreendidas, a respeito do que buscava afirmar.

Talvez uma das mais debatidas até os dias atuais seja a tese da resposta correta, principal preocupação deste trabalho, pois é a partir da compreensão do “juiz Hércules” e o “romance em cadeia” que se poderia alcançar uma decisão correta, tal como ela é para Dworkin. Independentemente da eventual falibilidade de suas teorias para a aplicação prática nas ciências jurídicas, não se pode ignorar que criticou veementemente a discricionariedade e atitudes arbitrárias de julgadores, mau vezo este que pode ser facilmente identificado nas casas judiciais brasileiras, cujas decisões extirpam o exercício interpretacionista e conseguem ilustrar sua acertada preocupação com as discordâncias de juristas.

1.3.1 O mito de Hércules e a idealização do trabalho de um juiz

Dworkin propõe um juiz metafórico, alcunhado de Hércules, cuja preocupação inicial seria realizar uma “ponte” entre as intenções das leis e os princípios que subjazem às regras positivas do direito. Para este seu trabalho, necessária contar com uma justificação política da

³² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 419.

doutrina, segundo a qual os casos semelhantes devem ser decididos da mesma maneira³³.

Hércules seria um juiz-filósofo de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas que desenvolveria uma teoria da Constituição e aceitaria o poder geral das regras incontroversas. Para além disso, compreenderia que, enquanto os legisladores têm o poder geral de criar as regras, os juízes possuem o dever geral de seguir estas disposições legais e as decisões anteriores de seu tribunal. Desta maneira, Hércules não se ocuparia da criação do Direito, mas em encontrar os princípios aplicáveis que o compõem e justifiquem a história institucional em que está situado, pois para Dworkin:

O poder legislativo não tem nenhum dever geral de ajustar-se às diretrizes de qualquer política em particular, e para Hércules seria um erro manifesto imaginar que, em algum sentido, o poder legislativo tenha promulgado essa outra lei. Os termos da lei efetivamente promulgada pelo poder legislativo permitem que este processo de interpretação opere sem incorrer em qualquer absurdo; permitem que Hércules afirme que o poder legislativo estendeu uma política até os limites permitidos pela linguagem de que fez uso. No entanto, Hércules não supõe que o poder legislativo tenha estendido essa política até um ponto ulterior indeterminado, além desse limite³⁴.

Veja-se que o “método” de Hércules é criado para dizer a respeito de um modelo ideal de julgador que consiga extrair dos casos em análise os princípios que melhor correspondem ao caso, bem como realizar uma leitura principiológica das decisões pretéritas dos tribunais. Um ponto interessante da percepção dworkiniana é a de que Hércules não deveria realizar apenas uma escolha discricionária do conteúdo do direito, o que inegavelmente seria apenas uma questão de preferência política, mas advoga no sentido de que possa identificar em decisões pretéritas princípios que possam orientar a descoberta da decisão correta em casos difíceis. Por isto o autor explica como deve ser o trabalho de Hércules:

Ele deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas. (...) Hércules deve organizar a justificação de princípio em cada um desses níveis, de tal modo que a justificação seja consistente com os princípios que fornecem a justificação dos níveis mais elevados. A ordenação horizontal requer apenas que os princípios que devem justificar uma decisão em um nível devem ser também consistentes com a justificação oferecida para outras decisões no

³³ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 165.

³⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 171.

mesmo nível³⁵.

Desta preocupação com o resultado das decisões judiciais, Hércules é desenvolvido por ser mais reflexivo e autoconsciente do que os demais juízes. Mas adverte que não tem acesso a mistérios transcendentais que são obscuros para os demais juízes, ao passo que seu trabalho é realizado de forma mais bem metódica que os demais ou, como bem afirma o autor, “ele faz o que eles fariam se tivessem toda uma carreira a dedicar a uma única decisão”³⁶.

1.3.2 O Direito como conceito interpretativo e a importância da literatura

Marcado por uma ruptura com a postura positivista, que apregoava uma relação intrínseca com o método, Dworkin defende que o Direito deve ser reconhecido como uma atividade interpretativa. Este posicionamento, ao contrário do que poderia ser apontado, não é voltado para julgamentos relativistas ou solipsistas, que possibilitam julgamentos realizados ao alvedrio do magistrado, sob a justificativa de que realizou a interpretação que lhe convém. A obra do autor-norte americano é voltada à percepção de que é possível obter respostas corretas no Direito a partir de uma concepção interpretativa da verdade e da objetividade, que repousa no reconhecimento de que uma proposição jurídica está justificada pelos melhores argumentos disponíveis na solução de controvérsias.

Enquanto os positivistas defendem que as proposições jurídicas são meramente descritivas, reveladas como trechos da história, Dworkin aduz que advêm, na verdade, de uma interpretação lançada pelo jurista combinada com elementos valorativos e descritivos deste passado institucional. Neste contexto, para entender como as interpretações se diferem, é crucial procurar os contextos diferentes em que estão inseridos, de tal sorte que o Direito, visto como uma prática social, tem sua interpretação próxima à artística (ex: poemas, peças, pinturas), pois “ambas pretendem analisar algo criado pelas pessoas como uma entidade distinta delas, e não o que as pessoas dizem, como na interpretação da conversação, ou fatos não criados pelas pessoas, como no caso da interpretação científica”³⁷, em outras palavras, ambas são orientadas

³⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 182.

³⁶ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 316.

³⁷ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 61. Dworkin continua a exposição afirmando que na interpretação científica o cientista começa por coletar dados, para depois interpretá-lo a partir de conceitos naturais, enquanto a conversacional, mais conhecida pelos juristas, parte da premissa que é necessário atribuir significados a partir de intenções e preocupações do orador e suas conclusões são apenas afirmações sobre o que o autor buscava dizer.

pela busca de uma intencionalidade contida em seu objeto de análise.

Nesta exegese, defende que a interpretação criativa será a mais adequada para as ciências jurídicas e, ao contrário da proposta que a compreende com o propósito de decifrar propósitos ou intenções do autor, Dworkin defende que ela não é conversacional, mas construtiva. Isto ocorre pelo fato de que deverá estar voltada ao propósito daquilo que está sendo objeto de deliberação, isto é, recuperar intenções históricas de seus autores e os contextos da sua elaboração, atentando-se ao conjunto elaborado no momento em que se interpreta. Todavia, não deixa de se preocupar com a questão da intenção, pois confessa que a atribuição de significados às coisas dependerá de um estado mental consciente, mas esta formulação não deverá estar vinculada tão somente ao objetivo buscado pelo autor do texto, haja vista sua complexidade³⁸.

De forma ilustrativa, basta examinar a peça “O mercador de Veneza”³⁹, donde se extrai a visão do personagem Shylock, que, para Shakespeare e seu público, diz respeito à figura de um judeu, cujos direitos são reduzidos, numa reviravolta inesperada, em virtude de uma conduta artilosa praticada. No entanto, por meio de uma visão contemporânea, tem-se que a obra shakespeariana é marcada por um intenso antissemitismo, cuja ilegalidade foi propagada em desfavor do Shylock conforme nos ensina Ihering⁴⁰, pois o próprio juiz, que reconhece o seu direito a uma libra de carne, torna-o, mediante uma atitude astuciosa, sem efeito mediante o fato de não poder tirar sangue de Antonio. Daí a indagação: por que não já por ocasião da sentença do juiz o reconhecimento desta condição? Por que somente após a sentença? Esta leitura do texto consegue unir dois períodos de “consciência”, que, por meio da explicação construtiva da interpretação criativa, são encontradas ideias que Shakespeare nunca formulou ou, talvez, nem mesmo definiu conscientemente. Isto ocorre por uma espécie de reconstrução da intenção do artista, pois o que foi realizado pelo intérprete poderia até mesmo ser aceito pelo próprio autor⁴¹.

Perceba-se que, por meio deste exemplo, a interpretação lançada também não olvidou

³⁸ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 67.

³⁹ Em Veneza, século XVI, o mercador Antonio recorrer a um empréstimo de um judeu, chamado Shylock, no valor de 03 (três) mil ducados. A cláusula penal do descumprimento deste contrato seria uma libra de carne retirada do peito do mercador. Não efetuado o pagamento no prazo estipulado, o juiz declarou o direito de Shylock em cumprir o que foi pactuado, mas depois foi advertido que na hipótese de derramar uma gota de sangue cristã, suas terras e seus bens serão confiscados em benefício do Estado de Veneza. Ver: SHAKESPEARE, William. **O mercador de Veneza**. Tradução: Fernando Carlos de Alemida Cunha Medeiros e Oscar Mendes. 2 ed. São Paulo: Martin Claret, 2013.

⁴⁰ IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Tradução: Edson Bini, 2. ed. São Paulo: Edipro, 2019, p.17-18.

⁴¹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 68-69.

das razões que moveram o autor a escrever a trama e o pensamento difundido na época. Para além disso, realizou-se uma construção do contexto em que foi escrita a obra e os valores apregoados para que Shylock seja ludibriado no exercício do seu direito. Compreender isto é necessário para refletir a grande questão suscitada por Dworkin ao aduzir que a intenção do autor revela-se importante se permitir que a interpretação aprimore ao máximo a experiência ou o objeto artístico⁴².

Uma rápida observação deverá ser exposta neste ponto, pois revela-se imperioso notar que a interpretação do legislador também é importante para a aplicação normativa. Neste passo, ao contrário do que se pretendeu com a Escola da Exegese, não poderia o julgador limitar-se a buscar a vontade do Poder Legislativo, compreendendo que haveria respostas prontas para controvérsias, mas deveria lançar-se na busca dos motivos do legislador, porquanto poderia oferecer justificativas aceitas para a elaboração destas normas. Observar esta conjuntura normativa e os fatores que culminaram na sua criação é dever do julgador ao proferir decisões, pois oriundo de um propósito observável pela comunidade.

A consequência desta formulação é uma nítida cisão entre o ato de criação e do crítico que interpreta posteriormente⁴³. Conforme explica Dworkin, o ato de criação dependerá de uma atitude interpretativa, pois necessário que possua pelo menos uma teoria tácita para sua realização, do mesmo modo nossas casas judiciais necessitam de observar um devido processo legislativo, respeitar normas hierarquicamente superiores, diretrizes políticas e valores pertencentes a uma sociedade. De igual sorte, o crítico, também cria quando interpreta, porquanto, embora limitado, no contexto jurídico, pelos limites estipulados pelo legislador, haverá uma responsabilidade política em decidir qual maneira ver, ler ou compreender a obra anterior.

Neste contexto, Ronald Dworkin defende que, uma vez que os conceitos interpretativos exigem que as pessoas compartilhem uma prática, deverá haver etapas interpretativas para que haja diferentes graus de consenso para cada fase⁴⁴. A fase “pré-interpretativa” (apesar da nomenclatura, assevera que não deixa de haver interpretação) é voltada à individualização do

⁴² DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 75.

⁴³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 235.

⁴⁴ Ronaldo Porto faz uma importante observação a respeito da compreensão do papel das práticas compartilhadas, porquanto, ao defender este conceito, Dworkin não pode ser classificado como um convencionalista comum. Explica que a “prática linguística convergente” é voltada à aplicação de conceitos criteriosos, cujos aplicadores poderão discordar acerca do manejo destes critérios para a aplicação em casos particulares (MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 257).

objeto, isto é, identificar as regras e os padrões que se consideram a fornecer o conteúdo experimental da prática do Direito e, na literatura, este processo ocorre por meio da distinção entre romances, peças, etc.; num segundo momento (etapa interpretativa *stricto sensu*), a busca do intérprete será por um propósito pertinente ao gênero selecionado, que justifique os principais elementos que sustentam a etapa “pré-interpretativa”; a terceira fase, denominada pós-interpretativa, consistirá em atender o que a prática realmente requer para melhor servir à justificativa aceita pelo conjunto de propósitos buscados⁴⁵.

Por meio de tais premissas, Dworkin desenvolve seu plano teórico objetivando demonstrar como deverá ocorrer o procedimento interpretativo e a maneira que poderá orientar o ato de aplicação dos juízes. Por isto, a decisão judicial vale-se de uma interpretação criacionista por partir desta busca de sentidos por meio das etapas grafadas alhures e, ao final, descobrir o melhor direito que assiste às partes.

1.3.2.1 Um contraponto hermenêutico: a interpretação conversacional

Foi afirmado que Ronald Dworkin dá um sentido distinto à interpretação criativa, de modo que ela deverá ser compreendida de forma construtiva, elemento que contribui para a construção da integridade do Direito. Mas o autor norte-americano não ignora a existência de modelos filosóficos distintos, especialmente de Habermas e Gadamer, que se aproximam mais à interpretação conversacional, o que fica mais nítido em uma importante passagem de “O Império do Direito”, ao expor um pouco o debate:

Os mestres contemporâneos que deram continuidade ao debate, como Gadamer e Habermas, tomam direções diferentes. Gadamer acha que a solução de Dilthey pressupõe o aparato hegeliano que Dilthey ansiava por exorcizar [Cf. H. G. Gadamer, *Truth and Method*, em particular p. 192-214 (tradução inglesa, 2ª. ed., Londres, 1979)]. Acredita que a consciência histórica arquimediana que Dilthey imaginou possível, livre daquilo que Gadamer chama, no sentido especial que dá ao termo, de preconceitos, é impossível, que o máximo que podemos esperar alcançar é uma ‘consciência histórica efetiva’ que pretende ver a história não a partir de nenhum ponto de vista específico, mas sim compreender como nosso próprio ponto de vista é influenciado pelo mundo que desejamos interpretar. Habermas, por sua vez, critica Gadamer por sua visão demasiado passiva de que a direção da comunicação é de mão única, que o intérprete deve esforçar-se por apreender e aplicar aquilo que interpreta com base no pressuposto de que está subordinado a seu autor. Habermas faz a observação crucial (que aponta mais para a interpretação construtiva do que para a conversacional) de que a

⁴⁵ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 81.

interpretação pressupõe que o autor poderia aprender como intérprete (Cf. Jürgen Habermas, 1, *The Theory of Communicative Action* (trad. De T. McCarthy, Boston, 1984].)⁴⁶.

Dworkin concorda com Habermas quando defende que a interpretação deve ser um aprendizado de mão dupla, pois o intérprete compreenderia o texto e o autor poderia aprender também com ele. Da mesma forma, no que tange à relação com a tradição jurídica, afirma que Gadamer é muito feliz ao apresentar que a situação interpretativa deverá partir de concepções prévias, ao passo que deverá ser vista a “interpretação como algo que reconhece as imposições da história ao mesmo tempo que luta contra elas”⁴⁷. Apesar destas pequenas afirmações convergentes, Dworkin discorda das concepções dos autores alemães, ao passo que não concebe esta antecipação de conceitos por meio da revisitação de preconceitos (Gadamer) ou do discurso ideal contrafático (Habermas), pois voltado à importância dos princípios como orientadores de atos jurídicos.

Neste sentido, importante fazer uma breve consideração a respeito da filosofia gadameriana (Habermas será abordado no capítulo seguinte), pois, apesar das discordâncias com Dworkin, ambos possuem um alinhamento no que toca à atividade do intérprete ao atribuir sentidos ao texto. A preocupação do autor alemão é voltada ao olhar hermenêutico do fenômeno observado, de modo que ganha relevo o transcurso interpretativo de textos, pois em suas palavras:

Aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto da maneira mais obstinada e conseqüentemente possível – até que este acabe por não poder ser ignorado e derrube a suposta compreensão. Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem uma ‘neutralidade’ com relação à coisa nem tampouco um anulamento de si mesma; implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais. O que importa é dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo assim confrontar sua verdade com as opiniões prévias pessoais⁴⁸.

Neste sentido, Gadamer defende que, ao buscar a interpretação de um texto, o agente é

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 63.

⁴⁷ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 75.

⁴⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 358

orientado por seus pré-conceitos, que faz com que o texto se transforme em algo diferente do que outros enxergam. Assim, a interpretação dependeria do estado atual de consciência do intérprete, daí a importância de reconhecer os limites da própria compreensão mundana para que não subtraia do texto as informações, de fato, nele lançadas.

Neste ponto talvez fique mais clara a afirmação de Dworkin outrora mencionada ao concordar com Gadamer a respeito do reconhecimento e luta do intérprete contra as tradições que está inserido. Isso decorre do fato de que os personagens, tanto da literatura como do direito, estariam estribados em costumes difundidos no contexto inserido, ao mesmo tempo em que estariam incumbidos de realizar a melhor interpretação possível para um futuro.

Esta linha de intelecção interessa muito o campo de atuação das ciências jurídicas, pois nos faz voltar aos olhos a questão da tradição jurídica na elaboração de novas decisões, de forma similar ao direito como integridade defende que devem funcionar os precedentes das casas judiciais. Todavia, Gadamer⁴⁹ segue a afirmar que, ao mesmo tempo a tradição é essencialmente uma conservação atuante nas mudanças históricas, é um ato da razão, de modo que faz acontecer uma transformação espontânea e imperceptível da tradição.

Desta comparação entre as obras dos autores, há uma distinção entre as abordagens de ambos os autores, as quais, não obstante similares, partem de pressupostos e objetivos distintos. Para Gadamer, as antecipações de sentido (preconceitos) devem ser valoradas positivamente, porque são condições para a interpretação, mas também não podem frustrar o contato com a coisa interpretada, pois o objetivo é efetivamente conhecer a coisa, ao invés de apenas projetar sentidos como se gostaria. Dworkin, por sua vez, aduz que estes preconceitos são os princípios, mas que não funcionam como antecipações de sentido e sim hipóteses explicativas por abdução de uma coletânea de decisões institucionais. Estas distinções ficam ainda mais nítidas quando buscamos analisar as bases de suas teorias, pois construídas a partir de premissas diferentes, pois Dworkin busca atribuir uma justificação moral para as interpretações, ao passo que Gadamer lança-se sobre uma filosofia hermenêutica que propõe identificar sentidos a partir da linguagem. É neste sentido que o professor André Coelho explica com detalhes importantes as disparidades entre as propostas dos respectivos autores:

Assim, na interpretação dworkiniana, o intérprete não ganha conhecimento a partir da interpretação das normas; são as normas que ganham justificação moral a partir da interpretação feita pelo intérprete. Isto quer dizer que a interpretação não extrai algo da coisa interpretada, a saber, conhecimento, mas, ao contrário, atribui algo a ela, a saber, justificação moral. Se é verdade

⁴⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 374-375.

que os princípios, assim como os preconceitos, vão sendo descartados na medida em que não se ajustam à coisa interpretada, é também verdade que, em vez de antecipações preexistentes, são construções artificiais e, em vez de gerarem o resultado pretendido quando frustrados, só o geram quando bem sucedidos. Mais ainda: Enquanto em Gadamer é apenas porque a coisa interpretada de fato significa algo que ela é capaz de resistir aos preconceitos do intérprete, em Dworkin é apenas porque a coisa interpretada não pode justificar-se a si mesma que ela precisa ser justificada por princípios construídos e selecionados pelo intérprete. Portanto, agora pode ficar claro a componente normativa que Gadamer rejeitaria. Não é que Gadamer veria na interpretação dworkiniana uma avaliação normativa externa à prática, mas sim uma atividade que, em vez de implicar obtenção de conhecimento, implica construção de justificação. A interpretação dworkiniana simplesmente não corresponde ao sentido de ‘interpretação’ da tradição hermenêutica⁵⁰.

Por derradeiro, o próprio jusfilósofo norte-americano, além de refutar a existência de uma teoria da “intenção subconsciente”⁵¹, compreende que argumentos similares ao de Gadamer, de que novas decisões refletem a moralidade política do próprio juiz, inscrita nas tradições do direito costumeiro, nada mais é do que “retórica de escolas de direito”⁵². No entanto, esta elaboração possui importância para a compreensão de que ainda é necessário um entendimento a respeito da interação da moralidade pessoal e institucional. Bem por isto, defende que o juiz, ao se lançar sobre um caso concreto, deverá avaliar as decisões pretéritas e não se pautar por uma escolha entre história e justiça, mas, pelo contrário, realizar um julgamento a partir da conciliação destes elementos, contextualizando o cenário em que as decisões ou normas são produzidas, bem como articulando com princípios que refletem melhor os direitos levantados⁵³.

1.3.3 O sistema jurídico a partir do princípio da integridade e a elaboração do romance em cadeia

Herbert Hart já visualizava, conforme dito em linhas pretéritas, a inexistência de um método único que possibilitasse que os juízes chegassem a mesma decisão, pois haveria uma

⁵⁰ COELHO, André Luiz Souza. **Dworkin e Gadamer: qual conexão?** *Peri*, v. 6, n. 1, 2014, p. 30.

⁵¹ Dworkin admite que há de fato mistérios não solucionáveis pela psicologia da criação de obras, mas a suposição de uma “intenção subconsciente” não apoiada em outras provas não justifica a sua realização, razão pela qual compreende que o artista e o intérprete possuem ao menos uma teoria tácita a respeito do objeto (DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 232-233).

⁵² DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 135.

⁵³ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 136-137.

textura aberta acerca de seu modelo de regras. Dworkin, preocupado em entender as divergências e como podem os julgadores decidirem, também admite que esta fórmula nunca foi alcançada, mas defende que é possível identificar más decisões presentes em argumentos e convicções ruins. Por isto, defende piamente que haveria um princípio universal contido no próprio conceito do direito, que todos os juízes devem aceitar: a integridade⁵⁴.

Concebida como uma virtude, assim como a equidade e a justiça, a integridade se refere ao compromisso de atuação em conformidade com padrões. Dworkin estabelece uma distinção entre duas formas de integridade: a) legislativa: funciona para restringir a atuação dos legisladores na criação de novos direitos, que, não obstante imbuídos de vertentes políticas divergentes, são obrigados a observarem os princípios fundamentais que estruturam o Direito; e b) jurídica: sustenta que os juízes utilizem argumentos principiológicos que não ignorem a atividade interpretativa da história institucional em que estão inseridos, de modo que as decisões judiciais sejam introduzidas em uma teoria abrangente compatíveis com as anteriores⁵⁵. De mais a mais, tem-se que o objetivo principal da integridade em quaisquer das áreas é voltada a coibir práticas arbitrárias, insistindo que a justiça aceite uma restrição independente e superior.

Dworkin, na busca de formular a melhor teoria possível para uma decisão judicial, esforçou-se em defender uma parcela de objetividade no Direito, o que seria perfectibilizado por meio de um tratamento igualitário nas decisões judiciais. Assim, sustenta que deveria haver uma coerência entre os julgamentos, isto é, uma consistência lógica oriunda das semelhanças que os casos possuem entre si. Não obstante, o apego às jurisprudências pretéritas ou às demais fontes do Direito não deve ser o suficiente para o sistema jurídico, razão pela qual o conceito de integridade deverá estar atrelado a uma valoração interpretativa lançada pelos juízes ao decidirem os próximos casos.

Nas palavras do autor norte-americano:

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 133.

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 265.

por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado⁵⁶.

No desenvolvimento desta sua teoria, realiza (novamente) uma comparação entre literatura e o Direito, apresentando este como uma ideia de romance em cadeia. A analogia com o gênero literário diz respeito à noção de que cada autor deve escrever um novo capítulo, mas com a compreensão que está inserido num único romance, o que impõe a todos a dupla responsabilidade de interpretar e criar. Por isto, deve decidir como os personagens são “realmente”, os motivos que os orientam e qual o tema ou o propósito do romance em desenvolvimento, de modo que este recurso não esteja subordinado apenas à intenção de um romancista⁵⁷, conforme explica:

Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é tomado como um todo, o propósito ou tema da prática até então⁵⁸.

Assim, caberia a cada juiz se situar no romance em que está inserido e não deixar de observar aquilo que foi decidido anteriormente. No fundo, a tese esgrimida pelo autor norte-americano representa que, ao mesmo tempo em que os juízes possuem responsabilidade política pela sua atuação, devendo agir de forma bem articulada com sua história institucional (ou o romance em cadeia), as partes teriam o direito à melhor resposta oriunda desta interpretação, não aquela advinda de juízos discricionários. Aliás, atos discricionários proporcionariam

⁵⁶ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 274.

⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 236-237

⁵⁸ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 236-237

posições arbitrárias, situação que deslegitimaria a atividade judicial, motivo pelo qual a integridade coloca limites à subjetividade do juiz e fornece um grau de objetividade às ciências jurídicas.

Com estas premissas, é possível identificar em seus estudos que o juiz ideal (Hércules) conseguiria realizar esta interpretação construtiva, lançando-se sobre a história deste romance e buscando uma interação entre adequação e justificação do discurso jurídico. Ora, apesar de propor uma decisão judicial que possa, de fato, ser identificada dentro de todo um sistema único, coerente e íntegro, ainda é controverso o meio pelo qual ocorrerá a identificação do momento adequado para a escrita de cada novo capítulo do romance, pois restam dúvidas se advém apenas dos *hard cases*. Além disso, temos que acrescentar que a dinâmica contemporânea do direito faz com que possua um constante desenvolvimento do imaginário jurídico e, por estarmos inseridos em uma sociedade pluralista, haveria uma miríade de interpretações divergentes acerca das proposições jurídicas, o que pode formar um empecilho para a coerência projetada pelo autor norte-americano.

Estas questões, apesar de preocupantes, são tratadas parcialmente por Dworkin. Este afirma que, de fato, a divergência estará presente no cenário jurídico, mas o que deveria ocorrer é a mitigação de discricionariedades e a concretização de virtudes como a integridade, justiça e equidade. Afinal, o âmago da proposta da integridade não é a uniformidade das decisões, mas servir como um princípio, pois não somos governados por uma lista de direitos e deveres, mas por ideais, o que significa que a controvérsia é, e continuará sendo, essencial à sociedade⁵⁹.

1.3.3.1 A antecipação de conceitos em Dworkin: os problemas na distinção entre casos difíceis e fáceis

Apresentada a crítica de Dworkin ao positivismo hartiano, é importante notar que a formulação da tese da resposta correta a partir da compreensão do direito como conceito interpretativo e o papel dos princípios para o discurso jurídico tem seus alicerces na concepção de casos difíceis, trabalhados inicialmente por Herbert Hart ao defender que nestas hipóteses haveria uma atuação discricionária. A problematização de sua proposta, portanto, advém de compreender que nos *hard cases*, entendidos não apenas como situações em que os participantes possuem difícil entendimento a respeito do direito assistido, mas, como afirma Adrian Sgarbi, em que haja peculiaridades dos fatos apresentados que suscitem dúvidas sobre

⁵⁹ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 133.

o sentido de uma norma⁶⁰. Para tanto, Dworkin, assim como Habermas, considera que poderão ser resolvidos a partir de princípios não encontrados no plano da aplicação, mas extraídos de uma história jurídica no plano discursivo⁶¹.

É certo que a teoria dos direitos do autor norte-americano é voltada para analisar casos difíceis, pois aos fáceis não é necessário um esforço hercúleo do julgador para a sua solução. No entanto, não se pode cair na tentação de um raciocínio simplório e perfunctório em que não haveria uma teoria do direito para os *easy cases*, tampouco que meras operações exegética-substantivas serão suficientes para resolver problemas jurídicos. A premissa de que, na hipótese de que o tribunal ou a lei disponha expressamente acerca de situações jurídicas, seja extirpado qualquer exercício interpretacionista do julgador é talvez uma das maiores retóricas falaciosas que poderiam ser propaladas no universo jurídico.

Verticalizando esta afirmação, é preciso ter fina sensibilidade para perceber que, em verdade, a distinção de casos fáceis e difíceis é um exercício interpretativo, que pode ser realizado de forma discricionária pelo julgador ou até mesmo fornecer o empobrecimento do discurso jurídico. Deste último ponto revela-se um dos maiores problemas desta cisão, porquanto o julgador ainda está incumbido de realizar a melhor interpretação da lei, bem como deverão ser observadas as orientações pretéritas nos tribunais em conjunto com os princípios que orientam a aplicação. Portanto, apesar de haver situações que, de fato, denotam maior simplicidade para solucionar, não é possível abandonar os recursos interpretativos, o que redundaria num discurso antecipador de sentidos, pois estariam sendo admitidos resultados prontos para casos vindouros.

É importante registrar que as leis ou os precedentes não possuem sentidos neles mesmos, mas, pelo contrário, dependerão de um exercício interpretativo e doravante discursivo para identificar como poderão ser identificados e reger controvérsias, não obstante fáceis. De certa forma, mesmo quando um precedente possua força gravitacional, o julgador apenas poderá proferir uma sentença de forma que a interprete da melhor forma possível, bem como respeite um procedimento de aplicação, como se estivesse inserido num romance em cadeia. Nos capítulos seguintes deste trabalho, esta questão será abordada com maior vagar, oportunidade em que se defenderá que as respostas corretas, sobretudo no contexto brasileiro, dependerão de uma dupla análise: interpretativa e procedimental.

Ainda neste contexto, suponha-se que, no cenário jurídico brasileiro, uma pessoa, que

⁶⁰ SGARBI, Adrian. **Clássicos de teoria do direito**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p.165.

⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 332.

cumpriu pena recentemente em virtude do crime de tráfico de drogas, foi presa em flagrante em virtude de um suposto furto de sacos de lixo para vender os itens recicláveis, cujo valor econômico não ultrapasse R\$ 30,00 (trinta reais) e, após a atuação policial, o material seja devolvido ao proprietário. Ora, sob a justificativa de que não estão preenchidos os 04 (quatro) requisitos para o reconhecimento do princípio da insignificância fixados pelo Supremo Tribunal Federal⁶² em virtude da periculosidade do flagrado, a prisão foi homologada e, por força da reincidência, foi decretada a prisão preventiva do custodiado. Sem dúvidas, levando em consideração o resultado julgamento pretoriano, não estão satisfeitos os requisitos (cumulativos) para sua aplicação, daí poderia o julgador, sem maiores problemas, rechaçar a alegação de que o caso reclamaria a sua incidência limitando-se a grafar o entendimento pretoriano.

No entanto, a decisão do magistrado, sem mencionar que haja compreensões futuras do STF a respeito da sua aplicação a réus reincidentes, não poderia simplesmente seguir estes parâmetros, pois olvidou-se de perscrutar toda a sua construção e as razões de fixar estes requisitos. Aqui está um dos maiores problemas acerca de fixação de teses para reger casos futuros e tornar os próximos simples, pois, no afã de estruturar um sistema íntegro e coerente, fornecendo soluções prévias, não haveria uma decisão judicial devidamente construída como capítulo da história jurídica, pois compreendido pelo próprio julgador que se trata apenas de um *easy case*. Isto significaria que para questões fáceis de serem solucionáveis não se adotaria os mesmos recursos para resolver, de modo que poderia o juiz, por meio de sua avaliação dos fatos, compreender que há uma subsunção ao precedente e que qualquer interpretação distinta seria um disparate contra o sistema coerente que deveria observar.

No fundo, situações como a do exemplo citado, além de representar um caso concreto julgado por nossa Corte Suprema⁶³, denotam uma herança positivista acerca de operações interpretativas simplificadas de um discurso sem fundamentação adequada. Com efeito, alcunhar um caso de fácil não pode permitir que julgamentos sejam fruto de uma mera repetição legal ou jurisprudencial, pois necessário um exercício interpretativo, que justifique toda a aplicação normativa e forneça substrato teórico suficiente para uma decisão judicial num

⁶² A jurisprudência do Pretório Excelso exige quatro requisitos objetivos para o reconhecimento da insignificância: a) mínima ofensividade da conduta; b) ausência de periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica [BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 126.980/MS. Recorrente: Eder Arcanjo Ferreira. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Teori Zavascki. 03 nov. 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9816784>. Acesso em: 13 fev. 2022].

⁶³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 200.764/SP. Paciente: Marcos Roberto dos Santos. Coator: Relator do HC nº 657.877 do Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Cármen Lúcia. 22 ab. 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9816784>. Acesso em: 13 fev. 2022.

cenário jurídico.

Assim, não se pode negar que haveria casos que não necessitam de um extenso debate acerca da melhor resposta que assiste às partes, mas é imprescindível que uma decisão atenda, no mínimo, requisitos básicos, seja qual for a demanda, não olvidando que *easy cases* poderiam se revelar para a construção de novas teses. Em outras palavras, o problema desta cisão, ou a formulação de uma teoria com estas premissas como foi realizado por Dworkin, está no fato de que é impossível uma institucionalização de casos fáceis e difíceis, notadamente por não se tratar de uma escolha realizada pelo intérprete⁶⁴. Pelo contrário, a busca por soluções a controvérsias jurídicas não pode admitir respostas prontas para casos próximos de forma similar ao que foi criticado por Dworkin ao se dirigir a Gadamer ao formular seus pré-conceitos, mas também não deve ser refutada para quando haja regras expressas ou precedentes das supremas cortes que hipoteticamente consigam reger integralmente a controvérsia.

1.3.4 A tese da resposta correta para controvérsias jurídicas

Encampano as premissas teóricas trabalhadas ao longo deste capítulo, é possível notar que Ronald Dworkin concebe a decisão judicial como fruto de um trabalho (hercúleo) do juiz. O magistrado, ao perscrutar os julgados que constituem os direitos das partes, bem como avaliando racionalmente o que está sendo analisado, descobrirá, por meio de uma interpretação construtivista, o melhor direito que assiste às partes. Com efeito, este ato decisório apenas será possível a partir de uma interpretação construtivista, cujo principal objetivo é o de escrever um novo capítulo ou aprimorar aquilo que já foi decidido pelos demais juízes no caso passado.

São por estas razões que Dworkin acredita que o direito não pode ser concebido como um fenômeno que autorize juízos discricionários e que haja uma disparidade entre as decisões, de tal sorte que esta aceitação seria uma afronta ao princípio da igualdade. Neste sentido, defende a necessidade de buscarmos uma maior objetividade no cenário jurídico, de forma que haja decisões que reflitam os preceitos difundidos na sociedade, guiadas por princípios. Afinal, se não existissem respostas certas às controvérsias, incorreríamos em um sério problema de indeterminação da teoria moral que permeia o direito⁶⁵.

Ronaldo Porto escreve como a tese da resposta correta dependerá da concepção

⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 335.

⁶⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 215.

interpretativa trabalhada pelo operador, de modo que possa valorizar mais a objetividade nas ciências jurídicas:

A tese da resposta certa, conforme se procurará demonstrar, está na base de uma concepção interpretativa da verdade e da objetividade, segundo a qual afirmar a objetividade de uma proposição significa reconhecer que ela está justificada pelos melhores argumentos disponíveis. Tal afirmação, longe de significar a existência de um critério de objetividade, aponta para o único sentido inteligível de objetividade cabível nesse contexto argumentativo. Em outras palavras, no jogo de linguagem da objetividade que define o nosso uso significativo do uso conceito de objetividade, o funcionamento da linguagem não pode ser caracterizado por um olhar de fora, ‘a partir de lugar nenhum’ (na feliz expressão de Thomas Nagel), ou a partir de uma concepção fiscalista da verdade. Ao contrário, a objetividade jurídica, ou, ainda, a ‘objetividade possível’ – porquanto outras concepções seriam contrassensos -, é aquela que se regula pelo jogo de linguagem do direito. Explicá-lo é pré-condição para a compreensão de Dworkin⁶⁶.

Neste debate, é possível antever a tese da resposta correta, assim como o juiz Hércules, certamente como uma metáfora, em que incumbiria ao julgador proferir a melhor decisão possível, situada dentro de um cenário jurídico compatível com aquilo que vem sendo produzido. Ela se refere então ao dever do juiz de encontrar não a resposta que ele considera adequada ao caso concreto, mas a resposta universal do Estado à demanda que lhe foi apresentada.

Lembremos que Dworkin se preocupava muito com o positivismo e a defesa da discricionariedade no cenário jurídico. Por isto, não poderia ser concebido que houvesse uma abertura interpretativa, outorgando aos juízes poderes de decidirem demandas da maneira como bem entendessem, daí para alcunhar uma resposta como correta, necessário que ela consiga refletir algo que vem sendo construído sistematicamente, não só pela compreensão de um juiz.

Dentro desta perspectiva, temos certo que o direito dependerá de uma constante interpretação acerca das proposições, o que, por consectário, implica na existência de concepções distintas acerca de uma mesma questão. O que importará, neste plano, é que as respostas fornecidas sejam construídas a partir do mesmo debate, isto é, do compartilhamento das mesmas práticas, mesmo que sua aplicação seja distinta.

Por meio destas ideias, a resposta correta é construída por meio de um processo interpretativo que permita que a decisão judicial esteja inserida em conformidade com os precedentes, bem como proferida à luz dos melhores princípios que reflitam a questão debatida.

⁶⁶ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 48.

Deste modo, as proposições jurídicas expostas em eventual decisão combinarão elementos de descrição, quanto da valoração da história jurídica que envolve o cenário para a decisão judicial⁶⁷. Assim, é necessário perceber que, ao contrário daqueles que defendem que não é possível afirmar que haverá argumentos melhores ou piores a respeito do direito, existirão restrições interpretativas e critérios na elaboração e respostas jurídicas que, uma vez obedecidos, possibilitarão identificar uma decisão correta.

⁶⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 219.

2 TEORIA DISCURSIVA DE JÜRGEN HABERMAS: a resposta correta visualizada a partir de uma perspectiva argumentativa

A realização de julgamentos a partir do compartilhamento dos mesmos critérios para o seu desenvolvimento é, inegavelmente, uma condição de possibilidade do discurso, como dito por Dworkin em linhas pretéritas ao desenvolver o seu agulhão semântico. Destarte, outro fator que aqueles que atuam nas ciências jurídicas não podem deixar de examinar diz respeito ao papel da linguagem, à atitude comunicativa e sua interpretação no Direito.

Não por outra razão, além da identificação da atuação dos juízes ao proferir decisões, necessário lançar-nos sobre o modo de externar decisões judiciais, isto é, a justificação das respostas apresentadas. A ausência do fornecimento de um procedimento capaz de representar adequadamente uma fundamentação é, nas palavras de Manuel Atienza⁶⁸, um dos maiores defeitos da teoria padrão da argumentação jurídica, por isto defende (corretamente) que deveria haver a formulação de um raciocínio preocupado com a correção da argumentação. Esta premissa permite aferir o aspecto da comunicação dentro do contexto jurídico e a sua importância de fixar procedimentos que colaborem para a legitimação da atuação judiciária.

Apesar da aproximação, cabe uma rápida digressão no que diz respeito às diferentes abordagens da teoria discursiva. Robert Alexy⁶⁹, ao conceituar os discursos com função dúplice (comprovar a verdade e corrigir proposições), expõe uma distinção de abordagem, podendo uma teoria do discurso ser: a) empírica, em que explica que ocorrerá uma correlação entre os efeitos os grupos de falantes e o seu emprego; b) analítica, cuja análise lastreia-se na estrutura lógica dos argumentos utilizados e possíveis; e c) normativa, estribada na necessidade de estabelecer critérios para a racionalidade do discurso.

Neste ponto, interessante notar até que ponto as teorias discursivas podem ser compatíveis ao que foi trazido por Ronald Dworkin, sobretudo por uma abordagem normativa para a fixação de elementos básicos para a atividade decisória. Destaca-se que as operações exegético-subsuntivas e a defesa da discricionariedade do modelo juspositivista também serão guerreadas pela teoria discursiva doravante debatida.

Assim sendo, respostas para controvérsias deverão buscar fundamentos sobre um procedimento que possua elementos similares para o trabalho do judiciário. Exatamente por

⁶⁸ ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito. Teorias da argumentação jurídica**. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2002, p. 216.

⁶⁹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução: Zilda Hutchinson. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 161.

isto, uma vez que a discussão jurídica partirá de convicções normativas, “pré-conceitos” ou tradições em que cada integrante está situado, as teorias discursivas poderão fornecer um processo para a sua elaboração racional. Este trabalho colabora, portanto, para uma correção das decisões e na fixação de limites da atuação do intérprete defronte a um ordenamento jurídico marcado por vaguezas e aberturas textuais, de modo que possa evitar posturas subjetivistas de magistrados.

2.1 A Filosofia de Jürgen Habermas e as suas formulações discursivas para o trabalho da decisão judicial

As transformações sociais e econômicas decorrentes da expansão industrial após a Primeira Guerra Mundial gerou a necessidade de oferecer uma explicação ao funcionamento do capitalismo. Neste contexto, sob influências das doutrinas marxistas propagadas, a Escola de Frankfurt desenvolve um modelo crítico, que buscou uma emancipação teórica para análise das relações sociais. Desta forma, o ponto marcante de sua construção teórica é a produção de diagnósticos do tempo, isto é, há uma permanente renovação das análises do momento histórico, de modo que cada autor desenvolve uma teoria autônoma, ainda que pertencente ao mesmo campo de estudo, mas em tempos distintos⁷⁰.

Preocupada com o desenvolvimento de um modelo de Teoria Crítica na primeira metade do século XX na Alemanha, a Escola de *Frankfurt* buscou analisar posturas positivistas, a discussão da indústria cultural e a legitimidade dos Estados. Jürgen Habermas, conceituado por muitos como autor da “segunda geração” da sobredita corrente, a despeito de possuir autonomia nos seus estudos, se filia aos pensamentos difundidos por esta escola no que diz respeito à crítica da razão instrumental e ao projeto de uma teoria social crítica com intenções práticas⁷¹.

2.1.1 A racionalidade argumentativa em Jürgen Habermas e a Teoria do Agir Comunicativo

Habermas, seguindo as tradições filosóficas que o antecederam, notadamente o modelo kantiano, vai ocupar-se do tema da razão, não a partir do conhecimento dos objetos, mas voltada

⁷⁰ NOBRE, Marcos. Introdução: modelos de Teoria Crítica. In: NOBRE, Marcos *et al* (org.). **Curso Livro de Teoria Crítica**. Campinas: Papyrus, 2008, p. 18-19.

⁷¹ ARAGÃO, Lucia Maria de Carvalho. **Razão comunicativa e teoria social crítica em Jürgen Habermas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro: 2006, p. 12. A autora continua sua exposição e explica que Habermas possui uma postura mais otimista no tocante à esfera pública, isto é, poderiam as ações sociais não apenas serem realizadas a partir de imposições coercitivas, mas também por um consenso a partir da racionalidade deste agir.

à linguagem, a qual possibilitaria a interação entre os sujeitos. Na sua proposta, a racionalidade⁷² dependerá de consensos dos sujeitos que preservam regras de comunicação, motivo pelo qual a linguagem é influenciada por padrões normativos e universais. Disto decorre o desenvolvimento de sua Teoria do Agir Comunicativo, que é conceituada pelo autor como:

[...] uma tentativa de provar a plausibilidade da ideia de que uma pessoa que se socializou numa determinada língua e numa determinada forma de vida cultural não pode senão dedicar-se a certas práticas comunicativas, acedendo assim tacitamente a certos pressupostos pragmáticos presumivelmente gerais⁷³.

O ponto central desta sua formulação diz respeito à busca de uma pragmática universal que consiga reconstruir racionalmente os pressupostos racionais no uso da linguagem e realizar uma intervenção nas relações sociais a partir da comunicação. Com o fito de obter um entendimento recíproco entre os sujeitos, o autor alemão partirá da premissa de que incumbirá ao indivíduo ser capaz de orientar seu agir segundo pretensões de validade intersubjetivamente reconhecidas⁷⁴. Deste modo, a ação comunicativa, assim como a instrumental, será capaz de validar as proposições e auxiliar no processo de conhecimento objetivamente possível⁷⁵.

Desta concepção, oportuna a advertência realizada por Luiz Repa⁷⁶ no que diz respeito à compreensão errônea do manejo da linguagem como uma perspectiva tão somente instrumental. A ação comunicativa, para Habermas, seria uma espécie de interação social em que o meio de coordenar os diversos objetivos dos sujeitos é concretizado na forma de um acordo racional, do entendimento recíproco entre os agentes, alcançado por meio da linguagem. Assim, esta não deve ser utilizada como um mero instrumento para alcançar a finalidade de

⁷² Atinente ao conceito de racionalidade, Simioni e Bahia destacam que Habermas traça uma distinção “entre a ‘razão prática’, própria da filosofia da consciência e a ‘razão comunicativa’, própria da filosofia da linguagem. Para ele, após Auschwitz, não há mais como continuar acreditando no poder emancipador da razão (prática), tal como defendido pelo cartesianismo e o kantismo” (BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; SIMIONI, Rafael Lazzarotto Simioni. Como os juízes decidem? Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhman. **Revista Sequência**, n. 59, dez. 2009, p. 64).

⁷³ HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 20.

⁷⁴ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo 1: racionalidade da ação e racionalização social**. Tradução: Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 43.

⁷⁵ Habermas trabalha exaustivamente com a noção de conhecimento a partir de uma autorreflexão do indivíduo acerca de suas intenções na busca do entendimento. Quanto aos meios nesta busca, deixa claro que “as condições da ação instrumental e da comunicativa são ao mesmo tempo as condições da objetividade do conhecimento possível: elas definem o sentido da validade de enunciados nomológicos ou hermenêuticos. A inserção de processos de conhecimento em contextos de vida chama a atenção para o papel dos interesses condutores do conhecimento: um contexto de vida é um contexto de interesses” (HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e interesse**. Tradução: Luiz Repa. São Paulo: Unesp, 2014, p. 320).

⁷⁶ NOBRE, Marcos. Jürgen Habermas e o Modelo Reconstutivo de Teoria Crítica. In: NOBRE, Marcos *et al* (org.). **Curso Livro de Teoria Crítica**. Campinas: Papirus, 2008, p. 166.

cada participante da interação social, pois a atitude comunicativa vai além das pretensões individuais de comunicação, pois condicionada às condições necessárias para o entendimento mútuo.

Com esta complexa passagem a respeito da razão comunicativa, é possível notar que Habermas trabalha com a compreensão de que a comunicação deverá ser vista como um empreendimento coletivo. Neste ponto, exsurge a necessidade de aprofundamento nas formas como o agir deverá ser externado pelos meios de comunicação, ao passo que os agentes teriam restrições pessoais para a compreensão do discurso.

Frente a esta perspectiva, referente à influência da comunicação (compreendida como limitadora do pensamento individual), possível observar que o indivíduo pode ter sua compreensão mundana influenciada ao tentar se expressar por meio da linguagem. Talvez Clarice Lispector, ao escrever o monólogo de Joana, personagem do livro “Perto do Coração Selvagem”⁷⁷, consiga demonstrar com maestria como o pensamento pode ser transmutado a partir da ação comunicativa, pois, como bem afirma, “o que faz agir não é o que eu sinto mas o que eu digo”. Não só isto, mas a linguagem deverá ser enxergada com uma meta “ilocucionária”⁷⁸, cujo falante buscará a aceitação do que é dito pelo destinatário, ao mesmo tempo em que procura se entender a respeito de algo como um ouvinte⁷⁹.

Bem compreendias tais premissas – muito ideais é verdade –, temos que desta interação ordinária entre os participantes do discurso, poderá haver uma problematização das pretensões de verdade ou correção daquilo que se busca afirmar. É neste ponto, conforme explica Atienza, que surgirá a passagem da ação comunicativa propalada por Habermas para a discursiva, em que o falante buscará fornecer as razões para a defesa da verdade de suas asserções (discurso teórico) ou que a ação perpetrada seja correta (discurso prático)⁸⁰. Não por outra razão, para a

⁷⁷ Joana, ao raciocinar a respeito de seus pensamentos quando criança, afirma: “é curioso como não sei dizer quem sou. Quer dizer, sei-o bem, mas não posso dizer. Sobretudo tenho medo de dizer, porque no momento em que tento falar não só não exprimo o que sinto como o que sinto se transforma lentamente no que eu digo. Ou pelo menos o que faz agir não é o que eu sinto mas o que eu digo” (LISPECTOR, Clarice. **Perto do coração selvagem**. Rio de Janeiro: Rocco, 2019, p. 19).

⁷⁸ O autor alemão, ao abordar o tema da estrutura discursiva e a reflexão necessária, crava 03 (três) “raízes” da racionalidade: a) do saber, aqui repousa uma racionalidade epistêmica, em que uma opinião poderá ser colocada como verdadeira desde que aceita pela comunidade; b) da atividade orientada a fins, ou teleológica, em que o agir dependerá da realização de uma meta estabelecida; e c) da comunicação, exprimida por um agir orientado ao entendimento mútuo, assegurando aos falantes um mundo da vida intersubjetivamente partilhado, daí Habermas denomina que há uma meta ilocucionária, de modo que o agente busca ser compreendido e depois aceito (HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Tradução: Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 104-109).

⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Tradução: Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 107.

⁸⁰ ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito. Teorias da argumentação jurídica**. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2002, p. 162.

defesa dos conceitos linguísticos adquiridos, a fundamentação corresponderá ao meio para a participação regular de argumentações, estando umbilicalmente conectada ao conceito de aprendizagem, na medida que faz o indivíduo entender o próprio discurso e fornece substrato para a argumentação, sendo este o ensinamento do filósofo alemão:

A capacidade de fundamentar exteriorizações racionais, por parte das pessoas que se portam racionalmente, corresponde à sua disposição de se expor à crítica e participar regularmente de argumentações, sempre que necessário. Exteriorizações racionais em virtude da possibilidade de serem criticadas, são também passíveis de correção: podemos corrigir tentativas malsucedidas quando logramos identificar os erros que tenham passado despercebidos. O conceito de fundamentação está intimamente ligado ao de aprendizado. Também no caso dos processos de aprendizado a argumentação desempenha um papel importante. Assim, denominamos racional uma pessoa que, no campo cognitivo-instrumental, age de maneira eficiente e exterioriza opiniões fundamentadas; contudo, essa racionalidade continua sendo apenas casual quando não se liga à capacidade de aprender a partir de fracassos, a partir da refutação de hipóteses e do insucesso de algumas intervenções⁸¹.

A argumentação, neste sentido, será projetada como meio de tematizar pretensões de validade controversas e resolvê-las ou criticá-las. No desenvolvimento desta sua teoria, Habermas compreenderá a fala argumentativa em três importantes aspectos: a) processual, substancializa a “situação ideal de fala” defendida pelo autor e concebe a argumentação como um prosseguimento reflexivamente direcionado do agir que se orienta por outros meios ao entendimento; b) procedimental, cuja visão será uma interação regulamentada a partir do entendimento discursivo sob a forma cooperativa entre os participantes; e c) produtora de argumentos procedentes e convincentes, esta perspectiva diz respeito à visão dos argumentos como meios pelos quais é possível obter o reconhecimento intersubjetivo de uma pretensão de validade levantada pelo proponente, que poderá transformar opiniões em saber⁸².

Em todos os aspectos expostos acima temos estruturas distintas de argumentação, que podem ser trazidas para eliminar desigualdades ou colaborar na elaboração de argumentos racionalmente melhores. Habermas explica estes aspectos da argumentação da seguinte maneira:

Sob o aspecto processual, a intuição fundamental que vinculamos à argumentação pode caracterizar-se em primeiro lugar por meio da intenção de convencer um auditório universal e de obter concordância geral em face de

⁸¹ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo 1: racionalidade da ação e racionalização social**. Tradução: Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 49.

⁸² HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo 1: racionalidade da ação e racionalização social**. Tradução: Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 61-62.

uma exteriorização; sob o aspecto procedimental, por meio da intenção de pôr fim à controvérsia em torno das pretensões de validade hipotéticas, mediante um comum acordo racionalmente motivado; e sob o aspecto do produto, por meio da intenção de fundamentar ou resgatar uma pretensão de validade pelo uso de argumentos⁸³.

De toda esta sua construção teórica, percebe-se que Habermas buscou defender uma lógica transcendental para a comunicação, de modo que seja realizada com a apresentação de argumentos racionais, que rogam validade para si ao mesmo tempo que consigam obter compreensão entre os personagens. Para alcançar este desiderato, sua doutrina é voltada à análise procedimental de um discurso contrafático, isto é, como são apresentados ou construídos os argumentos, razão pela qual seu conceito de verdade estará vinculado às possibilidades linguísticas pelo discurso.

2.1.2 A filosofia habermasiana no direito: um debate acerca da validade do sistema jurídico e a elaboração de um procedimento argumentativo institucionalizado

A partir da publicação da obra “Facticidade e Validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia” em 1992, Habermas preenche um vazio deixado no exame do direito em “Teoria da Ação Comunicativa”, publicada em 1980. Sua nova obra representa para alguns autores, como Hamel⁸⁴, a mais importante manifestação do direito entre os representantes da teoria crítica, porquanto é marcada por uma tradição da filosofia marxista negativa acerca dos institutos jurídicos.

A razão comunicativa, assim como exposto em linhas pretéritas, apesar de promover uma orientação para as pretensões de validade e aceitação entre os indivíduos, ela, por si só, não oferece substrato para a realização de tarefas práticas. No cenário das ciências jurídicas, Habermas explica que é necessário, além da racionalidade da ação orientada ao entendimento, conferir normatividade aos discursos, o que permitirá uma orientação vinculante da ação de todos os indivíduos⁸⁵. Neste sentido, compreende-se que o autor alemão buscará obter uma teoria do conhecimento universalizável para o direito, de modo que possa ser aplicada por meio de um procedimento equânime.

⁸³ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo 1: racionalidade da ação e racionalização social**. Tradução: Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 63.

⁸⁴ HAMEL, Marcio Renan. **Compreensão e Hermenêutica na Filosofia de Jürgen Habermas: diálogos com Hans-Georg Gadamer**. Curitiba: CRV, 2021, p. 61.

⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e Validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia**. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2020, p. 37.

De forma similar à proposta do agir comunicativo, o sistema de direitos, para a teoria discursiva habermasiana, também dependerá de uma aceitação racional por parte dos cidadãos, agora acerca das imposições normativas pelo Estado. Esta afirmação significa que as decisões políticas deverão possuir não apenas forma jurídica, mas também estarem pautadas em um direito legitimamente positivado. É por isto que um sistema de direitos que mira obter validade para seu funcionamento dependerá desta aceitação dos cidadãos acerca do conteúdo das normas jurídicas⁸⁶.

Com efeito, Habermas traça importantes distinções acerca da aceitação obtida pelas normas jurídicas e a oriunda dos usos e costumes, sendo importante transcrever suas palavras:

A validade social das normas jurídicas se determina pelo grau de imposição, ou seja, pela aceitação a ser factualmente esperada no círculo dos parceiros de direito. Contudo, diferentemente da validade convencional dos usos e costumes, o direito positivado não se apoia sobre a facticidade crescente de formas de vida habituais e transmitidas, mas sobre a facticidade artificialmente produzida da ameaça de sanções definidas conforme ao direito e reclamáveis diante de um tribunal. Pelo contrário, a legitimidade das regras é medida pela resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa, em última instância se são obtidas em um procedimento racional de legislação – ou se puderam ao menos ter sido justificadas sob pontos de vista pragmáticos, éticos e morais⁸⁷.

Portanto, ao admitir a existência de uma sociedade complexa, descentrada e pluralista, em que tanto o direito quanto a política miram a integração social, a legitimidade, para Habermas, apenas poderá ser obtida a partir da formação discursiva da opinião e da vontade dos cidadãos que possuem os mesmos direitos⁸⁸. De todo modo, caberá ao direito a institucionalização de procedimentos mirando a dominação política a partir de uma aceitação coletiva acerca do conjunto normativo estabelecido.

O que se extrai destas alterações é que Habermas busca um modelo de democracia procedimental, em que as normas jurídicas assumirão determinações compreensíveis e precisas, de modo a permitir que haja a fixação de expectativas, possibilitando que seus destinatários possam calcular as consequências do seu próprio comportamento. A Constituição, por sua vez, ao mesmo tempo que atuará para dispor sobre a organização do Estado, será uma garantia para que o poder político ocorra dentro de balizas legais. Isto significa que sua proposta não possuirá,

⁸⁶ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e Validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúion Melo. São Paulo: Unesp, 2020, p. 186.

⁸⁷ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e Validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúion Melo. São Paulo: Unesp, 2020, p. 65.

⁸⁸ MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 64.

assim como propõe Dworkin, na constituição de valores compartilhados, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade.

Com isso, as ordens jurídico-processuais poderão atribuir validade aos discursos jurídicos, fazendo que os argumentos apresentados estejam dentro de um parâmetro delimitado legalmente. Desta forma, válida a explanação de Delmar José Volpato Dutra, ao se referir ao papel destas normas para a obtenção da racionalidade argumentativa:

O olhar discursivo de Habermas consegue vislumbrar, mesmo que seja obliquamente, um elemento de racionalidade no entrecruzamento entre o ordenamento processual, o desempenho de seus comandos pelo interesse estratégico das partes e a argumentação racional. Para ele, restrições materiais do processo 'servem para a delimitação institucional de um espaço interno para o livre evoluir de argumentos e discursos de aplicação. Portanto, as regras do processo não determinam quais argumentos podem ser aceitos, nem o curso da argumentação. Tais regras garantem um espaço isento de influências externas, devendo os atores ficar adstritos aos limites da contenda registrada no processo⁸⁹.

Partindo destas premissas, tem-se que, com Habermas, é visualizada a delimitação institucional da apresentação de argumentos e discursos de aplicação, o que colaborará para o incremento da segurança jurídica outrora mencionada. Com isto, o direito possibilitará um agir vinculante em virtude da coerção das normas, ao mesmo tempo que dependerá de um consenso acerca das proposições jurídicas advindas do texto legal. Desta premissa, as controvérsias observarão a apresentação de argumentos dentro de uma prática institucionalizada, que possibilitará uma decisão que, independente do resultado, possa ser aceita, pois construída dentro de um procedimento democrático em que todos têm conhecimento do ordenamento jurídico.

2.1.3 A decisão judicial para a teoria discursiva habermasiana: o procedimento participativo no discurso jurídico e a crítica ao projeto teórico de Dworkin

Na perspectiva do paradigma procedimental, a decisão judicial envolverá a racionalização da aplicação normativa para além de um modelo convencional positivista. De forma pragmática, o trabalho do judiciário dependerá de uma alta racionalidade, substancializada na imbricação do processo de argumentação e institucionalização de discursos

⁸⁹ DUTRA, Delmar José Volpato Dutra. A teoria discursiva na aplicação do Direito: o modelo de Habermas. **Veritas (Porto Alegre)**, v. 51, n. 1, 30 abr. 2006, p. 28-29.

aceitáveis no cenário jurídico a partir de princípios e decisões pretéritas⁹⁰. Neste cenário, Habermas trabalha com a teoria dos direitos de Ronald Dworkin, compreendendo-a como uma tentativa de explicar como as decisões poderão satisfazer simultaneamente as exigências para a obtenção de segurança jurídica e aceitabilidade racional⁹¹.

O autor alemão concordará com a importância dos princípios na forma projetada por Dworkin, notadamente no que toca à ideia de os argumentos principiológicos se sobreporem a objetivos políticos. Para além disso, ambos concordam com a natureza deontológica de regras e princípios, de tal sorte que lançam uma crítica às doutrinas do método que defendem a “ponderação de bens” e enxergam estas máximas (princípios) como simples mandados de otimização⁹². Estas concepções, para Habermas, culminariam na perda de validade deontológica atribuída aos princípios. Este é o motivo por que se ocupa em fazer uma importante distinção em relação às regras:

Regras e princípios servem igualmente como argumentos na fundamentação de decisões, embora possuam um papel distinto na lógica da argumentação. Pois as regras apresentam sempre um componente condicional que especifica as situações típicas de sua aplicação, enquanto que os princípios se apresentam ou como uma pretensão de validade não específica, ou são delimitados em seu âmbito de aplicação por condições muito gerais e, de todo modo, carentes de interpretação. Isso explica a diferença característica da maneira como regras e princípios se comportam em casos de colisão, salientado por Dworkin. Um conflito entre regras só pode ser resolvido pela introdução de uma cláusula de exceção ou declarando uma das regras como inválida. Uma tal decisão de tudo ou nada não é necessária no conflito entre princípios. Embora o princípio relativamente mais adequado a um determinado goze de primazia, os princípios ali relegados não perdem com isso sua validade. Um princípio assume precedência sobre os demais de acordo com o caso a ser decidido. De caso a caso se estabelece entre os princípios uma ordem transitiva nova, sem que sua validade seja afetada por isso⁹³.

Compreendida a importância dos princípios na filosofia habermasiana, assim como na dworkiniana, importante debater como, num ponto de vista pragmático, as decisões judiciais devem ser construídas, dentro de um sistema jurídica democrático. No tópico 1.3.2 foi dito como a interpretação jurídica, para Dworkin, deverá ser construtiva para que seja criativa, não

⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e Validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2020, p. 234.

⁹¹ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e Validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2020, p. 264.

⁹² HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e Validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2020, p. 269.

⁹³ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e Validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2020, p. 270.

conversacional como defendido por outros autores, o que significa que deverá advir do respeito à história institucional de cada juiz, que escreverá o novo capítulo do “romance em cadeia”, buscando recuperar intenções históricas dos autores (juízes) que o antecederam e os contextos da sua elaboração.

No entanto, este trabalho seria realizado por um juiz ideal (Hércules), pois conseguiria decidir a partir da análise de um conjunto de princípios e decisões pretéritas. Esta atividade então apenas poderia ser realizada por um magistrado que possuísse capacidades intelectuais sobre-humanas em perquirir toda a histórica jurídica e refletindo acerca da melhor resposta a ser fornecida às controvérsias. Estas características peculiares do modelo de julgador geram preocupação ao projeto teórico habermasiano, pois culmina na concretização de um juiz solipsista, cujas decisões são proferidas no âmago de suas próprias convicções acerca do caso apreciado e de sua compreensão acerca de todo o aparato jurisprudencial, legal e principiológico da comunidade em que está inserido.

Um dos grandes entraves da criação de Hércules, para Habermas, diz respeito a uma sobrecarga de trabalho a um juiz, cuja personalidade se distingue por suas virtudes e seu acesso privilegiado à verdade. Aqui reside a “solidão” de Hércules⁹⁴, pois, apesar da integridade permitir que haja a observância de uma construção jurisprudencial de decisões, não leva em consideração a participação dos interessados nas decisões ou a fortificação do discurso jurídico com o auxílio dos interessados. Deste modo, Habermas aduz que colocar esta carga de trabalho a um juiz, sem que possa analisar outros elementos casuísticos, traz uma perspectiva solipsista a Hércules.

O juiz de Dworkin, uma vez preocupado demasiadamente com a compreensão do que foi decidido e com os princípios de uma comunidade jurídica, traz uma perspectiva insustentável a seu próprio projeto de decisão judicial. O jusfilósofo norte-americano defende que o direito é, senão, um conceito interpretativo, cujos julgadores poderão ter interpretações díspares acerca do conteúdo do direito, bem como sobre sua aplicação, por isto a integridade e a coerência colaborariam para mitigar estas diferenças. Todavia, ao criar Hércules, o julgador ideal aos olhos de Dworkin, temos que seu trabalho será realizado com o intuito de que possa perscrutar as fontes jurídicas de forma adequada, sem deixar se levar a convicções próprias, e proferir decisões para o litígio analisado.

Ora, sob uma perspectiva pragmática, pensar em um juiz que realize uma interpretação do sistema jurídico e tire suas próprias conclusões para o caso concreto é, no mínimo, temerário

⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e Validade:** contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2020, p. 288.

para um Estado de Direito, cujo princípio fundamental é a democracia. Necessário ressaltar que as partes são participantes de todo o processo decisório, de tal sorte que podem apresentar argumentos que reforçam o discurso jurídico acerca dos precedentes e princípios que melhor poderão resguardar os direitos pleiteados. Ignorar todas suas alegações é autorizar que o juiz, se valendo de uma interpretação própria, possa proferir decisões, olvidando as possíveis interpretações acerca do caso e de todas fontes legais que deverão fundamentar uma sentença judicial.

Esta situação criada por Dworkin, conquanto possua o objetivo de combater o subjetivismo defendido por positivistas, sobretudo Herbert Hart, abre espaço para uma interpretação do próprio indivíduo acerca do cenário jurídico a ser decidido, o que desnuda novamente uma prática subjetivista. É claro que a concepção solipsista referida é distinta da dos positivistas, que a defendem em virtude de aberturas textuais ou plurissignificações que a lei pode possuir. Mas, quando Dworkin afirma sobre o trabalho intelectual a ser realizado por um único personagem (no novo capítulo a ser escrito), estar-se-á cogitando que a decisão será fruto da reflexão própria acerca das experiências jurídicas anteriores, o que, de fato, flerta com a doutrina solipsista.

Habermas, entendendo que há uma necessidade de reconhecimento recíproco da forma de reflexão da ação comunicativa, defende que cada personagem assuma um papel na construção da decisão. Por isto, haveria um núcleo procedimental na teoria da integridade, mas que não poderia estar voltada à personalidade de um juiz, mas sim para as múltiplas interpretações a serem realizadas. Afinal, deve ficar bem claro que o direito, para o autor alemão, poderá evitar indeterminações desde que haja um reconhecimento intersubjetivo compartilhado, que expresse uma autocompreensão constitutiva da identidade de uma comunidade jurídica⁹⁵.

Pertinente à necessidade de uma abertura interpretativa, que não se limita ao ideal de uma personalidade de um juiz, Habermas, ao defender o direito a iguais liberdades comunicativas, recepciona a tese da “sociedade aberta dos intérpretes”, de Peter Haberle. Este autor, assim como Habermas, parte do pressuposto de uma sociedade pluralista, em que cada cidadão poderá fornecer alternativas para a interpretação constitucional, de tal sorte que não deverá ser compreendida a interpretação como um processo de passiva submissão. Este fator extirpa o arbítrio na interpretação judicial⁹⁶, colaborando para que a resposta que prevaleça leve

⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e Validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2020, p. 289.

⁹⁶ HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição:

em consideração diferentes perspectivas acerca de como o direito poderá ser interpretado.

Não podemos deixar de destacar também que Habermas defende a tese da “única decisão correta”, mas transfere o debate para a pragmática procedimental, agora muito mais preocupado com o processo de sua formação do que com seus conteúdos. Por isto, o Direito buscará assegurar expectativas dos seus interessados por meio de um processo democrático, que garanta igualdade de participação de cada qual e forneça segurança jurídica. Sob esta perspectiva, o filósofo alemão aduz a importância dos direitos que dispõem a respeito dos procedimentos adequados para a decisão judicial:

Desse modo, a segurança jurídica, que se apoia no reconhecimento de expectativas de comportamento condicionadas de modo inequívoco, representa ela mesma um princípio que precisa ser ponderado a cada caso com outros princípios. A teoria do direito aqui postulada possibilita, em compensação, a ‘única resposta correta’, que garante a segurança jurídica em um âmbito distinto. Os direitos processuais asseguram a cada pessoa de direito a pretensão a um procedimento equitativo, o qual não garante a segurança dos resultados, mas, sim o esclarecimento discursivo de todas as questões de fato e de direito que se mostrem pertinentes; dessa forma, os concernidos podem contar com um processo decisório no qual serão decisivos não motivos arbitrários, mas apenas razões relevantes. Se considerarmos o direito vigente como um sistema de normas idealmente coerente, esta segurança jurídica dependente do procedimento pode preencher as expectativas de uma comunidade jurídica que zela por sua integridade, orientada por princípios, para que a cada um sejam garantidos os direitos que competem⁹⁷.

Desta passagem, Eduardo Bittar⁹⁸ traça importantes considerações, afirmando ser importante a valorização destes direitos para a expansão e democratização das formas de interação processual. Apesar desta concepção procedimental para decisões judicial, interessante é a advertência dele, ao se referir à via da “fetichização do processo” para a defesa de um pensamento perfunctório que a teoria do discurso se limitaria apenas a uma concepção formalista como se o procedimento fosse um fim em si mesmo da teoria do discurso. Por isso, afirma que a racionalidade buscada na teoria habermasiana vai além do processo, não bastando a formalização do litígio para haver racionalidade⁹⁹, pois preocupada com a justiça alcançada

contribuição para interpretação pluralista e ‘procedimental’ da constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 30-31.

⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e Validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2020, p. 285.

⁹⁸ BITTAR, Eduardo C. B. **Democracia, Justiça e Emancipação Social**: Reflexões Jusfilosóficas a partir do Pensamento de Jürgen Habermas. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 529.

⁹⁹ Aqui há um inegável contraponto com a teoria da legitimidade do procedimento difundida por Niklas Luhman que tem como pano de fundo a transformação de pretensões jurídicas pelo procedimento, como se, nas palavras do autor, “os procedimentos encontram como que um reconhecimento generalizado, que é independente do valor do mérito de satisfazer a decisão isolada, e este reconhecimento arrasta consigo a aceitação e consideração de

por meio dos procedimentos judiciais na *práxis* judicial por meio dos pressupostos da comunicação.

Assim, nas linhas traçadas por Bittar¹⁰⁰, a melhor decisão apenas poderá ser proferida, para Habermas, quando são disponibilizadas as melhores condições comunicativas para tanto. Isto significa que deverão ser resguardados aos interessados os meios de acesso às informações qualificadas acerca da forma como os argumentos serão construídos e apresentados por meio da fundamentação do juiz, que possui a incumbência de externar as razões que levaram ao resultado. Por tais meios, informadas as partes acerca dos motivos determinantes da valoração realizada pelo juiz, poderão confrontar estes elementos e, principalmente, possibilitar a geração de consenso em virtude de terem tomado conhecimento acerca do direito examinado na causa.

De mais a mais, o que interessa para Habermas¹⁰¹ não é apenas avaliar que haja a disponibilização de um procedimento equânime, mas que as sentenças alcancem a aceitabilidade racional, com qualidade de argumentos apresentados e uma racionalidade argumentativa que permita a cooperação dos envolvidos na sua formação. Com isso, defende que os ordenamentos jurídicos deverão institucionalizar a prática de decisões judiciais para que as sentenças e suas fundamentações possam ser entendidas como resultado de um jogo argumentativo.

Por tudo que foi exposto, é possível afirmar que a tese da a “única decisão correta” será concretizada por meio de uma ordenação jurídica-processual que institucionalize a prática de decisões judiciais de modo que estabeleça elementos discursivos que deverão conter em suas fundamentações. Assim, poderão adquirir uma racionalidade argumentativa que, apesar de ir contra os interesses de algum indivíduo, seja passível de aceitabilidade, pois construída a partir de um discurso devidamente reconhecido por todos os interessados e que não olvidou de examinar os interesses e alegações dos envolvidos.

2.1.3.1 A hermenêutica e a razão comunicativa habermasiana

decisões obrigatórias” (LUHMAN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução: Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p. 31-32). Por isto se nota que Habermas, apesar de asseverar também que a decisão obterá legitimidade a partir de um procedimento previamente institucionalizado, não abandona totalmente a concepção de justiça a partir do resultado obtido, pois concebe a legitimidade por meio do procedimento que garanta que todos os argumentos e informações auxiliem na elaboração da decisão, que guarnecerá o melhor argumento.

¹⁰⁰ BITTAR, Eduardo C. B. **Democracia, Justiça e Emancipação Social: Reflexões Jusfilosóficas a partir do Pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 530.

¹⁰¹ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e Validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia**. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2020, p. 292.

Habermas admite que a hermenêutica consegue lançar uma nova perspectiva para decisões judiciais, na medida que ultrapassa o modelo positivista antes difundido. Ao desenvolver a noção de pré-compreensão, a hermenêutica resolve o problema da racionalidade da jurisprudência com a inserção da razão na articulação histórica da tradição. Assim, a atividade de cada juiz seria marcada pelo compartilhamento dos mesmos pressupostos¹⁰².

Neste contexto, a teoria hermenêutica que Habermas mais busca debater e apresentar críticas ao projeto teórico é a de Hans-George Gadamer, de modo que visualiza sua filosofia da seguinte maneira:

Gadamer desenvolve sua hermenêutica como resposta àquilo que, desde a ‘segunda observação extemporânea’ de Nietzsche, vinha preocupando os contemporâneos como o ‘problema do historicismo’. Gadamer pretende se opor ao objetivismo das ciências do espírito, que, a seu ver, desprendem as grandes tradições históricas do contexto, encerram-nas em museus, privam-nas de seu intrínseco potencial estimulante e, com isso, as neutralizam como ‘força formadora’. Por isso, ele se orienta pelo exemplo da apropriação hermenêutica de obras clássicas – de obras da literatura, arte e religião, e de modo geral de tradições dogmáticas, como os textos jurídicos. Pois, ante obras clássicas, a reflexão sobre a situação de saída hermenêutica do intérprete pode trazer à luz a idéia que importa a Gadamer. A pré-compreensão que um intérprete leva para o texto que cumpre interpretar já é, quer ele queira quer não, impregnada e marcada pela história dos efeitos do próprio texto¹⁰³.

Conforme se nota, a trajetória filosófica de Gadamer¹⁰⁴ é marcada pela defesa da filosofia da linguagem e ao exame da pré-compreensão (ou universos particulares) do intérprete. No entanto, Habermas se preocupa com os apelos de Gadamer à tradição, pois mitigaria o processo de criação interpretativa. Por tais motivos, a razão comunicativa, como explica Bittar¹⁰⁵, vai mais além da hermenêutica, por não estar apegada ao horizonte do ontem e não vinculada a conceitos prévios, porquanto supera os limites compreendidos pelas normas positivas, apresentando possibilidades discursivas para uma mesma proposição por meio de uma reflexão que transcende a esfera individual.

Um dos maiores embaraços que poderiam surgir por este apego à tradição ou à história

¹⁰² Habermas explica que a hermenêutica age contra o modelo convencional e propõe um modelo processual de interpretação, cujo objetivo é, além da racionalização da jurisprudência, obter os mesmos *standards* morais, ainda não solidificados em normas (HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e Validade:** contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2020, p. 260-261).

¹⁰³ HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação:** ensaios filosóficos. Tradução: Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 87.

¹⁰⁴ Ver tópico 1.3.2.1.

¹⁰⁵ BITTAR, Eduardo C. B. **Democracia, Justiça e Emancipação Social:** Reflexões Jusfilosóficas a partir do Pensamento de Jürgen Habermas. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 522.

jurídica seria o da estabilização de paradigmas ou cânones, que possam servir apenas a uma parcela da comunidade jurídica. Com efeito, este acontecimento poderia obstaculizar a participação dos indivíduos na busca de novos direitos ou mesmo reduzir o discurso jurídico a velhos padrões, fechando-o para aquilo que foi colocado no passado, de modo que fossem revisados apenas a partir dos critérios estipulados por uma fração de indivíduos. Esta complicação é visualizada por Habermas, que expõe sua preocupação:

Os paradigmas se solidificam em ideologias na medida em que se fecham de forma sistemática contra novas percepções da situação e contra outras interpretações dos direitos e princípios à luz de novas experiências históricas [...] Paradigmas ‘fechados’, que se autoestabilizam por meio de monopólios de interpretação profissionais ou jurisprudencialmente institucionalizadas e só podem ser revisados internamente segundo seus próprios critérios, expõem-se a uma objeção metodológica com a qual o ceticismo típico do realismo jurídico encontra um novo alvo: em contraposição ao exigido ideal de coerência jurídica, interpretações de casos coerentes permanecem, em essência, indeterminadas dentro de um paradigma jurídico fixo; pois elas concorrem com outras interpretações também coerentes do mesmo caso em paradigmas jurídicos alternativos¹⁰⁶.

Com este apontamento do autor alemão, pertinente a lição de Haberle, exposta alhures, para a defesa uma sociedade aberta para os intérpretes e agora que permita a revisitação de paradigmas fixados no passado. Esta comunidade jurídica poderá fortificar o papel da revisão das decisões judiciais, ao passo que denunciará as problemáticas que poderão advir de um sistema fechado aos operadores do direito, notadamente aos julgadores, que gozam de notável poder para visitar as jurisprudências pretéritas ou continuar seguindo os paradigmas determinados. Não por outra razão, a abertura interpretativa (no sentido participativo) colabora para a garantia da revisão e correção e, de igual sorte, faz com que haja um contínuo incremento lógico-discursivo às interpretações em conformidade com as mudanças sociais.

Além disso, Habermas volta-se à problemática das teorias hermenêuticas frente à questão das comunidades pluralistas, pois possuem crenças e interesses distintos. Neste sentido, mirar um *éthos* dominante que fixasse cânones interpretativos para juízes não seria o fundamento mais convincente na busca de obter validade das decisões jurídicas. Esta é a razão pela qual afirma que “o que vale para alguns como *topos* historicamente comprovado, para outros não passa de ideologia ou mero preconceito”¹⁰⁷. Esta afirmação convalida sua teoria de

¹⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e Validade:** contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2020, p. 286-287.

¹⁰⁷ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e Validade:** contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2020, p. 260.

que o resultado de um processo judicial dependerá não apenas da personalidade dos juízes, que examinarão suas compreensões prévias acerca dos institutos, mas sim pelos múltiplos fatores que estão aptos a influenciar a prática decisória (ex: tradições ideológicas, orientações políticas, constelações do poder), elementos estes que operam dentro e fora do sistema jurídico¹⁰⁸.

O que se nota, em apertada síntese, é que Gadamer defende que a historicidade ou a separação de pré-conceitos verdadeiros ou falsos são necessários para a compreensão linguística. Habermas discorda e aduz que esta proposta impedirá a compreensão, pois haveria apenas uma análise interna do sujeito, e não do contexto que está envolvido.

Destas alterações, tem-se que a teoria discursiva habermasiana contribui para o desenvolvimento do conceito de decisão judicial ao dirigir suas críticas à hermenêutica com o objetivo de promover a reflexão da questão interpretativa em sociedades pluralistas. Na proposta habermasiana, as compreensões prévias dos sujeitos serão diferentes e por isto necessário que a aplicação envolva um discurso coparticipativo, que possibilite a correção e aprendizado das proposições a partir do trabalho de fundamentação.

Por fim, embora apontados os problemas da tradição para o campo jurídico¹⁰⁹, não se pode deixar de entender que a hermenêutica, sobretudo com Gadamer, consegue explicar que o intérprete é guiado por compreensões próprias. Esta reflexão é imprescindível para o estudo da atividade dos, pois auxilia o processo interpretativo (dependente, para Habermas, de questões exógenas e endógenas) de modo que possa reconhecer os limites da subjetividade e a influência de concepções prévias¹¹⁰.

2.2 A defesa de Dworkin e a contribuição de Habermas para o desenvolvimento da tese da resposta correta

Conforme foi afirmado no decorrer deste trabalho, Ronald Dworkin, ao elaborar uma

¹⁰⁸ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e Validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2020, p. 261.

¹⁰⁹ Sobre esta temática, interessante é a passagem de Hamle, ao discorrer sobre os problemas da tradição e a sua atuação na perpetuação de interesses, afirma que “a tradição é a institucionalização dos interesses do poder, que se perpetua de geração para geração, que não admite o conhecimento desinteressado” (HAMEL, Marcio Renan. **Compreensão e Hermenêutica na Filosofia de Jürgen Habermas**: diálogos com Hans-Georg Gadamer. Curitiba: CRV, 2021, p. 58).

¹¹⁰ Eduardo Bittar explica que a teoria discursiva concordará também com a proposta hermenêutica para a atividade aplicativa, na medida em que a compreensão confunde-se com a interpretação. Exatamente por estas razões, o autor explica que: “por isso, a teoria do discurso pode compartilhar com a hermenêutica filosófica a ideia de que ao se atribuir sentido a uma norma não se está praticando uma forma de arbítrio, pois a norma não é de todo um esquema vazio de sentido e nem o intérprete é uma fonte independente de contexto para a produção de interpretação” (BITTAR, Eduardo C. B. **Democracia, Justiça e Emancipação Social**: Reflexões Jusfilosóficas a partir do Pensamento de Jürgen Habermas. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 522-523)

crítica contundente às teses positivistas, construiu uma teoria do direito recepcionada por muitos autores. Suas concepções colaboraram para o desenvolvimento de doutrinas como a dos precedentes, pois trouxe uma nova perspectiva para a compreensão da prática jurídica, sobretudo no que diz respeito à decisão judicial. Não por outra razão, as críticas feitas por Habermas expostas acima (corretas em sua grande maioria) merecem ser tratadas com a devida prudência, pois parte de concepções divergentes a respeito do estudo jurídico.

O paradigma procedimental advém de uma teoria discursiva, cujos aportes teóricos distinguem-se da teoria do direito dworkiniana, de tal sorte que possuem pressupostos distintos. No entanto, como foi colocado, Habermas toca nos pontos defeituosos do juiz Hércules, pois incrementa na sua construção um elemento imprescindível para o desenvolvimento do trabalho judicial: o discurso.

2.2.1 Em defesa do juiz Hércules e a abertura interpretativa em Dworkin

As críticas ao projeto teórico de Dworkin, objetivando afirmar que em sua tese há um desrespeito ao modelo democrático e que as decisões judiciais serão proferidas de modo arbitrário denotam uma equivocada compreensão da sua proposta. Como exposto alhures, o princípio da integridade elaborado por Dworkin é relacionado, como explicado por Gunther, a uma “comunidade regida por princípios”, fundamental para um sistema de direitos, pois garantirá a igualdade de tratamento aos indivíduos. Não por outra razão, como informado antes, o juiz, para o autor norte-americano, não elaborará uma decisão judicial de *sponte própria*, mas competirá descobrir o direito previamente existente, ainda que de modo implícito, que assiste à cada parte em controvérsias¹¹¹.

Atinente à afirmação de que a criação do juiz Hércules trouxe problemas para as teorias dworkinianas, é de se projetar que seu objetivo por muitos não foi muito bem compreendido e gerou interpretações diferentes ao que foi proposto. Em defesa desta metáfora, Nunes, Pedron e Horta¹¹², partindo da ideia de que Hércules institucionalizou pressupostos interpretativos contrafáticos, embasando o contraditório e uma fundamentação dinâmica, defendem que o seu trabalho não é realizado de forma solitária:

Em seu ‘magistrado’, Hércules deve decidir à luz de todos os argumentos

¹¹¹ GUNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Tradução: Claudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 270-271.

¹¹² HORTA, André Frederico de Sena; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Frederico de Sena. **Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação**: um diálogo com concepções contrastantes. Revista de Processo. São Paulo: RT, vol 263, 2017, p. 15.

trazidos pelas partes, das provas produzidas nos autos e da história institucional, ou seja, do devido processo constitucional, comparando suas possíveis decisões com as decisões proferidas pelos demais juízes, a fim de verificar qual decisão melhor se ajusta a essa história, considerando os fatos ocorridos no processo em julgamento.

De forma similar aos autores, Alexandre Câmara, em sua obra sobre precedentes judiciais, também defende o juiz Hércules de Dworkin¹¹³ e afirma ser errônea a compreensão de que este magistrado seja solipsista:

Verifica-se, assim, que o Juiz Hércules só cumpre seu papel no processo, e respeitando seu caráter democrático e participativo. Não é ele, pois, um juiz solipsista. Equivocam-se, portanto, aqueles que veem no Juiz Hércules um juiz ‘engenheiro social’, que se põe acima das partes. Hércules não é solipsista porque ele só faz sentido no processo e pelo processo. Afinal, só por meio dos processos é que ele poderia conhecer todos os argumentos necessários para a construção da resposta correta para o caso concreto.

É possível perceber, em ambos os trechos transcritos, que os autores brasileiros concordam com a criação de Hércules para atuar dentro de um modelo democrático, que possibilite a participação das pessoas. De fato, percebe-se que este modelo de juiz ideal foi criado para atuar de acordo com princípios e decisões pretéritas, de modo que possa lidar com prudência ao decidir cada novo caso. Contudo, ainda é controverso como Dworkin desenvolve este procedimento participativo com as partes. Embora informado que a atuação de seu juiz obedeça ao devido processo constitucional, não foi ilustrado como trabalhará o discurso jurídico na decisão judicial a partir dos argumentos levantados pelas partes e a apresentação de diferentes interpretações acerca da história jurídica em que estão situados.

Talvez uma das defesas mais contundentes às críticas de Habermas à teoria de Dworkin que possam ser apontadas neste trabalho, seja de Nunes e Viana. Os autores reconhecem a eloquência do apontamento do autor alemão à solidão do juiz Hércules, mas explicam que não são justas estas colocações, ao passo que, assim como a teoria do agir comunicativo faz, a tese dworkiniana é uma metáfora, criando uma figura inexistente, que se contrapõe ao juiz real:

Embora Hércules seja, de fato, uma figura ideal, Dworkin não é nada idealista quando se refere à aplicação do direito. Por isso mesmo, a invenção da figura de Hércules se justifica para contrapor a juiz real e o ideal, numa postura hermenêutica, surgindo, portanto, o desafio de construir um sistema baseado em princípios jurídicos. De maior importância à presente obra é perceber que, com a figura ideal do juiz Hércules, todo o direito pode ser revisitado, interpretado, e, claro, não há nenhuma razão para excepcionar o direito

¹¹³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. São Paulo: Atlas, 2018, p. 208-209.

jurisprudencial, algo que deve decorrer de processos argumentativos desenvolvidos pelas partes, com a disciplina das garantias processuais¹¹⁴.

Ainda em defesa de Dworkin e à abertura interpretativa, é necessário esclarecer que, apesar de Hércules ser a figura ideal de um julgador, o autor norte-americano não defendia que deveria ser o único intérprete das normas jurídicas, tampouco ser uma atividade apenas dos operadores do direito. Com efeito, para Dworkin:

Se a interpretação deve formar a base de uma teoria diferente e mais plausível a respeito de proposições de Direito, devemos desenvolver uma descrição mais abrangente do que é interpretação. Mas isso significa que os juristas não devem tratar a interpretação jurídica como uma atividade *sui generis*. Devemos estudar a interpretação como uma atividade geral, como um modo de conhecimento, atentando para outros contextos dessa atividade¹¹⁵.

Verifica-se, portanto, que o autor norte-americano não deixa de abordar o fato de que a interpretação não é realizada apenas por operadores do direito, notadamente os juízes. O que torna problemática sua teoria é a ausência de informações acerca da forma em que estas outras interpretações poderão colaborar na formação decisória. Este é o cenário em que os críticos, sobretudo os filiados a alguma teoria discursiva, aduzem que a construção teórica de Dworkin para a decisão judicial não consegue se sustentar *de per se*, necessitando obter um desenvolvimento discursivo.

2.2.2 A preocupação exagerada com a figura individual de um julgador. A ausência da abordagem procedimental coparticipava em Dworkin e a importância da teoria discursiva formulada por Habermas no desenvolvimento da teoria da decisão

A afirmação de que Hércules seria um juiz que examinaria com perspicácia a jurisprudência, os princípios e as regras de uma comunidade jurídica, bem como os argumentos levantados pelas partes, parece incrementar algo à teoria de Dworkin, que não foi trazido pelo autor norte-americano em sua obra. Apesar de haver uma preocupação com a igualdade das decisões e desenvolver os conceitos de integridade e coerência para o sistema jurídico, ainda falta a demonstração pragmática de como será realizado o hercúleo trabalho decisório. O que se destaca é que, como acrescentado por Habermas, o juiz deverá avaliar racionalmente todos

¹¹⁴ NUNES, Dierle; VIANA, Antônio Aurélio de. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**, Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 319.

¹¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 235.

os argumentos das partes, o contexto (história jurídica) em que está situado e apresentar uma fundamentação adequada, dentro do jogo argumentativo previamente estipulado.

Ao realizar detida análise das principais obras de Ronald Dworkin, em que expõe os aportes teóricos de seu juiz Hércules, percebe-se novamente que não ilustrou como ocorreria esta construção da decisão judicial a partir dos argumentos levantados pelas partes. Claro que diversas vezes informou que as teses apresentadas poderiam ser levadas em consideração pelo magistrado ao decidir (lembramos do caso da senhora Sorenson – tópico 1.2.1), mas não demonstrou a importância desta sua participação no papel de criação argumentativa da resposta judicial.

Em sua obra “O Império do direito”, Dworkin busca apresentar respostas aos críticos do juiz Hércules, que, para o autor, não compreendem suas pretensões ao criá-lo ou criticam a forma como seu trabalho deverá ser realizado. O que se extrai da sua leitura é que Hércules foi construído para atuar em conformidade com a integridade formulado por Dworkin, de tal sorte que o seu trabalho envolverá uma reflexão (própria) do que foi decidido e buscar uma resposta para o caso concreto. O jusfilósofo responde à crítica que Hércules finge que suas opiniões subjetivas são melhores aos que discordem, aduzindo que apenas se opõe aquilo que “acredita” ser uma má descrição do processos e sua teoria pressupõe uma coerência (apesar de reconhecer que não haveria uma coerência perfeita) entre os princípios, leis e precedentes, que poderá tomar a decisão que mais se adequa a este cenário¹¹⁶.

Pelo fio do exposto e repetindo à exaustão, temos que Dworkin trabalha sua teoria do direito a partir de sistemas, cuja decisão judicial refletirá coerentemente o passado, de modo que possa garantir segurança jurídica aos envolvidos. Desta forma, o argumento de que Hércules atua no/pelo processo não significa que não há uma carga subjetivista em seu trabalho, porquanto a atividade decisória dentro do processo pode muito bem ser voltada apenas às suas concepções próprias do que está para ser examinado. O juiz poderá atuar pelo processo de modo a orientar suas decisões a partir da sua própria visão mundana, sem se preocupar com as argumentações levantadas pelas partes, o que não afasta sua carga subjetivista.

Para melhor ilustrar esta afirmação, pensemos em um juiz que, após julgar causas similares, possua um entendimento prévio acerca de uma causa, em que envolva o direito de liberdade religiosa dos fiéis da religião testemunha de Jeová em recusarem a transfusão de sangue. Este magistrado, apesar de avaliar bem que as decisões pretéritas dos tribunais são orientadas majoritariamente no sentido de prevalecer o direito à vida em relação à religião e,

¹¹⁶ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 317-319.

inclusive esta orientação foi invocada por uma das partes que apresentou novos argumentos digladiando a tese do magistrado, o julgador estaria voltado, ao desenvolver seu trabalho “para o processo”, em buscar uma miríade de julgados (principalmente próprios, resguardando a segurança jurídica) e fundamentos (por meio de um hercúleo trabalho) que melhor resguardem a inversão desta relação de direito.

Sua decisão poderá ser, em tese, correta, pois muito bem avaliada a partir de um conjunto de princípios e situações divergentes entre nossas casas judiciais, mas se furtou a examinar exaustivamente as razões expostas e desenvolvidas pelas partes na prevalência do direito à vida. A sentença, portanto, ainda não demonstraria um desenvolvimento discursivo adequado e, embora apresentada uma fundamentação extensa, esta não consegue contribuir para efetivação da possibilidade de influência no julgado. Da mesma forma, a ausência deste trabalho seria um problema para o desenvolvimento do romance em cadeia, pois colocaria como autor do capítulo do romance apenas o juiz. Todavia, é de se projetar que a redação de cada novo passo deve contar com a efetiva participação da sociedade, sobretudo às partes, cujas suas alegações contribuem no desenvolvimento da tutela de direitos e constante aprimoramento das ciências jurídicas.

Ora, certo é que Dworkin diria que o juiz Hércules não deixaria se levar, de forma similar ao que explica a hermenêutica gadameriana, às suas concepções prévias e afastaria alguns pré-juízos, para haver um julgamento imparcial. O que acontece é que esta compreensão que Hércules estaria voltado apenas a avaliar precedentes, livros e princípios basilares de uma sociedade, pode levá-lo a uma compreensão própria (pessoal ou institucional) acerca deste emaranhado de fontes. Assim, esta revisão do material que possui deve ser examinada em conjunto com os participantes do processo.

Ainda a respeito da visão solitária de Hércules, por mais que possa parecer coerente a defesa de que se refere a um juiz ideal e sua invenção é realizada para se contrapor a um juiz real, esta defesa ainda não consegue justificar aquilo que Habermas mais colocava como faltante: o diálogo. Se Dworkin trouxe uma idealização e buscou uma contraposição entre seus trabalhos, de modo que possa fazer uma reconstrução da forma de pensamento do ato decisório, não justifica que Hércules, o juiz imaginável, não trabalhe de forma exaustiva com os argumentos das partes. Sua criação também deveria possuir o condão de demonstrar uma situação ideal de decisão, de modo que é forçoso justificar seus déficits por meio do argumento que é uma mera idealização.

Uma advertência merece ser realizada quanto aos apontamentos realizados por Habermas, pois, apesar deste aspecto monológico em Hércules, não é acertada a crítica de que

deve ser inserido dentro de uma perspectiva solipsista. Foi afirmado que seu trabalho criacionista necessita de um desenvolvimento discursivo, sobretudo na colocação de um procedimento coparticipativo com as partes, que possa resguardar uma fundamentação idônea, o que, no entanto, não significa que Hércules busca apenas agir em conformidade com sua consciência¹¹⁷. A sua atuação é pautada por interpretações anteriores acerca dos institutos jurídicos, de modo que possa doravante decidir a partir de sua aceção acerca do que está sendo construído, o que ele relega é a participação discursiva dos demais sujeitos na sua formação.

Sem embargo de opiniões diferentes dos defensores de Ronald Dworkin, é de se projetar que uma teoria do direito voltada a compreender como devem ser elaboradas decisões judiciais corretas não poderia colocar como autor principal apenas a figura de um juiz. Por isto, a teoria do discurso serve para colaborar para a valorização de múltiplas possibilidades discursivas que podem surgir a partir das teses elaboradas pelos participantes. Esta concepção é imprescindível para a pragmática jurídica (sobretudo para a sua adoção no sistema brasileiro), pois conferirá racionalidade argumentativa para as decisões tomadas.

Incorporando expressamente estas ideias, Eduardo Bittar concorda com a crítica realizada ao juiz Hércules de Dworkin e enxerga um enriquecimento da decisão judicial a partir da teoria discursiva:

A teoria do discurso, portanto desloca a atenção da personalidade do juiz para a riqueza com a qual o procedimento garante com que a conversação pública, a troca de argumentos e as oportunidades de fala, a estrutura processual e as condições de acusação, defesa e prova são sustentadas dentro da rede de significações dispostas para consentir a formação dialogal dos resultados processuais. De fato, a concepção habermasiana aprofunda a concepção ligada à institucionalidade das práticas aplicativas, apostando na linha de investigação que confere destaque específico à ideia de verdade compartilhada, na medida em que a intertextualidade funda a possibilidade do resgate de verdades que podem ser extraídas da dimensão do mundo da vida e absorvidas no momento da decisão judicial. Assim, a ideia de compartilhamento, de abertura da cognição em direção aos exigentes pressupostos interativos, dissolve a perspectiva de busca de uma verdade ontológica, enraizada essencialmente nas coisas, que marcou a formação das investigações da versão semântica da teoria da linguagem. O diálogo e o multiperspectivismo das interpretações são abertos para deflagrar uma concepção pós-metafísica e pragmática de compreensão das formas pelas

¹¹⁷ Lenio Streck, em defesa de Dworkin e Gadamer, explica que ambos não elaboraram uma forma de solipsismo, exatamente por buscarem lutar contra esta concepção moderna. Ao defender o primeiro autor, afirma: “é preciso entender que Dworkin superou – e de forma decisiva – a filosofia da consciência. Melhor dizendo, o juiz ‘Hércules’ de que fala Dworkin é apenas uma metáfora para demonstrar que a superação do paradigma procedimental (morte do sujeito solipsista da modernidade) não significou a morte do sujeito que sempre está presente em qualquer relação de objeto” (STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 306).

quais se alcançam decisões sustentadas racionalmente¹¹⁸.

Habermas, portanto, contribui para o desenvolvimento discursivo da decisão judicial de modo que incrementa a sua realização a partir da fixação (institucionalização) de procedimentos próprios para sua elaboração. Além disso, a teoria de Dworkin, conforme colocado, não se sustenta por si só de forma pragmática, por isto deverá receber este incremento para que possa lançar-se para a *práxis* judicial e possibilitar a existência de respostas corretas não apenas conteudísticas, mas elaboradas a partir de um procedimento.

O que se extrai das teses acima expostas é que Habermas trabalha com uma teoria procedimentalista, cuja proposta é a busca de atribuir legitimidade à atuação do judiciário por meio de um processo democrático na formação de enunciados, abstratos ou casuísticos. Dworkin, por sua vez, aproxima-se das concepções substancialistas, que preza pelo conteúdo material dos ditames constitucionais, daí a legitimidade da jurisdição seria vista a partir da aplicação dos seus preceitos em conjunto com valores morais que a fundamentam¹¹⁹.

Assim, a teoria da decisão aqui defendida advém de uma imbricação das propostas de Dworkin e Habermas, de modo que concilie as perspectivas integrativa e procedimental coparticipativa. Desta forma, propõe-se um discurso jurídico para além de uma aceitação racional, mas que consiga obter decisões construídas a partir de um ordenamento jurídico-processual equânime, em que as respostas judiciais consigam se amoldar a uma formação jurisprudencial, que respeite o que foi decidido, bem como amparadas pelos princípios compartilhados por uma comunidade. Desta maneira, esta construção argumentativa obedecerá a regras discursivas, orientadas por um procedimento previamente fixado. Portanto, haverá a possibilidade de uma participação efetiva entre os sujeitos da celeuma, cujas alegações serão devidamente trabalhadas no ato decisório, pois realizado por meio de uma fundamentação racional, que consiga abordar de forma exaustiva os argumentos a respeito do direito.

¹¹⁸ BITTAR, Eduardo C. B. **Democracia, Justiça e Emancipação Social: Reflexões Jusfilosóficas a partir do Pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 526.

¹¹⁹ Francisco José Borges Motta explica que o substancialismo é compreendido como um contraponto ao procedimentalismo para fins argumentativos, ao passo que dão mais ênfase ao conteúdo da Constituição, visto como vinculante e programático (MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 70).

3 A PROPOSTA DO CPC/15 PARA A ELABORAÇÃO DE UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL: um olhar crítico dos institutos jurídicos processuais

A partir do Código de Processo Civil houve um incremento ao sistema jurídico brasileiro, que colaborou para houvesse uma constante reflexão sobre o modelo em que se buscou implementar no direito brasileiro. Desta maneira, os institutos adotados merecem ser trabalhados com prudência pelos operadores, pois, ao mesmo tempo que colaboram para o aprimoramento do sistema, podem culminar no surgimento de interpretações deturpadas acerca da sua correta aplicação e aproximam-se de doutrinas positivistas simplificadoras. Assim, não obstante sua formulação seja fruto de um intenso debate e tenta trabalhar com os conceitos jusfilosóficos atinentes à igualdade, integridade e justiça, também advém de uma tentativa de recepcionar conceitos de sistemas jurídicos diferentes, que, *a priori*, possuem limitações para a sua adoção no direito brasileiro.

Com base nestas afirmações, a pesquisa estará voltada, neste capítulo, a realizar uma análise do direito brasileiro, notadamente o CPC/15, expondo as previsões legais que forneceram elementos para uma alteração do cenário jurídico. Na apresentação desta temática, também serão abordadas as premissas teóricas incorporadas pelo referido *códex*, bem como as supostas inconsistências teóricas na adoção de institutos de outros sistemas jurídicos, de modo que o Brasil buscou realizar uma ressignificação ou aplica-los de forma distinta, observando as peculiaridades do nosso sistema judicial.

3.1 A incorporação das teses de Ronald Dworkin ao direito brasileiro por meio do CPC/15

Talvez uma das respostas mais imediatas quando se propõe a aplicação das teorias de Dworkin ao direito brasileiro está no fato de que sua construção ocorreu dentro da tradição anglo-saxônica (*common law*), distinta da adotada pelo sistema nacional (*civil law*), podendo se cogitar que seria, em tese, incompatível sua adoção em virtude de suas diferenças. Em síntese, enquanto, no primeiro, o direito legislado é colocado como fonte secundária, de modo que a solução para os casos se encontra a partir da casuística das casas judiciais, orientada também pelos costumes, no *civil law* há um destaque do direito oriundo do Poder Legislativo¹²⁰.

¹²⁰ Neste sentido, Marinoni, Arenhart e Mitidiero explicam as diferenças das tradições no que tange ao trabalho do direito legislado em consonância com as decisões dos tribunais, por isto afirmam que “de um lado, a tradição do *common law* cada vez mais trabalha com o direito legislado, fenômeno que já levou a doutrina a identificar a *statutorification* do *common law* e se perguntar a respeito de qual o lugar do *common law* em uma época em que cada vez mais vige o *statutory law*. De outro, a tradição de *civil law* cada vez mais se preocupa em assegurar a

Por isto, é possível refletir que não seria admissível aderir às concepções teóricas do autor mencionado, pois sua teoria estaria calcada em um sistema de direito distinto. Todavia, esta distinção não culmina, por si só, na impossibilidade de recepcionar as premissas trabalhadas no capítulo 01, notadamente porque sua formulação é para uma teoria da justiça, cujo objetivo é o mesmo, independente da tradição jurídica. O que forneceria uma mudança significativa entre os sistemas seria o material obtido com estas posturas teóricas, pois, como projetado por Dworkin, os princípios morais possuem influência ímpar no papel criacionista do direito.

A diferença entre as tradições deve ser concebida apenas para fins de adoção dos institutos jurídicos ou mesmo a forma como compreendemos as teorias, pois o direito em ambas funcionará com os mesmos objetivos. Os fenômenos observáveis por teóricos como Dworkin (ex: justiça, moralidade, integridade, coerência, democracia) não estão ligados umbilicalmente a uma tradição, mas à organização de uma sociedade, até mesmo por isto que Habermas consegue dialogar com sua concepção de integridade e sobre a forma de atuação dos juízes. Deste modo, é possível inferir que as bases para a compreensão do direito são as mesmas em qualquer tradição, de tal sorte que os conceitos trabalhados no capítulo 01 são plenamente válidos para o Brasil, o que deve ser visto à luz do que dispõe o ordenamento jurídico pátrio, bem como o conteúdo do que vem sendo decidido pelas casas judiciais¹²¹.

Com tais ideias, o direito brasileiro tem concebido que a jurisprudência deverá partir de premissas teóricas compatíveis com um Estado Democrático de Direito, algo que seria possível apenas a partir de uma “teoria da decisão”, cujo objetivo seja fornecer elementos mínimos para a elaboração de respostas jurídicas. Não por outro motivo, observando a estrutura do sistema jurídico norte-americano, busca-se no Brasil a adoção não de uma nova tradição, mas sim a

vigência do princípio da liberdade e da igualdade de todos perante o direito trabalhando com uma noção dinâmica do princípio da segurança jurídica, o que postula a necessidade de acompanharmos não só o trabalho dos tribunais, em especial das Cortes Supremas, como expressão do direito vigente”, assim, no contexto brasileiro, é difundida a compreensão de que as interpretações do STF e STJ são dotadas de normatividade (ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. Vol. 02. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 639-640).

¹²¹ De forma similar, Nunes, Bahia e Pedron destacam que os traços fundamentais entre ambas as tradições parecem mais tênues, de modo que hodiernamente há uma incorporação de conceitos similares entre os sistemas. Com tais razões, observando os argumentos daqueles que afirmam a inviabilidade de adotar as teses construídas dentro de uma tradição distinta, afirmam: “[...] deve-se lembrar que Dworkin não elabora em suas obras uma teoria exclusivamente voltada para o *Common Law*, mas antes, uma teoria geral do direito, aplicável a qualquer perspectiva ocidental. Ele se preocupa em apresentar uma proposta reconstrutiva da prática jurídica ancorada nas conquistas da hermenêutica filosófica, de um lado, e na preocupação com a legitimidade das decisões jurídicas, de outro. Tal tema é universal; logo, faz com que suas ideias ganhem espaço de reflexão e aplicação para os juristas brasileiros, e não apenas norte-americanos” (BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio. **Precedentes no Novo CPC: é possível uma decisão correta?**. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/07/08/precedentes-no-novo-cpc-e-possivel-uma-decisao-correta-/>. Acesso em: 17, de janeiro, de 2022).

implantação de novos institutos jurídicos e desenvolvimento da sistemática decisória.

A percepção de que juízes diferentes julgam causas similares com concepções diferentes ou que tribunais adotam entendimentos diferentes acerca de questões jurídicas, apesar de ser algo que passamos a observar hodiernamente, não pode ser admissível em um país, cujo um dos alicerces é a igualdade (art. 5º, *caput*, da CF). Exatamente por esta constatação que, assim como Dworkin afirmava, juízes deverão ter responsabilidade política, não podendo ser permitida a exaltação de discricionariedades ou atitudes individualistas, que não estão comprometidas com os objetivos gerais da jurisdição. No entanto, as técnicas adotadas para a “unificação” da jurisprudência, a mitigação da morosidade da tramitação dos processos judiciais e para o fornecimento de soluções iguais para todos os sujeitos são medidas que têm o condão de deturpar o discurso jurídico, a depender da forma que são aderidas ao sistema.

Neste cenário, o direito brasileiro visualiza, historicamente, a insustentabilidade do modelo lógico-subsuntivo, o que fez esta influência do *common law* atuar para que haja a acepção de conceitos (à brasileira) de precedentes vinculantes. Com vistas a ilustrar esta concepção histórica, podemos afirmar, a partir dos ensinamentos de Daniel Mitidiero¹²², que o direito brasileiro é marcado pela busca desenfreada em declarar ou extrair uma norma preexistente (respostas prontas) por meio de técnicas repressivas ou preventivas, fruto de uma concepção de que a decisão seria uma operação puramente lógica. Neste contexto, a partir dos ensinamentos do sobredito autor, tem-se que o Brasil passou a perseguir unidade, não mais uniformidade, por meio de decisões compostas também por elementos não textuais, de modo que valorizasse o papel da interpretação para oferecer a melhor resposta no caso concreto e mitigasse a discricionariedade na atuação jurisdicional por meio do procedimento.

¹²² O autor sistematiza a experiência jurídica brasileira em 03 (três) grandes momentos: a) primeiro, marcado pelo Código de Processo Civil de 1939 e o Regimento Interno do STF em 1969, ambos marcados pela adoção de técnicas repressivas, cuja tônica era o controle inequívoco da aplicação do direito, de modo a alcançar maior uniformidade. Este momento possui uma teoria cognitivista que visava à declaração da norma preexistente correta para a solução do caso concreto, pois haveriam recursos para o controle de erros e acertos cometido pelos órgãos jurisdicionais e a corte suprema também deveria pautar-se de forma rigorosa nos enunciados gerais e abstratos que possuíam, colocados como um “método de trabalho” dos ministros. Por tais razões, neste período a decisão judicial era vista como uma operação puramente lógica; b) segundo, com o advento do código processual de 1973, haveriam não apenas técnicas repressivas na aplicação do direito, mas também preventivas, cujo escopo era disponibilizar um enunciado prévio a respeito da interpretação dos tribunais, que vinculariam o judiciário e a administração pública. Com a evolução do conceito de interpretação, concebeu-se que a decisão não era mais um ato puramente lógico, mas que o julgador extrairia uma resposta, dentre as soluções possíveis por meio de valorações axiológicas; e c) terceiro, neste momento acredita-se que o trabalho do judiciária é mais amplo do que a uniformidade das decisões, mas deve ser encarado para obter uma unidade do direito por meio de técnicas repressivas ou preventivas. O CPC/15 trouxe este novo cenário teórico, cuja principal proposta, não obstante opiniões díspares, não é engessar (uniformização do sistema conforme buscado nos dois períodos anteriores), mas densificar a segurança jurídica por meio de elementos não textuais, bem como promover maior igualdade entre os jurisdicionados e fazer com que o julgador esteja voltado a apresentar respostas argumentos mínimos em sua fundamentação (MITIDERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.71-74).

Assim, o Brasil, sobretudo com o Código de Processo Civil de 2015, no afã de adotar institutos de origem anglo-saxônica e inspirado nas teses de autores como Ronald Dworkin, vem paulatinamente aumentando o papel do judiciário na formação de teses ou verbetes com força vinculante (art. 103-A, da CF; art. 927, do CPC). Esta proposta, no entanto, em conformidade com o que foi dito no tópico 1.3.3.1, apesar de ser muito importante para uma mudança da pragmática jurídica brasileira, dá azo a uma concepção de que as respostas corretas seriam obtidas a partir da vinculação dos precedentes, por meio da sua força gravitacional com a capacidade de orientar casos futuros. Pelo contrário, a decisão judicial deverá, independente de seguir ou superar o precedente, ser um “novo capítulo do romance” em que está inserido o juiz, de tal sorte que deverá fornecer substrato suficiente ao decidir (fundamentação adequada), situação que justifica sua atuação jurisdicional.

De todo modo, assim como formulado por Ronald Dworkin, uma decisão judicial deverá estar voltada à integridade dos posicionamentos dos tribunais, de modo que respeite, de fato, compreensões prévias acerca de alguns institutos. Esta concepção, inclusive, inspirou a redação do artigo 926, do CPC/15, que dispõe sobre o dever de coerência, concretizado também pela observância obrigatória aos “precedentes vinculantes” do rol de incisos do artigo 927 do mencionado diploma legal. Esta sistemática consegue ser observada também, conforme será trabalhado a seguir, no trabalho do judiciário, que deverá pautar-se pelo teor destes julgados ao fundamentar (art. 489, § 1º, do CPC/15), bem como poderá reduzir o tempo de vida de uma demanda a partir da constatação da inobservância a estes precedentes (ex: artigos 332; 932, inciso IV; 955, parágrafo único, todos do CPC/15).

Isto posto, não há dúvidas acerca da possibilidade de adotar o princípio da integridade no sistema jurídico brasileiro, ou defender a necessidade de alcançarmos respostas corretas para solucionar celeumas quanto ao seu conteúdo (Dworkin), bem como por meio de um procedimento (Habermas). Para a concretização destas propostas, necessário que sejam observadas as peculiaridades do Brasil, notadamente a tradição jurídica seguida no país, o ordenamento jurídico e o comportamento de alguns tribunais acerca da sua adoção, imbuídas de heranças positivistas e simplificativas. Da mesma forma, devemos nos atentar às dificuldades enfrentadas para recepcionar institutos que implicam em toda a reestruturação na forma de pensamento de julgamento e superar antigos paradigmas.

3.2 A figura dos precedentes judiciais a partir do CPC/15 e a sua importância na orientação do trabalho dos tribunais.

A crença de que a aceitação de institutos jurídicos criados em modelos jurídicos diferentes colaboraria para o aperfeiçoamento do sistema pátrio, apesar de ser possível, traz consigo dificuldades no campo pragmático. Isto significa que a promoção de mudanças na atuação jurisdicional não deve partir apenas do legislativo, mas também das demais instituições, sobretudo o judiciário, pois ostenta o poder/dever de julgar demandas. Esta é a razão pela qual sobleva necessário o aprofundamento teórico e crítico do texto legal do CPC/15 pelos seus participantes, porquanto devem se atentar à nova sistemática e suas implicações perante os tribunais.

No ímpeto de imprimir maior celeridade e coerência ao trabalho do judiciário, os precedentes foram alçados a um novo patamar, de modo que passaram a serem mais trabalhados e elaborados pelos operadores do direito. Exatamente por isto, este instituto, a partir desta nova visão, deverá ser concebido como uma decisão proferida no exame de um caso concreto, composto por circunstâncias de fato, tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) e argumentação jurídica a respeito da questão¹²³.

Com esta percepção, o CPC/15, ao trabalhar com a necessidade de “respeito aos precedentes”, buscou, a partir deste instituto, que as decisões judiciais dos tribunais superiores “moldem o ordenamento jurídico”, de modo que forneça maior segurança jurídica, como pode ser visualizado na sua Exposição de motivos¹²⁴. Por tais razões, o referido código é visualizado com um “potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo”. Assim, o espírito que insufla o desenvolvimento dos precedentes é, inegavelmente, trabalhar para reduzir indeterminações do discurso jurídico e fixar mandamentos normativos casuísticos que possam auxiliar o trabalho judiciário e orientar os próprios jurisdicionados.

Nesta linha de intelecção, o que se observa é que a recepção dos precedentes tem o condão de aperfeiçoar o sistema jurídico, de modo que poderíamos atribuir autoridade às decisões superiores, o que reduziria a incoerência, imprevisibilidade e indeterminação dos julgados. No entanto, como bem explica Guilherme Marinoni, ao trabalhar com o conceito de “homem cordial”, criado por Sérgio Buarque de Holanda¹²⁵, é característico da figura do cidadão

¹²³ BRAGA, Paula Sarno; DIDIER Jr., Fredie; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. 16. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 565.

¹²⁴ BRASIL, **Exposição de Motivos do Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 13 de março, de 2015. Disponível em: https://www.verbojuridico.com.br/vademecum/CPC_EXPOSICAO_DE_MOTIVOS.pdf. Acesso em: 16/01/2021.

¹²⁵ Em sua obra “Raízes do Brasil”, Sérgio Buarque de Holanda traz o “homem cordial” como uma figura criada no Brasil para o mundo, que demonstra uma hospitalidade e generosidade é uma aparência para sua vida em

brasileiro o apego ao patrimonialismo e, do mesmo modo, a confusão entre suas preferências afetivas e pessoais com os interesses da administração pública que representa¹²⁶. Com tais ideias, a adoção do instituto dos precedentes possibilitaria o rompimento (ou mitigação) deste paradigma, de modo que os juízes ficariam vinculados ao entendimento fixado pelos tribunais.

3.2.1 A obediência aos precedentes. Coerência e integridade no direito brasileiro. O art. 926 do CPC/15. Precedentes, jurisprudência e súmulas

Inspirado nos aportes teóricos elaborados por Ronald Dworkin, trabalhados no tópico 1.3.3 deste trabalho, o CPC/15 trouxe, em seu artigo 926, *caput*, o dever dos tribunais em “uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. De igual sorte, os §§ 1º e 2º, do indigitado dispositivo trazem que, respectivamente, “os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante” e “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”¹²⁷.

A medida alvitrada pelo legislador merece, *a priori*, ser enaltecida, notadamente por estabelecer uma incumbência ao judiciário, cuja atividade também deverá ser devidamente regulada, de modo a possibilitar que as decisões não sejam proferidas de maneira arbitrária. De todo modo, temos que a nova sistemática processual tem como escopo garantir integridade e coerência a partir do trabalho realizado pelo Poder Judiciário. Ao julgar demandas que denotam maior atenção, seja pela complexidade (*hard cases*), seja pela repetição ou mesmo pela repercussão gerada, fornecerão substrato suficiente para os próximos julgadores agir com maior celeridade e de modo similar ao que foi decidido.

Verifica-se que o artigo 926, do CPC destacou, assim como Dworkin propõe em seu projeto teórico, dois deveres principais para os juízes: coerência e integridade. Quanto ao

sociedade, o que revela o desejo de sempre estabelecer intimidade com outros (HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27. ed. São Paulo: companhia das letras, 2014, p. 176 ss).

¹²⁶ Nas palavras de Marinoni “precisamente, o homem cordial é a antítese da ideia de que a lei é igual para todos e, por mera consequência, o patrimonialismo que se incorporou à cultura brasileira é completamente avesso a uma ordem jurídica coerente e a um sistema racional de distribuição de justiça. Os governos autoritários, as posições sociais que sempre foram privilegiadas, os ambientes deformados da magistratura e da advocacia, não só não necessitam de previsibilidade, mas não querem igualdade nem muito menos coerência e racionalidade. Por isso fingem não ver a imprescindibilidade de uma teoria que privilegie a autoridade da função desempenhada pelas Cortes Supremas” (MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 97).

¹²⁷ BRASIL. [Código de Processo Civil (2015)]. **Código de Processo Civil de 2015**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 23 jan. 2022.

primeiro, tem-se que, de forma similar ao que foi trabalhado no tópico 1.3.3, deverão os juízes e tribunais buscarem, além de uma consistência lógica, trabalhar com os argumentos invocados em precedentes judiciais, o que envolverá o ato de segui-los, distingui-los ou revogá-los, mas jamais ignorá-los¹²⁸. Quanto à integridade, esta deverá estar voltada a fornecer unidade ao ordenamento jurídico, de modo que possa haver uma valoração daquilo que foi decidido no passado e extraído seus elementos principais (*ratio decidendi*) a partir de um exercício hermenêutico daquilo que foi feito, amoldando-o ao novo caso contexto fático.

Por conseguinte, apesar do artigo 926 e seus parágrafos revelarem contribuições ímpares para a sistemática processual do direito brasileiro, não estão isentos de críticas pelos profissionais da área. Neste cenário, Marinoni, Mitidiero e Arenhart listam 05 (cinco) problemas teóricos no seu texto legal:

A uma, fala em tribunais indistintamente, sem atentar que existe uma divisão de trabalho bastante clara entre as Cortes de Justiça e as Cortes Supremas no ordenamento jurídico brasileiro. A duas, institui um dever de uniformização, nada obstante seja conhecida a ligação do termo a uma função de simples controle que era exercida pelas cortes de vértice em um determinado momento da história. A três, alude genericamente à jurisprudência, sem se preocupar com eventuais distinções que podem existir entre os termos jurisprudência, súmula e precedentes, empregados igualmente em seus parágrafos. A quatro, refere que os tribunais têm o dever de manter a jurisprudência estável, quando na verdade esse é apenas um dos seus deveres no que tange à necessidade de prover segurança jurídica. A cinco, endossa uma proposta teórica bastante específica a respeito do conceito de direito ao determinar que a jurisprudência deva ser íntegra¹²⁹.

Registre-se que as inconsistências apresentadas pelos autores partem da concepção de que o legislador procurou ressignificar os conceitos de jurisprudência e súmulas, ao mesmo tempo que introduz os precedentes. Na mesma obra citada acima, aduzem que estes apenas sejam formados pelos tribunais de superposição (STF e STJ), ao passo que a jurisprudência seria pelos tribunais pátrios e as súmulas poderiam ser emanadas por quaisquer cortes. Em suas críticas, expõem que os precedentes não equivalem meramente às decisões judiciais, mas são razões generalizáveis, que terão sempre força obrigatória¹³⁰.

¹²⁸ BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória**. 16. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 608.

¹²⁹ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. Vol. 02. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 641-642.

¹³⁰ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. Vol. 02. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 644.

Estes conceitos, a partir do exame do texto legal do diploma processual civil, são concebidos, de fato, de maneira *mui* distinta pelo legislador brasileiro. Em síntese, a jurisprudência é colocada como um conjunto de decisões judiciais no mesmo sentido sobre uma mesma matéria, ao passo que a súmula realiza uma consolidação (genérica) da jurisprudência. Do mesmo modo, os precedentes foram transmudados para o Brasil, de forma que sejam concebidos como julgamentos invocados como fundamento para uma nova decisão¹³¹, seja ele um “precedente vinculante” nos termos do artigo 927 do CPC, ou “persuasivo”, que buscará reforçar os argumentos lançados, tema que será aprofundado no tópico seguinte.

Com tais ideias, tem-se que, de fato, buscou o CPC/15 trabalhar com estes termos a partir das peculiaridades do sistema brasileiro, que, ainda imaturo na sua recepção com estes institutos, voltou-se a atribuir um procedimento para sua formação no âmbito dos tribunais estaduais, federais ou superiores. O que se nota, portanto, foi uma adaptação de institutos de origem algo-saxônica para o modelo jurídico brasileiro, alçando-os a um patamar distinto, de modo que possam ser trabalhados por uma tradição do *civil law*, que roga coerência e integridade no papel desempenhado pelos seus tribunais.

3.2.2 A obrigatoriedade dos precedentes brasileiros e a observância ao rol (exemplificativo) do artigo 927 do CPC

O Código de Processo Civil, ao trabalhar com o instituto dos precedentes, de forma distinta ao que é feito em outros países, buscou dar maior importância a decisões de tribunais que obedeçam um procedimento próprio na formação da decisão. Esta construção jurisprudencial, para consolidar um precedente distinto aos demais, privilegia a participação dos operadores dos direitos e insta as cortes a unificarem o entendimento a respeito de certo tema, de modo que possa, até mesmo por uma questão de isonomia, evitar julgamentos díspares. Enveredando por estes mares, o legislador cravou um rol de acórdãos, decisões, enunciados ou orientações que deverão ser observados pelos juízes e tribunais, sendo válida a descrição deste dispositivo legal:

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;
- II – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de

¹³¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, 189-190.

demandas repetitivas e em julgamento de recurso 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 vinculados¹³².

Deste artigo exsurge uma recorrente discussão, pois passou-se a perquirir por quais razões o legislador deu ênfase a estas hipóteses. No trabalho de aprofundamento no tema, Viana e Nunes, ao trabalharem seu impacto nas ciências jurídicas, listam 05 (cinco) correntes sobre a interpretação do precedente judicial à luz do dispositivo em epígrafe, sendo necessário descrever esta exposição:

Pela primeira corrente, o art. 927 contém um rol de precedentes vinculantes, valendo-se, segundo Ronaldo Cramer, de um critério prioritariamente semântico. A segunda corrente, por sua vez, defende a inexistência de precedentes vinculantes no art. 927, sendo, de fato vinculantes, apenas aqueles acobertados pela proteção da reclamação. A terceira corrente considera que o art. 927 não teria o condão de estabelecer força vinculante aos ‘precedentes’ ali listados, mas apenas exige, dos juízes e tribunais, a observância dos precedentes, embora o seu defensor reconheça a força vinculante em razão do próprio regime de cada um dos ‘precedentes’. Pela tese da quarta corrente, a tentativa de estipulação de força vinculativa aos precedentes enumeradas no art. 927 seria inconstitucional, na medida em que somente o texto constitucionalidade e ainda no caso das súmulas vinculantes. A mera alteração da legislação ordinária (Código de Processo) não teria força para alterar o estado das coisas, exigindo-se, por conseguinte, o atendimento ao devido processo legislativo-constitucional de emenda à Constituição. Os adeptos da quinta e última corrente, por sua vez, não se satisfazem com o rol de precedentes contidos no art. 927, pois, segundo Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero, quaisquer decisões emanadas das Cortes Supremas (STJ e STF) são hábeis a serem consideradas precedentes obrigatórios. Em suma, os precedentes vinculantes/obrigatórios não estão contidos apenas no rol do art. 927, mas, em verdade, decorreriam de qualquer decisão dessas Cortes, sendo as únicas hábeis à formação de precedentes, de modo que a força vinculante decorreria da autoridade desses órgãos (entendidos como cortes supremas)¹³³.

Ainda ponderam os autores uma tese, capitaneada por Lenio Streck e Abboud, que defendem a inexistência de um modelo de precedentes vinculantes, mas tão somente provimentos jurisdicionais vinculantes. Admitem que, de fato, há numerosas referências às

¹³² BRASIL. [Código de Processo Civil (2015)]. **Código de Processo Civil de 2015**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 23 jan. 2022.

¹³³ NUNES, Dierle; VIANA, Antônio Aurélio de. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**, Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 215-216.

súmulas e jurisprudências no diploma processual civil, mas ao mesmo tempo adota diversas técnicas de uso do direito jurisprudencial relacionado com os precedentes, que melhor refletem a sistematização de compreensões dos tribunais¹³⁴.

Por esta razão, advogam que houve uma ruptura paradigmática pelo CPC/15, e, apesar de não haver precedente judicial nos moldes do direito inglês ou norte-americano, adotamos um sistema processual de precedentes. Assim, o texto legal imprimiu técnicas processuais por meio da dogmática e teorias hábeis para diminuir entraves presentes no direito jurisprudencial¹³⁵.

Como se nota, a questão em definir a eficácia vinculante de precedentes é um tema muito espinhoso, de modo que possa alavancar críticas e contrariar compreensões de grandes ícones das ciências jurídicas. No entanto, com o fito de contribuir para a construção retórica buscada neste trabalho, não podemos nos furtar a examinar esta controvérsia, pois devemos entender, assim como próprio Lênio Streck, autor cuja tese para os precedentes não se mostra a mais correta, afirma de forma reiterada “levemos o texto a sério”¹³⁶. Ora, a redação do art. 927 permite inferir que o legislador objetiva (propositalmente) dar atenção aos precedentes e enunciados presentes no artigo 927, mas não poderíamos olvidar que não trouxe a expressão “obrigatoriamente” ou mesmo “de forma vinculante”, sendo pertinente observar que a legislação infraconstitucional possui dispositivos em que estes termos estão presentes.

Também não se poderia deixar de colocar que as decisões do STF e STJ também possuem força vinculante, pois proferidas no curso de recursos extraordinários, realizados com o fito de unificar interpretações. Talvez por isto, em um primeiro momento é razoável a compreensão que dever-se-ia trabalhar com o papel crucial das cortes de superposição (únicas capazes de fixar precedentes na visão de Marinoni). Com efeito, no tocante às decisões realmente dotadas de efeitos vinculantes com eficácia *erga omnes*, a Carta Constitucional fixou apenas as decisões definitivas, proferidas pelo STF, nas ações de inconstitucionalidade e nas declaratórias de constitucionalidade (art. 102, § 2º), bem como teria igual força os enunciados de súmulas vinculantes (art. 103-A).

De igual sorte, o STJ deve ser compreendido como tribunal incumbido de resolver impasses na interpretação da legislação infraconstitucional, ou, nos exatos termos que trabalha

¹³⁴ NUNES, Dierle; VIANA, Antônio Aurélio de. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**, Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 217-218.

¹³⁵ NUNES, Dierle; VIANA, Antônio Aurélio de. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**, Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 221-224.

¹³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 253.

Marinoni, a função desta Corte é “decidir para obstar decisões discrepantes sobre uma mesma questão federal. De modo que as suas decisões, quando pacificadas em seu âmbito, constituem precedentes obrigatórios”¹³⁷. Assim, vale dizer que os tribunais observarão (obrigatoriamente) as decisões de ambos os tribunais de vértice, pois possuem o objetivo de atribuir unidade ao entendimento do direito brasileiro.

Apesar de acertada a corrente de Marinoni, Anherart e Mitidiero no que se refere às decisões do STJ e STF possuírem força vinculante em virtude de uma interpretação do texto constitucional, bem como da sistemática dos tribunais, a redação do art. 927 do CPC/15 não deverá ser abandonada. Em consonância com o indigitado dispositivo, o mesmo diploma legal dispõe sobre a possibilidade do juiz ou tribunal, identificando que os precedentes acima se enquadram no fato examinado, conceder tutela de evidência (art. 311, inciso II e parágrafo único), julgar liminarmente improcedente a demanda (art. 332, incisos) e, dentre outras possibilidades, negar provimento ao recurso (art. 932, inciso IV). Apesar de todo o rol não ser aplicado pelos dispositivos grafados, é incontroverso que o legislador atribuiu maior importância a algumas decisões, não obstante falhar em trabalhar com os conceitos da *ratio decidendi*.

Então ainda nos resta a pergunta: por quais razões o artigo 927 dispõe que observarão apenas um rol específico? As decisões que não estão inclusas nestas hipóteses não deverão ser observadas? Veja-se que o dever de integridade e coerência dos tribunais, de modo a obterem uma jurisprudência estável conforme trazido no artigo 926, já denota que as decisões de tribunais deverão, por si só, serem observadas pelos demais órgãos jurisdicionais ao proferir uma decisão.

A resposta para esta reflexão, apesar das diversas correntes, não poderia gerar tantos entraves, pois, apesar de o legislador fixar um rol específico de precedentes e enunciados, não demonstra que houve o abandono pela observância dos demais, até mesmo porque o âmago do processo civil é a coerência dos julgamentos a partir de precedentes. Obtemperem-se que, por tais razões, as hipóteses grafadas no dispositivo em epígrafe deverão ser compreendidas, no mínimo, no aspecto qualificativo, de modo a imantar maior eficácia a estes acórdãos e enunciados, haja vista disporem de um procedimento próprio e específico para sua formação.

De mais a mais, o que se nota é que o dispositivo não trata como obrigatórios os precedentes do rol do art. 927 (não podendo se cogitar sua inconstitucionalidade). Esta afirmação, por óbvio, não consegue exaurir a temática acerca da obrigatoriedade ou não destes

¹³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 314.

precedentes, pois necessário realizar uma interpretação sistemática deste diploma processual à luz da Constituição.

Por conseguinte, singrando nesses mares turbulentos acerca da obrigatoriedade dos precedentes, não se poderia cair na tentação de um pensamento simplório e perfunctório, de que tornar vinculante o rol do artigo 927 seria ombreá-los às decisões vinculantes proferidas pelas cortes superiores, sobretudo pelo Pretório Excelso na interpretação constitucional. Contudo, o diploma processual não dispõe a respeito de vinculação a partir do artigo 927, tampouco discute a respeito da óbvia hierarquia que deverá ser observada entre os tribunais e as cortes superiores. Por isto, ao atribuir especial atenção a estas disposições, devemos compreendê-los como precedentes qualificados, que possuem efeitos práticos nos casos porvir, de modo que a *ratio* de suas decisões devem ser devidamente trabalhadas e observadas, para que não possam os julgadores decidir sem antes trabalhar com a sua (in)aplicação no caso em vertente.

Com estas alterações, ainda é necessário indagar: devem ser consideradas vinculantes apenas as decisões das cortes vértice? Poderão os precedentes do artigo 927 terem eficácia obrigatória? Uma leitura de todo teor do texto legal disciplina que, apesar da ausência do termo “vinculação” no sobredito artigo, é possível notar que o Código de Processo Civil atribui esta eficácia aos acórdãos proferidos pelos tribunais no julgamento do incidente de assunção de competência (art. 947, § 3º), na resolução de demandas repetitivas (art. 985), bem como pelo STF e STJ nos recursos extraordinários e especiais repetitivos (inteligência do artigo 1.040).

Por meio de tais premissas, é possível notar que, respeitada a interpretação prevalecente em relação aos tribunais e as cortes superiores, também deverão ser considerados vinculantes, ao menos na forma colocada pela legislação constitucional e infraconstitucional, os precedentes qualificados acima listados. Negar que estes acórdãos e enunciados possuem orientação vinculante é ir de encontro ao próprio texto legal, que buscou trabalhar com a lógica da unificação do direito jurisprudencial. Conquanto apresentados como vinculantes, isto por si só não tem o condão de gerar inconsistências teóricas e pragmáticas na sua adoção no direito brasileiro, conforme podemos notar dos enunciados, que serão trabalhados no decorrer deste trabalho.

Das hipóteses elencadas no artigo 927, resta apenas a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais os julgadores estiverem vinculados (inciso V), em que não há especificamente previsão legal para seu efeito vinculante. Claro que os tribunais e juízes deverão obter coerência entre seus julgados, ficando atentos às orientações do plenário, mas isto, por si só, não significa que deverão possuir força vinculante, até mesmo porque os demais precedentes são construídos a partir de um procedimento coparticipativo, voltado à produção

de um entendimento acerca do tema.

Em vista de tudo isto que foi afirmado, a interpretação mais acertada acerca dos precedentes, em conformidade com a exposição acima e as razões apresentadas, foi destacada por Alexandre Câmara:

É preciso, então, ter claro este ponto: nem tudo o que está enumerado no art. 927 do CPC/2015 tem eficácia vinculativa. Há ali, também, o que tenha eficácia meramente argumentativa (ou, como se costuma dizer, persuasiva). E o que legitima a distinção entre precedentes (ou enunciados de súmula) dotados de eficácia meramente argumentativa ou persuasiva é a amplitude do contraditório, capaz de assegurar uma participação qualificada em sua formação. E este é um ponto central para o desenvolvimento do presente estudo¹³⁸.

O autor consegue sintetizar toda a discussão lançada no curso deste tópico, informando que, por meio do texto legal e constitucional, possuímos precedentes, cujos motivos determinantes têm eficácia vinculante. Outro ponto que merece destaque é que, apesar de outras decisões não estarem inseridas no rol trabalhado, não poderão ser ignorados pelos julgadores, de modo que a invocação de precedentes de um tribunal deve contribuir para os argumentos lançados por quaisquer participantes. Daí acertada a colocação de Alexandre Câmara ao nomeá-los como “precedentes argumentativos”, pois atribuem um ônus argumentativo para aqueles que discordam da alegação, de modo que, na decisão judicial, deverá o julgador demonstrar a sua não aplicação (art. 489, § 1º, inciso VI, do CPC).

Deve ficar claro que, apesar das decisões dos tribunais deverem ser observadas, não seria crível atribuir efeitos vinculantes, na realidade brasileira, a todas elas, notadamente quando muitos acórdãos são proferidos ao arpejo da própria jurisprudência do tribunal ou turma, às vezes até mesmo dos próprios votos dos julgadores. Por isto, a criação de decisões que consigam imprimir maior participação e um projeto próprio para sua criação é deveras coerente com a proposta de estabilidade da jurisprudência, sendo, portanto, necessário que os motivos determinantes na formação destes precedentes possam ser invocados para além da ampliação da argumentação, mas também para atribuir observância obrigatória.

3.2.2.1 Os efeitos práticos jurídicos dos precedentes no direito brasileiro

Foi dito acima que os precedentes ganharam novo destaque para o CPC/15, pois, além

¹³⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. São Paulo: Atlas, 2018, p. 183.

de nortear o exame de mérito dos casos concretos, orientam medidas processuais que poderiam ser proferidas no curso do processo ou até mesmo reduzir o tempo de vida de demandas. Neste sentido, os precedentes gravitam em diferentes cenários processuais, de tal sorte que poderão ser trabalhados, conforme Didier Jr afirma, a partir dos efeitos: a) rescidente; b) revisional; c) obstativo da revisão/invalidação de decisões; d) autorizativo; e) vinculante/obrigatório; e f) persuasivo¹³⁹.

No que toca aos 02 (dois) primeiros efeitos apresentados no item acima, estes se referem ao fato de que um precedente (vinculante) formado após o trânsito em julgado de uma causa apreciada por um tribunal ou juiz singular poderá culminar na modificação dos efeitos da coisa julgada. O referido diploma processual dispõe que este novo entendimento, uma vez que possui eficácia *ultra partes* ou *erga omnes*, poderá, ainda que a demanda esteja protegida pela coisa julgada, rescindir a sentença definitiva, caso em que caberá a ação rescisória (art. 966, V, §§ 5º e 6º). Da mesma forma, esta demanda, na hipótese de se tratar de uma relação jurídica de trato continuado, poderá, independente da “deseficacização”, ter sua sentença revisada com esteio no novo precedente criado, cujo ato dependerá de pedido da parte interessada (art. 505, inciso I), de modo que possa modificar parcialmente esta relação.

Atinente ao efeito “autorizante”, este pode ser observado para culminar na declaração de um direito de forma prévia, podendo ser visualizado no caso da concessão de medida liminar de tutela de evidência (art. 311, II, do CPC), bem como para o provimento de recurso por meio de decisão monocrática do relator (art. 932, V, do CPC). Por outro lado, poderá impedir o seguimento de recurso perante algum tribunal (art. 932, IV, do CPC), ou mesmo culminar na improcedência liminar da demanda (art. 332, do CPC), nos casos em que houve patente desrespeito à orientação vinculante do precedente, perfectibilizando o efeito obstativo de revisão de decisões judiciais, postulado por meio do meio de impugnação cabível.

Por derradeiro, quanto à persuasão e a vinculação, expostos no tópico anterior, tem-se que não podem os precedentes que possuam o segundo efeito serem compreendidos como máximas que devem imperar sobre todo o cenário jurídico, pois poderá haver a sua não aplicação, desde que haja a superação ou a distinção do caso concreto. De forma similar, os precedentes persuasivos (ou argumentativos), também possuem relevância para o cenário discursivo processual, ao passo que haverá um ônus argumentativo para aquele que buscar contrariar o julgamento anterior, notadamente se realizado por tribunal superior ao do juiz

¹³⁹ BRAGA, Paula Sarno; DIDIER Jr., Fredie; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória**. 16. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 579.

competente para analisar a causa.

3.2.2.2 Os elementos vinculantes de um precedente e a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*

Como dito no começo da exposição sobre os precedentes, este instituto deve ser concebido, antes de tudo, como uma decisão judicial, cujos motivos determinantes levantados poderão ser invocados em casos futuros. Partindo desta premissa, apesar do desejo da obtenção de enunciados de súmula, ou mesmo teses em recursos repetitivos, os verbetes fixados pelos tribunais, por si só, não têm capacidade de gerar vinculação. Isto decorre do fato de que não caberia aos tribunais fixarem enunciados normativos capazes de “amarrar” futuros casos, pois estas teses são o resultado da interpretação do caso fático alicerçado ao texto legal ou constitucional e aos elementos axiológicos que fazem parte das fontes do direito (princípio, costume, moral, etc.), algo distinto do trabalho do legislador¹⁴⁰.

O que importa novamente é lembrar que, uma vez trazido o instituto dos precedentes para o Brasil, temos que nossa tradição jurídica ainda não consegue analisar de forma profunda os modos como se extrair a *ratio*. Como lembra Streck, no modelo anglo-saxônico não há a pretensão de criar precedentes para casos futuros, tampouco teses generalizantes que irão apresentar respostas prontas, porquanto o engrandecimento discursivo com a sua invocação no caso futuro é o trabalho com o caso pretérito, não a tese trazida¹⁴¹. Por isto, não podemos nos equiparar a países do *common law*, cujas técnicas de identificação dos motivos determinantes são ínsitas ao próprio sistema jurídico e fazem isto há séculos, ao passo que, no Brasil, este exame é simplificado no ato de utilizar ementas e padrões anteriores, numa metodologia silogística¹⁴².

Nesta linha de intelecção, quando afirmamos que existem precedentes vinculantes, não poderíamos aduzir que haveria uma proibição de interpretar, mesmo que seja para dar fiel seguimento ao entendimento do tribunal, pois sua realização se entrelaça com a atividade de

¹⁴⁰ Necessário deixar sempre claro que como texto não se confunde norma, deve ser preservada a função criativa do legislador, bem como a interpretativa dos juízes. Por isto, como Zanetti Jr. expõe, a função do judiciário é interpretar e, por corolário, aplicar as normas, havendo, neste sentido, uma “relação circular”, em que precedentes respeitem as normas legais, dotadas de obrigatoriedade, e consigam imprimir caráter normativo à interpretação que foi realizada. [ZANETTI JR. Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER JR. Fredie et al (org.). **Precedentes**: coleção grandes temas do Novo CPC. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3, p. 177. p. 422].

¹⁴¹ STRECK, Lenio. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica**: o sentido da vinculação no CPC/2015. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 76.

¹⁴² NUNES, Dierle; VIANA, Antônio Aurélio de. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo, Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 379.

aplicação. É por isso que a obrigatoriedade decorre na utilização destes provimentos jurisdicionais pelos julgadores ao fundamentarem suas decisões, a fim de assegurar, para além da estabilidade, integridade e coerência na jurisprudência¹⁴³, sob uma perspectiva dworkiniana.

Com tais ideias, deve-se ter fina sensibilidade para perceber que, apesar de haver obrigação dos juízes obedecerem aos precedentes vinculantes, deverá ser estabelecida uma delimitação à sua força de atuação por meio da interpretação ao caso concreto. É neste sentido que a doutrina dos precedentes trabalha com o significado da *ratione decidendi*, ou *holding*, termo mais utilizado no direito norte-americano, que diz respeito aos motivos determinantes dentro de uma decisão, que poderá (ou deverá) ser trabalhado pelos próximos juízes ao julgar os casos porvir¹⁴⁴. É neste campo que Bustamente trabalha com as possibilidades argumentativas advindas por meio do manejo dos precedentes, oportunidade em que afirma:

Se o precedente há que ser entendido como estritamente vinculante, de modo que não resta ao juiz a opção de rever o seu conteúdo ou negar-lhe a força normativa que lhe é própria, mesmo quando estiver convencido da injustiça ou da falta de razoabilidade da decisão, então parece razoável estabelecer um processo de interpretação da *ratio decidendi* que limite a força gravitacional dos precedentes aos casos idênticos à decisão à qual foi atribuída a autoridade de precedente judicial¹⁴⁵.

Exatamente neste contexto, surge a necessidade de identificar a *ratio decidendi* de um julgamento, para que possa orientar (de forma vinculante ou não) as próximas decisões. Por isto, a análise de algo alcunhado como obrigatório não poderia, em tese, ocorrer por meio de uma mera subsunção do que foi decidido ao caso concreto, mas sim pela extração das razões determinantes dos precedentes em consonância com a interpretação do cenário fático-jurídico trazido pelas partes, não olvidando dos argumentos levantados e a necessidade de seu enfrentamento no ato decisório.

Neste campo fértil de debate, importa para este trabalho explicar que verbetes são meras simplificações de entendimentos, cujo potencial vinculante é duvidoso, pois não é capaz de

¹⁴³ ABOUD, Georges. STRECK, Lenio. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando? In: DIDIER JR. Fredie *et al* (org.). **Precedentes**: coleção grandes temas do Novo CPC. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3, p. 177.

¹⁴⁴ É neste campo que Guilherme Marinoni adverte que a *ratione decidendi* não deve se confundir com a fundamentação, mas nela se encontra. Para o autor, a *ratione* advém de uma interpretação do teor do relatório, fundamentação e dispositivo, de tal sorte que para a sua identificação, necessário o julgador lançar-se sobre uma análise de todo o julgado, a fim de conseguir extrair a *holding* e utilizá-la ao examinar o próximo caso (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 162)

¹⁴⁵ BUSTAMENTE, Thomas da Rosa. **A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC**. In: A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial. In: DIDIER JR. Fredie *et al* (org.). **Precedentes**: coleção grandes temas do Novo CPC. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3, p. 283.

realizar uma orientação interpretativa para os próximos casos. O precedente, pelo contrário, quando analisado o seu inteiro teor, com todos os argumentos sustentados e refutados, incrementa algo ao discurso jurídico, de modo que as razões fundamentais para a decisão possam gravitar no sistema jurídico e serem utilizadas em casos futuros.

Para além disso, o trabalho com a *ratio* reflete as propostas de Dworkin no seu “romance em cadeia”, pois não haveria uma singela aplicação do julgado anterior, mas uma interpretação da *ratio*, que alcança novos horizontes a partir do julgamento do caso seguinte (lembramos que o conceito de integridade é marcado por uma valoração dos precedentes), de tal sorte que a jurisprudência seja estável, mas jamais estática. A dinâmica deste trabalho é explicada por Marinoni, ao afirmar:

Algo diferente ocorre quando, em razão do enfrentamento de outro caso, um julgamento posterior agrega conteúdo a *ratio decidendi*. Nesta hipótese não há interpretação da antiga *ratio*, mas a formação paulatina ou incremento da *ratio*, que ganha corpo em virtude do julgamento de um novo caso. Note-se, porém, que, caso se parta da premissa de que a interpretação sempre gera uma nova *ratio*, reduz-se a importância da distinção entre interpretação e incremento da *ratio*. É certo que a interpretação, mais do que dizer o significado, pode ampliar ou reduzir uma porção de significado que existia e que, mesmo com a ampliação ou com a redução, se mantém, não há como concluir que a *ratio*, depois de interpretada, deixa de ter qualquer autoridade e que o caso de que provém perde significado¹⁴⁶.

Por outro lado, é possível enxergar que, pelo que foi exposto, dentro do mesmo precedente há elementos que, ao contrário da *ratio decidendi*, não têm efeito vinculante, pois voltados a reforçar os argumentos descritos, mas não são determinantes para o resultado obtido. Estes motivos não fundamentais são denominados de *obiter dictum*, os quais devem ser vistos também como os motivos não acolhidos por um número de votos que seja suficiente para formar a maioria do colegiado, bem como aqueles empregados pelos juízes que tenham prolatado votos vencidos. De igual sorte, deve ser destacado que, apesar de ser uma concepção difundida no imaginário jurídico, não integra o precedente a ementa do acórdão, que apenas sintetiza o resultado da matéria examinada¹⁴⁷.

Portanto, podemos apenas seguir precedentes quando identificados os elementos determinantes dos julgados (*ratio decidendi*), ao passo que devemos ter cuidado ao extrair estas razões, pois a *obiter dicta* não pode gerar o mesmo efeito. Assim, para a realização de uma

¹⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 180.

¹⁴⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. São Paulo: Atlas, 2018, p. 278-279.

fundamentação adequada, necessário que sejam trabalhadas corretamente as principais razões do julgado invocado, o que não pode ser limitado a uma mera transcrição da ementa do acórdão.

3.2.2.3 As súmulas e a sua (in)capacidade vinculativa: redução de discursos a partir de enunciados

Por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, houve a incorporação de um novo instituto para o direito brasileiro a partir do texto constitucional, a súmula vinculante. Com o advento da indigitada modificação, foi adicionado o artigo 103-A, *caput*, à Constituição Federal¹⁴⁸, que passou a possibilitar que nossa corte suprema elaborasse enunciados (de forma similar ao legislador), cuja observância, segundo o texto constitucional, deverá ser expressamente obrigatória.

Por meio desta inovação no cenário jurídico, anterior ao CPC/15 e aos precedentes vinculantes, começou a haver um fetiche para a produção destes enunciados, capazes de reger os próximos casos. Com uma despreziosa análise da doutrina dos precedentes e a sua estrutura para o direito brasileiro, temos que as súmulas vinculantes se distanciam dos objetivos do CPC/15 ao estabelecer precedentes de observância obrigatória.

Uma das grandes dificuldades para mitigar discricionariedades, visualizada desde Dworkin, seria a abertura textual que advém do texto legal, o que demanda a realização de uma interpretação a partir de outros elementos (princípios, valores morais etc.). Para além disso, ao estar inserido dentro de um sistema jurídico, deverá o juiz obedecer a história institucional envolvida no processo de criação do direito e, por isto, interpretar tudo que foi realizado anteriormente à luz dos princípios que norteiam sua aplicação e ao contexto fático que está inserido. Nestas razões, a interpretação do que foi decidido no passado poderia ser valorado, de modo que possa aperfeiçoá-la, mas esta atividade em momento algum é fruto de uma mera repetição (ou subsunção) do que foi feito (enunciado de súmula) ao caso concreto.

Com efeito, foi dito no tópico anterior que o que realmente poderia atribuir efeito vinculante a um precedente está inserido na *ratione decidendi* do julgado, não nas ementas ou teses fixadas. É neste cenário que as súmulas, para Lênio Streck, aproximam-se das teses

¹⁴⁸ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, 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 direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei {BRASIL, [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 fev. 2022}.

positivistas, pois buscou-se sair da abertura textual da legislação para o texto sumular, que não deixa de apresentar vaguezas e imprecisões, que poderiam culminar em juízos solipsistas e discricionários por meio de uma interpretação do caso com o singelo manejo do verbete¹⁴⁹. São por estas razões que foi difundido no imaginário brasileiro a concepção das súmulas funcionarem como enunciados que consigam apresentar solução de forma prévia à existência dos próprios casos.

Esta concepção, muito comum no dia a dia forense, é reproduzida de maneira simplificada e com uma compreensão perfunctória e rasa a respeito das doutrinas dos precedentes, de maneira que estes equívocos teóricos resultem em decisões mal fundamentadas. Aliás, esta errônea interpretação destes institutos faz com que caia por terra a pretensão do artigo 927 do CPC/15, pois desobedecida a sistemática de observância obrigatória em virtude da ausência de ensino das suas funcionalidades. Com vistas a ilustrar este entendimento, destaca-se o voto do relator Gonçalo Antunes Barros Neto, ao julgar, pela Turma Recursal de Mato Grosso, um Mandado de Segurança guerreando uma decisão que indeferiu um pedido de restituição de bens apreendidos com fulcro Recurso Especial 1814944/RN, julgado sob o rito de demandas repetitivas, oportunidade em que o relator negou a aplicação do indigitado precedente:

Contudo, o legislador não vinculou as decisões judiciais ao teor contido no precedente vinculante, mas, tão somente, as impeliu, na análise do caso concreto, a promover a distinção em relação ao julgado-paradigma (*distinguishing*) ou comprovar que houve a superação daquele entendimento (*overruling*). Desta feita, não há se falar em precedente vinculante (como acontece com as súmulas vinculantes emitidas pelo Supremo Tribunal Federal – STF), apesar de não poder se negar a importância dada aos julgados que consolidam o entendimento de um determinado órgão colegiado sobre o assunto¹⁵⁰.

O voto do relator, rico em dubiedade e pobre em clareza, possui sérios equívocos teóricos ao realizar afirmações sobre os institutos debatidos. A argumentação do julgador denota uma inconsistência com a abordagem deste tema, pois trabalhada ao arpejo da legislação processual, bem como da doutrina dos precedentes que apoiam a sua adoção no

¹⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 426-428.

¹⁵⁰ MATO GROSSO. Tribunal de Justiça (Turma Recursal Única). Mandado de Segurança nº 1000584-86.2021.8.11.9005. Impetrante: Saul Ferreira de Moura Filho. Impetrado: Juízo do Juizado Especial da Fazenda Pública. Relator: Gonçalo Antunes de Barros Neto. Cuiabá-MT, 18 ag. 2021. Decisão monocrática. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta/visualiza-relatorio/PJe/Segunda/98589451/DecisaoMonocratica>. Acesso em 13 fev. 2022.

direito brasileiro. Feitas estas constatações, podemos apontar dois sérios erros evidentes no trecho descrito alhures.

Primeiro, alcunhar um precedente como vinculante não significa que este será aplicado de forma desarrazoada, furtando-se à análise do caso concreto ou que não possa haver argumentações capazes de gerar a superação. Este é o motivo pelo qual, independentemente da existência de uma decisão ou enunciado vinculante, estes não poderão fazer com que não haja uma análise casuística. Além do mais, da mesma forma que o precedente pode ter sua aplicação afastada em virtude da *distinguish* ou *overruling*, a súmula vinculante também. O legislador, no inciso VI do § 1º do artigo 489 do CPC/15, traz esta hipótese de superação ou distinção também para os enunciados de súmula e, da mesma forma, é incontroverso que este instituto também deverá obedecer aos contornos fáticos trazidos à baila e, por isto, deve ser aplicado de forma racional.

Segundo, o relator comete um equívoco em denominar súmula vinculante como precedente, pois, que fique claro, as primeiras representam apenas enunciados que, por força do texto constitucional (art. 103-A, da CF/88), possuem força vinculante. Com efeito, na medida que o precedente é funcionalizado como *principium* argumentativo na construção da decisão posterior, enunciados revelam-se apenas como extratos da jurisprudência dominante de um tribunal, mas com ela não se confunde¹⁵¹.

São por afirmações como a que foi descrita acima que Guilherme Marinoni acertadamente atribui críticas severas às súmulas vinculantes, que merecem ser destacadas neste trabalho:

Lamentável, ainda, é a insistência em relação às súmulas. Essas nunca conseguiram contribuir para a unidade do direito. Foram pensadas a partir de uma compreensão muito superficial do sistema em que as decisões têm efeito obrigatório ou a partir das máximas – uma lamentável e ineficaz tentativa de alguns sistemas de *civil law*, como o italiano, para o encontro da uniformidade das interpretações. As súmulas foram concebidas como enunciados abstratos voltados a facilitar o trabalho de correção das decisões dos tribunais. É ilógico tentar dar-lhes a função de precedentes, na medida em que só a decisão no caso concreto é capaz de espelhar em toda a sua plenitude o contexto fático em que a *ratio decidendi* se insere¹⁵².

Por mais que seja elogiável a pretensão de unificar o entendimento dos tribunais, tentar simplificar o direito a partir de máximas é um disparate contra o trabalho a ser realizado pelo

¹⁵¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. São Paulo: Atlas, 2018, p. 278-279.

¹⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. **O julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 23

juiz ao proferir uma decisão. Enunciados abstratos também carecem de interpretação, o que denota que o trabalho judicial está para além desta simplificação realizada por meio de súmulas, pois estas, ao contrário dos precedentes, não apresentam (apenas pela leitura do verbete, que é invocado por tribunais) os motivos determinantes de sua criação.

Pelo fio do exposto, temos que as súmulas, uma vez compreendidas como enunciados gerais e abstratos, na sua leitura, dependendo das intenções do intérprete, poderá distanciar-se ou aproximar-se do caso concreto, sem qualquer critério racionalmente adequado na sua aplicação. Além disso, têm capacidade de tornarem-se ultrapassadas e revistas com menor frequência, pois afastam-se dos casos concretos, projetando apenas uma abstração, que é funcionalizada como um “guia de interpretação estático”, sem compromisso com o desenvolvimento do direito¹⁵³. Deste modo, a súmula não poderia ser implementada com o objetivo de elaborar respostas prontas para futuras controversas, mas apenas simplificar (equivocadamente) entendimentos jurisprudenciais, o que, no ato de sua aplicação, demandaria uma interpretação (talvez hercúlea) dos julgados que desembocaram na sua formação, de modo que possa contribuir também para o desenvolvimento do discurso jurídico.

3.2.3 Um desenvolvimento argumentativo após o precedente vinculante e a questão do *distinguishing* e *overruling*

A utilização de precedentes para o novo caso concreto apenas poderá ser realizada a partir da extração dos motivos determinantes e desenvolvimento a partir da interpretação lançada pelo magistrado. Foi dito que poderia o juiz incrementar ou complementar aquilo que foi exposto em precedentes do tribunal que está vinculado, o que denota a criação de técnicas de desenvolvimento deste sistema, de modo a contribuir para o seu emprego de forma racional.

Por outro lado, se a atividade de extrair a *ratione decidendi* necessita de interpretação do juiz, com mais razão este exercício poderá apontar pela sua não aplicação ao próximo caso, independente do efeito vinculante que possui. Neste caminho, o Código de Processo Civil também dispõe que, na hipótese de não aplicar um precedente invocado, o juiz deverá demonstrar a existência de distinção no julgamento ou a superação do entendimento, sob pena da decisão não ser considerada fundamentada (art. 489, § 1º, inciso VI).

Para além disso, a existência de decisões de nossos tribunais superiores acerca de um

¹⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 162.

tema deverá atribuir a imposição de um ônus argumentativo às partes, que deverão tentar dele se desvencilhar. De igual sorte, o julgador também deverá examinar com exatidão os novos argumentos lançados, não podendo deixar de avaliar as teses construídas ou reduzir a sua fundamentação à mera descrição do precedente, tampouco deixar de conhecer recursos que objetivam guerrear esta tese.

É neste cenário que o *distinguish* chama atenção por se mostrar uma técnica de interpretação e comparação, que trabalhará com este ônus argumentativo descrito, de modo que possam as partes ou o julgador se desprenderem da tese fixada a partir do exame fático. Essa análise do novo cenário examinado poderá culminar na não aplicação do precedente, sob a justificativa de que os fatos fundamentais são distintos. Assim, observada a existência de peculiaridades na demanda e o precedente existente, poderá o julgador realizar uma interpretação restritiva da *ratio decidendi*, caso em que julgará o processo livremente, ou, apesar das nuances, estender ao caso a mesma solução, sob a justificativa que a tese jurídica é aplicável¹⁵⁴.

Por outro lado, as razões para a superação do entendimento fixado pelos tribunais deverá ser mais forte que a utilizada no *distinguish*, pois se refere não apenas à aplicação, mas aborda também a ab-rogação da própria “norma” aceita como precedente¹⁵⁵. Em verdade, esta técnica implica em uma resposta judicial ao “desgaste da congruência social” e “coerência sistêmica” do precedente, pois a ausência destes atributos básicos, que sustentam a regra do *stare decisis* (segurança jurídica e igualdade), deixam de autorizar a gravitação de seus efeitos¹⁵⁶. Por isto, o *overruling* imprime dinamicidade à argumentação jurídica, pois possibilita a apresentação de novos argumentos que poderão se sobrepor às motivações determinações outrora fixadas na formação do precedente pretérito, o que resultará na superação daquilo outrora fixado¹⁵⁷.

Pensemos em um singelo exemplo, em que seja proposta uma demanda, cujo autor, aqui

¹⁵⁴ BRAGA, Paula Sarno; DIDIER Jr., Fredie; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. 16. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 620.

¹⁵⁵ NUNES, Dierle; VIANA, Antônio Aurélio de. **Precedentes**: a mutação no ônus argumentativo, Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 385.

¹⁵⁶ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Vol. 02. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 641-660.

¹⁵⁷ Didier, Braga e Oliveira explicam que o *overruling* pode dar-se de maneira difusa, em que ocorre em qualquer processo, o que denota que qualquer pessoa possa contribuir para a revisão de um entendimento jurisprudencial. Da mesma forma, poderá ocorrer de maneira concentrada, em que haverá um procedimento autônomo objetivando revisar a tese outrora firmada. Esta alteração de súmulas ou enunciados poderá ocorrer, segundo o artigo 489, § 2º, do CPC, mediante a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese (BRAGA, Paula Sarno; DIDIER Jr., Fredie; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. 16. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 626-627).

chamado de sr. Antônio, teve o fornecimento de água interrompido em virtude do não pagamento de 01 (uma) fatura há 13 (treze) meses atrás. Em sua petição inicial, o reclamante alega que, apesar de possuir um débito com a empresa, não deixou de adimplir as 12 (doze) últimas contas e não poderia ter sido interrompido o serviço em razão da sua natureza essencial e por instaurar insegurança nas relações jurídicas, pois a empresa não havia realizado o “corte” antes.

A concessionária do serviço de fornecimento de água, empresa Águagisa, por sua vez, alegou apenas que o pagamento dos débitos seguintes não isenta o consumidor de realizar o pagamento da dívida, de modo que a legislação pátria possibilita que a concessionária interrompa o serviço como meio de realizar a cobrança. Submetida a controvérsia para um Tribunal de Justiça, é acolhida a alegação do autor, assentando a tese de que é abusiva a interrupção fornecimento de serviços essenciais por faturas pretéritas, apenas justificando este ato os débitos com menos de 90 (noventa) dias, cujo restabelecimento do serviço apenas poderá ocorrer com o pagamento das dívidas pendentes.

Após a fixação deste entendimento, o sr. Marcos, propõe uma ação, narrando que houve a suspensão do serviço de fornecimento de água em virtude do não pagamento de 04 (quatro) faturas, em que 03 (três) são atuais (vencidas há menos de 90 dias) e 01 (uma) teve seu vencimento há mais de 01 (um) ano. Após a interrupção, realizou o pagamento apenas dos débitos recentes, mas a empresa não promoveu o restabelecimento do serviço em razão do inadimplemento da dívida pretérita.

A empresa Águagisa agora apresenta novos argumentos, bradando que, não obstante o precedente do tribunal, as dívidas deste jaez são capazes de gerar instabilidade da relação jurídica, cujo credor não poderia administrar bem os serviços com a existência de sucessivos débitos e que a suspensão do serviço é meio mais célere para a obtenção do pagamento. Além disso, por meio de pesquisas, é apresentado o número de consumidores que pagaram as dívidas atrasadas quando realizada a interrupção, bem como que permitiu que o serviço de distribuição fosse mais bem estruturado. Por fim, sustenta que o caso apreciado é distinto ao que gerou a tese fixada pelo tribunal, pois a suspensão ocorreu em virtude de débitos atuais e apenas poderia haver o restabelecimento do serviço com o pagamento das dívidas pendentes, novas ou antigas.

Nos casos hipotéticos ilustrados, é fácil perceber que há uma distinção fática entre a situação do senhor Marcos, visualizada a partir do julgado que acolheu as alegações do sr. Antônio. Por isto, como afirmado acima, o tribunal, quando apreciar a *distinguish* realizada pela requerida, deverá lançar-se sobre os fundamentos que ampararam a primeira tese, de modo a decidir a nova situação.

Nesta linha de raciocínio, poderá ser argumentado na ação do sr. Marcos que, da mesma forma que apenas dívidas atuais poderiam culminar na interrupção do serviço, com as mesmas razões apenas estas faturas poderiam justificar a perpetuação da indisponibilidade do fornecimento, pois esta medida extraordinária pode afetar de sobremaneira o *status dignitatis* do consumidor, sendo acolhido o pedido do autor. Por outro lado, o tribunal poderia entender que, ao contrário do primeiro caso, a suspensão ocorreu em virtude de dívidas atuais e que geraria insegurança para a empresa fornecedora que apenas estes débitos sejam solvidos, ao passo que é incontroverso a existência de pendências financeiras, razão pela qual não acolheria o pedido do reclamante.

Para além da não aplicação do precedente a partir da distinção elaborada, possível se cogitar, por meio da apresentação de novos argumentos e dados pela requerida, a necessidade de superar a tese fixada. Frente a esta situação, poderá o tribunal não aplicar o precedente por meio de uma releitura dos motivos determinantes para sua criação. Assim, a pretensão do sr. Marcos, independente da distinção realizada, poderia ser julgada improcedente, pois entendido que a não realização de cobranças deste modo é capaz de afetar a sistematização na distribuição de água, o que poderia afetar a coletividade. Deste modo, seria permitido que débitos como estes, independente da data, sejam passíveis de responsabilidade imediata por meio da interrupção deste serviço, o que culminaria o não acolhimento do pedido autor.

Assim, obtempere-se que, neste tópico, foi possível trazer dois elementos que denotam a possibilidade de trabalhar com o precedente a partir de um exercício interpretativo que não se reduza à mera repetição do que foi decidido. O desenvolvimento hermenêutico poderá, portanto, favorecer no incremento do debate jurídico, de forma que possamos alçar os precedentes como meio de perfectibilizar uma estrutura discursiva que consiga satisfazer os desideratos propostos pelo texto do CPC/15.

3.3 A fundamentação mínima a partir do CPC/15: um avanço inquestionável para a sistemática brasileira no enriquecimento discursivo e no combate à discricionariedade

O debate acerca de um discurso jurídico no direito brasileiro a partir do CPC/15 ganha nova atenção na medida que busca trabalhar com os elementos mínimos que devem compor a fundamentação de uma decisão judicial. É neste campo que buscou o legislador o desenvolvimento argumentativo a partir de uma constante interpretação dos precedentes. De igual sorte, voltou-se a impor aos magistrados que, no exercício do seu *múnus*, atentem-se às alegações apresentadas pelas partes, bem como que a decisão judicial seja fruto de um

desenvolvimento argumentativo.

Neste cenário, é possível uma revisitação da teoria do agir comunicativo outrora exposta para a institucionalização de um discurso submetido a determinadas limitações temporais, sociais e materiais. Indo mais além, pode-se idealizar que a sistematização de discursos tem o condão de mitigar atos discricionários, pois poderá regular a participação e distribuição de ônus argumentativos na formação de uma opinião ou vontade. É por meio destas propostas que Habermas trabalha como o conceito de uma “justiça procedimental”, em que decisões são lastreadas por uma argumentação racional, devidamente exposta e contando com a participação dos sujeitos¹⁵⁸.

Dentro desta sistemática procedimentalista, a filosofia habermasiana trabalha de forma exaustiva a fundamentação dos discursos como meio exteriorização racional e capaz de gerar uma resposta consensual às problemáticas identificadas. Partindo destas premissas, a fundamentação deverá ser projetada como elemento essencial para o Estado Democrático de Direito, atuando como uma verdadeira condição de possibilidade para a realização de uma decisão e não uma mera escolha discricionária, de forma que seja justificada por meio de razões subjetivamente elencadas¹⁵⁹.

Da mesma forma que Habermas trabalhava com a fundamentação como meio de alcançar uma justiça consensual, pois as exposições da motivação das decisões estariam inseridas em um “jogo argumentativo” previamente estipulado, é por meio dela que há a legitimação da atividade jurisdicional. Como bem ilustra Rodrigo Ramina de Lucca, esta legitimidade é alcançada apenas a partir de uma participação efetiva das partes, capaz de atribuir racionalidade às decisões¹⁶⁰. De igual sorte, é possível afirmar que decisões racionais são fruto de discursos capazes de gerar aceitação, pois amparados por normas válidas e dentro de uma sistemática jurisprudencial, ambos trabalhados à luz dos argumentados levantados no curso do processo.

Neste sentido, necessário compreender que, assim como explica o professor Fredie Didier Júnior, a exigência de uma fundamentação adequada opera em dupla função¹⁶¹. Primeiro, atua de forma endoprocessual, permitindo que os participantes do processo possam tomar

¹⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e Validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2020, p. 234-235.

¹⁵⁹ TOVAR, Leonardo Zehuri. **Teoria do Direito e decisão judicial**: elementos para a compreensão de uma resposta adequada. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 278.

¹⁶⁰ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 125.

¹⁶¹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 23. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 405.

conhecimento das razões que motivaram o resultado analisado e, doravante, tenham elementos suficientes para tentar digladiar seus fundamentos por meio dos recursos cabíveis. Por outro lado, a função extraprocessual está atrelada ao conceito de democracia participativa, pois a exposição de motivos determinantes possui o condão de informar a sociedade acerca da aplicação legal, permitir que possam acompanhar os atos decisórios do Poder Judiciário e evitar julgamentos baseados em íntimas convicções, situação que desencadearia uma força arbitrária no ato decisório, como explicam Hellman e Cambi:

O arbítrio do julgador deve ser contido, de modo que a decisão não se baseie na *intime conviction* do magistrado e, sim, que seja construída sobre argumentos racionais, que terão condão de justificar racionalmente o julgamento, a ponto de desincumbir-se de fazê-lo perante as partes e a opinião pública. Os argumentos falam por si e, se de conteúdo racional e se logicamente apresentados, podem justificar suficientemente a posição adotada pelo Judiciário além de possibilitar o seu controle pelos cidadãos¹⁶².

Atinente a esta realidade das possibilidades discursivas a partir do trabalho com a exteriorização dos motivos determinantes de uma decisão judicial, é de se projetar que a sua realização resguarda a obtenção de segurança jurídica. Não por outro motivo, a Carta Magna brasileira dispõe expressamente a respeito da garantia da motivação dos provimentos judiciais (art. 93, IX, da CF), previsão que deverá possuir *status* de direito fundamental, de tal sorte que prescreve como sanção pela sua não realização a nulidade do ato (igualmente previsto no artigo 11, do CPC).

A legislação infraconstitucional, por sua vez, abeberando-se destas premissas teóricas e buscando satisfazer este desiderato constitucional, buscou a institucionalização de discursos minimamente aceitáveis. É neste contexto que exsurge, a partir do CPC/15, o conceito de fundamentação deficiente ou inútil, que denota a ausência de motivação suficiente na decisão judicial, valendo destacar o seguinte dispositivo legal:

Art. 489 [...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

- I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase do ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
- II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
- III – invocar motivos que se prestaria a justificar qualquer outra decisão;

¹⁶² CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Os precedentes e o dever de motivação no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR. Fredie *et al* (org.). **Precedentes**: coleção grandes temas do Novo CPC. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3, p. 653.

- IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
- V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
- 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 entendimento¹⁶³.

O texto legal merece encômios, seguramente por fixar premissas básicas que deverão ser observadas ao ser confeccionada uma decisão, bem como por trabalhar contra decisões mecânicas, que poderiam ser utilizadas para justificar qualquer outra (inciso II). Além disso, o dispositivo pode ser considerado um marco no desenvolvimento discursivo no direito brasileiro, pois pode ser compreendido como um meio de exigir explicações mais aceitáveis acerca da aplicação de um ato normativo ou precedente (incisos IV e V). Para tanto, como afirma Lucca, deve ser trabalhado com todas as alegações fáticas e jurídicas que culminaram no provimento jurisdicional, pois:

A motivação, portanto, deve ser completa; e será completa quando: (a) forem apresentadas as razões fáticas e jurídicas que justificam o dispositivo e (b) forem expressamente afastadas todas as alegações fáticas e jurídicas da parte sucumbente. O grande mérito do dispositivo é retirar do juiz o poder de escolher os argumentos da parte sucumbente que quer enfrentar. Deixa de ser relevante no processo apenas aquilo que o juiz arbitrariamente considera digno de consideração; e passa a ser relevante tudo o que poderia levar a um resultado diferente daquele que foi obtido¹⁶⁴.

Assim, temos que seu texto colabora para um discurso cooperativo, cujo julgador, ao proferir sua decisão, deverá valer-se das razões invocadas pelas partes (inciso III), de modo que possa melhor apresentar o resultado final deste “diálogo”. Da mesma maneira, atentemos que a sua existência colabora para perfectibilizar o direito fundamental ao contraditório¹⁶⁵ na medida que ratifica a importância do juiz observar os argumentos levantados pelas partes, bem como demonstrar as razões do não albergamento de precedentes ou súmulas destacadas pelos

¹⁶³ BRASIL. [Código de Processo Civil (2015)]. **Código de Processo Civil de 2015**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 23 jan. 2022.

¹⁶⁴ LUCCA. Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 240.

¹⁶⁵ É importante observar que o contraditório deverá ser compreendido a partir de duas garantias: participação e possibilidade de influência na decisão. Fredie Didier Jr. Destaca que esta última está inserida na dimensão substancial do contraditório, tratando-se de um “poder de influência”, cuja implementação é fundamental para a aplicação das normas jurídicas (DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 23. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 123).

participantes.

No combate às decisões mal fundamentadas, que externam tão somente concepções próprias dos julgadores, o que se assemelha ao conceito de íntima convicção, a disposição legal acima também foi transportada para o processo criminal. Por meio da Lei nº 13.964/2019, houve a inclusão do § 2º ao artigo 315 do Código de Processo Penal, cujo principal objetivo do legislador neste dispositivo, pouco trabalhado pelos tribunais, foi o de atribuir ao juízo criminal o dever de apresentar uma fundamentação adequada. De igual sorte ao que foi colocado no CPC, a codificação penal trouxe o conceito de fundamentação deficiente ou inútil, capaz de gerar a declaração de inexistência do *decisum* que desrespeitar os critérios discursivos mínimos na apresentação de fundamentação.

4 CRÍTICAS AO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO A PARTIR DO EXAME PRÁTICO DOS TRIBUNAIS E NA RELEITURA FILOSÓFICA DE DWORKIN E HABERMAS

Conforme foi apontado no decorrer do capítulo 03 desta pesquisa, o texto do Código de Processo Civil de 2015 possui o condão de fornecer múltiplos debates acerca do sistema jurídico brasileiro. Nestes termos, foram expostas algumas interpretações de seus dispositivos legais e o modelo que buscou implementar a partir de aportes teóricos que versam a respeito do sistema (integridade) e o procedimento para sua construção.

Abordados estes pontos e objetivando trazer o debate para uma perspectiva mais pragmática, poderemos observar que a leitura realizada pelos órgãos jurisdicionais apresenta inconsistências e problemas teóricos. Por isto, este trabalho também busca chamar a atenção pelos riscos na formação de precedentes vinculantes e a forma de trabalhá-los pelos tribunais, o que poderá implicar numa prestação jurisdicional incoerente. Assim, expostas as teorias de Habermas e Dworkin, bem como analisado o Código de Processo Civil, com as necessárias advertências pragmáticas na aplicação (equivocada) de alguns de seus institutos, possível a formulação de uma teoria da decisão que se atém à realidade brasileiro e forneça substrato mínimo para o desenvolvimento das ciências jurídicas no direito pátrio.

4.1 O incorreto manejo dos precedentes vinculantes: a decisão como mera repetição do precedente e a indevida pretensão de fixar respostas prontas às novas questões jurídicas

Tentou-se, no tópico sobre precedentes, abordar esta temática com o escopo de apresentá-los como um meio de aprimorar o sistema jurídico e possibilitar a unidade do judiciário. Por estas razões, foi trabalhado que, apesar de fixado um precedente vinculante nos termos delineados pelo CPC/15, é dever dos juízes e tribunais interpretarem a *ratio decidendi* que culminou no resultado do julgamento e eventualmente aprimorá-la no próximo caso, valendo-se de técnicas argumentativas e distinções fáticas para cumprir este desiderato.

No entanto, não podemos ignorar que poderia haver a preocupação de que recepcionar institutos de origem de tradições distintas pode culminar, não obstante as “ressignificações” já promovidas pelo legislador, em uma aceção equivocada da sua funcionalidade. Por estas razões, várias correntes, conforme exposto no tópico 3.2.2, trabalharam com os “precedentes à brasileira” de maneira distinta, o que denota uma preocupação de ordem teórica para o seu trabalho no direito brasileiro. Para além disso, talvez uma das maiores problemáticas de sua

adoção equivocada decorra do Poder Judiciário, pois atribui sentidos distintos ao que foi buscado quando incorporado no nosso sistema, o que faz com que haja decisões díspares, mecânicas e menos trabalhadas.

É neste campo fértil de debate que importa notar novamente que a fixação de um precedente vinculante não autoriza que o julgador, ao aplicá-los nos próximos casos, não realize um exercício hermenêutico dos seus elementos. Aliás, visualizar teses como algo vinculante faz com que haja novos problemas para o sistema, pois enunciados abstratos (assim como dito das súmulas) são passíveis de múltiplas interpretações, o que poderá deturpar o trabalho coerente idealizado pelo legislador do CPC/15.

4.1.1 A (in)existência de coerência entre os julgados após a fixação de um precedente vinculante: uma análise dos distintos acórdãos (unânicos) proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso acerca do mesmo tema

Fixada uma tese por meio de um julgamento de um incidente de demandas repetitivas, certo é que, conforme trabalhado, sua *ratio* seria de observância obrigatória para os juízes e tribunais vinculados ao órgão que a proferiu. Dentro desta perspectiva, importa notar que o CPC/15, talvez objetivando imprimir celeridade aos nossos tribunais e no afã de conseguir reduzir medidas repetidas, possibilitou aos relatores dos tribunais, na hipótese de visualizarem a inobservância a precedentes vinculantes, dentre outras hipóteses, negar prosseguimento aos recursos (art. 932, inciso IV, alínea c, do CPC). De igual sorte, caso fundamente sua decisão em tese firmada em julgamento de casos repetitivos, poderá também julgar monocraticamente o conflito de competência instaurado (art. 955, parágrafo único, inciso II, do CPC).

As medidas trazidas pelo legislador, apesar de tentarem reduzir o trâmite de demandas, possibilitaram a disseminação da “jurisprudência defensiva”, cujo principal objetivo é reduzir a carga de trabalho dos julgadores por meio da criação de obstáculos para impedir o conhecimento de recursos interpostos e poderem concentrarem seus trabalhos aos casos de maior repercussão (*hard cases*). Além disso, as decisões seriam fundamentadas tão somente no precedente vinculante, cuja existência extirpa, em tese, o dever do julgador em analisar detidamente os fatos e as alegações trazidas no bojo da controvérsia, o que redundaria em uma atividade mecânica e mal elaborada. Exatamente por meio desta constatação que podemos verificar que esta sistemática levaria a uma abertura textual, autorizando múltiplas interpretações acerca da tese fixada na hipótese de os julgados não obedecerem aos elementos de fundamentação acima descritos.

Com o escopo de ilustrar e problematizar a criação dos referidos institutos, buscou-se, em pesquisa na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, analisar o comportamento dos órgãos do respectivo Estado a partir dos enunciados fixados pelo sobredito tribunal após o advento do CPC/15. É neste sentido que visualizou-se, após a fixação da primeira tese firmada por meio de um Incidente de Recursos Repetitivos (IRDR), em que estabeleceu-se a competência absoluta do Juizado Especial da Fazenda Pública para ações cujo valor da causa seja inferior a 60 (sessenta) salários mínimos, independente da complexidade (IRDR nº 85560/2016), uma miríade de conflitos de competência suscitados perante as Câmaras Cíveis Reunidas de Direito Público e Coletivo, buscando debater esta matéria. Neste cenário, interessa-nos entender como, não obstante a fixação da indigitada tese, pode haver disparidades nas interpretações de magistrados acerca da competência da justiça especializada da Fazenda Pública.

Perscrutando as decisões do TJMT, percebeu-se que, desde o ano de 2020, no âmbito da comarca de Barra do Garças – MT, existem reiterados julgamentos de conflitos de competência entre os juízos da Fazenda Pública, comum e especializada, em que, apesar da similaridade da matéria, há resultados distintos. A controvérsia consiste no fato de que o juiz da Fazenda Pública proferiu sentenças, examinando o mérito de causas em desfavor do Estado mato-grossense ou de alguns municípios. As partes, buscando guerrear o teor da decisão, interpuseram apelação endereçada ao Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, o qual, valendo-se do indigitado IRDR, entendeu que a competência do Juizado Especial da Fazenda Pública é absoluta, de tal sorte que a matéria deveria ser examinada pela Turma Recursal do Estado, apesar de encontrar-se na fase recursal. Remetidos os autos em conformidade com a ordem do tribunal, as turmas recursais apreciaram os recursos, julgando-os improvidos ou providos, mas nunca anulando as sentenças ou mesmo devolvendo os autos para o juizado da Fazenda Pública.

Vindos os processos para o juízo que proferiu a sentença e postulado o seu cumprimento pelo interessado, o magistrado remeteu os autos ao Juizado Especial da Fazenda Pública. No entanto, com suporte no artigo 516, II, do CPC, o juiz da vara especializada suscitou conflito de competência perante o TJMT, alegando que a execução deveria ocorrer perante o juízo que resolveu a causa, por se tratar de competência em razão da função (*ratione functionae*), não mais a respeito da matéria (*ratione materiae*), bem como que o incidente diz respeito apenas aos processos que ainda se encontram na fase cognitiva.

A partir deste momento, o tribunal passou a adotar posturas cada vez mais díspares e os julgamentos dependeram tão somente da compreensão do relator que iria conduzir o processo,

notadamente por todos os acórdãos serem unânimes, em que os membros das câmaras apenas acompanham o relator. Todavia, além de decisões colegiadas, houve divergências em decisões sumárias. Logo nos primeiros conflitos, protocolada a controvérsia na câmara competente, o desembargador Márcio Vidal julgou monocraticamente improcedente o conflito de competência, cujo trecho do voto merece aqui ser reproduzido:

Nesse diapasão, no que diz respeito à execução ou cumprimento da sentença ou de outro julgado posterior, ocorre a interferência do efeito substitutivo dos recursos, porque sempre há de executar o último julgado e não o anterior já substituído, de modo que eventual cumprimento ou execução recairá sobre o acórdão e não mais sobre a sentença. Com efeito, a Lei n. 12.153/2009, de caráter nacional, dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, e exclui de sua competência o julgamento de demandas que não tenham sido propostas por pessoas naturais, microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas na Lei Complementar 123/2006. [...] É certo que a complexidade da causa não é determinante para a definição da competência do Juizado Especial da Fazenda Pública, mas a natureza jurídica da parte preenche esse requisito. Assim, por expressa vontade do legislador, ficou definido que, nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, podem ser demandados, apenas, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios, bem como as autarquias, fundações e empresas públicas a eles vinculadas. Não há lugar para interpretação interpretativa. Em se tratando de ação proposta na respectiva comarca, após a instalação do Juizado Especial da Fazenda Pública, a competência é de rigor, pois se trata de competência absoluta¹⁶⁶.

O mesmo desembargador, após submeter, em casos futuros, a controvérsia para o colegiado, votou pela procedência do conflito de competência. Na mesma oportunidade, os demais membros da turma julgadora acompanharam o relator, de tal sorte que o julgamento foi unânime. Em um dos conflitos suscitados, destacou em seu voto, de maneira distinta ao anterior, que:

Embora a competência absoluta no Juizado Especial tenha sido bem delineada e discutida no IRDR n. 85560/2016, no presente caso, o cumprimento de sentença deve ser processado perante o Juízo prolator da sentença transitada em julgado. O artigo 516, II, do Código de Processo Civil, dispõe que o cumprimento de sentença efetuar-se-á perante o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição. Além disso, no caso dos Juizados Especiais, a execução está delimitada pela lei para, tão somente, fazer cumprir seus julgados, vedada a execução de títulos judiciais constituídos em outros foros,

¹⁶⁶ MATO GROSSO. Tribunal de Justiça (Turma de Câmaras Cíveis Reunidas de Direito Público e Coletivo). Conflito de Competência nº 1026091-35.2020.8.11.0000. Suscitante: Juízo do Juizado Especial da Fazenda Pública. Suscitado: Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Barra do Garças. Relator: Des. Márcio Vidal. Cuiabá-MT, 18 dez. 2020. Decisão monocrática. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta/visualiza-relatorio/PJe/Segunda/71135463/DecisaoMonocratica>. Acesso em 12 fev. 2022.

ainda que dentro da mesma jurisdição. A Lei nº 12.153/2009, desde o seu artigo 1º, estabelece que os Juizados da Fazenda Pública são ‘integrantes do Sistema dos Juizados Especiais’, para justamente deixar expresso que os princípios dos Juizados Especiais estão presentes, também, na sistemática do Juizado Fazendário. Assim, a vedação à execução de sentença proferida por outros órgãos atende ao princípio da eficiência processual, pois a competência do Juizado Especial da Fazenda foi estabelecida no artigo 2º da referida Lei [...] A propósito, este Tribunal de Justiça, ao julgar o Incidente de Demandas Repetitivas 85560/2016, decidiu que, quando o valor da causa não ultrapassar 60 (sessenta) salários mínimos, independentemente da complexidade da matéria e da necessidade da produção da prova pericial, a competência é do Juizado Especial da Fazenda Pública. Entretanto, como neste caso o processo já está na fase de cumprimento de sentença, o feito deverá ser processado o Juízo sentenciante [...] ¹⁶⁷.

O que se nota, portanto, é que, levada a controvérsia para a câmara apreciar, o próprio desembargador entendeu pela não aplicação do indigitado precedente no caso vertente, ante as peculiaridades próprias trazidas. Pode-se entender, a partir desta singela divergência, que o mencionado julgador apenas haveria revisto seu entendimento acerca da competência para o julgamento da causa e os demais membros tenham concordado com sua decisão. Todavia, analisando outros julgados, podemos identificar uma miríade de acórdãos diferentes, pois, quando sorteada como relatora a desembargadora Helena Maria Bezerra Ramos, o conflito foi julgado improcedente pela turma julgadora, novamente de forma unânime, merecendo destaque um trecho do voto da relatora:

Depreende-se do inteiro teor da decisão monocrática, que o e. Relator fundamentou sua decisão nos termos do IRDR n. 85560/2016, ou seja, reconheceu que a ação deveria ter sido processada perante os Juizados Especiais da Fazenda Pública e, por conseguinte, remeteu o recurso à Turma Recursal. Assim é que, por meio do acórdão constante no ID n. 69754960, a Turma Recursal confirmou a sentença, tendo o *decisum* transitado em julgado em 69754960. Embora o artigo 516, inciso II, do CPC, tenha estabelecido que o cumprimento de sentença deva se dar perante o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição, entendo que referido dispositivo legal não contempla situações tais qual a narrada nestes autos, em que foi reconhecida a competência de outro juízo para o feito apenas em segundo grau de jurisdição. Destarte, o caso concreto não pode ser examinado à luz do mencionado dispositivo processual, sob pena de afronta à regra competência absoluta. Ademais, cumpre registrar que, nos termos do artigo 1º da Lei nº 12.153/2009, os Juizados Especiais da Fazenda Pública detêm competência para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua

¹⁶⁷ MATO GROSSO. Tribunal de Justiça (Turma de Câmaras Cíveis Reunidas de Direito Público e Coletivo). Conflito de Competência nº 1004459-16.2021.8.11.0000. Suscitante: Juízo do Juizado Especial da Fazenda Pública. Suscitado: Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Barra do Garças. Relator: Des. Márcio Vidal. Cuiabá-MT, 17 jun. 2021. Acórdão unânime. Disponível em: <https://jurisprudencia-api.tjmt.jus.br/VisualizaRelatorio/RetornaDocumentoAcordao?id=92588465&colegiado=Segunda&origem=PJe>. Acesso em: 12 fev. 2022.

competência¹⁶⁸.

Apesar do julgado acima, a controvérsia, quando sorteado como relator o desembargador Mario Roberto Kono de Oliveira, foi julgada unanimemente procedente, em que afirmou no seu voto:

É cediço que este Sodalício julgou, recentemente, o Incidente de Demandas Repetitivas 85560/2016, em que restou decidido que quando o valor da causa não ultrapassar 60 (sessenta) salários mínimos, independente da complexidade da matéria e da necessidade da produção da prova pericial, a competência é do Juizado Especial da Fazenda Pública. No entanto, no caso concreto, o processo está na fase de cumprimento de sentença, razão pela qual o feito deverá ser processado no juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição, nos termos do art. 516, II, do CPC [...]¹⁶⁹.

De igual sorte, a desembargadora Maria Erotides Kneip Baranjak, apesar de seguir a mesma linha de raciocínio dos acórdãos relatados por Mario Roberto e Márcio Vidal, julgou monocraticamente procedente a controvérsia em um processo que foi sorteada como relatora. Em sua decisão, utilizou-se do sobredito IRDR para realizar o julgamento em conformidade com o artigo 955, do CPC, em um voto que ilustra bem a situação narrada no começo da controvérsia:

Conforme relatei, o Juízo Suscitado remeteu os autos ao Juizado Especial da Comarca de Barra do Garças, sobre o fundamento de que ficou decidido, no Incidente de Demandas Repetitivas n. 85560/2016, a competência dos Juizados Especiais Cíveis para processar e julgar a ação referente à cobrança da diferença de URV, que não ultrapasse o valor de 60 (sessenta) salários mínimos, independentemente da complexidade da matéria e da necessidade de produção prova pericial. No caso dos autos, a demanda objetiva o recebimento dos valores apurados na liquidação, decorrente da sentença favorável à parte Autora/Exequente, proferida pelo Juízo Suscitado. Entrementes, ao ter-se firmado a tese por este órgão fracionário nos autos do IRDR nº 85560/2016 de que, em se tratando de matéria sobre a incorporação das diferenças salariais decorrentes da conversão da moeda em URV, a competência será do Juizado Especial da Fazenda Pública, e quando a ação

¹⁶⁸ MATO GROSSO. Tribunal de Justiça de Mato Grosso (Turma de Câmaras Cíveis Reunidas de Direito Público e Coletivo). Conflito de Competência nº 1026092-20.2020.8.11.0000. Suscitante: Juízo do Juizado Especial da Fazenda Pública. Suscitado: Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Barra do Garças. Relatora: Des. Helena Maria Bezerra Ramos. Cuiabá-MT, 02 nov. 2021. Acórdão unânime. Disponível em: <https://jurisprudencia-api.tjmt.jus.br/VisualizaRelatorio/RetornaDocumentoAcordao?id=101859484&colegiado=Segunda&origem=PJ> e. Acesso em: 12 fev. 2022.

¹⁶⁹ MATO GROSSO. Tribunal de Justiça (Turma de Câmaras Cíveis Reunidas de Direito Público e Coletivo). Conflito de Competência nº 1026092-20.2020.8.11.0000. Suscitante: Juízo do Juizado Especial da Fazenda Pública. Suscitado: Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Barra do Garças. Relator: Des. Mario Roberto Kono de Oliveira. Cuiabá-MT, 06 mai. 2021. Acórdão unânime. Disponível em: <https://jurisprudencia-api.tjmt.jus.br/VisualizaRelatorio/RetornaDocumentoAcordao?id=86821470&colegiado=Segunda&origem=PJe>. Acesso em: 12 fev. 2022.

estiver na fase de execução, deverá ser mantida no Juízo originário. Com efeito, o artigo 516, inciso II, do Código de Processo Civil, dispõe que o cumprimento da sentença efetuar-se-á no juízo que decidiu a causa no Primeiro Grau de jurisdição, em obediência ao princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, previsto no artigo 43, daquele *códex*. Ademais, a decisão do IRDR, transitada em julgada, foi formalizada por meio do Enunciado nº 1, da Turma de Câmaras Cíveis Reunidas de Direito Público e Coletivo, publicado no Diário Oficial nº 10515, disponibilizado no dia 14/06/2019: [...]. Destarte, com fulcro no artigo 955, inciso II, o relator poderá julgar de plano o conflito de competência quando sua decisão se fundar em tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou de assunção de competência. Assim, considerando que o incidente diz respeito a competência dos Juizados Especiais, para causas novas ou ainda não decididas, conclui-se que quando tratar-se de ação em fase de execução, esta tramitará no juízo de conhecimento [...]¹⁷⁰.

Deste emaranhado de julgados diferentes, podemos compreender que, apesar da fixação de um precedente vinculante, é imprescindível que haja uma interpretação coerente acerca do que se buscou assentar ao formá-lo. Indo mais além, a medida proposta pelo legislador, objetivando “aliviar” a alta carga de processos que o judiciário possui e alcançar maior eficiência da prestação da tutela jurisdicional, tem como consequência a geração de mais instabilidade perante os tribunais. Isto ocorre pelo fato de que, na grande maioria dos casos, há um julgamento por amostragem, de tal sorte que os processos acabam sendo julgados de forma pouco trabalhada.

Para além disso, é notório que outra consequência, muito perigosa para o sistema jurídico, ocorre a partir da atribuição de excesso de poder aos relatores nos recursos. Deve ser lembrado que o escopo da existência de tribunais é a formação de decisões colegiadas que possam realizar interpretações díspares e deliberarem até chegar a um consenso ou mesmo formar uma maioria. Esta disparidade nos entendimentos não pode fragilizar o andamento processual, de modo que o desembargador, a partir de uma interpretação própria acerca de uma tese, julgue a controvérsia de plano, sem antes mesmo submetê-la ao colegiado.

Esta concentração dos julgados na figura de um único julgador, como bem demonstrado nos exemplos acima, é acertadamente denunciada por Viana e Nunes, que apresentam críticas contundentes acerca da criação destas técnicas:

Por certo, este tipo de arranjo leva em conta a turbulência que recai sobre a atividade jurisdicional e em nada destoa da espinha dorsal jurisprudencialista

¹⁷⁰ MATO GROSSO. Tribunal de Justiça (Turma de Câmaras Cíveis Reunidas de Direito Público e Coletivo). Conflito de Competência nº 1026091-35.2020.8.11.0000. Suscitante: Juízo do Juizado Especial da Fazenda Pública. Suscitado: Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Barra do Garças. Relatora: Des. Maria Erotides Kneip Baranjak Cuiabá-MT, 19 jul. 2020. Decisão monocrática. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta/visualiza-relatorio/PJe/Segunda/94786970/DecisaoMonocratica>. Acesso em 12 fev. 2022.

do CPC/2015, anunciada quando da elaboração da Exposição de Motivos do Anteprojeto e reafirmada por meio desse tipo de técnica, muito embora o remédio contra a ‘doença da morosidade’ que assola a atividade jurisdicional carregue em si a capacidade catastrófica de ofensa ao processo democrático, dada a possibilidade de descompasso com as garantias constitucionais. [...] Esse fenômeno da monocratização merece cada vez mais atenção, em especial quando se percebe o papel protagonista do relator na maioria dos julgados, inclusive nos colegiados, com exceção daqueles com maior viés midiático, nos quais o voto do relator representa um voto qualquer. Cria-se um aspecto significativo com o deslocamento da competência colegiada ao relator, confiando-se a um único julgador a decisão sobre a existência ou não de paralelismo entre o padrão decisório anterior (‘precedente’) e o caso a ser decidido, muito embora exista a possibilidade de interposição de agravo interno, com o fito de retornar a competência ao órgão colegiado¹⁷¹.

Pelo fio do exposto, temos que a “doutrina dos precedentes” no Brasil pode ter aberto espaço para a produção de decisões mal elaboradas ou acórdãos que não contaram com a participação de todos os membros. Esta concentração de poderes ao relator, bem como este formato de julgamento acaba deturpando a coerência, integridade e unidade, buscadas pelo próprio Diploma Processual Civil. Assim, no afã de satisfazer a tão desejada celeridade processual, o código colaborou na formação de julgamentos sumários, concentrados em interpretações diferentes acerca de um mesmo precedente.

4.1.2 O emprego de precedentes por meio de enunciados e ementas: a falta de confronto analítico com os julgados anteriores

Para além da incoerência entre os julgados em virtude da concentração de poderes ao relator dos tribunais, bem como a falta de trabalho com a fundamentação de decisões judiciais, temos que há um incorreto manejo dos precedentes judiciais, o que desencadeia o fenômeno da fundamentação insuficiente. Dos julgados acima descritos, podemos destacar, na decisão monocrática do desembargador Márcio Vidal, que, por meio do fundamento que o recurso possui efeito substitutivo, deveria prevalecer como decisão exequenda o acórdão da turma recursal. A tese sustentada pelo referido relator é, de fato, razoável e consistente ao caso concreto, contudo em sua fundamentação, quando invoca precedentes persuasivos (ou argumentativos) para ratificar seu julgamento, apresenta situações que nada se assemelham com o objeto de debate, vejamos:

¹⁷¹ NUNES, Dierle; VIANA, Antônio Aurélio de. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**, Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 273-274.

Com isso, não sendo caso de aplicação das exceções previstas nos artigos 2º, § 1º e 5º, ambos da Lei n. 12.153/2009, afigura-se caracterizada a incompetência absoluta da 4ª Vara Cível de Barra do Garças, devendo ser mantida a ação de base nos autos ao Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca de origem. Firmando tal entendimento, posicionaram-se os Tribunais Pátrios:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação declaratória cumulada com repetição de indébito Energia elétrica. Ilegalidade da inclusão da tarifa de uso do sistema de distribuição (TUSD) e da tarifa de uso do sistema de transmissão (TUST) na base de cálculo do ICMS. Autos redistribuídos à Vara do Juizado Especial Admissibilidade. Relevante, para a espécie dos autos, a atração da competência absoluta do Juízo especial da Fazenda Pública para o julgamento das obrigações em que o valor não exceda a sessenta salários mínimos, sendo expressa a Lei n. 12.153/2009, quanto aos casos que não se inserem nessa regra. Valor da causa inferior a 60 salários mínimos. Conflito de competência suscitado pelo Juizado Especial sob o fundamento de que deve prevalecer o proveito econômico para estabelecimento do valor da causa Fixação do valor do ressarcimento que é matéria de mérito a ser oportunamente apreciado. Competência do M. Juízo suscitante para apreciar e decidir a espécie. (TJSP; Conflito de competência 0023989-45.2017.8.26.0000; Relator (a): Ricardo Dip [Pres. Da Seção de Direito Público]; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Avaré – Vara do Juizado Esp. Cível e Criminal; Data do Julgamento: 04/09/2017; Data de Registro: 13/09/2017);

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação declaratória de inexistência de relação jurídica c.c. repetição de indébito proposta contra a Fazenda Pública no Estado de São Paulo. Competência de natureza absoluta dos Juizados Especiais nas ações em que figure como parte o poder público e o valor da causa não ultrapasse sessenta salários mínimos. Inteligência do artigo 2º, *caput*, e § 74º, da Lei 12.153/2009. Provimento 2.203/14 do Conselho Superior da Magistratura. Designação das Varas dos Juizados, em caráter exclusivo, para o processamento e julgamento dos feitos, enquanto não instaladas as Varas de Juizado Especial da Fazenda Pública. Desnecessidade de produção de prova de alta complexidade. Competência do Juízo suscitante, da Vara do Juizado Especial Cível de Linz. (TJSP; Conflito de competência 0032855-42.2017.8.26.0000; Relator (a): Luiz Antonio de Godoy [Pres. Da Seção de Direito Privado]; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro de Lins – Vara do Juizado Especial Cível; Data de Julgamento: 04/09/2017; Data de Registro: 05/09/2017)¹⁷².

Como se nota no julgamento acima, além de se limitar a apenas descrever a ementa de precedentes de um tribunal distinto, estes não guardam relação com o objeto da controvérsia que culminou na suscitação do conflito. Por outro lado, o objetivo do relator foi apenas apontar resultado similar com a decisão que estava sendo proferida, isto é, de fixar como competente o juízo do Juizado da Fazenda Pública, mesmo que baseado tão somente no critério do valor da

¹⁷² MATO GROSSO. Tribunal de Justiça (Turma de Câmaras Cíveis Reunidas de Direito Público e Coletivo). Conflito de Competência nº 1026091-35.2020.8.11.0000. Suscitante: Juízo do Juizado Especial da Fazenda Pública. Suscitado: Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Barra do Garças. Relator: Des. Márcio Vidal. Cuiabá-MT, 18 dez. 2020. Decisão monocrática. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta/visualiza-relatorio/PJe/Segunda/71135463/DecisaoMonocratica>. Acesso em 12 fev. 2022.

causa em conjunto com a complexidade da demanda, o que não foi discutido nos conflitos suscitados, sobretudo por esta questão estar “pacificada” no âmbito do TJMT, por meio do IRDR nº 85560/2016.

A desembargadora Helena Maria Bezerra, ao votar pela improcedência do conflito, em um dos julgados trazidos no item anterior, também destaca precedentes de tribunais diferentes, cuja redação merece ser aqui descrita:

In casu, o título executivo judicial transitou em julgado perante a Turma Recursal, mais um motivo pelo qual o cumprimento de sentença deverá se dar junto à Unidade Jurisdicional da Fazenda Pública do Juizado Especial. Este também é o entendimento dos tribunais pátrios. Confira-se:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – AÇÃO DE CONHECIMENTO PROCESSADA EM VARA DA FAZENDA PÚBLICA – RECURSO DE APELAÇÃO – REMESSA À TURMA RECURSAL – COMPETÊNCIA ABSOLUTA DOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA – LEI 12.153/2009 – COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE – REJEITAR O CONFLITO. Reconhecida, em segunda instância, a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública para julgamento do feito e remetido o recurso à Turma Recursal, onde ocorreu o trânsito em julgado, o cumprimento de sentença deverá ser processado perante a Unidade Jurisdicional do Juizado Especial – Afastada a aplicação do art. 516, II, do CPC/15 e da Portaria Conjunta nº 59/PR/2016 do TJMG no caso concreto, diante da necessidade de observância da regra de competência absoluta.

(TJ-MG – CC: 10000191564129000 MG, Relator: Luís Carlos Gambogi, Data de Julgamento: 23/4/2020, Data de Publicação: 27/4/2020). [Destaquei]

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – AÇÃO DE CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL RECONHECIDA – CONFLITO PARA DECLARAR A COMPETENCIA DO SUSCITANTE. 1. Os recursos interpostos contra decisões proferidas em ações ordinárias ajuizadas entre junho de 2012 e junho de 2015 que objetivem o fornecimento de medicamentos e outros insumos que visem resguardar a saúde humana, exceto aquelas que envolvem cirurgias e transporte de pacientes, cujo valor da causa não exceder a quarenta salários mínimos, deverão ser julgados pelas Turmas Recursais do Sistema dos Juizados Especiais. 2. Ainda que inicialmente a sentença tenha sido proferida pelo juízo comum, tendo sido, posteriormente, reconhecida a competência absoluta do Juizado Especial para processar e julgar o presente feito que, ao que parece, ratificou a referida decisão, é medida de mister reconhecer sua competência para promover a execução. 3. Conhecer o conflito para declarar a competência do juízo suscitado.

(TJ-MG – CC: 10000180313926000 MG, Relator: Teresa Cristina da Cunha Peixoto, Data de Julgamento: 21/6/2018, Data de Publicação: 2/7/2018). [Destaquei]¹⁷³

¹⁷³ MATO GROSSO. Tribunal de Justiça de Mato Grosso (Turma de Câmaras Cíveis Reunidas de Direito Público e Coletivo). Conflito de Competência nº 1026092-20.2020.8.11.0000. Suscitante: Juízo do Juizado Especial da Fazenda Pública. Suscitado: Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Barra do Garças. Relatora: Des. Helena Maria Bezerra Ramos. Cuiabá-MT, 02 nov. 2021. Acórdão unânime. Disponível em: <https://jurisprudencia->

No que tange à relação entre os precedentes descritos e o caso examinado, não restam dúvidas que ambos examinam a competência para o cumprimento de sentença na hipótese de o processo ter tramitado perante a justiça comum e ser julgado, em segunda instância, pela Turma Recursal. Assim, poder-se-ia cogitar que a decisão seguiu os parâmetros delineados pelo próprio CPC/15, pois guardaria relação entre os julgados, todavia o voto da relatora, além de buscar apenas descrever a ementa de julgados para ratificar (ou persuadir) o resultado apontado, não demonstrou as razões que levaram à decisão do tribunal mineiro, tampouco se os fundamentos apresentados pela indigitada desembargadora são similares ao dos precedentes elencados. Deste modo, é possível afirmar que, em ambos os casos, as decisões malferem o disposto no artigo 489, § 1º, inciso V, do CPC.

Em consonância com os exemplos trazidos alhures, muito comuns na *práxis* brasileira, o professor Alexandre Freitas Câmara busca denunciar as falibilidades da experiência brasileira com o instituto dos precedentes. Para tanto, o autor realizou uma pesquisa das jurisprudências da Corte Suprema em 10.09.2016, identificando a inexistência de confronto analítico dos precedentes invocados pelos ministros e o caso analisado¹⁷⁴. Por meio destas alterações, as decisões de grande maioria dos tribunais, a rigor, deveriam ser reputadas com fundamentação deficiente, podendo até mesmo culminar na nulidade do ato se fôssemos levar a sério o disposto no artigo 489, § 1, do CPC.

Neste contexto, Alexandre Câmara externa sua preocupação com os pronunciamentos judiciais mal elaborados:

Afinal, tem-se aí uma fundamentação constitucionalmente ilegítima, já que insuficiente para justificar a decisão proferida, o que atenta contra o modelo constitucional de processo brasileiro. Repita-se, então o que vem sendo dito: para que o sistema brasileiro de padrões decisórios vinculantes funcione, é absolutamente necessária uma mudança radical na forma de fundamentar as decisões tornando-as compatíveis com o modelo constitucional de processo e, por conseguinte, com o Estado Democrático de Direito. Impende, então, que se supere o estágio da mera reprodução de ementas ou do teor de acórdãos e se passe a promover o confronto analítico entre o precedente e o caso posterior sob julgamento, a fim de permitir que se verifique se é adequada a utilização dos fundamentos determinantes daquela decisão anterior como base da formação da decisão posterior. E isto tudo só se legitima se for fruto de um contraditório efetivo, substancial, compatível com o modelo de processo participativo, em que seja assegurada às partes a possibilidade de previamente debater se aquele precedente contém ou não fundamentos

api.tjmt.jus.br/VisualizaRelatorio/RetornaDocumentoAcordao?id=101859484&colegiado=Segunda&origem=PJ e. Acesso em: 12 fev. 2022.

¹⁷⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. São Paulo: Atlas, 2018, p. 169.

determinantes que se ajustem ao caso concreto, de modo a garantir a possibilidade de que elas participem com influência da formação do resultado do processo¹⁷⁵.

A proposta do autor processualista revela uma aproximação à defendida no curso deste trabalho, de modo que possa ser observado o papel da participação efetiva das partes no cenário jurídico. Acrescente-se que a argumentação jurídica poderá ser mais bem desenvolvida a partir de uma interpretação mais ortodoxa do disposto na legislação infraconstitucional acerca dos elementos da fundamentação, de modo que possamos observar decisões que alcancem o mínimo descrito pelo legislador.

Deste modo, é muito importante deixar claro que, conforme o inciso V do § 1º do artigo 489 do CPC, não devem ser consideradas fundamentadas decisões que apenas invoquem precedentes sem identificar seus fundamentos determinantes, tampouco sem apontar a aproximação com o caso sob julgamento. Este comando normativo, por si só, quando devidamente observado, já possibilitaria a “superação” deste modelo de mera invocação de ementas.

4.2 A necessidade de revisitação da filosofia do direito na formação de um discurso jurídico adequado para a realidade brasileira: um olhar crítico dos institutos do CPC/15

Dworkin, ao propor que a atividade interpretativa do direito se aproximava da literatura, chama a atenção para questão dos interesses buscados, seja do intérprete ou mesmo do autor da obra a ser interpretada (jurisprudência ou legislação). Por isto, também no âmbito jurídico, a interpretação dependerá do contexto em que o sujeito está inserido e dos seus objetivos ao se debruçar sobre textos legais ou precedentes pretéritos na busca de proferir uma decisão judicial. Talvez por estas ideias, é que o Direito projeta uma circunstancialidade condicionante de cada proposição, pois avaliadas a partir de cenários e intenções distintas¹⁷⁶.

Encampando tais premissas, certo é que a relativização das proposições jurídicas gera,

¹⁷⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. São Paulo: Atlas, 2018, p. 174-175.

¹⁷⁶ Mitidiero, ao explicar o papel da interpretação na criação de normas, afirma como esta atividade deverá ser realizada, assim como já previsto por Kelsen, com a pretensão de reduzir uma inevitável pluralidade de significações normativas, atividade que possibilitará maior legitimidade na atuação jurisdicional. Atinente ao significado normativo atribuído aos objetos estudados, o autor aduz que “a interpretação converte-se em uma atividade da qual o significado normativo invariavelmente depende. Em outras palavras, a interpretação converte-se em um momento permanente – e, portanto, não episódico – na vida do direito. A constituição é na verdade a interpretação da constituição, a lei é na verdade a interpretação da lei, com o que o problema da fidelidade ao direito é um problema de metodologia jurídico-interpretativa prescritiva” (MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 57).

assim como traçado por positivistas como Herbert Hart, uma abertura textual, em que cada sujeito poderia atribuir o sentido que buscava por meio da lei ou mesmo de precedentes. Contudo, contrapondo-se a esta ideia, Dworkin funcionaliza os princípios como orientações capazes de mitigar discricionariedades, que advêm da atividade interpretativa. Com efeito, em seus trabalhos posteriores desenvolve de forma mais complexa o raciocínio interpretativo buscado, muito semelhante ao da literatura, atribuindo a responsabilidade de ser desenvolvido a partir de propósitos do autor e do intérprete¹⁷⁷.

Compreender os limites da interpretação torna-se de grande relevância para o cenário jurídico, pois permite investigar como os juízes decidem as controvérsias apresentadas pelas partes. É neste cenário que se elabora uma teoria da decisão voltada a defender a existência de respostas corretas no direito, não a partir de um método único de trabalho, mas sim de um conjunto de elementos determinantes para o contexto inserido. Para conseguir aperfeiçoar esta elaboração, a teoria discursiva se apresenta como o meio de conciliar o conteúdo das proposições ao procedimento pelo qual este é elaborado, fixando premissas argumentativas básicas que devem ser seguidas pelos participantes de causas jurídicas.

No direito brasileiro, a relativização das proposições jurídicas e a inexistência de critérios discursivos mínimos na elaboração de decisões culminaram no surgimento de uma patente disparidade decisória e, por corolário, insegurança jurídica, fazendo que nos atentemos à forma como os juízes decidem. É neste sentido que o Código de Processo Civil de 2015 surge, segundo Bustamente, como um “sopro de esperança” para consagrar na legislação brasileira a racionalização do modelo de precedentes e incorporar as teorias mais importantes sobre a argumentação e fundamentação jurídica¹⁷⁸.

Por meio destes avanços legais, é possível formular uma teoria da decisão judicial compatível com o sistema brasileiro, notadamente por meio de um trabalho com os institutos do CPC/15, que abandone modelos decisórios silogísticos e discricionários. No entanto, para uma projeção adequada, é crucial que o seu desenvolvimento ocorra não apenas na legislação, mas também na compreensão acerca dos seus institutos por meio dos operadores, sobretudo o Poder Judiciário.

¹⁷⁷ Neste ponto, é importante lembrar que quando Dworkin defende a necessidade da interpretação criativa, não conversacional, mas construtiva, objetiva que o intérprete não possa atribuir um sentido qualquer ao objeto analisado, mas que o produto observado seja fruto de uma interação entre o propósito da sua busca (não a causa) e o próprio objeto, de modo que possa conseguir realizar a melhor interpretação possível a partir dos seus objetivos buscados (DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 63-64).

¹⁷⁸ BUSTAMENTE, Thomas da Rosa. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC. In: DIDIER JR. Fredie *et al* (org.). **Precedentes**: coleção grandes temas do Novo CPC. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3, p. 296.

4.2.1 Os déficits do processo civil brasileiro na recepção da teoria do “romance em cadeia” de Dworkin

Apresentada a proposta dworkiniana da concepção do direito como integridade, em que elabora uma metáfora para ilustrar sua proposta, ora denominada de “romance em cadeia” (tópico 1.3.3), foi exposto como os precedentes devem atuar na atuação jurisdicional, voltando-se os olhos à realidade brasileira (tópico 3.2.2.2). Conforme apontado, este conceito foi transportado para o artigo 926 do CPC, buscando fazer com que os juízes e tribunais observem o teor dos precedentes, de modo que possa o judiciário funcionar com maior unidade e estabilidade. Contudo, a integridade conceituada parte não apenas de uma observância obrigatória, tal qual visualizada no artigo 927, do CPC, mas de um exercício interpretativo elaborado dos juízes ao valerem-se dos precedentes.

Assim como ao texto legal pode ser atribuído sentidos diferentes, os precedentes, sobretudo seus enunciados ou ementas, também podem ser objeto destas disparidades. Este fator não é deixado de lado por Dworkin, pois busca sempre trabalhar com o conceito de interpretação dentro do direito, de modo que o magistrado, ao escrever o novo capítulo do romance em cadeia, possa lançar-se sobre toda a história institucional que permeia o precedente invocado e, orientado por princípios, proferir uma nova decisão judicial. É por isto que Hércules deveria atuar tão efetivamente e ter capacidades sobre-humanas em trabalhar com os precedentes, de modo que sua leitura acerca das fontes jurídicas consigam fornecer a resposta mais correta possível ao caso analisado.

Estas premissas teóricas, todavia, quando incorporadas parcialmente ao Brasil, fez surgir um discurso muito distante ao trabalhado por Dworkin, pois concebeu-se que disposições vinculantes extirpam o exercício hermenêutico. Além disso, parece que, no âmbito do direito brasileiro, há uma insistência na formação de enunciados vinculantes que possam reger os próximos casos e solucionar toda controvérsia que possa surgir, de modo que seja “pacífico” o entendimento acerca de eventual tema. Perceba-se que a integridade não ocorre da fiel observância ao precedente, apesar de atentar-se ao seu “efeito gravitacional”, mas sim do constante aprimoramento do seu teor¹⁷⁹. O próprio autor admite que a existência de um

¹⁷⁹ Streck e Abboud explicam exaustivamente que um precedente, mesmo que vinculante, não tem o condão de extirpar a atividade interpretativa, de tal sorte que é passível de ajustes pela jurisprudência, pois, nas palavras dos autores, “tanto assim é que todo juiz chamado a decidir um caso, cuja matéria tenha sido decidida em sentenças anteriores, pode e deve submeter o resultado interpretativo anterior ao teste de fundamentação racional – vale

precedente vinculante não torna indiscutível a interpretação a ser realizada acerca de determinado tema:

A doutrina dos precedentes atribui pesos diferentes às decisões de diferentes tribunais e o peso mais significativo às decisões da Suprema Corte, mas não torna definitivas as decisões de nenhum tribunal. Às vezes, mesmo depois de uma decisão contrária da Suprema Corte, um indivíduo ainda pode acreditar, razoavelmente, que o direito esteja do seu lado; tais casos são raros, mas ocorrem com maior frequência nas disputas referentes ao direito constitucional, quando a desobediência civil está em jogo. A Suprema Corte mostrou-se mais disposta a rever suas decisões anteriores quando estas limitaram importantes direitos pessoais ou políticos. São exatamente essas decisões que um dissidente pode querer desafiar. Em outras palavras, não se pode pressupor que a Constituição é sempre o que a Suprema Corte afirma que ela é¹⁸⁰.

São por meio destas colocações que os operadores devem ter relevante prudência acerca da “pacificação” de temas, mesmo aqueles julgados pela corte suprema, pois o debate jurídico, repita-se, não poderá ser estático. Neste ponto, é importante lembrar, como trazia Habermas, há uma condição de possibilidade por meio da linguagem, de tal forma que sociedades pluralistas devem se propor a uma intersubjetividade no discurso jurídico, de modo que possam refletir constantemente acerca das proposições jurídicas e as suas concepções para a comunidade. Bem por isto, a razão não estaria situada apenas no conteúdo da decisão, mas por meio de um raciocínio cooperativo na sua formação, o que permite a sua revisitação na medida que haja alterações no direito.

Para além disso, o Código de Processo Civil, objetivando estabelecer julgados mais coerentes e, cômico o legislador da morosidade que permeia o judiciário, propôs a possibilidade de decisões sumárias, desde que pautadas em precedentes qualificados. No entanto, apesar da proposta se atentar à realidade brasileira, notadamente pela sobrecarga de trabalho e a divergência das decisões, o que colabora para uma insegurança jurídica no país, falha ao esquecer que os precedentes exigem um exercício interpretativo do que ocorreu, não podendo operar por meio da realização da mera subsunção, de tal sorte que enunciados podem receber

dizer, o juiz não deve aceitar cegamente o resultado alcançado pelo provimento vinculante anterior. Esta lição, precisamos sempre ressaltar, é necessária para assegurar que o respeito aos provimentos vinculantes do CPC não configura uma submissão mecânica e cega ao que foi decidido pelos tribunais” [ABBOUD, Georges. STRECK, Lenio. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando? In: DIDIER JR. Fredie *et al* (org.). **Precedentes:** coleção grandes temas do Novo CPC. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3, p. 177]. Desta passagem, é evidente que este trabalho progressivo dos juízes com precedentes colabora para que não haja um “engessamento” do sistema, de modo que possa ocorrer uma mecanização das decisões, com respostas antecipadas às controvérsias jurídicas.

¹⁸⁰ DWORIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 323.

múltiplos significados. Apenas obtemperem-se que o direito, por sua vez, deverá obrigatoriamente ser visto como um fenômeno complexo, que necessita de reflexão, razão pela qual não podemos buscar sua simplificação por meio do indigitado instituto ou mesmo como um “atalho” para conseguir aumentar a “eficiência” do judiciário, ponto que é explicado por Leonardo Tovar:

Querer resolver o problema da lentidão, diminuindo a quantidade de processos, talvez não se mostre o melhor caminho. Afinal, seria ilusão dizer que um melhor sistema processual advirá da desordenada aplicação da já mencionada teoria dos precedentes. O Direito, como bem se sabe, é concretizado em cada caso e não pela simplória subsunção de fatos a previsões normativas e não pela simplória subsunção de fatos a previsões normativas pré-estabelecidas. Um precedente, para ser corretamente aplicado necessita de interpretação e esta atividade precisa da definição de um método, sob pena de ser chancelada uma solução mecânica e subsuntiva, na qual a orientação pretoriana ganharia contornos gerais de norma (e texto e norma não se confundem) cuja interpretação se mostraria desnecessária, mas, como se sabe, o melhor é dizer que não há clareza que dispense atividade interpretativa¹⁸¹.

É interessante notar que os precedentes, instituto que não é trabalhado historicamente no Brasil, possibilitam julgamentos sumários desde que devidamente identificados na celeuma apreciada, o que parece, de fato, guiar o trabalho dos julgadores para realizar operações subsuntivas com eles. Por outro lado, o direito brasileiro, situado em uma tradição do *civil law*, marcada por uma obediência à lei, possui uma miríade de ações, cuja causa reclama vigorosa aplicação de uma disposição legal, o que outrora se denominaria de *easy case*, mas não há previsão para tais julgamentos céleres.

Neste campo, poderia se cogitar que a justificativa da existência destes julgados seria pelo fato de que os precedentes são criados de forma casuística, ao passo que o texto legislativo é uma abstração e não possuiria o condão de reger o caso. Esta afirmação, no entanto, não consegue explicar por quais razões haveria julgamentos monocráticos cujos fundamentos determinantes são enunciados de súmula ou teses de recursos vinculantes (similares ao texto legal) que não espelham o julgado que colaborou para sua formação, tampouco possa ser trabalhada a *ratio* que o permeia. Por isto, parece que, atento às vagezas que a lei pode possuir, o legislador transportou a questão da aplicação subsuntiva da lei para as súmulas. Desta compreensão, é pertinente grafar como estas concepções são postas no imaginário brasileiro:

Assim, se no passado se acreditava que a lei conteria a infinidade de solução

¹⁸¹ TOVAR. Leonardo Zehuri. **Teoria do Direito e decisão judicial**: elementos para a compreensão de uma resposta adequada. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 326-327.

dos casos, atualmente, essa mística tem sido depositada nas decisões dos tribunais superiores. Neste sentido, a aposta é de que o STJ e o STF poderiam criar superdecisões que, por si só, trariam a solução pronta (norma) para deslindar uma multiplicidade de casos. Novamente o problema de um atraso *semantic turn*, como que a demonstrar que em *terrae brasilis* tudo chega depois. O que outrora era creditado à lei, agora está nas decisões dos Tribunais Superiores. O antigo juiz boca-fria-da-lei é substituído por um juiz-boca-fria-da-súmula ou ainda juiz-boca-fria-de-qualquer-provimento-vinculante-dos-tribunais-superiores. Qualquer um desses juízes incorre equívocos hermenêuticos e partilha a concepção de que é possível decidir os casos previamente em abstrato¹⁸².

De mais a mais, temos que compreender que a incorreta recepção da integridade, como uma forma de realizar julgamentos que denotem fiel observância ao precedente vinculante, não decorre de eventual incompatibilidade com o *civil law*. O seu maior defeito é a crença de que, uma vez insustentável apenas a utilização das leis para uma decisão judicial, os precedentes poderiam preencher este vazio de forma a elaborar respostas prontas para casos próximos, pois sua criação advém da interpretação lançada pelo juiz ao interpretar o ordenamento jurídico.

Com tais ideias, a crítica à cisão de casos difíceis e fáceis elaborada no tópico 1.3.3.1 mostra-se pertinente à concepção do direito brasileiro em distinguir as demandas apreciadas. Conforme dito, trabalhar com esta separação em casos que sejam de fáceis soluções e outros complexos, acaba por deturpar o discurso jurídico lançado para resolver as controvérsias, pois haveria uma concepção que nos *easy cases* seria desnecessário o julgador trabalhar com a interpretação da maneira colocada por Dworkin, tampouco articular com os princípios para obter a decisão mais correta. Certo é que o autor norte-americano não defendia este silogismo mesmo para casos fáceis, mas conceituar demandas como fáceis pode obnubilar diferentes perspectivas que a celeuma pode adquirir, quando bem analisada à luz de argumentos levantados pelas partes.

Parece que esta concepção é visualizada para o direito brasileiro, tanto na forma dogmática, quanto na pragmática. O CPC/15 trouxe que casos, cujo entendimento foi pacificado, sobretudo em que foi criado um enunciado de súmula, serão mais facilmente resolvidos, tanto é que, eventualmente, o próprio relator poderá julgá-lo e não o remeter para o colegiado. Da mesma forma, havendo precedentes vinculantes (ou mesmo persuasivos), em que o caso fático possua similitudes com o apreciado, o julgador vale-se destes para ratificar sua decisão ou mesmo apenas repetir as justificativas apresentadas neles para “fundamentar” sua

¹⁸² ABOUD, Georges. STRECK, Lenio. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando? In: DIDIER JR. Fredie *et al* (org.). **Precedentes**: coleção grandes temas do Novo CPC. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3, p. 182.

decisão, sem um confronto analítico.

Assim como apontado alhures, apesar de haver casos que demandam uma articulação mais simples que outros, notadamente pelas alegações levantadas pelas partes, trabalhar com esta concepção de separação entre casos fáceis e difíceis pode culminar na geração de decisões mal elaboradas. Esta realidade é muito bem visualizada nos casos em que haja um enunciado vinculante similar e ocorra uma ampliação do seu teor pelo julgador para que se enquadre à demanda em análise e possa realizar um julgamento sumário, sob a justificativa de estar em conformidade ao precedente vinculante¹⁸³.

O que deve ficar claro, portanto, é que, não obstante o Código de Processo Civil preveja meios para a obtenção de decisões mais coerentes, contribui para o empobrecimento do discurso jurídico nos tribunais, pois cria obstáculos para sua promoção, sobretudo em “casos pacificados”. Da mesma forma, a integridade concebida pelo legislador não foi bem recepcionada pelo judiciário, pois passou a trabalhar os precedentes com um uso silogístico, bem semelhante ao que era realizado com a lei pelos positivistas da Escola da Exegese, em que buscava apenas enquadrar o caso julgado ao passado.

4.2.2 A resposta correta por meio de um procedimento adequado: a proposta do CPC/15 na tentativa de institucionalizar discursos e funcionalizar um sistema coerente

A proposta da integridade no direito surge com o escopo de reduzir desigualdades e promover justiça, de modo a fazer com que as decisões dos tribunais sejam trabalhadas de forma coerente. Além disso, com Dworkin compreendemos que as decisões judiciais deverão ser concebidas de forma dinâmica, situação também abarcada pelo CPC/15, ao trazer precedentes de observância obrigatória. Todavia, conforme abordado, o trabalho com estes precedentes necessita de constante interpretação e a teoria da integridade não consegue oferecer soluções para fixar modelos decisórios, pois é necessário o desenvolvimento discursivo que possibilite a elaboração de argumentos e decisões racionais, fixando, da mesma maneira, premissas das quais se deve partir o raciocínio jurídico¹⁸⁴.

Neste contexto, como já lembrava Habermas, a ausência de uma teoria que consiga abordar estas premissas e reconstruir racionalmente a história institucional em que os juízes

¹⁸³ Lembremos das decisões monocráticas do TJMT citadas acima, em que o objeto da controvérsia não dizia a respeito de complexidade da demanda, tampouco sobre competência em razão da matéria conforme disposto no IRDR nº 85560/2016.

¹⁸⁴ ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Tradução: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 77

estão inseridos colabora para que haja uma indeterminação das ciências jurídicas¹⁸⁵. É por isto que o filósofo alemão busca propor um modelo procedimentalista, colocando a participação dos cidadãos como elemento substancial para o discurso jurídico e afastando a concentração de poderes na figura do juiz. Compreender este formato de trabalho é crucial para buscar desmitificar o meio que o CPC/15 adotou para tentar uma “institucionalização” do discurso jurídico presente nas decisões judiciais, de modo que possa ser melhor desenvolvido, desde que haja a participação efetiva das partes.

Com isto, deve-se compreender que o meio ventilado para estabelecer uma dinâmica conversacional nas decisões judiciais foi, principalmente, a formação de critérios mínimos ao proferir decisões. É por isto que merece especial atenção o artigo 489, § 1º, do CPC/15, para o debate acerca do discurso jurídico adequado no direito brasileiro, pois fornece premissas de observância obrigatória ao elaborar a decisão judicial.

Atinente ao procedimento adotado pelo Código de Processo Civil para estabelecer um procedimento que preza pela participação das partes, cabe aqui enfatizar que, antes da disposição a respeito dos elementos que devem estar presentes na decisão judicial do artigo 489, o referido diploma transfere especial atenção ao desenvolvimento do contraditório. Como já foi afirmado, este importante princípio, fundamental para o desenvolvimento de um Estado Democrático de Direito, tem que ser concebido na forma de orientar que as partes participem constantemente no processo.

Por isto, observamos que o código de ritos impõe como obrigação que o juiz oportunize às partes o direito de serem previamente ouvidas (art. 9º), ao mesmo tempo que veda expressamente a hipótese de decisão surpresa (art. 10). Podemos verificar a concretização destes preceitos também ao longo do texto legal, prevendo que, na hipótese de constatar de ofício fatos supervenientes à propositura da ação, capazes de influir no julgamento do mérito, deverá o juiz ouvir as partes antes de decidir (art. 493, parágrafo único). Da mesma forma, verificando a existência de fatos novos nos processos dos tribunais, não poderão os julgadores proferirem decisões sem intimar as partes para que se manifestem (art. 933, *caput*).

Desta perspectiva, verifica-se que a efetiva participação das partes no processo colabora veementemente para que o ato decisório gere maior aceitação por parte dos jurisdicionados acerca do teor do julgado, pois o resultado dependerá das questões levantadas por todos ao longo do procedimento. Não por outra razão, a decisão terá sua fundamentação como deficiente se não apreciar todos os argumentos capazes de influenciar a conclusão adotada pelo julgador

¹⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e Validade:** contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2020, p. 277.

(art. 489, § 1º, inciso IV, do CPC). Este elemento consegue, portanto, refletir a necessidade constante do julgador digladiar as teses apresentadas.

Fixadas estas premissas, fato é que o debate possui o condão de contribuir para o desenvolvimento do sistema jurídico, agora funcionalizado por meio de precedentes e critérios discursivos previamente estipulados. No entanto, temos que entender que há talvez uma difícil aceção acerca do manejo destes preceitos, de modo que, conforme apontado no item 4.1.1, os julgadores externam apenas suas concepções próprias acerca da controvérsia. Pelos exemplos, temos que os desembargadores seguiram a própria orientação acerca da decisão mais correta a ser realizada no caso em análise, de modo que não buscaram realizar uma maior revisitação da jurisprudência do próprio tribunal, tampouco apreciar as peculiaridades do caso em concreto em conjunto com as alegações trazidas pelo suscitante.

Esta postura, quando alicerçada à sistemática dos precedentes, que, para muitos, têm a capacidade de oferecer repostas prontas para controvérsias jurídicas que vão ocorrer no futuro, obsta mais ainda o debate com os participantes. Por meio do precedente, sobretudo o que possui força vinculante, o magistrado se apodera de uma razão transcendental acerca da causa e busca traçar um caminho próximo ao que foi posto pela orientação do tribunal ao elaborar a decisão pretérita. Estas são as razões pelas quais podemos verificar o proferimento de 02 (duas) decisões monocráticas que atribuem a um mesmo precedente vinculante interpretações que possibilitem o julgamento, tanto pela improcedência, quanto pela procedência, acerca da mesma questão.

Não podemos esquecer também que o entendimento fixado pelo TJMT tratou expressamente acerca da competência em razão da matéria (julgamento e processamento), situação distinta era a apresentada acerca da função para o cumprimento de sentença. Neste sentido, mesmo após a institucionalização de discursos mínimos aceitáveis em decisões judiciais, podemos notar que os julgadores ainda ampliarão conceitos interpretativos para alcançar situações além do texto, compreendidos previamente por eles¹⁸⁶. Esta medida, portanto, acaba deturpando a sistemática discursiva traçada pelo CPC/15, cujas decisões monocráticas são proferidas de forma discricionária (ou mesmo arbitrária), em que o julgador busca encerrar a demanda de forma mais célere, mas sem o diálogo necessário para sua elaboração¹⁸⁷.

¹⁸⁶ Neste ponto, acertada a teoria de matriz gadameriana que preceitua a necessidade de identificação dos pré-juízos dos intérpretes acerca da matéria, para que elas não prejudiquem a interpretação acerca da matéria, objeto deste exercício hermenêutico e que o ato de aplicação resulte de uma valoração racional das alegações da parte sobre a temática.

¹⁸⁷ Voltamos novamente à questão da celeridade buscada pelos tribunais, o que fez com que houvessem julgamentos cada vez menos preocupados em trabalhar com a causa, mas apenas, na busca de imprimir maior eficiência ao trabalho do Poder Judiciário, elaborar decisões sumárias justificadas em precedentes, o que talvez no imaginário jurídico poderia fornecer, por si só, maior coerência entre os julgados. Assim, “se é verdade que há uma sobrecarga de trabalho para os juízes, também é verdade que esse não é um problema resolvível mediante

Podemos notar que estes julgadores revestiram suas decisões, em suas fundamentações, de vasta jurisprudência dos tribunais acerca do mesmo caso, de tal sorte que conseguem elaborar decisões bem trabalhadas à luz dos princípios que resguardam a lógica processual. Por outro lado, este trabalho, talvez muito similar ao do juiz Hércules, não examina exaustivamente a matéria fática trazida no bojo dos autos, tampouco os argumentos necessários levantados pelas partes, fato este que enfatiza maior grau de subjetividade na decisão judicial conforme apontado no tópico 2.1.3, o que vai de encontro às premissas que compõe a tese da resposta correta.

Isto posto e desfechando com clareza, acertadas as premissas teóricas de Habermas no tocante à institucionalização de um discurso mínimo, capaz de gerar aceitação aos participantes, pois exige a elaboração de uma fundamentação adequada¹⁸⁸. No entanto, apesar de o CPC/15 buscar fixar estas premissas que devem estar presentes na decisão, resta ainda maior ortodoxia no trato com decisões pautadas em precedentes vinculantes, sobretudo no que diz respeito à sua utilização para julgamentos sumários. Por tais razões, necessário destacar que os precedentes surgiram com o objetivo de um incremento interpretativo e enriquecimento discursivo para os julgados, de modo que possa haver maior diálogo do juiz com o que foi posto pelos tribunais. Da mesma forma, a fundamentação deficiente surge para exigir também que haja uma decisão trabalhada com o passado, sem ignorar a inovação do presente ou as diferentes interpretações do que foi construído e, por conseqüência, possibilitar a elaboração da melhor resposta para o caso sob julgamento.

uma prestação jurisdicional falha ou insuficiente. Entre processos rápidos e injustos, e processos demorados, mas justos, certo é que são estes que devem prevalecer. A demora dos processos é causa de injustiça e insegurança jurídica, mas não pode ser solucionada com a geração de mais injustiça e mais insegurança jurídica. E se é verdade que as partes abusam de suas faculdades processuais, também é verdade que o juiz não pode simplesmente ignorar o que é produzido no processo; situação que imediatamente cederia espaço ao arbítrio” (LUCCA. Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 227).

¹⁸⁸ Conforme explica Eduardo Bittar, direito processual na filosofia de Habermas ganha especial destaque pois, não obstante admita que poderá haver um risco de sobrecarga nos sistemas procedimentais, tem alta significação para a teoria do discurso, na medida em que regula as condições processuais disponibilizadas aos integrantes da ceulema (BITTAR, Eduardo C. B. **Democracia, Justiça e Emancipação Social**: Reflexões Jusfilosóficas a partir do Pensamento de Jürgen Habermas. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 529).

CONCLUSÃO

De tudo o que foi exposto no decorrer do trabalho, é possível concluir que o Código de Processo Civil vigente é fruto de um debate jusfilosófico, muito preocupado com as discussões contemporâneas acerca de uma teoria da decisão judicial nos dias atuais. Talvez por isto, foi possível avaliá-lo sob à luz das premissas básicas do projeto teórico de Ronald Dworkin, notadamente o conceito de integridade que desenvolveu, o que possibilitaria menor disparidade nos julgamentos proferidos pelos tribunais pátrios.

Por conta destas constatações, analisou-se, desde o começo, as possíveis concepções para o ato decisório, pois suas diferentes vertentes colaboram para a construção teórica de autores como Ronald Dworkin e demonstram um distanciamento do arbítrio inerente a algumas sociedades. É neste cenário que a análise do positivismo legalista ganha especial relevo para a compreensão de uma ruptura com o modelo estatal presente, cuja principal característica eram decisões políticas, voltadas a satisfazer interesses dos membros dos governos. Todavia, além dos problemas teóricos e as notáveis insuficiências advindas de um método próprio de aplicação jurídica, notadamente pautadas por operações subsuntivas, que extirpam o exercício valorativo, até este momento não havia uma preocupação com o desenvolvimento de uma ciência própria para o direito, que conseguisse fornecer melhores respostas para atuação estatal.

Por conseguinte, importa notar que, por meio da obra de Hans Kelsen, conseguiu-se alçar o direito como uma ciência autônoma quando preservada sua “pureza”, ao mesmo tempo que denunciou os problemas da normatividade, asseverando que o ato de vontade (aplicação) seria marcado por uma considerável indeterminação. Por outro lado, Herbert Hart, também aliado às correntes positivistas, imprime maior sistemática às ciências jurídicas, elaborando, ao contrário de Kelsen, propostas que, de algum modo, se preocupem com o ato decisório. Dentre suas formulações, chama especial atenção a defesa do autor que as leis possuam uma “textura aberta”, o que poderá culminar que o ato de aplicação esteja imbuído de discricionariedades, cujo julgador possa “escolher” o melhor caminho a ser levado para o caso sob julgamento.

A teoria de Hart contou com uma formulação extensa e muito bem construída, o que culminou que fosse um dos autores positivistas mais influentes em meados do século XX, sendo por isto que Ronald Dworkin preocupou-se com o impacto prático de suas propostas. O autor norte-americano, na busca de tentar desconstruir as concepções teóricas do positivismo, sobretudo a aceitação de discricionariedades no cenário jurídico, na forma elaborada por Hart, voltou-se ao desenvolvimento de uma teoria que buscasse enrijecer o sistema, prezando por maior objetividade das decisões judiciais.

É neste campo que a obra de Dworkin representa um marco teórico importante para o desenvolvimento de uma teoria da decisão, pois voltada a destrinchar o modo como os juízes decidem ou como deveriam fazê-lo. A visão do princípio da integridade pelo autor norte-americano conseguiu apontar uma solução (parcial) para o problema da subjetividade presente no cenário jurídico, de modo que pudesse limitar a atuação dos julgadores e preservar a igualdade reclamada pelos jurisdicionados, desta objetividade decorreria a tese da resposta correta formulada pelo autor. Neste sentido, quando reconhecida a história institucional em que o magistrado está inserido e a necessidade de respeitar aquilo que foi colocado no passado, o juiz, sempre que decidir o próximo caso, deveria realizar a melhor interpretação possível ao caso concreto, desde que observadas as premissas morais e principiológicas que envolvem o bem jurídico debatido.

Apesar da lição do autor norte-americano, é de certo modo preocupante atribuir ao julgador a tarefa de realizar um hercúleo trabalho, em que avaliaria o direito postulado e, a partir da análise acima, buscaria encontrar o melhor direito que assiste o caso. É nesta perspectiva que a tarefa de uma teoria discursiva colabora para o desenvolvimento do raciocínio jurídico, pois chama atenção ao fato de que existe uma disparidade interpretativa advinda das fontes do direito e os argumentos, até mesmo com trabalhos hermenêuticos similares, são levantados de forma distinta. Dentro deste cenário é que Habermas alavanca o debate acerca da resposta correta para o direito, de modo que esteja voltada não ao resultado obtido, mas ao estabelecimento de um procedimento previamente estipulado, oportunizando que a decisão judicial seja composta de possibilidades argumentativas.

Do mesmo modo que a construção teórica da decisão judicial deverá estar atenta à integridade, também ganha especial relevo a institucionalização de um discurso mínimo para o procedimento judicial ocorrer. Assim, necessário formular uma proposta para atuação dos magistrados que observe a subjetividade advinda do ato de aplicação, bem como ao modo como são formulados os argumentos, pois devem estar voltados ao próprio processo, não às concepções próprias de certo juiz.

As possibilidades discursivas no trabalho criacionista de uma decisão judicial também não deverão estar engessadas por concepções prévias daquilo que poderá ser fácil ou difícil de ser decidido. Por isto, trabalhar com uma cisão entre *easy* e *hard cases*, como foi feito por Dworkin, é um caminho muito perigoso para *práxis* judicial, não olvidando que, de fato, haverá demandas que a elaboração de uma decisão judicial não exigirá um exame tão extenso para sua construção. Daí são encontrados, conforme leciona Habermas, os problemas na estabilização de conceitos prévios de forma similar à hermenêutica gadameriana, pois voltada ao horizonte

do passado e não se preocupa tanto com o presente e a deliberação que poderá ocorrer dentro da própria causa.

Abeberando-se de algumas destas concepções teóricas expostas, o legislador brasileiro buscou, na elaboração do CPC/15, trazer para o direito pátrio novas diretrizes para a decisão judicial e atribuir novos horizontes para o sistema jurídico. São por tais razões que a adoção de precedentes, apesar de gerar divergências acerca da sua aplicação ao nosso modelo jurídico, é o principal meio adotado para o fornecimento de integridade e coerência na prestação jurisdicional. Sendo assim, não podemos deixar de dar atenção ao seu texto legal, pois funcionalizado para atuar sistematicamente, de tal sorte que os precedentes apenas poderão aperfeiçoar a qualidade das decisões se houver uma aceitação do seu meio de aplicação, não com teorias próprias que cada julgador possui para si.

Isso é importante afirmar, pois o diploma processual mencionado dispõe expressamente acerca da observação obrigatória dos IRDR (art. 985) e IAC (art. 947, § 3º), bem como os recursos extraordinários e especiais (inteligência do artigo 1.040), o que não pode ser negado pelos magistrados. Para além disso, o rol descrito no artigo 927 também foi redigido para o cumprimento deste desiderato, de tal sorte que, embora não preveja expressamente a vinculação, deverão ser vistos como precedentes qualificados, cuja existência, sobretudo quando invocada por uma das partes, atribuirá um ônus argumentativo àquele que busca dele se desvencilhar.

Atinente ao seu meio de desenvolvimento, devem ser trabalhados os conceitos básicos de precedentes, notadamente ao de identificação da *ratio decidendi*, capaz de gerar efeito vinculante ou persuasivo para os próximos casos. Visualizado este elemento nos julgados, é possível trabalhar com o conceito de vinculação no contexto jurídico, o que, ao contrário, dos enunciados de súmulas, estão imbuídos de uma análise casuística que denota maiores razões para o resultado de um julgamento.

É exatamente diante esta questão que deverá haver uma abertura para a interpretação sistemática daquilo que foi julgado pelos tribunais, de modo que o magistrado, ao examinar casos futuros, poderá se valer de técnicas argumentativas para não aplicar o precedente em virtude de fatos distintos (*distinguish*). Da mesma forma, na hipótese de haver um incremento ou mudanças no cenário jurídico, um magistrado distinto ou o tribunal autor do precedente, superarem o entendimento pretérito (*overruling*).

Neste caminho trilhado pelo legislador, temos que houve, de fato, uma alteração do meio argumentativo no direito brasileiro, que não pode ser visualizado de forma estática, pois sujeito à interpretação lançada pelo juiz e das partes. Não por outra razão, a decisão judicial deverá

estar apoiada neste raciocínio, observando tudo aquilo que foi produzido no curso do processo, o que culminou na necessidade de elaboração de melhores decisões, que apresentem uma fundamentação adequada. Logo, o código de ritos, ao dispor sobre fundamentação deficiente, conceitua como incapazes de gerar aceitação aos jurisdicionados, pois não satisfaz as premissas institucionalmente reconhecidas. Sendo assim, o artigo 489, § 1º, do CPC/15, tornou-se um dos dispositivos mais importantes do direito processual civil brasileiro, pois sua proposta é aprimorar o discurso jurídico e promover um melhor debate acerca do que foi trazido na demanda, bem como poderá ser examinada em casos vindouros.

Como foi insistentemente afirmado, é inconcebível, conforme ilustrado nos julgados do TJMT, a elaboração de decisões que apenas se limitam a invocar ementas de precedentes, os quais, muitas vezes, não conseguem espelhar o caso analisado. Desta constatação, devemos continuar a defesa de que os conceitos de fundamentação inútil devem ser mais bem visualizados pelos julgadores e pelas partes, de modo que respostas judiciais que não trabalhem com os argumentos mínimos, sejam declaradas nulas.

Destas afirmações, temos que há, infelizmente, uma obstinação do legislador em trabalhar equivocadamente com enunciados vinculantes e, ao possibilitar mais hipóteses de decisões sumárias, dar azo a julgamentos monocráticos marcados por enviesamentos cognitivos dos próprios julgadores. Apesar disso, o CPC/15 conseguiu imprimir maior efetividade ao sistema e busca trabalhar os conceitos de integridade e fundamentação adequada. Quanto a esse, certo é que sua inspiração é de matriz dworkiniana, de tal sorte que as teorias do autor norte-americano, apesar de entendimentos no sentido de que suas propostas possuem óbices em serem incorporadas para o Brasil por serem construídas perante uma tradição distinta, foram trazidas à realidade do direito brasileiro. Todavia, o próprio Dworkin defendia veementemente que o direito deveria ser um conceito interpretativo, de modo que ao decidir a próxima rusga, o magistrado não poderia deixar de buscar a melhor solução ao caso concreto, mesmo que houvesse precedentes tratando da matéria.

Do mesmo modo que a decisão judicial no Brasil passou a ser marcada (ao menos no texto legal) pela estabilização de entendimentos dos tribunais, o que se pretende para o fim de atribuir maior unidade e prezar pela equidade no proferimento das decisões, no imaginário jurídico foi difundido que haveria uma desnecessidade de argumentar. Esta questão representa um empobrecimento discursivo causado não pelo referido *códex*, mas pela tentativa de reduzir demandas por meio da fixação de entendimentos dominantes. Partindo desta premissa, necessário que a doutrina brasileira consiga elaborar, analisando o ordenamento jurídico pátrio, a atuação dos operadores e as premissas teóricas aderidas, uma teoria da decisão forneça espaço

para o debate, ao mesmo tempo que preserve a igualdade no tratamento aos jurisdicionados.

Compreendida a problemática aqui debatida, bem como as teorias substancialistas e procedimentalistas examinadas no decorrer do trabalho, é possível verificar que o Código de Processo Civil de 2015, apesar de algumas inconsistências teóricas, oportunizou ao direito brasileiro o desenvolvimento de uma teoria da decisão judicial. Agora, visualizamos uma proposta de institucionalização discursiva que preze pelo debate entre os envolvidos do processo, conforme formulado pela lógica procedimental coparticipativa habermasiana, ao mesmo tempo que respeite o que foi decidido no passado, de modo que possa haver igualdade no trato aos jurisdicionados.

Assim, fixado um procedimento para o desenvolvimento das alegações levantadas pelas partes e vislumbrada a necessidade de atribuir coerência entre as respostas judiciais, possível a elaboração de uma decisão judicial substancialmente e procedimentalmente correta. A resposta judicial para o direito brasileiro, portanto, ao menos na sistemática do processo civil, será pautada pelo respeito ao que foi decidido e elaborada com uma fundamentação racional, que consiga abordar de forma exaustiva os argumentos a respeito do direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. STRECK, Lenio. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando? *In: DIDIER JR. Fredie et al (org.). Precedentes: coleção grandes temas do Novo CPC.* 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3.

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; e OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Introdução ao direito: Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito.** 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução: Zilda Hutchinson. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito.** Tradução: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ARAGÃO, Lucia Maria de Carvalho. **Razão comunicativa e teoria social crítica em Jürgen Habermas.** 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro: 2006.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de processo civil:** tutela dos direitos mediante procedimento comum. Vol. 02. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito. Teorias da argumentação jurídica.** Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2002.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; SIMIONI, Rafael Lazzarotto Simioni. Como os juízes decidem? Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jurgem Habermas e Niklas Luhman. **Revista Sequência**, n. 59, dez. 2009.

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio. **Precedentes no Novo CPC: é possível uma decisão correta.** Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/07/08/precedentes-no-novo-cpc-e-possivel-uma-decisao-correta-/>. Acesso em: 17, de janeiro, de 2022.

BITTAR, Eduardo C. B. **Democracia, Justiça e Emancipação Social:** Reflexões Jusfilosóficas a partir do Pensamento de Jürgen Habermas. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BOBBIO, Norberto, **O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito.** Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JR., Fredie; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil:** teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. 16. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

BRASIL, [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, (2022). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL, **Exposição de Motivos do Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 13 de março, de 2015. Disponível em: https://www.verbojuridico.com.br/vademecum/CPC_EXPOSICAO_DE_MOTIVOS.pdf. Acesso em: 16/01/2022.

BRASIL. [Código de Processo Civil (2015)]. **Código de Processo Civil de 2015**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 23 jan. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 126.980/MS. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para se caracterizar hipótese de aplicação do denominado ‘princípio da insignificância’ e, assim, afastar a recriminação penal, é indispensável que a conduta do agente seja marcada por ofensividade mínima ao bem jurídico tutelado, reduzido grau de reprovabilidade, inexpressividade da lesão e nenhuma periculosidade social [...]. Recorrente: Eder Arcanjo Ferreira. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Teori Zavascki. 03 nov. 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9816784>. Acesso em: 13 fev. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 200.764/SP. Paciente: Marcos Roberto dos Santos. Coator: Relator do HC nº 657.877 do Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Cármen Lúcia. 22 ab. 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9816784>. Acesso em: 13 fev. 2022.

BUSTAMENTE, Thomas da Rosa. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC. *In: DIDIER JR. Fredie et al (org.). Precedentes: coleção grandes temas do Novo CPC*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério**. São Paulo: Atlas, 2018.

CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Os precedentes e o dever de motivação no Novo Código de Processo Civil. *In: DIDIER JR. Fredie et al (org.). Precedentes: coleção grandes temas do Novo CPC*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Tradução: Roger Vinícius da Silva Costa. São Paulo: PILLARES, 2015.

COELHO, André Luiz Souza. **Dworkin e Gadamer: qual conexão?** *Peri*, v. 6, n. 1, 2014.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 23. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

DUTRA, Delmar José Volpato Dutra. A teoria discursiva na aplicação do Direito: o modelo de Habermas. **Veritas (Porto Alegre)**, v. 51, n. 1, 30 abr. 2006.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo:

Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

GUNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Tradução: Claudio Molz. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e interesse**. Tradução: Luiz Repa. São Paulo: Unesp, 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e Validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. Tradução: Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2020.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo 1**: racionalidade da ação e racionalização social. Tradução: Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. Tradução: Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HAMEL, Marcio Renan. **Compreensão e Hermenêutica na Filosofia de Jürgen Habermas**: diálogos com Hans-Georg Gadamer. Curitiba: CRV, 2021.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

HESPANHA, António Manuel. **A cultura jurídica europeia**: síntese de um milénio. Coimbra: Almedina, 2012.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27. ed. São Paulo: companhia das letras, 2014.

HORTA, André Frederico de Sena; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Frederico de Sena. **Os**

precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. Revista de Processo. São Paulo: RT, vol. 263, 2017.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito.** Tradução: Edson Bini, 2. ed. São Paulo: Edipro, 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução: João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LISPECTOR, Clarice. **Perto do coração selvagem.** Rio de Janeiro: Rocco, 2019.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais:** Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

LUHMAN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento.** Tradução: Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia:** Dworkin e a teoria do direito contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes:** justificativa do novo CPC. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O julgamento nas cortes supremas:** precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça (Turma de Câmaras Cíveis Reunidas de Direito Público e Coletivo). Conflito de Competência nº 1026091-35.2020.8.11.0000. Compete ao Juizado Especial da Fazenda Pública processar e julgar as ações em que figura no polo passivo a Fazenda Pública, nas hipóteses em que o valor da causa não ultrapasse 60 (sessenta) salários mínimos, independentemente de sua complexidade e necessidade de prova pericial, excetuadas aquelas dispostas no § 1º, do artigo 2º, da Lei Federal n. 12.153/2009. Suscitante: Juízo do Juizado Especial da Fazenda Pública. Suscitado: Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Barra do Garças. Relator: Des. Márcio Vidal. Cuiabá-MT, 18 dez. 2020. Decisão monocrática. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta/visualiza-relatorio/PJe/Segunda/71135463/DecisaoMonocratica>. Acesso em 12 fev. 2022.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça (Turma de Câmaras Cíveis Reunidas de Direito Público e Coletivo). Conflito de Competência nº 1025842-84.2020.8.11.0000. O cumprimento de sentença efetuar-se-á perante o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição, a teor do disposto no artigo 516, inciso II do Código de Processo Civil. Aplica-se a regra de perpetuação da jurisdição, segundo a qual, determina-se a competência no momento da propositura da demanda nos termos do artigo 43 do Código de Rito Cível. Suscitante: Juízo do Juizado Especial da Fazenda Pública. Suscitado: Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Barra do Garças. Relator: Des. Mario Roberto Kono de Oliveira. Cuiabá-MT, 13 mai. 2021. Acórdão unânime. Disponível em: <https://jurisprudencia->

api.tjmt.jus.br/VisualizaRelatorio/RetornaDocumentoAcordao?id=86821470&colegiado=Segunda&origem=PJe. Acesso em: 12 fev. 2022.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça (Turma de Câmaras Cíveis Reunidas de Direito Público e Coletivo). Conflito de Competência nº 1004459-16.2021.8.11.0000. É do juízo que decidiu a causa em primeiro grau de jurisdição a competência para processar e julgar o respectivo cumprimento de sentença. Inteligência do art. 516, II, do Código de Processo Civil. Suscitante: Juízo do Juizado Especial da Fazenda Pública. Suscitado: Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Barra do Garças. Relator: Des. Márcio Vidal. Cuiabá-MT, 17 jun. 2021. Acórdão unânime. Disponível em: <https://jurisprudencia-api.tjmt.jus.br/VisualizaRelatorio/RetornaDocumentoAcordao?id=92588465&colegiado=Segunda&origem=PJe>. Acesso em: 12 fev. 2022.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça de Mato Grosso (Turma de Câmaras Cíveis Reunidas de Direito Público e Coletivo). Conflito de Competência nº 1006979-46.2021.8.11.0000 MATO GROSSO. Tribunal de Justiça (Turma de Câmaras Cíveis Reunidas de Direito Público e Coletivo). Conflito de Competência nº 1026091-35.2020.8.11.0000. Suscitante: Juízo do Juizado Especial da Fazenda Pública. Suscitado: Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Barra do Garças. Relatora: Des. Maria Erotides Kneip Baranjak Cuiabá-MT, 19 jul. 2021. Decisão monocrática. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta/visualiza-relatorio/PJe/Segunda/94786970/DecisaoMonocratica>. Acesso em 12 fev. 2022.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça de Mato Grosso (Turma de Câmaras Cíveis Reunidas de Direito Público e Coletivo). Conflito de Competência nº 1026092-20.2020.8.11.0000. Reconhecida, em segunda instância, a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública para julgamento do feito e remetido o recurso à Turma Recursal, onde ocorreu o trânsito em julgado, o cumprimento de sentença deverá ser processado perante a Unidade Jurisdicional do Juizado Especial. Ainda que inicialmente a sentença tenha sido proferida pelo juízo comum, tendo sido, posteriormente reconhecida a competência absoluta do Juizado Especial para processar e julgar o presente feito que, ao que parece, ratificou a referida decisão, é medida de mister reconhecer sua competência para promover a execução da sentença. Afastada a aplicação do art. 516, II, do CPC/2015, no caso concreto, diante da necessidade de observância da regra de competência absoluta. Suscitante: Juízo do Juizado Especial da Fazenda Pública. Suscitado: Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Barra do Garças. Relatora: Des. Helena Maria Bezerra Ramos. Cuiabá-MT, 02 nov. 2021. Acórdão unânime. Disponível em: <https://jurisprudencia-api.tjmt.jus.br/VisualizaRelatorio/RetornaDocumentoAcordao?id=101859484&colegiado=Segunda&origem=PJe>. Acesso em: 12 fev. 2022.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça (Turma Recursal Única). Mandado de Segurança nº 1000584-86.2021.8.11.9005. Impetrante: Saul Ferreira de Moura Filho. Impetrado: Juízo do Juizado Especial da Fazenda Pública. Relator: Gonçalo Antunes de Barros Neto. Cuiabá-MT, 18 ag. 2021. Decisão monocrática. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta/visualiza-relatorio/PJe/Segunda/98589451/DecisaoMonocratica>. Acesso em 13 fev. 2022.

MITIDERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

NOBRE, Marcos. Introdução: modelos de Teoria Crítica. *In*: NOBRE, Marcos *et al* (org.). **Curso Livro de Teoria Crítica**. Campinas: Papyrus, 2008.

NUNES, Dierle; VIANA, Antônio Aurélio de. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**, Rio de Janeiro: Forense, 2018.

REPA, Luiz. Jürgen Habermas e o Modelo Reconstutivo de Teoria Crítica. *In*: NOBRE, Marcos *et al* (org.). **Curso Livro de Teoria Crítica**. Campinas: Papyrus, 2008.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de teoria do direito**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SHAKESPEARE, William. **O mercador de Veneza**. Tradução: Fernando Carlos de Alemida Cunha Medeiros e Oscar Mendes. 2 ed. São Paulo: Martin Claret, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015**. Salvador: Juspodivm, 2021.

TOVAR, Leonardo Zehuri. **Teoria do Direito e decisão judicial: elementos para a compreensão de uma resposta adequada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

ZANETI JR. Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. *In*: DIDIER JR. Fredie *et al* (org.). **Precedentes: coleção grandes temas do Novo CPC**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3.