

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP

Lauro Simões de Castro Bisnetto

O precedente no *common law* e os provimentos vinculantes brasileiros: distinções entre o que se mostra e o que parece ser

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2016

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP

Lauro Simões de Castro Bisnetto

O precedente no *common law* e os provimentos vinculantes brasileiros: distinções entre o que se mostra e o que parece ser

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Nelson Nery Junior

SÃO PAULO

2016

Banca Examinadora

Professor Doutor Nelson Nery Junior – PUC/SP

Professor Doutor Carlos Eduardo de Abreu Boucault – UNESP

Professor Doutor Georges Abboud – PUC/SP

Ao meu avô, Lauro Simões de Castro Júnior,
na constância de sua amável presença em mim.

(in memoriam)

AGRADECIMENTOS

Um homem não sente dificuldade em caminhar por uma tábua enquanto acredita que ela está apoiada no solo; mas ele vacila – e afinal despenca – ao se dar conta de que a tábua está suspensa sobre um abismo. Avicena (Século XI D.C.). São meus verdadeiros agradecimentos àqueles que, de suas maneiras, possibilitaram o meu caminhar:

Meus pais, Lauro Simões de Castro Netto e Neusa Regina Parra Simões de Castro, a insuperável dedicação com que sempre me tiveram reflete maiormente os meus modos-de-ser, por isso eu agradeço o amor nas suas mais diversas manifestações que incessantemente me proporcionam. Sem vocês, nada ou muito pouco do que hoje compreendo seria possível.

Meus avós, Lauro Simões de Castro Júnior, Marlene Manette Simões de Castro, Jurandir Parra e Clarice Navarro Parra, muito obrigado por sempre acreditarem em mim, está no apoio incondicional que em vocês encontro, minha motivação de seguir buscando o saber e, cada vez mais, o reconhecendo no encanto sincero da simplicidade.

Meu eterno orientador, Nelson Nery Junior, minha profunda gratidão por ter me acolhido, primeiro na graduação seguindo o mestrado, e me ensinado a pensar o Direito sempre de maneira crítica, para além do dito. Quando perguntaram ao homem mais sábio que já existiu o que ele sabia, ele respondeu que a única coisa que sabia era que nada sabia. Hoje consigo entender a coerência da sua humildade e erudição.

Meu professor, Georges Abboud, este modesto trabalho é ressonância do brilhantismo de suas lições. Agradeço-lhe a oportunidade de aprender com o jurista que é, e de conhecer alguém que certamente adotarei como referência para toda trajetória jurídica.

Os filósofos, Willis Santiago Guerra Filho e Marco Antonio Casanova, obrigado por me despertarem à primazia da filosofia para o conhecimento e, sobretudo, por me provarem que *ser é tempo*.

Lenha é um antigo nome para floresta. Na floresta há caminhos que no mais das vezes, invadidos pela vegetação, terminam subitamente no não-trilhado.

Eles se chamam caminhos da floresta.

Cada um segue um traçado separado, mas na mesma floresta. Muitas vezes parece que um se assemelha ao outro. Contudo, apenas assim parece.

Lenhadores e guardas da floresta conhecem os caminhos. Eles sabem o que quer dizer estar num caminho da floresta.

Martin Heidegger

A significação de uma palavra é o seu uso na linguagem.

Ludwig Wittgenstein

Na realidade, não é a história que pertence a nós mas nós é que a ela pertencemos. Muito antes de que nós compreendamos a nós mesmos na reflexão, já estamos nos compreendendo de uma maneira auto-evidente na família, na sociedade e no Estado em que vivemos. A lente da subjetividade é um espelho deformante. A auto-reflexão do indivíduo não é mais que uma centelha na corrente cerrada da vida histórica. *Por isso os preconceitos de um indivíduo são, muito mais que seus juízos, a realidade histórica de seu ser.*

Hans-Georg Gadamer

RESUMO

A dissertação realiza uma crítica comparativa entre a cultura dos precedentes judiciais na ordem do *common law* e a dogmática dos provimentos vinculantes sistematizada pelo Novo Código de Processo Civil (L. 13.105/15). Procuramos ilustrar uma prática decisória secular que se mostra complexa e questionar o que parece ser uma importação precipitada dessa experiência jurídica.

A possibilidade de pensarmos essa análise é descoberta pela filosofia. A partir da hermenêutica fenomenológica de Martin Heidegger confrontada à epistemologia de Immanuel Kant procuramos pôr à vista o acontecer dos precedentes em face dos provimentos vinculantes pré-determinados. As possibilidades interpretativas de ambos sistemas são exploradas para que se torne viável uma crítica compromissada.

Ao final, o trabalho apresenta uma possível compreensão pós-positivista para a aplicação hermenêutica dos provimentos vinculantes, uma expectativa comportamental pautada na integridade e estabilidade do Direito em favor de respostas jurisdicionais fundamentadas.

Palavras-chave: Precedentes judiciais – provimentos vinculantes – hermenêutica fenomenológica – decisão judicial

ABSTRACT

The dissertation achieves a comparative critic between the culture of judicial precedents in the common's law order and the dogmatic of the decisions binding systematized by the New Civil Procedure Code (L. 13.105/15). We intend to illustrate a secular decision's practice that shows itself complex and to question what seems to be a precipitated import of this juridical experience.

The possibility of thinking this analysis is discovered by philosophy. Stem from the phenomenological hermeneutic of Martin Heidegger confronted to the Immanuel's Kant epistemology we shed some light on the happening of precedents in oppose to the pre-determined binding decisions. The interpretative possibilities of both systems are explored in order to become viable a compromised critic.

Finally, the work presents a possible post-positivist comprehension to the hermeneutic application of binding decisions, a behavior expectative based on integrity and stability of Law in favor of grounded jurisdictional answers.

Key-words: judicial precedents – decision bindings – phenomenological hermeneutic – judicial decision

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO: (A)O TALENTO DE IVAN ILITCH E DE AZDAK – POR QUE NENHUM DOS JUÍZES CONHECE OS CAMINHOS DO DIREITO?.....	11
CAPÍTULO 1 – O CAMINHO DA HERMENÊUTICA-FENOMENOLÓGICA.....	21
CAPÍTULO 2 – UMA JURISPRUDÊNCIA FRAGMENTADA.....	49
2.1 Qual é o alcance subjetivo dos efeitos da sentença em ação civil pública?.....	49
2.2 O denominado “prequestionamento ficto” é admitido no direito processual brasileiro? E o “prequestionamento implícito”?.....	58
2.3 Na Ação por Improbidade Administrativa e na Ação Civil Pública, estariam as sentenças terminativas ou definitivas de improcedência sujeitas ao reexame necessário?..	67
CAPÍTULO 3 – POR QUE UM SISTEMA DE PROVIMENTOS JUDICIAIS VINCULANTES NÃO É A TRADUÇÃO DO <i>STARE DECISIS</i> ?.....	76
3.1 O <i>stare decisis</i>	76
3.1.2 <i>Ratio decidendi</i> e <i>Obter dictum</i>	79
3.1.3 <i>Distinguishing</i> e <i>Overruling</i>	93
3.1.2.1 “ <i>Barwick v. English Joint Stock Bank</i> ” (1867) e “ <i>Lloyd v. Grace, Smith & Co.</i> ” (1912): entre a epistemologia metodológica kantiana e a hermenêutica fenomenológica heideggeriana.....	103
3.2 Os provimentos vinculantes.....	129
3.2.1 Precedentes não são instituídos por previsão normativa.....	129
3.2.2 “O Precedente não nasce como precedente”.....	135
3.2.3 “O precedente não cabe na súmula”.....	136

3.2.4 Precedente não é jurisprudência.....	141
CAPÍTULO 4 – COMO SER UM “REALISTA ESPERANÇOSO” DIANTE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL?.....	145
CONCLUSÃO.....	158
BIBLIOGRAFIA.....	161

INTRODUÇÃO: (A)O TALENTO DE IVAN ILITCH E DE AZDAK – POR QUE NENHUM DOS JUÍZES CONHECE OS CAMINHOS DO DIREITO?

Ivan Ilitch possuía no mais alto grau esta capacidade de isolar o lado funcional, não o confundindo com a sua vida verdadeira, e, graças a uma prática prolongada e a talento, cultivou essa capacidade a tal ponto que até, como um virtuose, permitia-se às vezes como que misturar, brincando, as relações humanas e funcionais. Permitia-se isto porque sentia em si forças suficientes, sempre que lhe era necessário destacar apenas o funcional e repelir o humano. Esta operação desenvolvia-se para Ivan Ilitch não só leve, agradável e decentemente, mas até com virtuosismo.¹

RECITANTE E OS MÚSICOS

E partia a lei como um pão
 Levando assim a salvação
 Sobre os destroços dela o povo – esse basbaque.
 Os pobres de Cristo, os sem-nada
 Tinham achado um camarada
 Que a mão vazia subornava – o antigo Azdak.
 Setecentos e vinte dias
 Pesou com balanças prestadias
 As razões da defesa, os libelos do ataque.
 Da força sob a grossa trave,
 Assim, sentado, o gesto grave,
 Distribuía a justiça a seu talento Azdak.²

Em agosto de 1883, o escritor russo Ivan Turguêniev escreveu uma carta a seu correspondente de pátria e ofício, Lev Tolstói, levando sua súplica para que o amigo voltasse à literatura. Embora não se possa atestar o peso desse pedido, é certo que em 1886 Tolstói publicou grande clássico da literatura intitulado “*A morte de Ivan Ilitch*” (*Smiert Ivana Ilhitchá*). Através da beleza de uma obra literária, Tolstói usou da boca de Ivan Ilitch, o juiz metafórico, para levantar crítica aguda ao Judiciário burocrata-positivista prevalecente na Rússia da segunda metade do século XIX.

Impressiona notar ao longo do romance o modo com que Ivan Ilitch se ocupava, não lhe passava que por trás dos comandos de suas decisões havia pessoas (e na frente deles também). Em verdade, para ele, isso de nada importava, pois como juiz, lidava com leis, isto é, lia papéis: confrontava as provas escritas e enquadrava-as nas leis.

¹ TOLSTÓI, Lev. *A morte de Ivan Ilitch*. Trad. Boris Schnaiderman. São Paulo: Editora 34, 2006. p. 33.

² BRECHT, Bertolt. *O círculo de giz caucasiano*. 2. ed. Trad. Manuel Bandeira. São Paulo: Cosac Naify, 2010. p. 163.

Assim, Ivan Ilitch construiu o que para ele foi uma honrosa carreira pública, até o instante de sua vida em que constatou-se seriamente doente. Sensível, procurou socorro em um médico que, a seu exemplo, deveria manter renomado nome. A consulta transcorreu nos exatos padrões que imaginava: ³

[...] a espera, um ar importante e artificial, doutoral, que já conhecia, aquele mesmo que ele sabia que tinha no tribunal, as batidas no paciente, a auscultação, as perguntas que exigiam respostas formuladas de antemão e, ao que parece, desnecessárias, a expressão significativa, que sugeria o seguinte: basta que você se submeta a nós, e havemos de arranjar tudo, sabemos sem nenhuma dúvida como arranjá-lo, temos um padrão único para todas as pessoas.

A monotonia procedimental seguia e só fazia com que Ivan Ilitch percebesse como aquele artificialismo era o mesmo que sucedia-se diariamente no tribunal, com a única ressalva de que perante o médico, era o juiz quem não se encontrava na técnica, e não os acusados que suportava nas tribunas.

Enquanto o doutor desfilava seus conhecimentos técnicos através de um bem articulado raciocínio lógico, Ivan Ilitch somente se atinha a uma questão: o seu estado de saúde representava perigo? Mas o médico não a considerava relevante como seu paciente, ao contrário, entendia a hesitação mesmo inconveniente.

As conclusões que o doutor chegava dançavam de uma tese patológica para outra similar: seria caso de rim móvel, catarro crônico ou afecção no ceco. A solução estava em determinar qual dessas teses correspondia ao caso, no fundo não se tratava da vida de Ivan Ilitch, o que existia era uma indeterminação técnica a ser resolvida.

Após algumas deduções, o doutor finalmente julgou o caso a favor da afecção no ceco. Ivan Ilitch permanecia sem entender a causa que sentia reduzir-lhe vida. Todavia, sempre calado, levantou-se e a par da abstrata sentença dirigiu-se para casa.

No caminho, pela primeira vez na vida, Ivan Ilitch sentia-se apenado, sentia, ainda, profundo rancor contra o médico que o fez sentir-se assim, especialmente pela indiferença a sua questão, que ora parecia relevante tão-só a si.

³ TOLSTÓI, Lev. *Op. cit.* p. 37.

A angústia ensina a pensar. Esse contexto era precisamente o mesmo que o próprio Ivan Ilitch oportunizava incontáveis vezes no tribunal. Assim como ele (des)tratava os acusados, o doutor o ignorou. Ciente disso, o renomado juiz tomou-se em comiseração por si próprio, teve a impressão de que o sentido de suas palavras, a exemplo das do médico, é que estava realmente doente.

Ao assistir a peça “*O círculo de giz caucasiano*” (*Der Kaukasische Kreidekreis*), uma das mais importantes do teatro de Bertolt Brecht, escrita em 1944, Roland Barthes acenou para este outro juiz metafórico: “Azdak profere vereditos saborosos, inesperados, de profundo bom senso, mas sem nenhuma base na legalidade.”⁴

Ao contrário de Tolstói, que desconfiava de Ivan Ilitch, Brecht confiava em Azdak. Também este autor escreveu contra um mundo judiciário burguês, burocrata, atado a convenções sociais mistificadoras, por isso concebeu Azdak – um herói “anti-Ilitch”, se nos é permitido dizer –, pois, ao preço da “ilegalidade”: “numa sociedade má, onde o direito formal não passa de uma hipocrisia a serviço dos poderosos, apenas um juiz trapaceiro pode tornar justa a justiça.”⁵

A história do herói brechtiano não foi escrita com a pena do poder estabelecido no Vale do Cáucaso. Segundo a personagem cozinheira: “[...] não é um juiz como os outros, é o Azdak. É um odre de vinho e não entende nada de ofício. Os maiores ladrões foram absolvidos por ele. Como troca tudo e os ricos nunca lhe dão dinheiro bastante, os pobres como nós muitas vezes se saem bem com ele.”⁶

Tratava o primeiro caso julgado de um inválido que adoeceu em razão de uma congestão cerebral quando soube que o médico, a quem emprestou dinheiro para os estudos, estava cuidando dos pacientes de graça, sem que o ressarcisse. Azdak desobrigou o médico do pagamento e condenou o inválido por extorsão. Sem qualquer direito de reaver o que emprestou, o inválido ainda deveria indenizar o médico em mil piastras.

No segundo julgamento, Azdak inocentou um criado da cavalaria que se deitou com a nora do patrão estalajadeiro. Alegava ela que teria sido violada, mas o juiz dos

⁴ BARTHES, Roland. *O círculo de giz caucasiano* por Roland Barthes. Trad. Roberta Saraiva Coutinho. In: BRECHT, Bertolt. *Op. cit.* p. 206.

⁵ *Ibidem.* p. 207-208. Vale lembrarmos do adágio brechtiano eternizado na peça “*A vida de Galileu*” (1938): “Infeliz a terra que precisa de heróis.” (BRECHT, Bertolt. *A vida de Galileu*. In: *Teatro Completo*. 3.ed. Trad. Roberto Schwartz. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 154. v.6).

⁶ BRECHT, Bertolt. *Op. cit.* p. 169-170.

desgraçados atribuiu ao exibicionismo, à beleza e indolência da mulher, a violação. Então, condenou a patroa por agressão premeditada e com arma perigosa.

Três gordos proprietários reivindicavam, cada qual, o seu presunto, sua vaca e o pagamento relativo ao arrendamento de sua terra em face de uma velha camponesa no terceiro caso apresentado a Azdak. Instada a se defender, a senhora informou ao tribunal que o animal lhe foi entregue, a dívida relevada e o presunto lançado para dentro de sua casa, tudo por obra de milagres. Acontece que todas essas “graças” tiveram por “santo” o cunhado da camponesa, um bandido de todos conhecidos. Em verdade, a vaca e o presunto foram roubados, enquanto a dívida do arrendamento foi “perdoada” pois as vacas do proprietário eram degoladas no pasto.

Não obstante, Azdak levantou-se contra os proprietários, reprovou-os por não acreditarem em milagres e colocou-os a correr do tribunal, mas não sem antes condená-los a pagarem à pobre camponesa quinhentas piastras de multa por impiedade.

RECITANTES E OS MÚSICOS

Quando os grandes se comiam,
Os da arraia-miúda riam,
Ah, que refrigério! Ah, que tranquilidade!
Ah, que gozo! Das ruas no ruído,
De seus falsos pesos munido,
Andava o juiz das gentes pobres, nosso Azdak.
O que aos abastados tomava,
Aos de sua igualha ele dava.
Como uma lágrima de cera em bom destaque,
Guardado pelos de seu bando,
Ia, boa bisca, passando
Da mãe-pátria georgiana o juiz Azdak.⁷

Azdek torcia o direito vigente para fazer a *sua* justiça, na melhor das intenções – das quais o inferno está repleto. O código não lhe servia de preceito, mas apoiava-o na cadeira, como uma escora para confortar-lhe o cóccix.

Eis dois modelos de juízes representados no convencionalismo de Ivan Ilitch e no pragmatismo de Azdak.

Para o juiz de Tolstói, o Direito estaria identificado na lei. Assim, as convenções sociais ditadas pelo *establishment* se avalizariam em si, seriam como imperativos imunes à

⁷ *Ibidem.* p. 159.

crítica interpretativa, pois o sentido textual estaria limitado ao que o autor-legislador teria originalmente em mente, no ato de decidir haveria apenas uma transposição psíquica desse significado para o caso atual. Texto e sentido de texto seriam um.

Ivan Ilitch enxergava no dogmatismo constituído a premissa de resolução dos casos concretos, mas sem que os postulados se confundissem com a dinâmica de realização desses eventos. Assim, o sentido dos textos legais estaria determinado *a priori*, antes mesmo da facticidade própria ao caso concreto que lhe conduz a realidade *a posteriori*.

Por isso, era possível ao juiz, a exemplo do médico que visitou, um padrão único de resposta a (quase) todos os jurisdicionados. Da pergunta sobre o sentido das convenções, Ilitch nunca questionava o sentido histórico, fático, mas sobre o sentido a-histórico, eterno e imutável, sobre um sentido último da totalidade, que permanece, que perdura. Ilitch idealizava uma verdade que transcenderia a historicidade e que, portanto, transgrediria a dinâmica fática do acontecimento dos casos concretos, não obstante decidi-los.

Percebam, nesse quadro, que a resposta para o caso concreto não nasce da conformação do texto normativo às necessidades do presente. Ao decidir, o juiz convencionalista não procura corresponder a aplicação da lei à situação concreta a que esta se refere, pois entende que o sentido das prescrições resida nas categorias de significação (sujeito e predicado, causa e consequência, etc.), portanto, já é manifesto em seu texto, dispensando uma interpretação produtiva da compreensão.

Não olvidemos que Ivan Ilitch representa o juiz do mundo moderno, em que a epistemologia sustenta-se na razão do método objetivador. Segundo Gadamer: “A cientificidade da ciência moderna consiste em que ela objetiva a tradição e elimina metodicamente qualquer influência do presente do intérprete sobre sua compreensão.”⁸

Como os sentidos dos textos normativos são pressupostos *a priori*, na semântica de seus conceitos, deles imagina-se poder subsumir o significado jurídico dos casos que ocorram *a posteriori*, através de um bem articulado raciocínio silogístico. Se A é B (estrutura do dispositivo), na eventualidade de B (caso concreto), a formalidade lógica impossibilitaria qualquer conclusão que não fosse A (decisão). Lembremo-nos do “dever de obediência metodológica” que as determinações do presente têm para com as convenções do passado: ao

⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 4. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002. p. 494.

decidir, Ivan Ilitch reproduzia conceitos prévios (teses) como se fossem “capas de sentidos” hábeis a definir o presente; mal sabia o juiz de Tolstói que: “[...] a compreensão não é nunca um comportamento somente reprodutivo, mas é, por sua vez, sempre produtivo.”⁹

Para Azdak, o Direito encontrar-se-ia na fala do próprio juiz. Entendemos permitido dizer que o pragmatismo do herói brechtiano o definiria como expressão do realismo jurídico. Se para Ivan Ilitch haveria uma “última palavra” – a do legislador –, Azdak acreditava na sua “primeira palavra” – como juiz. O Direito como manifestação de poder é reavaliado enquanto manifestação de vontade.

A “última palavra” da ordem estabelecida (convencionalismo) é aceção de poder pois precisa nas disposições a objetividade de sentido que se possa compreender.

Quanto ao serviço propriamente dito, isto é, aos processos de instrução, Ivan Ilitch assimilou muito depressa os meios de afastar de si todas as circunstâncias estranhas, bem como os de enquadrar mesmo os casos mais complicados numa forma graças à qual se apresentassem no papel apenas externamente, excluído de todo o ponto de vista pessoal de Ivan Ilitch e, sobretudo, se cumprissem todas as formalidades exigidas.¹⁰

A “primeira palavra” do pragmatismo é declaração de vontade porque desvela-se na subjetividade do intérprete.

AZDAK Sim, isso é o que teria acontecido entre nós se a ordem tivesse sido descurada por mais algum tempo. Mas agora o Grão-Duque, a quem eu, asno que sou, salvei a vida, voltou à sua capital, e os persas lhe prometeram ajudá-lo, fornecendo um exército para que ele restabeleça a ordem no país. Os subúrbios já estão em chamas. Vai me buscar o livro grosso em que sempre me sento. *Schauva apanha o livro na cadeira, Azdak o abre.* Isto é o código, podem dar testemunho de que sempre me utilizei dele.

SCHAUVA Sim, para sentar-se em cima.¹¹

Azdak era cético perante as disposições políticas do ordenamento constituído. Na verdade, por desvalorizar a justiça dessa ordem, não a compreendia em *seus* respectivos juízos. Nisto consistia seu pragmatismo, no esquecimento de todas as opiniões prévias sobre o

⁹ *Ibidem.* p. 444.

¹⁰ TOLSTÓI, Lev. *Op. cit.* p. 21-22.

¹¹ BRECHT, Bertolt. *Op. cit.* p. 165-166.

conteúdo do Direito, a exceção de suas próprias. A razão do juiz se sobrepunha à tradição jurídica.¹²

Dessa metáfora brechtiana, algo deve ser ressaltado. Os juízos de Azdak eram explicados por suas próprias palavras e isso só era possível porque foi idealizado tal qual um senhor absoluto, cuja vontade prevaleceria à ordem jurídica. Assim, na ocasião dos julgamentos, não ocorria do juiz “ganhar um horizonte” (Gadamer), isto é, ele não compreendia as decisões políticas do passado para que viesse a enxergar mais além, sem que as desprezasse, senão que justamente para vê-las melhor, integrando-as em um outro paradigma de validade. Não. A tradição nunca esteve aberta aos sentidos de Azdak, seu pragmatismo lhe permitia rejeitá-la previamente.¹³

No mais (e eventualmente, por consequência),¹⁴ o paladino brechtiano também era nominalista. Azdak acreditava que as (suas) palavras tinham determinações por elas próprias, afinal travam-se de “primeiras palavras”. Ele não enxergava que o significado das palavras não é assente nelas mesmas, mas é debitário de um horizonte de sentido que torna possível exatamente que as palavras tenham determinação.

Para Azdak, as coisas eram o que elas eram, porque ele, através de sua capacidade intelectual, as atribuía um significado. No terceiro julgamento, por exemplo, os proprietários não teriam direito acerca de seus bens subtraídos e sobre o rendimento de suas terras, pois o juiz, mediante suas convicções, entendia ser justo que a velha camponesa os detivesse.

¹² “O que é que você ainda quer saber?”, pergunta o porteiro. “Você é insaciável.” “Todos aspiram à lei”, diz o homem. “Como se explica que, em tantos anos, ninguém além de mim pediu para entrar?” O porteiro percebe que o homem já está no fim, e para alcançar sua audição em declínio, ele berra: “Aqui ninguém mais podia ser admitido, pois esta entrada estava destinada só a você. Agora eu vou embora e fecho-a.” (KAFKA, Franz. *O processo*. Trad. Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 215).

¹³ Cf.: GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 456. No mesmo sentido, vale a transcrição: “Inclusive quando a vida sofre suas transformações mais tumultuadas, como em tempos revolucionários, em meio a suposta mudança de todas as coisas conserva-se muito mais do que era antigo do que se poderia crer, integrando-se como o novo numa nova forma de validade. Em todo caso, a conservação representa uma conduta tão livre como a destruição e a inovação.” (*Ibidem*. p. 423).

¹⁴ “‘Il pragmatismo messo in ordine’ [O pragmatismo colocado em ordem], assinado pelo ‘Clube Pragmatista de Florença’. Esse ensaio, escrito originalmente por Papini, abre com a confirmação de que, embora nenhuma definição precisa do pragmatismo possa ser dada, é possível especificar sua característica principal, qual seja, a de que o pragmatismo ‘desenrijece’ nossas teorias e crenças ao reconhecer seu valor puramente instrumental, que as torna suscetíveis à mudança quando as circunstâncias se alteram. Por conseguinte, o pragmatismo não representa um certo tipo de teoria, mas uma certa atitude para com as teorias. Na visão de Papini, o pragmatismo consolida várias tendências em filosofia: *Nominalismo* [...]. *Utilitarismo* [...]. *Positivismo* [...]. *Kantismo* [...]. *Voluntarismo* [...]” (De WAAL, Cornelis. *Sobre pragmatismo*. Trad. Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Loyola, 2007. p. 122).

Percebam que nesse contexto, a determinação jurídica e, conseqüentemente, a segurança jurídica, residem na cognição do julgador. Tendências nominalistas no direito apontam para uma base de constituição das decisões vinculada a um processo cognitivo do juiz que atribui significados. Assim, não sucede das respostas aos casos significarem o que elas significam, porque são derivadas de um campo compartilhado de sentido, articulado dispositivamente, através de horizontes históricos – o que estaria correto –, mas porque o juiz (“eu-penso”) atribui a elas – às respostas – um significado. Deste modo, as decisões são particulares, são para o sujeito-juiz de um modo específico.

Como acreditava que as (suas) palavras tinham determinações por elas mesmas, Azdak, diante dos casos concretos, atribuía às suas decisões um significado, que corresponderia ao caso. Ou seja, a decisão do juiz comunicaria o significado para o caso: decisão – significado – caso.

Pelo contrário, acaso compreendesse que os sentidos das palavras não são devidos a um ideário individual, mas debitários de um contexto significante, Azdak, perante os casos concretos, não poderia conceituar (nomear) suas decisões e, então, lhe seria possibilitada a compreensão de que é o caso concreto que torna possível o significado – através de uma experiência compartilhada, a *teia inconsútil*, de Dworkin, por exemplo¹⁵ – e o significado requisita um nome, uma decisão: caso – significado – decisão.

Em síntese, bastaria dizer que os significados não são gerados de processos internos. Ou seja, é (hermeneuticamente) errado pensar que o intérprete tem um nome (uma proposição: S é P – e.g.: “a velha camponesa não deve/deve restituir os proprietários dos bens deles”), ao qual ele atribuí um significado (uma validade, uma verdade: “a velha camponesa não deve restituir os proprietários”) que corresponde à coisa (ao caso concreto: “os bens dos proprietários foram subtraídos e entregues à velha camponesa”). Mas, na origem, o intérprete tem a coisa, que torna possível o significado – por intermédio de um espaço de compartilhamento de sentido – e o significado postula um nome, um juízo.

¹⁵ Cf.: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 180-184. Em que se destaca: “A *teia inconsútil*. A primeira conclusão de Hércules – a de que a força gravitacional de um precedente define-se pelos argumentos de princípio que lhe dão sustentação – sugere uma segunda conclusão. Uma vez que, em sua comunidade, a prática judicial pressupõe que os casos anteriores têm uma força gravitacional *geral* [...]. As práticas de precedente não pressupõe que os fundamentos racionais que recomendam as decisões judiciais possam ser atendidos de maneira fragmentária. Caso se reconheça que um precedente específico se justifica por uma determinada razão; caso tal razão também recomende um determinado resultado no caso em juízo; caso a decisão anterior não tenha sido objeto de uma retratação ou, de algum modo, não tenha sido vista como uma questão de arrependimento institucional, então deve-se chegar a essa decisão no segundo caso.” (*Ibidem*. p. 180).

O pragmatismo (nominalismo) do juiz brechtiano o fez um “ente dominador”, pois as respostas relativas aos casos concretos decorriam da sua capacidade conceitual (representacional) de decidi-los. Por meio da sua capacidade intelectual, Azdak atribuía significado aos casos em geral.¹⁶

Nossas considerações não nos permitem conhecer os caminhos do Direito na subjetividade de Azdak ou na objetividade de sentido que Ivan Ilitch trata de compreender. Mas, se a linguagem jurídica não se ajusta ao pragmatismo e também ao convencionalismo, qual é o fundamento da trilha que esta dissertação pretende seguir?

Ainda que não fosse nossa prioridade, na análise acima desenvolvida, ao criticarmos uma função meramente dogmática, que se representa no sentido de um dispositivo; e uma função cognitiva, que se manifesta na atribuição de significados pelo sujeito solipsista, na nossa fala repercutiu *o caminho do Direito* cuja função é *conduzir o intérprete por um horizonte hermenêutico, aberto fenomenologicamente*.

É neste paradigma *hermenêutico-fenomenológico* que situaremos nosso modo-de-pensar o Direito. *Hermenêutica* é reconhecida por Gadamer como: “A doutrina da arte da compreensão e da interpretação.”¹⁷ A partir de Schleiermacher, Arthur Kaufmann acrescenta o caráter *universal* dela, na medida em que a doutrina designa as “[...] *condições da possibilidade de compreensão do sentido em geral*.”¹⁸ *Fenomenologia* é o *como* da investigação hermenêutica.

Posto isso, não obstante nossa análise focar a compreensão dos *provimentos vinculantes* estabelecidos no art. 927 do Novo Código de Processo Civil (NCPC),¹⁹ não hesitemos em constatar que a hermenêutica-fenomenológica é o caminho para compreendermos o Direito como um todo, quer dizer, não há “nome” que, *de per si*, justifique

¹⁶ Acontece que: “A hermenêutica [...] não é um ‘saber dominador’, isto é, apropriação por apoderamento, mas se submete à pretensão dominante do texto. Mas para isso o verdadeiro modelo é constituído pela hermenêutica jurídica e teológica. A interpretação da vontade jurídica e da promessa teológica não são evidentemente formas de domínio, mas de servidão.” (GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 464).

¹⁷ *Ibidem.* p. 273.

¹⁸ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: _____; HASSEMER, Winfried (orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 150, 2002.

¹⁹ Não ignoramos que a maior parte da doutrina enquanto referencia-se ao art. 927, NCPC, fala de precedentes, inclusive com recursos à experiência do *common law*. Contudo, haja vista as lições de Lenio Luiz Streck e Georges Abboud, e por razões mais apresentadas no terceiro capítulo, preferimos a denominação “provimentos judiciais vinculantes”. Cf.: STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 3. ed. rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 105.

um “estado de exceção hermenêutico”, não é porque enunciados jurídicos são ou não acompanhados da palavra “vinculante” que a protagonismo hermenêutico deixa ou entra em cena – para nós, não há nomenclatura jurídica suficiente a desabilitar um compromisso filosófico.

CAPÍTULO 1 – O CAMINHO DA HERMENÊUTICA-FENOMENOLÓGICA

No primeiro capítulo iluminaremos as trilhas da investigação hermenêutica-fenomenológica. Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer propiciarão as diretrizes, se bem percorridas, ao final, alcançaremos a morada da linguagem. No caminho, provaremos desvendar os sentidos de se pensar fenomenologicamente, da compreensão, da interpretação, enfim, dos fundamentos para que possamos dizer (e sermos ouvidos).

Fenomenologia é a ciência dos fenômenos. Segundo Heidegger, fenômeno é: “[...] o-que-se-mostra-em-si-mesmo.”²⁰ A palavra, o texto, enquanto “objeto”²¹ que se revela em si na investigação fenomenológica, constitui-se fenômeno. Também podemos dizê-lo *ente*, na medida que “Ente é tudo de que discorremos, que visamos, em relação a que nos comportamos desta ou daquela maneira;”²² O que determina o *ente* como *ente* – já que sua investigação o revela em si mesmo – é o *ser*. “*Aquilo de que se pergunta* na pergunta a ser elaborada é o *ser* [...]”²³ A pergunta sobre o sentido do texto, *ser*, não se confunde com o texto (o perguntável), *ente*. Mas, a descoberta do *ente* passa pela pergunta de seu *ser* – do *ser* do *ente* – que não é ele mesmo um *ente*: “Por conseguinte, também *aquilo de que se pergunta*, a saber, o sentido de ser, requer uma conceituação própria, a qual de novo se contrapõe essencialmente aos conceitos em que o ente alcança a determinidade de seu significado.”²⁴ *Ser* constitui-se *naquilo de que se pergunta*, e se pergunta por *aquilo a que se pergunta* (o perguntável), como *ente*.

²⁰ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução, organização, nota prévia, anexos e notas: Fausto Castilho. Campinas, SP: Unicamp; Petrópolis, RJ: Vozes, 2012. p. 111.

²¹ A rigor, ao tratar do *ente que-vem-de-encontro* (do aparecimento dos *entes*), Heidegger fala de “instrumento” (“utensílio”) e não de “objeto”. Isso porque nesta expressão é pressuposta a dicotomia entre sujeito e objeto, o que faz o intérprete operar espontaneamente com uma teoria que produz uma intermediação entre o objeto e mundo que é o dele – o que vai de encontro com a imediatidade de um campo fenomênico, buscado pelo filósofo: “[...] não se deve esquecer que ‘sujeito e objeto’ são expressões inadequadas da Metafísica que se apoderou, muito cedo, da interpretação da linguagem, na forma da ‘Lógica’ e ‘Gramática’ ocidentais. Mesmo hoje, mal somos capazes de pressentir o que se esconde neste processo. A libertação da linguagem dos grilhões da Gramática e a abertura de um espaço essencial mais original está reservado como tarefa para o pensar e o poetizar.” (*Idem. Carta sobre o humanismo*. Trad. Rubens Eduardo Frias. 2. ed. rev. São Paulo: Centauro, 2005. p. 8-9). Como será melhor visto, em um contexto fenomenológico o *ente* é encontrado tal como ele se mostra no campo dele, não se fala em intermediações categoriais (como, por exemplo, as categorias do entendimento de que trata Kant), mas em um contexto de uso, pragmático, por isso “instrumento”: “Denominamos *instrumento* o ente que-vem-de-encontro no ocupar-se. No trato pode se encontrar o instrumento para escrever, para costurar, para trabalhar [ferramenta], para viajar [veículo], para medir [...]. Instrumento é por essência ‘algo para...’” (*Idem. Ser e tempo, cit.* p. 211).

²² *Ibidem.* p. 45.

²³ *Ibidem.* p. 43.

²⁴ *Ibidem.* p. 43-45.

Ente é como que interrogado a respeito de seu *ser*. Daí surge uma questão fundamental, qual seja, qual é o modo-de-tratamento dessa pergunta? Ou, de como se põe o modo-de-acesso ao *ente*? Em que Heidegger responde: “O modo-de-tratamento dessa pergunta é o *fenomenológico*.”²⁵

Na fenomenologia – única possibilidade da ontologia²⁶ – há a suspensão de todas as tentativas da tradição de determinar *a priori* o sentido de algo. Michael E. Zimmerman explica:²⁷

²⁵ *Ibidem*. p. 101. Nas “*Investigações lógicas: investigações para a fenomenologia e a teoria do conhecimento*” (1900-1901), Edmund Husserl anunciou “[...] a única noção hoje viva de fenomenologia.” (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 438). Podemos dizer que projeto fenomenológico husserliano se caracteriza pela suspensão radical de todo e qualquer gesto posicionador de essências. Essência, para essa crítica, é o que se determina antes de algo ser o que é. Portanto, não é a nós permitido pressupor que algo é (que algo *ser* de uma coisa para além de seu campo de fenomenalidade – de mostração), sob pena de afastar o *ser* da coisa e “nunca mais encontrá-lo”. De fato, ao concebermos as essências para além dos fenômenos, é necessário que haja uma linguagem pura o suficiente para dar conta do *ser* dos fenômenos sem fenomenalidade. O problema é que nós nascemos “pós-babel”, de modo que nossa linguagem não tem nenhuma relação essencial com as coisas. E isso significa que somos desprovidos de uma linguagem pura o suficiente a determinar o *ser* dos fenômenos para além dos fenômenos. Nesse sentido, pensar fenomenologicamente significa não *hipostasiar*, não pressupor teoricamente que as coisas são. Essa pressuposição é um problema comum às teorias essencialistas que “[...] transformam em objeto de investigação, em universalidade *formal*, as conexões *aprióricas* das significações e das vigências significativas, as leis aprióricas que pertencem à objectalidade *como tal*; surge assim uma *gramática pura* e, num estrato superior, uma lógica pura [...] e, além disso, brota uma lógica normativa e prática como técnica do pensamento e, sobretudo, do pensamento científico.” (HUSSERL, Edmund. *A ideia da fenomenologia*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1989. p. 42). Todavia, esse pensamento lógico que procura de alguma forma “matematizar” o entendimento ao depurar a linguagem de todos os elementos históricos, no fundo, fracassa, pois a palavra é história. Toda e qualquer palavra é histórica. O nosso modo de ver as coisas é histórico. O nosso modo de pensar as coisas é histórico. O nosso modo de se relacionar com as coisas é histórico. Segundo Husserl: “E novamente se distingue aqui, por um lado, o objectal respectivo, que é e era, que dura e varia e, por outro, o correspondente fenómeno de presente e passado, de duração e variação, que é respectivamente um agora [...] e, na permanente variação, que experimenta, traz ao fenómeno, à manifestação, o *ser temporal*. O [elemento] objectal não é nenhum pedaço ingrediente [*nenhuma categoria*] do fenómeno, na sua temporalidade tem algo que não se deixa encontrar no fenómeno e nele se dissolve e que, no entanto, se constitui fenómeno. Expõe-se nele e está nele evidentemente dado como ‘*sendo*.’” (*Ibidem*. p. 98). Sem esquecer da pertinente anotação de Arthur Kaufmann: “A fundamentação científica mais vulgar de uma ciência jurídica de procedimento meramente dedutivo encontra-se no *dualismo metódico de ser e dever ser*, defendido sobretudo por Radbruch e Kelsen, segundo o qual um dever-ser apenas pode ser reconduzido a outro dever-ser (mais elevado), nunca a um *sendo*.” (KAUFMANN, Arthur. *A problemática da filosofia do direito ao longo da história*. In: _____; HASSEMER, Winfried (orgs.). *Op. cit.* p. 185-186).

Heidegger, que foi aluno e assistente de Husserl na Universidade de Friburgo (*Albert-Ludwigs-Universität Freiburg*), tornando-se seu sucessor na cátedra de filosofia (1929), considerou esse (único) “caminho” (para o verdadeiro conhecimento) aberto por Husserl para desenvolvê-lo: “Se a investigação que se segue dá alguns passos à frente para a abertura das ‘coisas elas mesmas’, o autor o deve principalmente a E. Husserl, o qual, durante seus anos de estudante em Friburgo, mediante insistente direção pessoal e a mais livre cessão de investigações inéditas, familiarizou o autor com os mais diversos domínios da pesquisa fenomenológica.” (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, cit. p. 9).

²⁶ “A fenomenologia é o modo-de-acesso ao que deve se tornar tema da ontologia por determinação demonstrativa. *A ontologia só é possível como fenomenologia*. O conceito fenomenológico de fenómeno designa, como o que se mostra, o ser do ente, seu sentido, suas modificações e derivados.” (*Ibidem*. p. 123). *Ontologia*, para o heideggerianismo, é a pergunta a respeito do sentido fundamental do *ser* do *ente*. Não se questiona qualquer propriedade, o *ente* não possui nenhuma possibilidade de ser acessado por meio da lógica de

Tal como no caso do *entendimento*, Heidegger define *ser* de um modo diferente da maioria dos outros filósofos. Tradicionalmente, os filósofos definiram o *ser* de um ente como ser fundamental ou substância, aquilo que lança as *fundações* para a coisa. Platão denominou este fundamento como a forma eterna das coisas; Aristóteles, como a sua substância; os teólogos medievais, como o seu Criador. Recusando conceber o conceito de *ser* como uma espécie de ente superior, um fundamento eterno, base, causa ou origem das coisas, Heidegger argumentou que para algo *ser* significa revelar-se ou apresentar-se.

Sendo o fundamento de sua investigação filosófica a ontologia fenomenológica, que consiste na pergunta sobre o *ser* dos entes em geral, surge a necessidade de sinalizar para o ente privilegiado – por seu caráter ôntico-ontológico – que, *existindo*, põe em jogo as possibilidades de *entendimento* (de compreensão) daqueles entes.²⁸ Heidegger denomina de *Dasein* esse existente humano: “[...] o *Dasein* é o ente para o qual, como ser-no-mundo, está em jogo o seu próprio ser.”²⁹

Ao passo que é somente através da analítica do *Dasein* (do existente humano) que se abre a possibilidade de questionar ontologicamente o sentido dos entes em geral, cumpre-nos refletir sobre esse *ser-existente*. Heidegger não pensa o termo “*Existenz*” (existência) como presença efetiva no espaço. Dizer que o ente existe, portanto, não quer significar que,

propriedade, mas todas as propriedades que o ente possa vir a ter, são sempre modos do seu *ser* e nunca propriedades propriamente ditas.

²⁷ ZIMMERMAN, Michael E. Heidegger, budismo e ecologia profunda. In: GUIGNON, Charles (org.). *Poliedro Heidegger*. Lisboa: Instituto Piaget, [s.d.]. p. 264, *apud* STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 251. Segundo Heidegger: “Só no efetuar a destruição da tradição ontológica é que a questão-do-ser conquista sua verdadeira concretização. Na destruição a questão-do-ser consegue a plena prova da imprescindibilidade da pergunta pelo sentido de ser e demonstra assim o sentido do discurso sobre uma ‘repetição’ dessa pergunta.” (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, *cit.* p. 99).

²⁸ A partir de elementos heideggerianos é possível dizer que *existir* não é apenas cooriginário da *existência*, mas *existir* significa *compreender*. Não há existência que não seja compreensão, que não signifique compreender sentido, abrir campo de sentido. De todo modo, *a existência não tem compreensão, ela é compreensiva*. A existência situa o *Dasein* junto a um campo existencial fenomenológico cujo caráter é compreensivo e, a partir dele, o *Dasein* logra conceitualizar os entes como entes. Assim, o juízo que faz o sujeito é debitário de uma abertura de sentido que torna possível o *Dasein* determinar – há uma circularidade hermenêutica nisto. Em razão de estar aberto para o *ser* dos entes em geral e também se compreender, o *Dasein* é ontológico. Porque projeta esta compreensão de *ser* a partir dos próprios entes, em meio a eles, o *Dasein* também é ôntico. Segundo Heidegger: “O *Dasein* tem, por conseguinte, uma múltipla precedência diante de todo outro ente. A primeira precedência é ôntica: esse ente é determinado em seu ser pela existência. A segunda é ontológica: sobre o fundamento de sua determinidade-de-existência, o *Dasein* é em si mesmo ‘ontológico’. Mas ao *Dasein* pertence, todavia, de modo igualmente originário – como constituinte do entendimento-da-existência – um entendimento do ser de todo ente não-conforme ao-*Dasein*. Por isso, tem ele uma terceira precedência como condição ôntico-ontológica da possibilidade de todas as ontologias. Assim, o *Dasein* se mostrou como o ente que, antes de todo outro ente, deve ser em primeiro lugar ontologicamente interrogado.” (*Ibidem*. p. 63).

²⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, *cit.* p. 407.

em algum lugar, ele está efetivamente presente. Mas, “*Existenz*”, no horizonte etimológico utilizado por Heidegger, significa algo como “movimento para fora” ou “estar aberto para”.³⁰

Heidegger apresenta algumas estruturas existenciárias cooriginárias a essa abertura, a que nos mais interessa é a do *entendimento (compreensão)*.³¹ Nesses termos, *existir* se torna algo igual à *entender*, o que nos faz concluir que o conhecimento possível (verdadeiro) ao *Dasein* não é constitutivo de uma interioridade primeira que depois experimenta a exterioridade. Ou seja, a capacidade que temos de proferir juízos não é proveniente de conceitos internos que se formam, *a priori*, na interioridade do sujeito, como condições de, *a posteriori*, determinarem os objetos. Mas, à medida que o *Dasein* já sempre está aberto para – enquanto *existente* –, é radicalmente um *ser-no-mundo*. “Ser-no-mundo é a constituição fundamental do *Dasein*.”³²

Esse *entendimento* passa por uma distinção muito importante para *Ser e tempo*. Heidegger, no final do § 9 da obra, isola as *categorias dos existenciários (existenciais)*:³³

Todas as explicações que surgem da analítica do *Dasein* são conquistadas em referência a sua estrutura-da-existência. E, porque elas são determinadas a partir da existenciariedade, denominamos *existenciários* esses caracteres-de-ser do *Dasein*. Eles devem ser rigorosamente separados das determinações-de-ser do ente que não é conforme ao *Dasein* e que chamamos de *categorias*.

³⁰ “Existência. *Existieren*, ‘existir’, era uma tradução, feita no século XIX, do verbo latino *existere*, lit. ‘dar um passo à frente, para fora’, portanto, ‘aparecer, estar na existência.’ A palavra latina *ex(s)istentia* tornou-se *Existenz*. *Existenz* significa tradicionalmente a existência de um ente, em contraste com sua essência [...]. Heidegger frequentemente escreve *Ex-sistenz* ou *Ek-sistenz* para enfatizar o ‘passo para fora.’” (INWOOD, M. J. *Dicionário Heidegger*. Trad. Luísa Buarque de Holanda; revisão técnica, Márcia Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. p. 58).

³¹ Cf.: “§31. O ser-‘aí’ como *entender*”. In: HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, cit. p. 407-421. A depender da tradução da obra heideggeriana, podemos encontrar *compreensão* ao invés de *entendimento*. A tradutora Márcia Sá Cavalcante Schuback, por exemplo, utiliza aquele termo, cf.: HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15.ed. Petrópolis: Vozes, 2005. Parte I. p. 198-204. Nós adotaremos os termos como sinônimos, o importante é apreendermos o pensamento do filósofo e não nos abreviarmos em nomes. No mais, Hans-Georg Gadamer, se remetendo à Rudolf K. Bultmann, fala em *pré-compreensão*: “[...] toda compreensão pressupõe uma relação vital do intérprete com o texto, assim como uma relação prévia com o tema mediado pelo texto. A essa pressuposição hermenêutica é que dá o nome de *pré-compreensão*, porque evidentemente não é produto do procedimento compreensivo, já que é anterior a ele.” (GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 491).

³² HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, cit. p. 187. Como bem observa Rebeca Furtado de Melo: “*Compreensão aí [compreensão no-mundo]* é antes, uma condição, o modo fundamental de ser do *ser-aí [ser-no-mundo]*, o que quer dizer que o existente humano sempre existe a partir da compreensão [...]. Isto é, sendo o mundo o *aí* do *ser-aí*, o *ser-aí* é sempre um ‘ser-em’. E é justamente esse ser no mundo, esse estado aberto característico da existência, que Heidegger chama de compreender.” (*grifo nosso*), (MELO, Rebeca Furtado de. Entre compreensão e interpretação: para uma hermenêutica filosófica no pensamento de Heidegger. *Ekstasis: revista de hermenêutica e fenomenologia*, v.2, n.1, Rio de Janeiro: UERJ, p. 90, 2013).

³³ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, cit. p. 145.

Pensar os fenômenos de modo *categórico* obedece ao seguinte movimento: posicionamento espaço-temporal do fenômeno e interpelação dele com vistas às *categorias* que o tornam pensável. O fenômeno é posicionado enquanto “objeto indeterminado de uma intuição empírica.”³⁴ E é percebido em razão das categorias.³⁵

Se elimino de um conhecimento empírico todo pensamento (operado pelas categorias), nenhum conhecimento de um objeto qualquer permanece, pois pela simples intuição, nada é pensado a respeito, e o fato de existir em mim essa afecção da sensibilidade não constitui fonte de semelhante representação com qualquer objeto. Se, ao contrário, elimino toda intuição, ainda permanece a forma do pensamento, isto é, a maneira de designar um objeto à multiplicidade de uma intuição possível.

Ao traduzirmos essa epistemologia para o universo jurídico, teremos: posicionamento da disposição normativa (lei, súmula, jurisprudência, precedente, etc.) como um objeto empírico, em um horizonte empírico e não fenomenológico, justamente porque ao sujeito é possível posicionar o fenômeno enquanto “algo no – interior do – mundo”, de toda forma que “mundo” é percebido como um “espaço dado”, “objetivo”, em que o sujeito possa fixar o objeto.³⁶

Para a tradição kantiana “ser no mundo” significa algo como “estar dentro de um espaço mais amplo no interior do qual o *entes em geral* se encontram”. Heidegger comenta essa herança:³⁷

Nós completamos de imediato a expressão, dizendo ser-‘em-o-mundo’, inclinando-os a entender esse ser-em como ‘ser-dentro’. Com esse termo é designado o modo-de-ser de um ente que está ‘em’ um outro ente, como a água ‘no’ copo, a roupa ‘no’ armário. Com o ‘em’ pensamos a recíproca relação-de-ser de dois entes extensos ‘em’ o espaço relativamente a seu lugar nesse espaço. Água e copo, roupa e armário são coisas que estão da mesma maneira ‘em’ um lugar ‘em’ o espaço. Essa relação-de-ser pode ser ampliada, por exemplo: a carteira na sala, a sala de aula na universidade, a universidade na cidade etc., até a carteira ‘no’ espaço do mundo. Esses entes, cujo ser-‘em’-um-outro pode ser assim determinado, têm todos eles o mesmo modo-de-ser da subsistência como coisas que ocorrem ‘no interior’ do mundo.

³⁴ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. Lucimar A. Coghi Anselmi; Fulvio Lubisco. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 31.

³⁵ *Ibidem*. p. 184.

³⁶ “Não podemos imaginar um objeto sem as categorias; não podemos conhecer um objeto imaginado sem as intuições que correspondem a esses conceitos. Entretanto, nossas intuições são sensíveis e o conhecimento é empírico, quando o objeto é dado.” (*Ibidem*. p. 102).

³⁷ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, *cit.* p. 171.

Assim, os imperativos jurídicos estão nos códigos, nos repositórios dos tribunais, nas decisões judiciais, como objetos empíricos, dados ao intérprete *a posteriori* e, assim, passíveis de serem acessados e determinados por meio de uma lógica de propriedade, uma lógica *categorial, a priori*:³⁸

Uma multiplicidade contida numa intuição que chamo minha é representada pela síntese do entendimento como pertencente à unidade necessária da autoconsciência, e isso ocorre mediante a categoria. Esta indica, portanto, que a consciência empírica se encontra submetida a uma consciência pura *a priori*, como ocorre também a uma intuição sensível pura que acontece igualmente *a priori*. Na proposição acima dá-se, portanto, o início de uma dedução dos conceitos puros do entendimento, na qual, visto que as categorias aparecem somente no entendimento independentemente da sensibilidade, ainda necessito abstrair a maneira como a multiplicidade é dada a uma intuição empírica, a fim de considerar apenas a unidade que o entendimento adiciona à intuição por meio das categorias.

A priori, o jurista-intérprete determina os imperativos jurídicos, que lhes são dados na experiência empírica, *a posteriori*, ambos através de categorias puras (metafísica) do seu entendimento. Isso porque os fenômenos são dispostos apenas como representações do *sujeito-cognoscente* e, portanto, existem unicamente na capacidade conceitual dele.³⁹ Ao refutar a “coisa em si”, a epistemologia kantiana impediu qualquer possibilidade de o “fenômeno-se-mostrar-em-si”, a partir do mundo que é o dele – fenômeno – e, por isso, confiou na aptidão intelectual do sujeito a única alternativa do conhecimento.⁴⁰

Proposições jurídicas, para Kant, são hipotéticas, ou seja, são formadas *a partir da* categoria da causalidade, sob a seguinte estrutura lógica: “Se A, então B.”⁴¹ A título exemplificativo, reza o verbete sumular n.º 381 do Superior Tribunal de Justiça: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.” A leitura dessa disposição, pelo intérprete, obedece a categoria da causalidade: “Se o caso

³⁸ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*, cit. p. 91-92.

³⁹ Ao reportar-se a *Ser e tempo*, destaca Gadamer em Heidegger: “Quando mostra o conceito do ser simplesmente dado (*Vorhandenheit*) como um modo deficiente do ser, e quando o reconhece como pano de fundo da metafísica clássica e de sua sobrevivência no conceito moderno da subjetividade, persegue de fato um nexos ontológico correto entre a teoria grega e a ciência moderna. No horizonte de sua interpretação temporal do ser, a metafísica clássica lhe parece, em seu conjunto, como um ontologia do simplesmente dado, e a ciência moderna lhe parece, sem dar-se conta disso, sua herdeira.” (GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 661).

⁴⁰ “[...] os fenômenos não são coisas em si, existem unicamente no próprio homem, quando este possui sentidos. [...] os fenômenos são apenas representações de coisas que são desconhecidas naquilo que em si podem ser. Como meras representações, essas coisas não estão submetidas a outra lei de associação senão a que é prescrita pela faculdade de associar.” (KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*, cit. p. 102).

⁴¹ Cf.: BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. 2. ed. São Paulo: Mandarim, 2000. p. 106.

versar sobre contratos bancários, *então* é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.”

Percebam que ao intérprete só é possível pensar de maneira causal porque ele já tem a categoria da causalidade, ainda que isso não seja cronológico, por mais que ele não tenha a categoria *senão* na aplicação do juízo causal. Mas ter a possibilidade de pensar de maneira causal significa já dispor da condição subjetiva prévia – categorial – de constituição do juízo causal.

Assim, *dado* um caso concreto em que se discuta contratos bancários, o julgador, *a priori*, estaria impedido de conhecer das eventuais abusividades relativas às cláusulas. Eis a constituição de um *a priori* (puro-metafísico) anti-fenomenológico. Para essa tradição filosófica, *a priori* é alguma coisa que condiciona a possibilidade de algo sem se confundir com a dinâmica de realização desse algo: um *a priori* que sempre é alguma coisa que possui uma anterioridade ontológica em relação a. Assim estão conceituadas as *categorias puras e a priori* do entendimento, em Kant.

Acontece que, em Heidegger, *mundo*, ao qual o *Dasein* está aberto segundo a estrutura fundamental *ser-no-mundo* e, nesse sentido, o *entende*, não é um espaço dado, objetivo, portanto categorial, em que o intérprete possa fixar os *entes em geral* – mundo não é a totalidade dos fenômenos da experiência possível. Mas, ao contrário, *mundo* é sempre maior do que a totalidade dos *entes* presentes à vista, ele transcende essa totalidade. *Mundo* é um todo para o qual o todo é sempre maior do que a soma das partes, ele se caracteriza por estar em toda parte e em parte alguma, por isso os fenômenos não podem ser posicionados empiricamente. *Mundo* precisa estar presente para que os *entes* se manifestem, mas, por outro lado, ele não é uma coisa, um objeto empírico ou a soma de todos esses fenômenos: “Para Heidegger, o mundo não é a soma das coisas que existem, mas a condição para que as coisas apareçam.”⁴²

Mais importante é compreendermos que *mundo* é um horizonte fenomenológico, exatamente porque não é um horizonte empírico.⁴³ Assim, os fenômenos (*entes em geral*)

⁴² ALVES, Paulo César; RABELO, Míriam Cristina; SOUZA, Iara Maria. Hermenêutica-fenomenológica e compreensão nas ciências sociais. *Sociedade e Estado*. Brasília: UnB, v.29, n.1, p. 193, jan./abr. 2014.

⁴³ “O próprio Heidegger destacará mais tarde, que a experiência da coisa tem pouco a ver com a pura constatabilidade do mero ser simplesmente dado, como com a experiência das chamadas ciências empíricas [...]. Partimos da base de que na acepção linguística da experiência humana do mundo não se calcula ou mede simplesmente o dado, mas vem à fala do ente, tal como se mostra aos homens, como ente e como significante. É

deixam de *ser* meras representações do *sujeito-cognoscente* – que os intuiria *a posteriori*, empiricamente, e os determinaria a partir de uma lógica transcendental-categorial, *a priori* –, para se fazerem fenômenos, no campo de mostração (de fenomenalidade) que é o deles. Em uma frase, pensar fenomenologicamente é jamais pressupor que algo é para além de seu campo fenomênico.

Retomemos a constituição fundamental do *Dasein*, o existente humano é enquanto “*ser-no*”-“*mundo*”. “*Ser-em*” nos remete à *existência* do *Dasein*, este *ente privilegiado* que pode perguntar sobre o sentido dos *entes em geral* (dos fenômenos). *Existir* significa estar aberto para, ao passo que o existente humano se dá como *ser-para-fora* (*Existenz*). Dessarte, a saber que o *entendimento* é descrição da condição existencial do *Dasein*, de modo que “[...] compreender é um poder que viabiliza (e se realiza como) o existir.”⁴⁴, é possível concluir que o campo aberto pela existência é hermenêutico enquanto significante. Agora, *estar-aberto-a-um-horizonte-hermenêutico* não quer dizer que o *Dasein* é dotado de sentido – assim como ele não tem categorias, também não possui compreensão⁴⁵ –, mas, para que os *entes* se constituam no horizonte de manifestação deles, é preciso sempre que um sentido prévio se projete na existência do *Dasein*. *Em síntese, entender significa projetar sentido, e esse projeto de sentido abre radicalmente a possibilidade de se falar em possibilidades de juízos*. Segundo Heidegger: “O entender, como projetar, é o modo-de-ser do *Dasein* em que este é suas possibilidades como possibilidades.”⁴⁶

Como exposto, “*mundo*” é pensado por Heidegger de uma maneira fenomenológica. Assim, os significados dos fenômenos não nascem no interior de nossas representações, mas são os *entes* que nos seus horizontes fenomênicos conquistam as suas determinações. Portanto, o *mundo* é uma totalidade de significados estruturada a partir dos próprios campos de manifestação dos *entes em geral*.

aqui – e não no ideal metodológico da construção racional que domina a moderna ciência natural matemática – onde se poderá reconhecer a compreensão [...]” (GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 661).

⁴⁴ MELO, Rebeca Furtado de. *Op. cit.* p. 91.

⁴⁵ “Sentido é aquilo em que a entendibilidade de algo se mantém. Denominamos sentido o que é articulável no abrir que entende [...]. Na medida em que entender e interpretação constituem a constituição existencial do ser do ‘aí’, o sentido deve ser concebido como o arcabouço existencial-formal da abertura pertencente ao entender. O sentido é um existencial do *Dasein*, não uma propriedade presa ao ente, que reside ‘atrás’ dele ou flutua em algum lugar como em um ‘reino intermediário.’” (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo, cit.* p. 429). Assim, é correta a seguinte leitura do *Dasein* (*ser-aí*): “O existente humano se dá como ser para fora, na medida em que o ser-aí sempre é existindo em um mundo como horizonte de sentido. *O ser-aí não tem uma compreensão, mas, ao contrário, ele é a partir da compreensão*, na medida em que compreensão é a abertura imediata de possibilidades interpretativas existenciais do ser-aí e de seu mundo.” (*grifo nosso*), (MELO, Rebeca Furtado de. *Op. cit.* p. 90).

⁴⁶ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo, cit.* p. 413.

Acontece que Heidegger compreende esses campos fenomênicos como horizontes *históricos* de manifestação dos *entes* e, nesse sentido, *tempo se torna o horizonte de sentido de ser*. “*Ser é tempo*”: “A elaboração concreta da pergunta pelo sentido de ‘*ser*’ é o objetivo do tratado que se segue. A interpretação do *tempo* como horizonte possível de todo entendimento-do-ser em geral é a sua meta provisória.”⁴⁷

A ontologia fundamental heideggeriana procura perguntar antes pelo fundamento das ontologias, que é o *tempo*. *Ser* nunca significa algo desprovido de historicidade.⁴⁸ Como resultado, a ideia de *ser* como subsistência cuja determinação estaria pressuposta metafisicamente *a priori*, é contraposta a ideia de *facticidade* que se remete a um *horizonte historicamente constituído*.⁴⁹

Heidegger utiliza o termo *facticidade* para se referir à tradição, são critérios historicamente estabelecidos. Essa decisiva passagem heideggeriana nos conduz à compreensão de duas estruturas constitutivas do *mundo* enquanto espaço de manifestação dos *entes em geral*, são a *experiência de compartilhamento* e do *caráter de passado* como condições ontológicas dos fenômenos em suas fenomenalidades.

Ao *Dasein* não há qualquer possibilidade, enquanto *ser-no-mundo*, de não experimentar radicalmente o *campo fenomênico como um horizonte de sentido compartilhado*: “A significabilidade torna manifesto que o mundo é uma rede de referências.”⁵⁰

Assim, os *modos-de-ser* do homem, de se comportar, de julgar, acontecem em um espaço hermenêutico que nunca diz respeito apenas a ele, uma vez que o espaço em que o *Dasein*

⁴⁷ *Ibidem*. p. 31.

⁴⁸ “Heidegger empreende a interpretação do ser, verdade e história a partir da temporalidade absoluta. Pois essa temporalidade já não era mais a da ‘consciência’ ou a do eu-originário transcendental [...]. O que ser significa terá de ser determinado a partir do horizonte do tempo [...]. A tese de Heidegger era: o próprio ser é tempo. Com isso se rompe todo o subjetivismo da mais recente filosofia [...]” (GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 389).

⁴⁹ “A ideia de ser como subsistência constante não motiva unicamente uma determinação extrema do ser do ente do-interior-do-mundo e sua identificação com o mundo em geral, mas impede ao mesmo tempo que se tornem visíveis comportamentos do *Dasein* ontologicamente adequados.” (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, *cit.* p. 289).

⁵⁰ SILVA, Eliana Borges da. *O conceito de existência em Ser e Tempo*. Dissertação de mestrado apresentada na Universidade Federal de Goiás em 2010. p. 92. Ademais, a autora traça o seguinte raciocínio a partir de um exemplo cedido por Heidegger: “Mas o que significa totalidade referencial? Para explicitar, de fato, o fenômeno mundo e sua estrutura a mundanidade, Heidegger [...] recorre à seta de um carro. O motorista ao sinalizar mostra a direção que irá seguir, e assim orienta o posicionamento de outros motoristas e também dos pedestres. Desse modo, a seta remete a uma totalidade referencial. Neste caso, ela remete à totalidade instrumental, ao contexto, dos meios de transporte e regras de trânsito.” (*Ibidem*. p. 61).

existe é comunitário. Como bem dizia Gadamer: “Na realidade, não é a história que pertence a nós mas nós é que a ela pertencemos.”⁵¹

Posto isso, o que realmente nos importa perceber é o quanto essa *rede referencial complexa* é o lugar de determinação do *ser dos entes em geral*. As palavras, por exemplo, não significam o que significam porque o *eu-cognoscente* tem uma definição delas. Os sentidos das palavras nunca são devidos a um ideário individual, mas os são de um *contexto de uso significante*. É sempre um *campo de sentido compartilhado* que determina “*algo como algo*”⁵² – o “*como hermenêutico*”.⁵³

Graças a isso, a hermenêutica jurídica não é transigente com posturas individualistas, originárias de uma experiência restritiva do mundo prático, pouco importando a autoridade ou a forma da disposição. *O importante não é o que o juiz diz, mas desde onde ele diz*. Desde onde significa a partir de que sentido, de quais fundamentos, ele diz o que diz. A um conhecimento hermenêutico o relevante não é propriamente o que o juiz estabelece, isto é, o “conteúdo específico de suas palavras” (sic), mas o horizonte de sentido que torna possível exatamente que essas palavras tenham uma determinação. Uma vez mais, as palavras não têm determinações por elas mesmas.

Textos jurídicos não são fundamentalmente conceituais, como se houvesse um primado das proposições de lei, jurisprudência, súmula, precedente, provimento vinculante, em relação exatamente às estruturas fáticas correlatas, de modo que teríamos uma anterioridade da proposição e de formas de afirmação e negação dos predicados aos sujeitos em relação à constituição desse campo fenomenológico (fático).

⁵¹ GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 415.

⁵² “[...] ‘algo como algo’. Conforme essa estrutura, algo somente é entendido em relação a algo, em conjunção com ele, e de tal maneira que esse confronto *entendedor*, ao mesmo tempo em que reúne, separa o reunido, articulando-o numa interpretação.” (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, cit. p. 449). Nesta outra passagem, Heidegger procura introduzir o caráter relacional, de remissão do *ser* e do significado do que é, enquanto espaço fenomênico em que o *Dasein* está aberto e, assim, *entende*: “O *entender* que será em seguida analisado mais a fundo (cf. § 31) mantém as relações referidas numa abertura prévia. Ao se manter na familiaridade com a abertura das relações, o entender as põe *diante* de si como aquilo em que seu remeter se move. O entender deixa-se remeter nessas relações e por elas mesmas. O caráter relacional dessas relações do remeter nós o apreendemos como *signi-ficar*. Na familiaridade com essas relações, o *Dasein* ‘significa’ a si mesmo, dá-se a entender originalmente seu ser e poder-ser relativamente a seu ser-no-mundo. O em-vista-de-quê significa um para-algo, este significa um para-isto, este significa um junto-a do deixar-que-se-conjunte, este significa um com-quê do conjuntar-se. Essas relações são conexas entre si como uma totalidade originária; elas são o que são, como este significado, em que o *Dasein* se dá previamente a entender a si mesmo no ser-no-mundo. O todo-relacional desse significar, nós o denominamos *significatividade*. Ela é o que constitui a estrutura do mundo, aquilo em que o *Dasein* é cada vez como tal.” (*Ibidem.* p. 259-261).

⁵³ “O *como* hermenêutico é o *como* do nosso mundo prático em que nós já sempre compreendemos as coisas e por isso podemos falar delas através de enunciados assertóricos predicativos.” (STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2004. p. 21-22).

Assim, por exemplo, concordamos com a crítica de André Karam Trindade quando reprovou a decisão do então presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Min. Joaquim Barbosa, obtida na 11ª questão de ordem da Ação Penal (AP) 470, na qual S. Exa. revogou a autorização para trabalho externo concedida a Delúbio Soares na Vara de Execuções Penais do Distrito Federal.⁵⁴

A fundamentação para a supressão do benefício restou limitada à reprodução do art. 37 da Lei de Execução Penal (LEP) que prevê o critério objetivo de cumprimento de um sexto da pena para concessão da autorização, lapso não atendido na ocasião.⁵⁵ Acontece que o art. 35, §2º do Código Penal dispõe a permissão do trabalho externo como uma das características do regime semiaberto, ao qual estava submetido Delúbio Soares, sem qualquer requisito temporal.⁵⁶ Afinal, uma vez cumprido um sexto da pena (excetuando-se os casos de crimes hediondos em que o prazo é de dois quintos para os condenados primários e três quintos para os reincidentes) os apenados nesse regime passam a ter direito à progressão ao regime aberto, o que lhes é mais benéfico.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) – órgão responsável pela uniformidade interpretativa da matéria segundo a própria Constituição Federal (art. 105, III, c, CF) –, inclusive, tem admitido há uma década e meia a concessão do benefício aos condenados em regime semiaberto independentemente do cumprimento de um sexto da pena. Todavia, no caso em comento, o Min. Joaquim Barbosa resolveu ignorar completamente o entendimento há muito compartilhado pelo Tribunal Superior bem como instâncias ordinárias e revogou o benefício, ao que nos parece em um propósito de fazer valer o jugo de seu pretense poder: “se minha decisão vale mais, então é dispensável discutir a sua.”⁵⁷

⁵⁴ Cf.: TRINDADE, André Karam. O dia em que o romance em cadeia virou cadeia sem romance. *Revista Consultor Jurídico* – Coluna Diário de Classe (online). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-17/diario-classe-dia-romance-cadeia-virou-cadeia-romance>>, acesso em: 06/01/2016.

⁵⁵ Art. 37, LEP. A prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de um sexto da pena.

⁵⁶ Art. 35, CP. Aplica-se a norma do artigo 34 deste Código, *caput*, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semiaberto.

§2º O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

⁵⁷ TRINDADE, André Karam. *Op. cit., loc. cit.* Em Gadamer, destacamos: “É claro que toda interpretação tem que começar por algum ponto. Não obstante, seu ponto de partida não é arbitrário. Na realidade não se trata de um começo real. Já vimos como a experiência hermenêutica implica sempre o fato de que, o texto que se trata de compreender, falar a uma situação que está determinada por *opiniões prévias*. Isso não é uma desfocagem lamentável que obstaculize a pureza da compreensão, mas, a condição de sua possibilidade, que caracterizamos como a situação hermenêutica [...]. Dessas considerações se deduz que a hermenêutica não pode conhecer um *problema pelo começo* [...]. O problema do começo, seja como e onde for colocado, é sempre na realidade o

Ao contrário, pois destituída de qualquer crença solipsista, a hermenêutica nos ensina que antes de algo aparecer para nós no interior da estrutura das proposições, antes de pensarmos em termos proposicionais (S é P), algo aparece para o intérprete como algo, ou seja, a partir de uma *rede referenciada*, de um *espaço de compartilhamento significativa*, e esse algo como algo é o fundamento da construção das preposições.⁵⁸ Proposição não é algo que pela primeira vez institui o objeto, mas a proposição já se assenta sobre uma determinação que é mais originária do que isso que ela empreende. *Proposições nunca são originárias*. É como nos ensina Heidegger:⁵⁹

A enunciação não é um comportamento-que-flutua-no-ar e que possa por si mesmo abrir o ente primeiramente, mas se comporta já sempre sobre a base do ser-no-mundo. O que antes foi mostrado sobre o conhecimento-do-mundo não é menos válido para a enunciação. A enunciação necessita de um prévio de um aberto em geral, que ela mostra no modo do determinar. Além disso, no determinar já está contido desde o início um olhar para o-que-deve-ser-enunciado.

Existe um campo de sentido compartilhado que torna possível para o juiz julgar de determinada forma, outro campo de sentido tornaria possível que ele julgasse de outra maneira, em um outro campo, outro juízo seria conforme. O que deve restar claro é que todos os juízos dependem de um horizonte hermenêutico, dizer “decido desta forma” depende da abertura de um espaço significativa, as disposições são resultantes últimas de um compartilhamento de sentido que torna possível qualquer movimentação do julgador. Equivocam-se aqueles que pensam que o juiz decide e assim cria um campo de sentido específico, pois é uma rede referencial que torna possível que ele interprete e decida. Como expusemos, *na hermenêutica fenomenológica, o juiz não tem uma compreensão, mas, ao contrário, ele é a partir da compreensão*.⁶⁰

problema do final, pois é a partir do final que o começo se determina como o começo do final.” (GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 683-684). Em Heidegger: “A abertura do ‘passado’ por conhecimento-histórico, fundada na repetição em-destino, não é ‘subjéitiva’, mas, ao contrário, somente ela garante a ‘objetividade’ do conhecimento-histórico. Pois a objetividade de uma ciência é primariamente regulada por sua aptidão para propor ao entender não encoberto e na originalidade do seu ser o pertinente ente temático.” (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo, cit.* p. 1069).

⁵⁸ “[...] os significados que nos chegam por conta de nossa situação hermenêutica e as possibilidades compreensivas emanadas da distância temporal, não são qualidades ‘subjétivas’ do intérprete, mas, sim, algo que ele compartilha com todos, intersubjetivamente, que a hermenêutica chama de *tradição*. A compreensão, portanto, nunca é um projeto isolado – realizado por um *solus ipse* – mas é sempre um projeto compartilhado. Nunca se compreende sozinho; sempre se compreende com o Outro, ainda que esse Outro não seja visível, fisicamente.” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise, cit.* p. 297).

⁵⁹ *Ibidem.* p. 443.

⁶⁰ Antecipando elementos que exploraremos à frente, é como dispõe Georges Abboud: “Assim, a dimensão interpretativa do direito nos antecede e nos obriga a levarmos em conta toda a dimensão histórico-interpretativa

Portanto, o mundo se abre previamente enquanto *totalidade referencial* orientando a constituição do nosso comportamento, dos nossos juízos, no interior do espaço. Isso posto, agora cuidaremos do *caráter de passado* também constitutivo desse espaço aberto pela existência (pelo entendimento) do *Dasein*.

Com Heidegger, dissemos que existir se torna algo igual a entender, uma vez que o entendimento é uma estrutura existenciária do *Dasein*. Também anotamos que nenhum entendimento é oriundo de processos internos, a partir de categorias do *eu-cognoscente*, mas é estar aberto a um horizonte hermenêutico, isto é, projetar sentidos a partir do mundo – como possibilidades de sentido. Assim, o nosso entendimento ontologicamente abre o mundo, pois sem existir não há mundo, não obstante – e isto tem que ficar claro – o mundo não surge pela primeira vez com a nossa existência, porquanto o caráter do mundo é do que foi, é o caráter de um *sido*, de uma historicidade específica – quando caímos em um tempo, participamos imediatamente da vida histórica desse tempo. Isso significa que quando entendemos, o fazemos em um espaço de possibilidades aberto pela nossa existência, mas que é anterior a nós.⁶¹

Desse modo, o *Dasein* já tem sempre um entendimento (pré-compreensão) de mundo que envolve horizontes históricos-hermenêuticos constituídos, isso mesmo antes de poder enunciar qualquer coisa: “A entendibilidade já está sempre articulada, inclusive já antes da interpretação apropriadora.”⁶² Quando o mundo se abre, se abre o campo de manifestação (fenomenológico) de todos os *entes*, o que se mostrar a partir do foco existencial do intérprete, terá um significado, e todo significado, um nome. Nesse sentido, a abertura compreensiva se

que está por trás de cada conceito jurídico. Em todo conhecimento de nós mesmos e do mundo, sempre já fomos tomados pela nossa própria linguagem, logo, em todo conhecimento jurídico e toda criação de decisão jurídica, já somos tomados pela dimensão linguística do direito. Não é possível cindir interpretação da aplicação. Não podemos decidir e depois buscar fundamento.” (ABBOUD, Georges. *Discricionariade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: RT, 2014. p. 59). Para mais: “[...] é uma verdadeira falácia afirmar que primeiro se decide depois se busca o fundamento. Nessa hipótese, temos uma interpretação inautêntica. Quando se decide e depois se busca a motivação, essa última será *pro forma*. O intuito de uma fundamentação dessas é tão somente a de preencher formalmente um dos elementos da sentença, mas não a aplicação do direito ao caso sob uma perspectiva hermenêutica.” (*Ibidem*. p. 67).

⁶¹ “[...] só o ente que, como adveniente, é-sido, pode, ao se entregar a si mesmo a possibilidade herdada, assumir a própria *dejecção* e ser instantâneo para ‘seu tempo’. Só a temporalidade própria, que é ao mesmo tempo finita, torna possível algo assim como destino, isto é, uma historicidade própria.” (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, cit. p. 1043). “Também para a realização da compreensão que se dá nas ciências do espírito, vale a idéia de que a estrutura da pré-sença [*Dasein*] é um projeto lançado, e de que a pré-sença é, segundo a realização de seu próprio ser, compreender. A estrutura geral da compreensão atinge a sua concreção na compreensão histórica, na medida em que na própria compreensão tornam-se operantes as vinculações concretas de costume e tradição e as correspondentes possibilidades de seu próprio futuro. A pré-sença, que se projeta para seu poder-ser, é já sempre ‘sido’. Este é o sentido existencial do estar-lançado.” (GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 399).

⁶² HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, cit. p. 455.

articula necessariamente com a *linguagem – o mundo fala: articula significados a partir de sentidos compartilhados por uma tradição.*

A experiência originária da linguagem é a experiência da manifestação dos *entes em geral*. Neste ponto, é indispensável a remissão a Gadamer: “Todo compreender é interpretar, e todo interpretar se desenvolve no medium de uma linguagem que pretende deixar falar o objeto [...]”⁶³ Vimos acima que a compreensão envolve uma relação de anterioridade em relação à interpretação, se o *Dasein* não entende o horizonte de sentido, ele não interpreta bem, pois quando interpreta já está articulando seu campo compreensivo, por isso Gadamer dizer que compreender é interpretar. Ademais, deixar falar o objeto – através da linguagem – significa não posicioná-lo (empiricamente), não pressupor uma determinação (categorial) às coisas, mesmo porque os enunciados são derivados últimos de um campo de sentido que torna possível qualquer movimentação do intérprete.

Percebam que a hermenêutica nos convida a pensar o que torna possível o enunciar – isso não é o dizer, mas o sentido (*ser-no-mundo*) a partir do qual se (*Dasein*) diz. Poderíamos dizer, ainda, que não são os enunciados que conduzem os fenômenos, mas são os fenômenos que conduzem os enunciados. Desde o mundo grego, há uma tendência enorme a pensar as palavras como se elas não tivessem base fenomenológica. Isso no mundo moderno foi uma febre. O mundo moderno teve um traço muito nominalista⁶⁴ e, por isso, nós

⁶³ GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 566-567.

⁶⁴ No interior do esclarecimento (do iluminismo) se consolidou uma pretensão de que só se chega plenamente ao conhecimento das coisas (dos objetos) depois que o sujeito suspende todos os preconceitos. Então, a princípio, seria imprescindível suspender todos os preconceitos para que, somente daí, se pudesse reconstruir todo o edifício do conhecimento – puro – a partir exatamente dessa situação zero pré-compreensiva, procedendo método-logicamente a construção do edifício: “Pode reconhecer-se que a *lógica*, desde remotos tempos, seguiu a via segura, pelo fato de, desde Aristóteles, não ter dado um passo atrás, a não ser que se leve à conta de aperfeiçoamento a abolição de algumas sutilezas desnecessárias ou a determinação mais nítida do seu conteúdo, coisa que mais diz respeito à elegância que à certeza da ciência. Também é digno de nota que não tenha até hoje progredido, parecendo, por conseguinte, acabada e perfeita, tanto quanto se nos pode afigurar. Na verdade, se alguns modernos pensaram alargá-la, nela inserindo capítulos, quer de *psicologia*, referentes às diferentes faculdades de conhecimento (a imaginação, o espírito), quer *metafísicos*, respeitantes à origem dos conhecimentos ou às diversas espécies de evidência, consoante a diversidade dos objetos (idealismo, cepticismo, etc.), quer *antropológicos*, relativos aos preconceitos (suas causas e remédios), provém isso do seu desconhecimento da natureza peculiar desta ciência. Não há acréscimo, mas desconfiguração das ciências, quando se confundem os seus limites; porém, os limites da lógica estão rigorosamente determinados por se tratar de uma ciência que apenas expõe minuciosamente e demonstra rigorosamente as regras formais de todo o pensamento (quer seja *a priori* ou empírico, qualquer que seja a sua origem ou objeto, quer encontre no nosso espírito obstáculos naturais ou incidentais)” (KANT, Immanuel. Prefácio da segunda edição. In: _____. *Crítica da razão pura*. Trad. Alexandre Fradique Morujão; Manuela Pinto dos Santos. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001).

Acontece que os preconceitos são decisivos da nossa experiência dos *entes*. O que nós vemos, como nós vemos, depende fundamentalmente dos horizontes históricos. Ciente disso, Gadamer pensa os preconceitos e logra desdramatizar a suspensão radical dos horizontes hermenêuticos: “Quem quer compreender um texto, em princípio, deve estar disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si. Por isso, uma consciência formada

herdamos a propensão em pensar que são as palavras que conduzem as coisas; quando, na verdade, são as coisas que conduzem as palavras: “O todo-de-significação da entendibilidade *accede à palavra*. Das significações nascem as palavras, e não são as palavras que, entendidas como coisas, se proveem de significações.”⁶⁵ Lenio Streck, por exemplo, percebe essa recepção equivocada perante os modernos ao afirmar que: “[...] o texto não carrega o seu próprio sentido – sendo a norma [*o nome*] o produto da atribuição de sentido ao texto.”⁶⁶

Com o propósito de aclararmos essa experiência hermenêutica-fenomenológica, pensemos em Franz Kafka e sua obra “*O processo*”. Impressiona notar a amplitude descritiva que o escritor realiza das personagens e dos ambientes que conformam a narrativa. No terceiro capítulo, por exemplo, Kafka “gasta” uma página do livro para representar um corredor de uma sala de espera de um cartório.⁶⁷ O ponto é: Kafka não desenvolve todas as descrições porque ele tem muitas palavras, não são as palavras que conduzem sua imaginação; mas é porque ele tem uma imaginação rica que ele precisa de muitas palavras. Kafka tem uma descrição de um *mundo que se mostra* multiforme e, por isso, precisa das muitas palavras suficientes a determinarem este universo.

No Direito, não pode ser diferente. O jurista tem acesso aos textos jurídicos – leis, jurisprudência, precedentes, provimentos vinculantes, doutrina –, que nada mais são do que o mundo regionalizado aberto ontologicamente pela existência dele. Todos esses textos formam um campo *fenomenológico* (não empírico) cujo caráter é compreensivo, pois é esse horizonte hermenêutico constituído que possibilita os juízos.

A hermenêutica jurídica tem um acesso fenomenológico pois precede todo tipo de fundamentação transcendental pelo entendimento. Lembremos que a fenomenologia suspende radicalmente todo e qualquer gesto posicionador de essências,⁶⁸ de todo modo que não

hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem ‘neutralidade’ com relação à coisa nem tampouco auto-anulamento, mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes. O que importa é dar-se conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade e obtenha assim a possibilidade de confrontar sua verdade com as próprias opiniões prévias.” (GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 405).

⁶⁵ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, cit. p. 455.

⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, cit. p. 306. Muito interessante, ainda, é esta outra passagem do autor quando trata de textos jurídicos: “[...] quando o juiz profere um julgamento considerado como ‘em contrariedade à lei’, na realidade está proferindo um julgamento contra-aquilo-que-a-doutrina-e-a-jurisprudência-estabeleceram-como-o-arbitrário-juridicamente-prevalecente-do-sentido-daquela-texto-normativo [...]” (*Ibidem.* p. 307).

⁶⁷ Cf.: KAFKA, Franz. *Op. cit.* p. 66.

⁶⁸ Podemos definir “*essência*” como o que se determina antes de algo ser o que é. *Essência* é aquilo que já era para ser.

podemos pressupor (categóricamente) o sentido dos textos, enquanto eventos jurídicos, para além de seus horizontes históricos de manifestação, pois, desta forma, estaríamos desconsiderando a dinâmica prática e compartilhada de realização desses eventos.

Interpretar fenomenologicamente, portanto, não é conhecer de propriedades ônticas dos *entes*, mas um determinar a estrutura do seu *ser*, através da *linguagem*. “*O ser que pode ser compreendido é linguagem.*”⁶⁹ Linguagem não é alguma coisa que caracteriza o homem porque este tem uma capacidade abstrativa categorial que torna possível a produção de proposições. Mas, ao contrário, a nossa experiência é de linguagem porque nós participamos do aparecimento dos entes na estrutura fática desse *acontecimento*, na dinamicidade prática desse *acontecimento*.⁷⁰ Por isso, a analítica existencial de Heidegger não transgride a assunção do caráter histórico das palavras, exatamente porque *sendo* um *ser-no-mundo*, ratifica na facticidade de cada *ente* a historicidade que é a dele.

A experiência hermenêutica fenomenológica contradiz a analítica transcendental (kantiana) pois aponta para uma totalidade de significados que nascem de uma maneira prática, em contextos de utilização prática, e não na pretensa experiência subjetiva de determinação categorial dos objetos. A filosofia hermenêutica não condiciona a determinação dos *entes*, sem se confundir com a dinâmica de realização desses *entes*. Afinal, como questiona Gadamer: “*existirá uma realidade que permita buscar com segurança o conhecimento do universal, da lei, da regra, e que encontre aí a sua realização? Não é a própria realidade o resultado de sua interpretação?*”⁷¹

⁶⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 687.

⁷⁰ Dentre outros marcos importantes, os autores Rafael Tomaz de Oliveira e Lenio Luiz Streck abordam corretamente o caráter de *acontecimento* histórico das ontologias (do *ser* dos *entes*): “[...] com Heidegger, tem-se uma verdadeira renovação da intenção da filosofia e do próprio método fenomenológico: quando à filosofia, Heidegger a libera do corte opressivamente teórico que a marcava desde Descartes e a matematização do pensamento na modernidade, e abre caminho para sua invasão pela história, para a colocação da história como modelo de pensamento; ao passo que, na fenomenologia, enquanto *como* da investigação ou método, o filósofo rompe com a orientação para a descrição daquilo que é dado à consciência pela intencionalidade, para estabelecer a superação dos atrelamentos existentes na linguagem que implicam em encobrimento das *possibilidades* existentes na tradição. Heidegger substitui o termo ‘dado’ [...] por *acontecer*, procurando apontar para a compreensão do ser na abertura do ser-aí.” (OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; STRECK, Lenio Luiz. Algumas indicações sobre o método fenomenológico-hermenêutico. *Revista Consultor Jurídico – Coluna Diário de Classe* (online). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-26/diario-classe-indicacoes-metodo-fenomenologico-hermeneutico>>, acesso em: 20/01/2016).

⁷¹ GADAMER, Hans-Georg, *apud* STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed., 2 tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 281.

Realizadas essas considerações, provemos agora de trabalhá-las melhor junto à noção de *interpretação* para que possamos concluir este primeiro capítulo o mais familiarizados com o *círculo hermenêutico*.

O *Dasein* é livre para interpretar. Mas isso não quer significar que tenha liberdade para decidir, a partir de si, sem jugo. É livre porque é originariamente indeterminado, ou seja, não possui qualquer determinação ontológica.⁷² Nós não temos quaisquer categorias possibilitadoras do nosso entender.⁷³ Agora, admitir essa constatação heideggeriana implica em assumir que não há qualquer lógica compreensiva natural ao *Dasein*, pois nós não temos qualquer comportamento compreensivo padrão – se o *Dasein* é indeterminado ontologicamente, ele não tem nenhuma “tendência compreensiva”. De modo algum é natural que compreendamos de uma ou outra maneira. Não é naturalmente lógico que compreendamos o prazo de dois anos para propositura de uma ação rescisória, por mais que haja uma disposição legal que diga exatamente isso.

Não obstante, é evidente que todos “temos” uma certa “estabilidade compreensiva”, ninguém propõe uma rescisória depois de dez anos do trânsito em julgado da decisão. Acontece que essa “experiência comportamental” não é possibilitada pelo *Dasein* – ele próprio –, mas é oriunda de uma sedimentação significativa histórica. O *Dasein* é essencialmente hermenêutico, ou seja, nós somos seres que nos realizamos (compreendemos) sempre a partir do horizonte histórico que é o nosso. Se fosse possível suprimir esse horizonte, para nós, nada seria possível.

Nesse sentido, o que Heidegger propõe é um acompanhamento coerente das possibilidades compreensivas originárias de um *ente* indeterminado – o *Dasein* –, mas, ao

⁷² “A ‘essência’ do *Dasein* reside em sua existência. Os caracteres que podem ser postos à mostra nesse ente não são, portanto, ‘propriedades’ subsistentes de um ente que subsiste com este ou com aquele ‘aspecto’, mas modos-de-ser cada vez possíveis para ele e somente isso.” (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, cit. p. 139-141).

⁷³ Com a indeterminação ontológica do homem, Heidegger contraria uma tradição filosófica de mais de dois mil anos – já presente em Aristóteles e “aperfeiçoada” em Kant: “A mesma função que num juízo dá unidade às várias representações também dá, numa intuição, unidade à simples síntese de várias representações: tal unidade, expressa de maneira geral, é denominada conceito puro do entendimento. Desse modo, o mesmo entendimento e isso por meio das mesmas ações pelas quais realizou em conceitos a forma lógica de um juízo por meio da unidade analítica, realiza também um conteúdo transcendental em suas representações mediante a unidade sintética da multiplicidade da intuição em geral. Essas representações, por essa razão, são denominadas conceitos puros do entendimento, que se reportam *a priori* a objetos, o que a lógica geral não pode efetuar. Assim, nascem precisamente tantos conceitos puros do entendimento, relacionados *a priori* a objetos da intuição em geral, quantas eram na tábua anterior as funções lógicas nos juízos possíveis. Com efeito, por meio dessas funções, o entendimento é totalmente esgotado, e sua faculdade, completamente medida. Chamaremos categorias, de acordo com Aristóteles, esses conceitos, na medida em que nossa intenção, em princípio, se ajusta com a de Aristóteles, embora dela se distancie bastante na realização.” (KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*, cit. p. 70-71).

mesmo tempo, determinável no interior de campos hermenêuticos de realização dessas possibilidades. Por isso dizer que *entender é projetar sentidos*,⁷⁴ como nós não contamos com “conceitos puros do entendimento” (Kant), nossas possibilidades compreensivas deixam de ser algo dado *a priori*, para se projetarem fenomenologicamente naquilo que no nosso *horizonte hermenêutico compartilhado* aparece como passível de *interpretação*: “Esta [interpretação] não projeta uma ‘significação’ sobre um subsistente nu, vestindo-o com um valor; mas, com o-que-vem-de-encontro no interior-do-mundo, a interpretação como tal já tem sempre uma conjunção aberta no entender-mundo, conjunção que a interpretação põe à mostra.”⁷⁵

Assim, interpretar é conformar as possibilidades abertas pelo entendimento-de-mundo, no caráter fático deste.⁷⁶ Interpretar não mais significa traduzir dados sensíveis – os objetos externos – em linguagem conceitual, a partir de estruturas lógicas categoriais;⁷⁷ mas implica em *atualizar, desdobrar o compreensível* de modo que algo se mostre como algo e daí signifique, requisitando um nome do intérprete. Nas palavras de Heidegger:⁷⁸

Chamamos *interpretação* o desenvolvimento do entender. Na interpretação, o entender, entendendo, apropria-se do seu entendido. Na interpretação, o entender não se torna algo diverso, mas torna-se ele mesmo. A interpretação se funda existencialmente no entender e este não surge dela. A interpretação não consiste em tomar conhecimento do entendido, mas em elaborar possibilidades projetadas no entender.

Posto isso, podemos melhor ouvir o seguinte adágio da compreensão heideggeriana: “O entender, como projetar, é o modo-de-ser do *Dasein* em que este é suas possibilidades como possibilidades.” *Possibilidades como possibilidades* nos remete à noção de que as possibilidades de juízo não são quaisquer, porque nem tudo é possível no mundo (do direito) e, visto que a interpretação não institui campos de sentido, mas toda

⁷⁴ “O *Dasein* como entender projeta seu ser em possibilidades. Esse entendedor *ser para possibilidades* é ele mesmo um poder-ser, pelo efeito contrário que as possibilidades como abertas têm sobre o *Dasein*.” (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, cit. p. 421).

⁷⁵ *Ibidem*. p. 425.

⁷⁶ “Como apropriação-de-entendimento, a interpretação se move em um ser entendedor relativamente a uma já entendida totalidade-de-conjunção.” (*Idem*).

⁷⁷ “Para a hermenêutica tradicional a interpretação (*interpretation*) funcionava como meio óbvio para entender (*intelligere*). Quem não compreendia uma passagem do texto, precisava recorrer a uma interpretação, cujo *telos* natural era proporcionar uma compreensão. [...] De modo que primeiro havia a interpretação e a partir daí se dava a compreensão. Em contra-partida, a hermenêutica existencial de Heidegger, nova e desafiante para a tradição, quase inverte a toda essa relação teleológica. Agora, o primeiro será o compreender e a interpretação consistirá apenas na formação ou elaboração da compreensão (*verstehen*).” (GRONDIN, Jean. *Introducción a la hermenêutica filosófica*. Trad. Ángela A. Pilári. Barcelona: Herder, 2002. p. 143).

⁷⁸ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, cit. p. 421.

interpretação já se move no interior do (pré)compreendido – de um primeiro campo de possibilidades –, as possibilidades de julgamento se mostram previamente delimitadas por um espaço de compartilhamento (conjunção) prático de sentido.

Em suma, entender significa abrir campos de sentido. Quando esses campos *hermenêuticos* se abrem, as possibilidades de juízos *apofânticos* se determinam – enquanto projetos de sentido-no-mundo.⁷⁹ Mas essa determinação não é imediata, pois o campo de sentido abre possibilidades do seu *ser* e estas possibilidades são *atualizadas* pela interpretação. Não obstante, a *atualização interpretativa* desse campo potencial não é outra coisa senão uma articulação das estruturas fáticas que estão desde o princípio presentes nesse campo de sentido, visto que esse campo abre o mundo e o mundo não é construído pelo intérprete-solipsista. Ao contrário, o mundo aponta para processos históricos sedimentados, de modo que já se estrutura de uma tal forma que quando o entendimento abre um campo de sentido, o que se atualiza por meio da interpretação já é previamente constituído nos seus limites pela facticidade.⁸⁰

Percebam que Heidegger supera a ideia abstrata de possibilidades enunciativas. Tudo o que no horizonte hermenêutico não se torna possível fenomenologicamente, não se torna possível de ser atualizado interpretativamente. Uma vez mais, interpretar é conformar as possibilidades abertas pelo entendimento, de modo que se o sujeito quiser interpretar plenamente, ele precisa se colocar no horizonte compartilhado de sentido a partir do qual a interpretação se realiza.

Nada obstante, ainda que a filosofia hermenêutica heideggeriana nos fale de um caráter mais originário do entendimento em relação à interpretação, é impreciso concluirmos que haveria “um primeiro momento” em que compreendemos e, depois, um “segundo momento” em que interpretamos. Na verdade, quando as possibilidades compreensivas aparecem para o *Dasein*, significa que ele já interpretou. A interpretação já é da ordem da

⁷⁹ “Assim, a enunciação não pode negar sua origem ontológica a partir da interpretação que-entende. O ‘como’ originário da interpretação do ver-ao-redor entendido nós o chamamos ‘como’ *hermenêutico-existenciário*, para diferenciá-lo do ‘como’ *apofântico* da enunciação.” (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, cit. p. 447). Sobre o *logos apofântico*, é clara a seguinte leitura feita sobre a filosofia heideggeriana: “Pensar sobre entes significa ser capaz de um *logos apofântico* sobre entes. O *logos apofântico* é um dizer referido a algo, segundo a estrutura fundamental do algo enquanto algo. Pensar é dizer algo como algo, mostrando-o ou como efetivamente é ou como efetivamente não é.” (REIS, Róbson Ramos dos. Nota sobre a origem da negação em *O que é metafísica? O que nos faz pensar*: PUCRJ, v. 23, p. 140, jun./2008).

⁸⁰ “Porque a existência é cada vez só como factualmente dejectada, o conhecimento-histórico pode abrir a força silenciosa do possível com penetração tanto maior quanto mais concreta e mais simplesmente entenda e ‘se limite’ a exibir o ser-sido-no-mundo a partir de sua possibilidade.” (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, cit. p. 1067).

enumeração de possibilidades abertas pela compreensão, justamente porque o entendimento abre um campo de sentido que, a princípio, só tem realidade na interpretação. Enquanto não há possibilidades demarcadas, não há interpretação. Assim, não há um momento em que o homem tenha compreensão ou interpretação pura e simplesmente. A compreensão já vem sempre articulada em um campo de possibilidades que já estão sendo interpretadas, ou seja, *atualizadas*.

Vale acentuarmos essa “qualidade” *atualizadora* do interpretar. Dissemos que toda interpretação se move em uma estrutura hermenêutica constituída, que o modo como enunciamos as coisas depende fundamentalmente de contextos significantes prévios e atribuíveis a elas – coisas: “Toda interpretação que deva contribuir para o entendimento já deve ter entendido aquilo por interpretar.”⁸¹ Então, fatalmente, surgem algumas corolárias questões: “Mas não é manifesto o círculo [*vicioso*] em que tal empresa incorre? Ter de determinar primeiramente um ente *em seu ser* e, sobre esse fundamento, querer fazer a pergunta pelo ser, que é isto senão andar em círculo? Já não se ‘pressupõe’ na elaboração da pergunta aquilo que só a resposta deve trazer?”⁸²

Pensemos nos textos jurídicos. Se para que possamos dizer algo sobre eles, temos necessariamente que a eles nos remetermos e, assim, ouvi-los: “Quem quer compreender um texto, em princípio, deve estar disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si.”⁸³ Esse interpretar hermenêutico não orientaria a nossa fala ao já dito? Sem dúvida, não.

Como antecipamos, o conhecimento hermenêutico proposto por Heidegger e aceito por Gadamer⁸⁴ contrapõe um legado filosófico-analítico enquanto prova que os termos não possuem conteúdo, mas dependem sempre do horizonte de sentido *a partir do qual* são empregues. *Por isso, um interpretar só há, se pensada as palavras naquilo que nelas próprias*

⁸¹ *Ibidem*. p. 431. Em Gadamer, destacamos: “A tarefa hermenêutica se converte por si mesma num questionamento pautado na coisa, e já se encontra sempre determinada por este. Com isso o empreendimento hermenêutico ganha um solo firme sob seus pés.” (GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 405).

⁸² HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, *cit.* p. 47.

⁸³ GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 405.

⁸⁴ “Uma história resumida da moderna hermenêutica filosófica tem seu desenvolvimento através de três estágios: o primeiro, como uma metodologia de interpretação textual; o segundo, como uma metodologia para as *Geisteswissenschaften* em geral; e o terceiro, como um modo de investigação ontológica fundamental (este último levado em transformação dos outros dois primeiros). Esses três estágios podem ser organizados em torno de três pensadores (embora haja antecessores importantes, principalmente Lutero): Ast e Schleiermacher; Dilthey e York; e Heidegger e Gadamer. Nos trabalhos destes últimos, dá-se exatamente a relação entre hermenêutica e ontologia, a relação que pode ser por outro lado pensada como central para a sua própria apropriação e reconceitualização da hermenêutica que, entretanto, também entra em questão aqui.” (MALPAS, Jeff. O aceno da linguagem: a transformação hermenêutica no pensamento de Heidegger. Trad. Alexander de Carvalho. *Ekstasis: revista de hermenêutica e fenomenologia*, v.1, n.1. Rio de Janeiro: UERJ, p. 144, 2012).

não se expressa. Muito simbólica, nesse sentido, é a definição de Hermenêutica concedida por Gadamer a Jean Grondin quando entrevistado: “A hermenêutica é isto: o saber do quanto fica, sempre, de não dito quando se diz algo.”⁸⁵

Heidegger construiu uma filosofia – ontológica-fundamental – para questionar o fundamento do *ser* até então impensado por uma tradição metafísica.⁸⁶ Por isso enfrentou uma herança filosófica “cujos primórdios recuam até Platão e Aristóteles”⁸⁷ e “[...] segue, como em Descartes e Kant, também ali onde ela se torna ‘crítica’, constantemente na esteira da representação metafísica”⁸⁸, portanto, refém de uma interpretação técnica do pensar, dado que “[...] representa realmente o ente em seu ser e pensa assim o ser do ente. Mas não pensa a diferença de ambos.”⁸⁹

Brevemente, em Aristóteles a determinação das coisas do mundo derivaria de uma *essência* natural aos objetos externos. Ao buscar o sentido de algo, o intérprete extrairia a essência desse objeto, a essa afetação se daria uma primeira abstração que tornaria possível uma imagem e, desta, um conceito.⁹⁰ Desse modo, o intérprete traduziria a essência do objeto

⁸⁵ ALMEIDA, Custódio; FLICKINGER, Hans-Georg; ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica*: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer. Porto Alegre: Edipucrs, 2000. p. 211. Ao abordarem essa descrição, os professores Altair Alberto Fávero e Gionara Tauchen acertam em dizer que: “O não dito aponta para um espaço de sentido que a interpretação do dito só pode alcançar quando aceita sua provocação.” (FÁVERO, Altair Alberto; TAUCHEN, Gionara. Didática, hermenêutica e pluralidade em educação. *Revista Educação*. Porto Alegre: Edipucrs, v. 35, n. 1, p. 104, jan./abr. 2012).

⁸⁶ Interessante notar que Heidegger não critica a metafísica em um sentido mais imediato que esse verbo possa significar, como se estivesse detectando uma incorreção da metafísica. Mas o que realmente importa para o filósofo é perguntar pelo fundamento da metafísica – um fundamento impensado para a tradição-filosófica-Metafísica –, haja vista que a metafísica é uma possibilidade do existir humano: “Todo o humanismo se funda ou numa Metafísica ou ele mesmo se postula como fundamento de uma tal metafísica [...] a necessidade e a natureza particular da questão da verdade do ser, esquecida na Metafísica e através dela, só pode vir à luz levantando-se no próprio seio da Metafísica a questão: que é Metafísica? De início, questões acerca do ‘ser’ e sobre a verdade do ‘ser’ podem ser apresentadas como questões ‘metafísicas.’” (HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre o humanismo*, cit. p. 20-21). Mas, então, o que tornaria a metafísica possível? Para Heidegger, é a historicidade das ontologias. Acontece que a Metafísica da tradição filosófica hostiliza essa historicidade: “Em primeiro lugar, no tocante às fontes do conhecimento metafísico, elas não podem, já segundo o seu conceito, ser empíricas. Os seus princípios (a que pertencem não só seus axiomas, mas também o seus conceitos fundamentais) nunca devem, pois, ser tirados da experiência: ele deve ser conhecimento, não físico, mas metafísico, isto é, que vai além da experiência. Portanto, não lhe serve de fundamento nem a experiência externa, que é fonte da física propriamente dita, nem a experiência interna, que constitui o fundamento da psicologia empírica. É, por conseguinte, conhecimento *a priori* ou de entendimento puro e de razão pura.” (KANT, Immanuel. *Prolegômenos a toda a metafísica futura*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70. p. 23-24). Desta forma, Heidegger escreve sobre a necessidade de perguntarmos acerca do caráter de acontecimento histórico das ontologias, para que possamos reconduzir a metafísica ao fundamento impensado da Metafísica. Ou seja, a crítica heideggeriana à Metafísica reside na posição assumida historicamente pela filosofia em desconsiderar a essência – histórica – própria à metafísica.

⁸⁷ Cf.: HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre o humanismo*, cit. p. 9.

⁸⁸ *Ibidem*. p. 35.

⁸⁹ *Ibidem*. p. 21.

⁹⁰ “No fundo, o sistema aristotélico é uma releitura do pensamento de Platão, uma vez que Aristóteles descobre uma brecha no sistema do seu mestre: como poderemos falar de essências subsistentes? Nele a linguagem não

externo em conceito. Os sentidos do mundo estariam, *a priori*, “objetificados” nessa matriz teórica – eles não seriam manifestações na linguagem, pois desde sempre já estariam *pressupostos* em suas próprias essências. Como Lenio Streck costuma escrever, na metafísica clássica as palavras desde sempre já refletem a essência das coisas – consoante um “mito do dado”.⁹¹

Desse modo, por exemplo, o que garantiria a palavra “norma” um significado atemporal, eterno e imutável seria exatamente uma subjacente “essência de normatividade” que o próprio conceito de “norma” comportaria em seu *ser a-histórico*. Da mesma forma, não fosse sua “essência de ilicitude”, “a coisa ilícita” deixaria de ser invariavelmente proibida e o intérprete poderia entendê-la factualmente permitida. Em uma palavra, na metafísica clássica, a essência do *ser* detém o *ente* na objetividade: “[...] a permanência da essência é pressuposta como fundamento da unidade do sentido: *é porque as coisas têm uma essência que as palavras têm sentido.*”⁹²

Também rendida à metafísica (moderna), podemos dizer que a epistemologia kantiana “inverte” esse fundamental: “Não há mais conhecimento metafísico, interessa apenas a metafísica do conhecimento.”⁹³ Agora, é a subjetividade do intérprete que posiciona as

manifesta, mas significa as coisas [...]. A questão está na *adequatio*, é dizer, na conformidade entre a linguagem e o ser. *Pressupõe uma ontologia. Ou seja, Aristóteles acreditava que as palavras só possuíam um sentido definido porque as coisas possuíam uma essência.*” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, cit. p. 158).

⁹¹ “El ser se entiende de muchas maneras, pero estos diferentes sentidos se refieren a *una sola cosa, a una misma naturaleza*, no habiendo entre ellos sólo comunidad de nombre; mas así como por sano se entiende todo aquello que se refiere a la salud, lo que la conserva, lo que la produce, aquellos de que es ella señal y aquello que la recibe; y así como por medicinal puede entenderse todo lo que se relaciona con la medicina, y significar ya aquellos que posee el arte de la medicina, o bien lo que es propio de ella, o finalmente lo que es obra suya, como acontece con la mayor parte de las cosas; en igual forma el ser tiene muchas significaciones, pero todas se refieren a *un principio único. Tal cosa se llama ser, porque es una esencia [...]*” Isto é: “Se entende o ser de diversas maneiras, mas esses diferentes sentidos se referem a *uma só coisa, a uma mesma natureza*, não havendo entre eles apenas o nome em comum; mas, assim como que por saudável entende-se tudo aquilo que se refere à saúde, o que a conserva, o que a produz, aquilo de que é ela sinal e aquilo que a recebe; e assim como por medicinal pode ser entendido tudo o que diz respeito à medicina, e já significar aqueles que possuem a arte da medicina, ou também o que é próprio dela, ou finalmente o que é seu trabalho, como acontece com a maior parte das coisas; da mesma forma o ser tem muitos significados, mas todos se referem a *um princípio único*. Esta coisa se chama ser, porque é uma essência [...]” (*grifo nosso*), (trad. livre), (ARISTÓTELES. *Metafísica*. Trad. Patricio Azcárate. 13. ed. Madrid: Espasa-Calpe, 1990. p. 101-102).

⁹² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, cit. p. 158. Com Marcio Tavares d’Amaral, o autor conclui: “Como contraponto, tanto o idealismo platônico como o essencialismo realista aristotélico, embora discordantes entre muitos aspectos, convergem num ponto considerado por Platão e Aristóteles como fundamental: seja qual for a sua sede ou o seu lugar de origem, a verdade está enquanto tal preservada da corrupção e da mudança para sempre. *O absoluto preside neste sentido o esforço filosófico da metafísica, do século IV a.C ao século XIX da nossa era.*” (*Ibidem*. p. 159).

⁹³ STEIN, Ernildo. *Uma breve introdução à filosofia*. 2. ed. Rio Grande do Sul: Unijuí, 2005. p. 76. No mesmo sentido, destacamos: “Em Kant, ao contrário do que se pensava na tradição aristotélico-tomista, as categorias estão na mente e são as coisas que se conformam com essas categorias.” (ABBOUD, Georges; CARNIO,

coisas na objetividade delas. Para Kant, é porque *o sujeito* tem uma capacidade abstrativa categorial que *ele chega à linguagem*,⁹⁴ daí as palavras serem representadas a partir de um espaço puramente transcendental, de modo a seus significados restarem absolutamente desprovidos de constituição histórica. A razão kantiana estava mais preocupada com a certeza e menos com a verdade – nada a ser disfarçado na Doutrina do Direito proposta pelo filósofo:

Ninguém duvidará que a doutrina pura do direito necessita de primeiros princípios metafísicos, porque tem ela a ver somente com a *condição formal* de escolha a ser limitada nas relações externas de acordo com leis da liberdade, desconsiderando qualquer *fim* (a matéria da escolha). Neste ponto, a doutrina dos deveres é, por via de consequência, uma mera *doutrina científica (doctrina scientiae)*.

A filosofia hermenêutica de Heidegger opõe-se à metafísica clássica porque não se fundamenta na *essência das coisas*; e nega a metafísica moderna pois não submete a compreensão-do-mundo à *transcendência de estruturas lógicas-formais*. *A priori*, para a hermenêutica, não é alguma coisa – essencial ou categorial – que condiciona a possibilidade deliberativa de algo, sem se confundir com a dinâmica de realização desse algo.⁹⁶ A estrutura *ser-no-mundo é a priori*, mas não porque é condição abstrata de possibilidade da experiência do mundo, mas porque quando o *Dasein* entende, ele já o faz atualizando as possibilidades abertas em um horizonte fático, em cada instante, isto é: “[...] em cada situação concreta de

Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: RT, 2013. p. 188).

⁹⁴ Vale lembrar que para Heidegger a ontologia é outra: na verdade, o intérprete tem a abertura de um sentido e a constituição de um horizonte, o que aparece como algo é o que no interior de um horizonte hermenêutico sedimentando pode aparecer. Nem tudo vai aparecer para o *Dasein*. A abertura do significado depende fundamentalmente da sedimentação de campos históricos (hermenêuticos). Dessarte, sempre que algo aparece como algo, a linguagem se faz presente. A linguagem não é tardia em relação a constituição do algo como algo – *não é que o intérprete tenha um processo cognitivo que torna possível a abstração e a construção do algo como algo; mas o algo como algo é a base da experiência mesmo representacional*. Essa é a diferença que faz toda diferença. Esta é a crítica de Heidegger à epistemologia kantiana “*tardia*”: “Ao mostrar como toda visão se funda primariamente no entender – o ver-ao-redor do ocupar-se é no entender como *entendibilidade* – suprimiu-se a precedente do puro intuir, que corresponde noeticamente à tradicional primazia ontológica do subsistente. ‘Intuição’ e ‘pensar’ ‘são ambos derivados já distantes do entender. Também a fenomenológica ‘visão de essência’ se funda no entender existenciário. Em relação a essa espécie de ver deve-se decidir primeiramente sobre como se obtêm os conceitos expressos do ser e de estrutura-de-ser, os únicos que podem ser fenômenos em sentido fenomenológico.” (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, cit. p. 419).

⁹⁵ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad., textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 2003. p. 219.

⁹⁶ “Portanto, não se trata mais de perguntar pela ‘essência’ das coisas, tampouco por aquilo que o sujeito tem certeza de que sabe (no caso do conceito subjetivista), mas, sim, perguntar pelas condições de acesso ao universo simbólico e significativo produzido pela linguagem.” (ABBOUD, Georges. *Discricionarietà administrativa e judicial*, cit. p. 59).

uma maneira nova e distinta.”⁹⁷ Neste sentido, *a compreensão é sempre um projeto e nunca um pressuposto.*

Apreendida essa “hermenêutica da facticidade”⁹⁸ afirmamos que *interpretar é sempre dizer mais do que alguém disse.* Essa proposta envolve algumas noções. Primeiro, devemos ter claro que interpretar não significa remetermo-nos às disposições de lei, jurisprudência, súmulas, provimentos vinculantes, precedentes – *entes em geral* – e dizermos, com nossas palavras, o que os legisladores ou juízes já disseram. Para que essas autoridades tenham dito, foi preciso que se movimentassem em um horizonte hermenêutico – *ser* – que permanece silenciado em todos esses enunciados. Enquanto simplesmente reproduzirmos essas disposições, não compreenderemos os fundamentos que as possibilitaram, portanto é necessário conferirmos voz ao sentido dos textos segundo os textos.⁹⁹

Face aos textos (jurídicos) não pensar a diferença entre *ser* e *ente* significa hipostasiar sentido de texto e texto, ignorar uma dimensão ontológica-hermenêutica que (a)guarda a leitura do texto diante do enunciado ôntico-*apofântico* deste – texto. Por isso falar Gadamer que “Escrita é auto-alheamento.”¹⁰⁰ Precisamente porque o sentido dos enunciados não está (*essencialmente*) em seus textos. Ao sustentarmos que as palavras não têm determinações por elas mesmas, somos levados a admitir que os sentidos dos textos são representados com demasiada ingenuidade como os textos, ao modo das disposições conhecidas, que operariam como causa e, outrossim, seriam operadas como efeito dos significados em geral.¹⁰¹

Também não se fundamenta a hermenêutica (jurídica) em raciocínios puramente silogísticos. Visto que não há texto que se avaliza a si mesmo, é equivocado admitirmos premissas universais. Universal é aquele elemento comum a todos os elementos em um conjunto, sem que se confunda com nenhum deles. Há uma pretensão da tradição metafísica consistente em alcançar o universal através da absoluta simplicidade dele. Uma simplicidade que surge rigorosamente da negação de todo particular. Esse cenário, para o Direito, culmina

⁹⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 461.

⁹⁸ Cf.: *Ibidem.* p. 385-386.

⁹⁹ “O pós-positivismo combate o relativismo porque retira o caráter volitivo da formação da norma e o substitui pela historicidade. Ou seja, não se constrói uma decisão judicial dissociada de seu momento histórico, ao mesmo tempo em que o sentido dos textos não pode mais ser buscado na vontade do próprio texto (*mens legis*), ou do seu criador (*mens legislatoris*).” (ABBOUD, Georges. *Discrecionalidade administrativa e judicial*, *cit.* p. 49).

¹⁰⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 569.

¹⁰¹ Cf.: HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre o humanismo*, *cit.* p. 40.

na crença de normatividade universal a determinados dispositivos jurídicos que, assim, tornar-se “normas *pré-concebidas*” (sic) a todas casualidades jurídicas cujo objeto seja relacionado.

Então, teríamos, por exemplo, um provimento emanado de determinado tribunal ou na forma de certo rito (art. 927, NCPC) que consideraríamos como “a decisão conceitual” e, assim, ela seria uma “decisão que vincularia todas as próximas sem que fosse efeito de nenhum destes casos correlatos.” Esse cenário, muitas vezes sedutor para parte da comunidade jurídica, é devidamente criticado por outra parcela:¹⁰²

Obviamente que não se defende nesse livro uma resposta correta em abstrato. A decisão correta, seja administrativa ou judicial, deve ser construída no bojo do caso concreto, mediante a utilização das principais fontes do direito. Daí inexistir resposta em abstrato e pronta a ser aplicada e importada. Até porque não há lei ou súmula que traga uma tutela antecipada de sentido apta a permitir solução dos casos. Não há direito sem interpretação (isso já deveria ter se tornado uma obviedade).

Percebam que o raciocínio silogístico não se coaduna com um interpretar hermenêutico-fenomenológico. Enquanto o primeiro está preocupado em padronizar um procedimento compreensivo – cuja viabilidade demanda premissas universais (axiomas) –, a hermenêutica propõe esclarecer as possibilidades fáticas *a partir das quais* desdobra-se, interpretativamente, a compreensão: “Como já destacamos, falar é nunca uma subsunção do individual sob conceitos do geral. No uso das palavras, não se torna disponível o que está dado à contemplação, como caso especial de uma generalidade [...]”¹⁰³ Mas: “[...] na experiência hermenêutica, encontra-se algo como uma dialética, um fazer da própria coisa, um fazer que, à diferença da metodologia da ciência moderna, é um padecer, um compreender, que é um acontecer.”¹⁰⁴

Gadamer denomina de “*applicatio*” esse propósito hermenêutico (jurídico) e o faz de modo a discerni-lo da *aplicação* metodológica (im)própria à moderna ciência.¹⁰⁵ *Applicatio* não significa *aplicação* de enunciados empíricos – dados objetivamente – aos

¹⁰² ABOUD, Georges. *Discricionarieidade administrativa e judicial*, cit. p. 43.

¹⁰³ GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 707.

¹⁰⁴ *Ibidem.* p. 674. No mesmo sentido, arremata Arthur Kaufmann: “Assim, a hermenêutica jurídica é uma ciência plenamente racional, se bem que – não: precisamente porque não trata o processo de determinação do direito como um pura conclusão lógico-formal, mas como um processo muito mais complexo, que também compreende momentos produtivos, dialéticos [...]” (KAUFMANN, Arthur. *A problemática da filosofia do direito ao longo da história*. In: _____; HASSEMER, Winfried (orgs.). *Op. cit.* p. 99).

¹⁰⁵ “A cientificidade da ciência moderna consiste em que ela objetiva a tradição e elimina metodicamente qualquer influência do presente do intérprete sobre sua compreensão.” (GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 494).

casos concretos, advindo, daí, uma conclusão-lógica-procedimental; mas indica, antes, a compreensão do horizonte de sentido fático que cada enunciado torna compreensivo (*possibilidades*) para nós ajuizarmos diante do caso concreto (*como possibilidades*).¹⁰⁶

Existe uma tensão nesse escopo hermenêutico entre texto e sentido de texto. Ninguém duvidará que o horizonte histórico constitutivo de cada texto seja temporal, logo também o é todo sentido apropriado pelo *Dasein* – *ser é tempo* –, por isso não falamos em juízos pré-concebidos ou pressupostos, mas em projeto de sentido. Segundo Heidegger: “O *Dasein*, enquanto é, já se entendeu e continua se entendendo a partir de possibilidades.”¹⁰⁷ Dessa locução devemos nos atentar a duas questões (corolárias): o entendido não há enquanto plano ideado, mas sempre há o entender enquanto projeto inacabado; e isso só é possível porque as possibilidades hermenêuticas são constituídas de uma tradição que continua atuante no entendimento do *Dasein*. Assim, os textos (jurídicos) têm um caráter de passado pois *foram* publicados. Acontece que o sentido desses textos, ou sua normatividade, do qual o intérprete se apropria para decidir (nomear) e que, uma vez mais destacamos, não encontra-se *essencialmente* no texto ou *categoricamente* no sujeito, atende rigorosamente o “projeto de um horizonte histórico” contínuo:¹⁰⁸

O projeto de um horizonte histórico é, portanto, só uma fase ou momento na realização da compreensão, e não se prende na auto-alienação de uma consciência passada, mas se recupera no próprio horizonte compreensivo do presente. Na realização da compreensão tem lugar uma verdadeira fusão horízontica que, com o projeto do horizonte histórico, leva a cabo simultaneamente sua suspensão.

A interpretação hermenêutica do direito, antes de reproduzir textos de lei, jurisprudência, súmulas, precedentes, provimentos vinculantes – e aqui desimporta a nomenclatura *dada* –, desenvolve o sentido que cada uma dessas fontes apresenta no interior de um horizonte histórico ao passo que *atualiza* as suas possibilidades compreensivas a partir do que Gadamer chamou de *fusão de horizontes*, ou seja, da conformação entre o passado do texto e o presente da norma. Nas exatas palavras do filósofo:¹⁰⁹

Na verdade, o horizonte do presente está num processo de constante formação, na medida em que estamos obrigados a pôr à prova constantemente todos os nossos preconceitos. Parte dessa prova é o encontro

¹⁰⁶ Cf.: GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 459-465.

¹⁰⁷ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo, cit.* p. 413.

¹⁰⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 458.

¹⁰⁹ *Ibidem.* p. 457.

com o passado e a compreensão da tradição da qual nós mesmos procedemos. O horizonte do presente não se forma pois à margem do passado. Nem mesmo existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes históricos a serem ganhos. Antes, *compreender é sempre o processo de fusão de horizontes presumivelmente dados por si mesmos [...]*. A fusão se dá constantemente na vigência da tradição, pois nela o velho e o novo crescem sempre juntos para uma validade vital, sem que um e outro cheguem a se destacar explicitamente por si mesmos.

Essa *fusão de horizontes* compreendida entre o texto jurídico e norma envolve a noção de um *círculo hermenêutico*, pois, no projeto inacabado de sentido que este apresenta, permite ao intérprete compreender os casos concretos com vistas a uma totalidade referencial constituída pelas fontes jurídicas e novamente o todo a partir dos casos.

Vale retomar que a totalidade referencial não é um todo de significados abstratos.

¹¹⁰ Para a hermenêutica, não há pura e simplesmente o conceito da lei, súmula, jurisprudência, precedentes ou provimentos vinculantes, pois o que torna possível um sentido para todos esses *entes* é a *linguagem*, que não é conceitual, mas sua experiência originária é de manifestação desses *entes* em um campo de compartilhamento prático de sentido – somente deste modo deixaremos de hipostasiar *ser* e *ente*, ou seja, passaremos a pensar o sentido *a partir do qual* (*possibilidades*) se prescreve as fontes jurídicas (*como possibilidades*) e não apenas os enunciados (*tardios*) destas.¹¹¹

É esse sentido – *ser* – dos textos jurídicos – *entes* – que o jurista *atualiza* à medida que o *interpreta* em face do caso concreto que se apresenta. Norma jurídica, devidamente entendida como resposta jurisdicional para o caso presente, é, portanto, sempre produto da interpretação, ou seja, *resultado* daquilo que a partir dos sentidos das fontes jurídicas se tornou possível *atualizar* ante o caso concreto. A rigor, lei, súmula, jurisprudência, precedentes ou provimentos vinculantes, jamais podem ser considerados normas, todos são textos jurídicos, ou seja, enunciados já derivados de um campo de sentido (fundamentação) que torna possível a *interpretação* (hermenêutica) do jurista perante o caso concreto. Segundo Georges Abboud: “A norma distingue-se de seu texto normativo e somente é produzida diante

¹¹⁰ “Em face do paradigma pós-positivista, os significados jurídicos apenas apresentam importância quando trabalhados concomitantes com seu uso prático. Ou seja, nesse paradigma, o direito não pode mais ser compreendido como uma estrutura estática que somente deve ser relacionada *ex post facto* com a realidade histórica.” (ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial*, cit. p. 173).

¹¹¹ “Aquilo-em-relação-a-que o ente já-dado é avistado assume a função do determinante na execução-da-determinação. A enunciação necessita de um ver-prévio, no qual o predicado a ser posto em relevo, tornando-se atributo, é como que posto-em-liberdade quanto a sua inexpressa inclusão no ente ele mesmo. À enunciação como comunicação determinante pertence cada vez uma articulação significacional do mostrado [...]” (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, cit. p. 443).

da particularidade do caso concreto, por meio de atividade interpretativa em que são fundidos os elementos linguísticos e fáticos do caso.”¹¹²

Enfim, somente para respondermos as indagações postas por Heidegger,¹¹³ resta perceptível a natureza *atualizadora* que a interpretação tem e, em razão desta, afasta-se qualquer desconfiança do caráter *virtuoso* e jamais vicioso relativo ao círculo hermenêutico (no direito).¹¹⁴ O próprio filósofo trata de explicar:¹¹⁵

O ente pode ser determinado em seu ser, não sendo preciso para isso que o conceito explícito do sentido do ser já deva estar disponível. Se assim não fosse, não poderia haver até agora nenhum conhecimento ontológico, cuja existência de fato não pode ser negada. O ‘ser’ foi sem dúvida ‘pressuposto’ até agora em toda ontologia, mas não como *conceito* disponível – não como que é buscado como tal. O ‘pressupor’ o ser tem o caráter de uma vista prévia do ser, a partir da qual o ente já-dado é provisoriamente articulado em seu ser. Essa vista dirigida ao ser provém do mediano entendimento-do-ser em que já nos movemos sempre *e que pertence afinal à constituição essencial do Dasein ele mesmo*. Tal ‘pressupor’ nada tem a ver com a posição de um princípio não demonstrado, a partir do qual se deriva dedutivamente uma série de proposições. No fazer a pergunta pelo sentido do ser em geral não pode haver um ‘círculo na prova’ [*vicioso*], porque na resposta à pergunta não se trata de fazer uma fundamentação dedutiva, mas de mostrar que põe-em-liberdade um fundamento.

Na pergunta pelo sentido de ser não há um ‘círculo na prova’ mas, ao contrário, uma notável ‘referência retroativa e projetiva’ do perguntando (ser) ao perguntar como *modus-de-ser* de um ente.

¹¹² ABOUD, Georges. *Discricionariade administrativa e judicial*, cit. p. 48.

¹¹³ “Mas não é manifesto o círculo [*vicioso*] em que tal empresa incorre? Ter de determinar primeiramente um ente *em seu ser* e, sobre esse fundamento, querer fazer a pergunta pelo ser, que é isto senão andar em círculo? Já não se ‘pressupõe’ na elaboração da pergunta aquilo que só a resposta deve trazer?” (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, cit. p. 47).

¹¹⁴ “A hermenêutica não é, simplesmente, reduzível a um recuperar a pura intenção do autor (nem da lei) e, sim, revelar sua verdade (não vontade); assim, interpretar não é um simples reproduzir, e, sim, de um produzir; não servir, mas perguntar; não absolutizar o texto, mas revivê-lo. Ou seja, interpretar é ato produtivo de linguagem não reprodutivo.” (ABBOUD, Georges. *Discricionariade administrativa e judicial*, cit. p. 174).

¹¹⁵ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, cit. p. 47-49.

CAPÍTULO 2 – UMA JURISPRUDÊNCIA FRAGMENTADA

2.1 Qual é o alcance subjetivo dos efeitos da sentença em ação civil pública?

O dilema está em saber se, a propósito do art. 16 da Lei de Ação Civil Pública (LACP),¹¹⁶ a coisa julgada material formada nesta ação estaria jungida aos limites da competência territorial da jurisdição prolatora da sentença.

Quando analisada a jurisprudência do STJ, verifica-se recurso especial afetado para julgamento nos termos do art. 543-C, do Código de Processo Civil (CPC) (art. 1.036 e ss., NCPC), em que, ao rever posicionamento majoritário anterior,¹¹⁷ em 19/10/2011 a Corte Especial firmou entendimento de que “[...] os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em júízo”.¹¹⁸

Dessarte, na ocasião, é patente que o STJ refugou o critério da competência territorial como baliza à coisa julgada, enquanto estabeleceu o alcance objetivo (“o que” se decidiu) e subjetivo (em relação “a quem” se decidiu) como correto parâmetro. Ou seja, a Corte afastou o art. 16, LACP e chamou à incidência o art. 103, CDC. Outros diversos julgados subsequentes se apoiaram neste “paradigma”.¹¹⁹

Todavia, em 26/08/2014, o STJ enfrentou a mesma questão de modo a restabelecer o entendimento antes contestado.¹²⁰ Ademais, inobstante a incoerência narrativa do julgado, admira o voto do relator consignar que: “[...] foi pacificado pela Corte Especial o entendimento de que a sentença proferida em ACP fará coisa julgada *erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator da decisão*.”

¹¹⁶ Art. 16, lei n.º 7.347/85, *verbis*: “A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”

¹¹⁷ Cf.: STJ, AgRg no REsp n.º 1.105.214/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/04/2011, Dje 08/04/11.

¹¹⁸ STJ, REsp n.º 1.243.887/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/10/2011, DJe 09/12/11.

¹¹⁹ Cf.: STJ, REsp n.º 1.243.386/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12.06.2012, DJe 26.06.2012; STJ, AgRg no REsp n.º 1.094.116/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/05/2013, DJe 27/05/2013; STJ, AgRg no AREsp n.º 322.064/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/06/2013, Dje 14/06/2013; STJ, AgRg no AREsp n.º 302.062/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 19/05/14.

¹²⁰ STJ, AgRg no REsp n.º 1.353.720/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2014, Dje 25/09/14.

Como visto, a tese desta vez afirmada foi rejeitada naquela última oportunidade em que se pronunciou a Corte Especial sobre o tema. Acontece que, neste segundo acórdão, S. Exa. se remeteu a julgamento do STJ datado de 2006,¹²¹ ou seja, respaldou-se em decisão desatualizada que foi, com efeito, indicada para que fosse superada quando do julgamento dos recursos especiais repetitivos em 2011.¹²² Tanto o fez, que na fundamentação exarada, constam julgados que datam de 2006 e 2010,¹²³ ou seja, decisões anteriores à tese fixada no REsp 1.243.887/PR – nem mesmo citado na ocasião deste segundo julgamento.

Ainda, vale ressaltar que alguns dias antes deste julgamento, em 13/08/2014, o STJ, também por efeito de julgamento de recursos repetitivos, repisou o entendimento de que a sentença prolatada em ação coletiva é aplicável, por força da coisa julgada, indistintamente a todos os indivíduos que provarem interesse jurídico no *decisum*, sem qualquer restrição territorial.¹²⁴

Em 16/10/2014, o STJ voltou a manifestar-se sectário ao entendimento de que a sentença civil coletiva faz coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator.¹²⁵ Significativo, desta feita, foi o *discrímen* realizado frente ao REsp 1.243.887/PR, tido como “paradigma” perante os acórdãos do tribunal que veiculam tese oposta.

¹²¹ Qual seja: STJ, EREsp n.º 293.407/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 07/06/2006, DJ 01/08/2006.

¹²² De efeito, lê-se do acórdão: “A antiga jurisprudência do STJ, segundo a qual ‘a eficácia erga omnes circunscreve-se aos limites da jurisdição do tribunal competente para julgar o recurso ordinário’ (REsp 293.407/SP, Quarta Turma, confirmado nos EREsp. n. 293.407/SP, Corte Especial), em hora mais que ansiada pela sociedade e pela comunidade jurídica, deve ser revista para atender ao real e legítimo propósito das ações coletivas, que é viabilizar um comando judicial célere e uniforme – em atenção à extensão do interesse metaindividual objetivado na lide”. (STJ, REsp n.º 1.243.887/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/10/2011, DJe 09/12/11).

¹²³ Quais sejam: STJ, REsp n.º 838.978/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/11/2006, DJ 14/12/2006; STJ, REsp n.º 422.671/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/09/2006, DJ 30.11.2006; STJ, EREsp n.º 411.529/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/03/2010, DJ 24/03/2010.

¹²⁴ A valer, extrai-se do julgado: “Como é cediço, na ação coletiva para defesa de direitos individuais homogêneos, embora o pedido seja certo, a sentença, em regra, será genérica, de modo a permitir a cada vítima lesada demonstrar e quantificar o dano experimentado (art. 81, parágrafo único, II, e art. 91, CDC) [...]. A sentença proferida pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, na ação civil coletiva [...], que condenou o Banco do Brasil ao pagamento de diferenças decorrentes de expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança ocorridos em janeiro de 1989 (Plano Verão), é aplicável, por força da coisa julgada, indistintamente a todos os detentores de caderneta de poupança do Banco do Brasil, independentemente de sua residência ou domicílio no Distrito Federal, reconhecendo-se ao beneficiário o direito de ajuizar o cumprimento individual da sentença coletiva no Juízo de seu domicílio ou no Distrito Federal. (STJ, REsp n.º 1.391.198/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/08/2014, DJe 02/09/2014).

¹²⁵ STJ, REsp n.º 1.414.439/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 03/11/2014.

Na essência, baseou a distinção entre os julgados a alegação de que a tese firmada no recurso especial em 2011 teria por objeto a definição do foro competente para a liquidação e execução individual da sentença coletiva, ou seja, não trataria propriamente do alcance da eficácia subjetiva desta sentença, como trata este recurso especial em 2014.

Nesses termos, decidiu-se que a matéria discutida nos autos referenciados não comportava norte para o deslinde da questão que ora aportava, novamente, ao STJ. A nosso ver, ao promover tal distinção, errou a Corte de Justiça. Eis as razões.

O REsp 1.243.887/PR cuidava de ação individual proposta por consumidor objetivando a liquidação e execução *in utilibus* de sentença transitada em julgado em sede de ação civil pública ajuizada por associação protetiva da classe em face de instituição financeira. No que ora nos importa, dos autos extrai-se discussão sobre a legitimidade de parte e a competência territorial do juízo de execução, haja vista que tanto a residência do consumidor como este juízo eram diferentes à competência territorial do órgão em que transitou em julgado a sentença coletiva liquidanda/exequanda.¹²⁶

Ora, somente dessa exposição das razões do especial podemos concluir que o alcance subjetivo da coisa julgada coletiva constituiu pauta do julgamento. Para mais, se analisado o mérito, resta claro da *fundamentação* do acórdão que o STJ reconheceu competente o foro de domicílio do beneficiário para a ação de liquidação e execução, bem como não acolheu tese de restrição dos efeitos da coisa julgada sob qualquer aspecto territorial.

Com efeito, à luz do que dispõe os arts. 101, I, e 98, § 2º, I, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), a Corte decidiu pela competência do juízo no foro de domicílio do autor (consumidor). E, nos termos do art. 103, CDC, arbitrou o alcance da sentença proferida

¹²⁶ Com efeito, lê-se do acórdão: “As razões do especial apresentam teses relativas a três questões controvertidas: a) foro competente para a liquidação/execução individual de sentença proferida em sede de ação civil pública, entendendo o recorrente que essa deva ser proposta no juízo prolator da decisão; b) *alcance subjetivo da sentença proferida na ação civil pública*, entendendo o recorrente haver necessidade de cada exequente comprovar ser filiado à associação autora da ação coletiva, bem como o seu domicílio, nos termos do que dispõe o art. 2º-A da Lei n. 9.494/97; c) cabimento da multa prevista no art. 475-J do CPC” (*grifo nosso*), (STJ, REsp n.º 1.243.887/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/10/2011, DJe 09/12/11).

em ação civil pública em razão da extensão do dano e da qualidade dos interesses coletivos debatidos em juízo, tudo em claro prejuízo de qualquer limitação geográfica.¹²⁷

Portanto, não há o que se cogitar da dissonância objetiva veiculada neste acórdão “paradigma” em relação ao REsp 1.414.439/RS. As demandas, por óbvio, não versam sobre idêntico direito, pois os fatos lhes são próprios. No entanto, seguramente, o “acórdão-modelo” estabelece diretrizes hermenêuticas que *não poderiam ser ignoradas* – não se diz aplicadas sem problematização – no julgamento dos casos concretos subsequentes.¹²⁸

Nada obstante, talvez, o que tenha induzido o desacerto, foi o fato do REsp 1.243.887/PR ter concluído pela manutenção do alcance estadual da eficácia subjetiva estabelecido no *dispositivo* da sentença coletiva. Todavia, essa deliberação de forma alguma comporta inteligência legitimadora do critério territorial contentor dos efeitos da coisa julgada. Senão, vejamos.

No caso, acertou o STJ quando confirmou a legitimidade da parte consumidora para, individualmente, liquidar e executar sentença coletiva transitada em julgado nos termos da decisão de juízo cuja competência territorial – Curitiba/PR – fosse estranha ao seu domicílio – Londrina/PR. Ademais, no dispositivo, estava obstada a Corte Superior de acenar diretamente para a eficácia *ultra partes* da coisa julgada coletiva (art. 103, II, CDC), pois, ainda que incoerente o comando daquela sentença coletiva delimitar geograficamente os

¹²⁷ Eis trecho do voto de S. Exa., Ministro Relator, cuja fundamentação faz-se hábil a espancar qualquer vacilo: “É certo também que a competência territorial limita o exercício da jurisdição e não os efeitos ou a eficácia da sentença, os quais, como é de conhecimento comum, correlacionam-se com os ‘limites da lide e das questões decididas’ (art. 468, CPC) e com as que o poderiam ter sido (art. 474, CPC) - *tantum judicatum, quantum disputatum vel disputari debebat* [...]. A questão principal, portanto, é de alcance objetivo (‘o que’ se decidiu) e subjetivo (em relação ‘a quem’ se decidiu), mas não de competência territorial. Pode-se afirmar, com propriedade, que determinada sentença atinge ou não esses ou aqueles sujeitos (alcance subjetivo), ou que atinge ou não essa ou aquela questão fático-jurídica (alcance objetivo), mas é errôneo cogitar-se de sentença cujos efeitos não são verificados, a depender do território analisado [...]. Assim, com o propósito também de contornar a impropriedade técnico-processual cometida pelo art. 16 da LACP, a questão relativa ao alcance da sentença proferida em ações coletivas deve ser equacionada de modo a harmonizar os vários dispositivos aplicáveis ao tema. Nessa linha, o alcance da sentença proferida em ação civil pública deve levar em consideração o que dispõe o Código de Defesa do Consumidor acerca da extensão do dano e da qualidade dos interesses *metaindividuais* postos em juízo [...]. Portanto, se o dano é de escala local, regional ou nacional, o juízo competente para proferir sentença, certamente, sob pena de ser inócuo o provimento, lançará mão de comando capaz de recompor ou indenizar os danos local, regional ou nacionalmente, levados em consideração, para tanto, os beneficiários do comando, independentemente de limitação territorial.” (*grifo nosso*), (STJ, REsp n.º 1.243.887/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/10/2011, DJe 09/12/11).

¹²⁸ “[...] quando o juiz profere um julgamento considerado como ‘em contrariedade à lei’, na realidade está proferindo um julgamento contra-aquilo-que-a-doutrina-e-a-jurisprudência-estabeleceram-como-o-arbitrário-juridicamente-prevalente-do-sentido-daquela-texto-normativo [...]” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, cit. p. 307).

efeitos da coisa julgada decorrente, esta imperícia jurídica foi acobertada pela *auctoritas rei iudicatae*, em razão do efeito substitutivo da coisa julgada.¹²⁹

É dizer, a instituição financeira recorreu ao STJ para que fosse revista, na origem, decisão denegatória de impugnação ao cumprimento de sentença por ilegitimidade de parte (art. 475-L, IV, CPC – art. 525, §1º, II, NCPC). Arguia ela, entre outros despropósitos, o cumprimento do art. 16, LACP, para que o Sodalício procedesse à extinção da execução (art. 267, VI, CPC – art. 485, VI, NCPC), haja vista o dispositivo da sentença transitada em julgado em ação civil pública prever eficácia subjetiva para além da competência territorial do juízo prolator.

Improvido o especial, a Corte, que na *fundamentação* do acórdão formulou a *impropriedade técnico-processual cometida pelo art. 16 da LACP*, manteve a decisão *a quo* e preservou os limites subjetivos da coisa julgada coletiva extensos ao estado do Paraná, nada obstante a competência municipal deste juízo prolator em ação civil pública (Curitiba/PR). Nesses termos, o STJ garantiu ao consumidor acesso ao bem material que lhe era de direito e não desrespeitou a imutabilidade própria da autoridade da coisa julgada aperfeiçoada na demanda coletiva cognitiva.

Vale explicar, é plenamente possível que eventual sentença coletiva transitada em julgado, cujo dispositivo limite os efeitos subjetivos da coisa julgada sob perspectiva geográfica, seja reformada a pedido individual ou coletivo de seus interessados em sede de ação rescisória. A nosso ver, tratar-se-ia de sentença que viola literal disposição da lei (arts. 485, V, CPC – arts. 966, V, NCPC). Contudo, em sede de liquidação e execução individual, sob pena de vulneração da coisa julgada, não pode o Judiciário reconhecer de ofício a legitimidade de parte estranha ao dispositivo, bem como é defeso ao executado impugnar seu cumprimento alegando ilegitimidade do liquidante/executante – neste caso, entendemos que também lhe pesaria a carência da ação em razão da impossibilidade jurídica do pedido (arts. 3º e 267, VI, CPC – arts. 17 e 485, VI, NCPC).¹³⁰⁻¹³¹

¹²⁹ Sobre o efeito substitutivo da coisa julgada, cf.: NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10. ed. rev., ampl. e atual. com as novas Súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: RT, 2010. p. 58-59.

¹³⁰ O posicionamento logo melhor ilustrado estará, quando dispusermos sobre aquela que entendemos ser a “resposta adequada” para a questão proposta.

¹³¹ A possibilidade jurídica do pedido não é mencionada pelo NCPC/15. Esse Código também inova em relação ao atual CPC/73 ao silenciar-se a respeito da categoria processual “condições da ação”, ao passo que apenas define que na ausência de legitimidade ou de interesse processual o juiz não pronunciará o mérito da

De outra sorte, todavia, apresentou-se o REsp 1.414.439/RS, não obstante a tese controvertida igualmente versasse sobre os limites subjetivos da coisa julgada coletiva. Neste especial, competia ao STJ posicionar-se sobre tais limites ainda no processo de conhecimento que, aliás, trazia nos autos correta decisão do tribunal *a quo* cuja disposição harmonizava-se com o CDC ao admitir eficácia *erga omnes* da sentença alusiva a interesses difusos, objeto da tutela no caso (art. 103, I, CDC).

Portanto, neste recurso especial, *data vênia*, errou o Tribunal Superior quando, *a preceito da plena validade do art. 16, LACP*, cassou e revisou o íntegro julgado do Tribunal inferior que, para não exarar inócuo provimento, viabilizou a concreção da tutela coletiva na perfeita medida exigida pela extensão do dano (difuso).

Pois bem, apresentado o REsp 1.414.439/RS julgado em 16/10/2014 em que *se admitiu a definição dos efeitos da coisa julgada coletiva nos limites da competência territorial do órgão prolator* e tecida a nossa crítica sobre a distinção processada em face do REsp 1.243.887/PR, enfim consideraremos derradeiro especial julgado em 12/11/2014 sob rito dos recursos repetitivos em que, à unanimidade, a segunda seção do STJ confirmou entendimento de que “*A sentença [em ação coletiva] produz efeitos em todo o território nacional, em conformidade com o microsistema processual coletivo formado pela Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor.*”¹³²

É evidente a contradição entre esses julgados proferidos dentro de lapso temporal inferior a um mês. No mais, acaso projetado eventual distinção ou superação, vale esclarecer que o primeiro veredicto passa desapercibido pela fundamentação do segundo.¹³³ Ou seja, se tem razão a doutrina especializada em dizer que uma jurisprudência íntegra pressupõe, ao

ação. Assim, os casos em que, à luz do CPC/73, considera-se a demanda juridicamente impossível, devem se ajustar, à luz do CPC/15, à improcedência do pedido ou, eventualmente, à falta de interesse processual. No particular móvel desta nota, entendemos ser caso de improcedência do pedido.

¹³² STJ, REsp n.º 1.457.199/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/11/2014, DJe 17/12/2014.

¹³³ Neste ponto, vale trazer as lições de Thomas da Rosa de Bustamante, que ao tratar das denominadas *judicial departures* (técnicas de afastamento dos precedentes pelo Judiciário) na sua Teoria do Precedente Judicial, explica: “[...] a regra-de-ouro sobre as *departures* – e o *overruling*, em especial – deve ser a mesma, não importam a tradição jurídica ou a força do precedente no caso concreto: sempre que um juiz ou tribunal for se afastar de seu próprio precedente, este deve ser levado em consideração, de modo que a questão do afastamento do precedente judicial seja *expressamente tematizada*.” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 388). O NCPC traz disposição expressa que também prevê esse referencial: “Art. 927, §4º, NCPC. A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.”

mesmo tempo, tratamento decisional igualitário perante os indivíduos e, ao longo do tempo, coerência entre estas decisões, é de se alarmar diante do *quadro-jurisprudencial-patológico-brasiliense*.¹³⁴

A valer, consideremos o período de um mês e alguns dias. Em 07/10/2014, o STJ, no julgamento do REsp 1.114.035/PR, decidiu que: “O caráter indivisível dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu* conduz ao impedimento prático, e mesmo lógico, de qualquer interpretação voltada a cindir os efeitos da sentença civil.” Corolariamente, o art. 16 da LACP: “encontra aplicação naquelas ações civis públicas que envolvam direitos individuais homogêneos, únicos a admitir, pelo seu caráter divisível, a possibilidade de decisões eventualmente distintas, ainda que não desejáveis, para os diversos titulares dos direitos autônomos, embora homogêneos.”¹³⁵

É. Pois, é. Quanto à primeira afirmativa, o Tribunal a desdisse em 16/10/2014, no julgamento do citado REsp 1.414.439/RS. Como visto, este especial cuidava da tutela de direitos difusos e teve conclusão nos termos do art. 16 da LACP, senão:¹³⁶

“Todavia, não obstante as inúmeras críticas doutrinárias a respeito da inserção de limite territorial aos efeitos *erga omnes* da coisa julgada decorrente de sentença proferida em ação civil pública, entende esta Corte que, ‘nos termos do art. 16 da Lei n. 7.347/85, alterado pela Lei n. 9.494/97, a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator.’”

Quanto a declaração consectária, a divergência veio em 12/11/2014, quando julgado o também referido REsp 1.457.199/RS. Neste caso, a lide versava sobre direitos individuais homogêneos e o Tribunal, como dito, entendeu que os efeitos da coisa julgada procedente de ação coletiva irradiavam-se a todo o território nacional.

¹³⁴ “We achieve fairness by decisionmaking rules designed to achieve consistency across a range of decisions. Where the consistency is among individuals at the same time, we express this decisional rule as ‘equality.’ Where the consistency among decisions takes place over time, we call our decisional rule ‘precedent.’ Equality and precedent are thus, respectively, the spatial and temporal branches of the same larger normative principle of consistency.” Isto é: “Nós alcançamos integridade através de regras decisórias [*decisionmaking rules*] projetadas a proporcionar coerência diante de uma série de decisões. Sempre que a coerência estiver entre indivíduos ao mesmo tempo, nós expressamos essa regra decisória como ‘igualitária.’ Sempre que a coerência entre decisões tome lugar ao longo do tempo, nós chamamos nossa regra decisória de ‘precedente.’ Equidade e precedente são, portanto, respectivamente, as divisões espacial e temporal do mesmo princípio normativo da coerência.” (SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, v. 39, n. 3, p. 596, fev./1987).

¹³⁵ STJ, REsp n.º 1.114.035/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/10/2014, DJe 23/10/2014.

¹³⁶ STJ, REsp n.º 1.414.439/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 03/11/2014.

A despeito de todo esse cenário absurdo de dispersão jurisprudencial, aquela que entendemos ser a “resposta adequada” para o dilema só pode desvelar-se da integridade pertinente ao sistema processual coletivo *lato sensu*. Não há dúvidas de que as ações coletivas possuem peculiar compreensão hermenêutica que as discriminam da interpretação estabelecida na tradição das ações individuais. A compreensão do processo coletivo reclama atenção a esses diferenciadores.

Dentre eles, está a referência ao acesso à justiça (coletiva). Quando pensado este princípio, não se pode olvidar de que a tutela dos interesses transindividuais, por ser de massa, assume dimensão política que atravessa o círculo de interesse do indivíduo para afetar a soma deste enquanto coletividade.¹³⁷

Então, a saber que essa tutela jurisdicional adequada é aquela hábil a evitar que o dano coletivo se concretize ou, uma vez consumado, seja, no possível, restabelecido o *status quo* da lesão, não se pode negar o fato do direito de ação coletiva estar coligado à extensão da lesão contra esses interesses, seja de modo concreto ou potencial. Percebam, não há que se perquirir a margem territorial da jurisdição competente a julgar o processo; mas, efetivamente, a baliza está na cognição do alcance relativo a todos indivíduos que sejam potencialmente ou concretamente sujeitos passivos do dano metaindividual relativo ao caso concreto.

Outro oportuno conceito reside na compreensão de que o microsistema da tutela coletiva tem de relevo em sua base interpretativa a promoção de uma jurisdição pautada na isonomia, exatamente porque decorre de circunstância de fato e/ou relação jurídica comum aos sujeitos e, por isso, a sua instrumentalidade reclama atenção a provimentos que também estejam intencionados a mais abrangente paridade de tratamento subjetivo. Não é sem razão que os legisladores consumeristas trataram dos efeitos da coisa julgada coletiva em sua extensão *erga omnes* quando dos direitos difusos e individuais homogêneos (art. 103, I e III, CDC) e *ultra partes* na ocasião em que se tutele os direitos coletivos (Art. 103, II, CDC).

Ademais, não se pode ignorar que o processo coletivo também estrutura sua razão de ser sob ótica promotora da economia processual. Basta notarmos que a solução dos

¹³⁷ Cf.: GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: _____; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. rev., atual. e ref. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v.2, Processo Coletivo (arts. 81 a 104 e 109 a 119). p. 25-30.

“conflitos na dimensão molecular” induz à amortização da judicialização fragmentada de “demandas-átomos” cujas disposições fáticas-jurídicas sejam essencialmente coletivas.¹³⁸

Por isso, em primeira análise, tem-se por precisa a posição doutrinária que aponta a inconstitucionalidade do art. 16, LACP, porquanto o dispositivo desrespeita os princípios constitucionais do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF); da isonomia (art. 5º, *caput*, CF); e da economia processual (art. 5º, LXXVIII, CF).¹³⁹

Para mais, não fosse a inconstitucionalidade, o dispositivo também é ineficaz. Acontece que a alteração procedida pelo art. 2º da Lei n.º 9.494/97 – responsável pela atual redação do art. 16, LACP – não atingiu o regime da coisa julgada coletiva instituído pelo CDC.

Como se sabe, nos termos do que dispõem os arts. 21 da LACP e 90 do CDC, essas leis consubstanciam-se, em matéria de ações civis públicas e ações coletivas, em um coerente sistema orientado à tutela dos direitos coletivos. Portanto, a efetividade do art. 2º da superveniente lei passaria pela revogação do art. 103, CDC, o que não se vislumbra, seja de modo tácito ou expresso.¹⁴⁰

Enfim, cabe ressaltar a manifesta falta de técnica jurídica evidente no texto do art. 16, LACP. Ao confinar a eficácia do julgado em sede de ação civil pública aos limites da competência territorial do órgão prolator, o legislador embaralha o conceito de competência e jurisdição com o de limites subjetivos da coisa julgada. Nesse sentido, está a contundente crítica assinada por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:¹⁴¹

Confundir jurisdição e competência com limites subjetivos da coisa julgada é, no mínimo, desconhecer a ciência do direito. Portanto, se o juiz que proferiu a sentença na ação coletiva *tout court*, quer verse sobre direitos difusos, quer coletivos ou individuais homogêneos, for competente, sua sentença produzirá efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*, conforme o caso (v. CDC 103), em todo o território nacional – e também no exterior –,

¹³⁸ WATANABE, Kazuo. Do processo individual de defesa do consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; _____; NERY JUNIOR, Nelson. *Op. cit.* p. 4-5.

¹³⁹ Sobre a afronta constitucional dirigida aos três princípios elencados, cf.: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil - processo coletivo*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2013. v. 4. p. 150. Em relação ao desrespeito voltado ao princípio do acesso à justiça, cf.: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. cit.* p. 1765.

¹⁴⁰ Cf.: MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2012. p. 603-605; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. cit.* p. 1765-1766.

¹⁴¹ *Ibidem.* p. 1765. A corroborar o entendimento, cf.: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: RT, 2006. p. 267.

independentemente da ilógica e inconstitucional redação dada à LACP 16 pela L 9494/97.

2.2 O denominado “prequestionamento ficto” é admitido no direito processual brasileiro? E o “prequestionamento implícito”?

Dentre os pressupostos de admissibilidade do Recurso Extraordinário (RE) e do Recurso Especial (REsp) está o prequestionamento, no juízo *a quo*, da respectiva matéria constitucional (art. 102, III, CF) e federal (art. 105, III, CF) controvertida que se pretende a revisão no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça.¹⁴²

Isso significa que nenhum dos referidos recursos típicos e singulares da jurisdição extraordinária que exercem na cúpula da organização do Poder Judiciário serão conhecidos caso a matéria jurídica que se questiona não tenha sido decidida na instância ordinária.¹⁴³

Na superveniência de omissão no acórdão de segundo grau a respeito de questão constitucional ou federal antes ventilada pelas partes, a doutrina e a jurisprudência admitem que o recorrente provoque, via embargos de declaração (EDcl), o prequestionamento. Quando tal matéria advir no corpo do acórdão sem essa prévia manifestação, ou seja, *ex officio*, considerar-se-á preenchido o requisito, pois presente decisão sobre o tema proveniente do tribunal de origem.¹⁴⁴

¹⁴² A considerar o rigor teórico, Nelson Nery Junior explica que o prequestionamento não é autêntico requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais; mas é meio a instar o juízo ou tribunal de origem para que decida questão constitucional ou federal que se pretende ver apreciada pelos Tribunais Superiores. Para o autor, verdadeiro requisito é o *cabimento* (questão decidida) desses recursos, que somente verificar-se-á quando existente o prequestionamento. (NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2014. p. 288). De outra parte, considerando o prequestionamento como uma das condições de admissibilidade do recurso extraordinário e do recurso especial, cf.: ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Recurso especial: fundamentação vinculada. In: _____. *Soluções práticas de direito*. São Paulo: RT, 2011. p. 669-712. v.4.

¹⁴³ É de se destacar que os arts. 102, III e 105, III da Constituição Federal definem as “causas decididas” como as “prequestionadas”. Por isso, a conceituar essa “ideia”, tem-se apropriada a doutrina de Cássio Scarpinella Bueno, para quem: “[...] tudo indica que a ideia de prequestionamento relaciona-se, intimamente, àquilo que foi decidido, de forma mais ou menos clara, no acórdão recorrido e que, dados alguns defeitos ou erros dão ensejo ao contraste da decisão que os contém perante o STJ ou STF, respectivamente. Sempre prevaleceu a orientação de que só se analisa, nesses tribunais, aquilo que foi, efetivamente, decidido. Não o que poderia ter sido por mais ‘evidente’ que isto pode aparentar.” (BUENO, Cássio Scarpinella. De volta ao prequestionamento – duas reflexões sobre o RE 298.695-SP. In: Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, p. 77, v.8, 2005). No mesmo sentido, cf.: NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, cit. p. 280 et seq.

¹⁴⁴ *Ibidem*. p. 277. Em sentido contrário, alegando a pertinência dos embargos declaratórios prequestionadores quando a matéria federal surgir sem prévia provocação das partes no acórdão recorrido, cf.: ANDRIGHI, Fátima Nancy. Do Superior Tribunal de Justiça. In: J. J. Gomes Canotilho; Gilmar Ferreira Mendes; Ingo Wolfgang Sarlet; Lenio Luiz Streck (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1451.

Quanto ao exposto, não há maiores perplexidades. Todavia, o impasse toma campo em duas situações: (i) Quando os EDcl são opostos pelo(s) interessado(s), mas não são admitidos pelo Tribunal *a quo*, a matéria contestada é considerada prequestionada (ficticiamente) e, dessarte, quanto a este requisito, o recurso extraordinário e especial devem ser admitidos? (ii) O devido prequestionamento exige que “[...] no acórdão recorrido conste expressa referência ao dispositivo legal ou constitucional tido por ofendido, bem como específica análise desse dispositivo.”¹⁴⁵ Ou vale a referência “[...] àquilo que, de maneira menos clara, quiçá menos correta, foi efetivamente tratado.” ?¹⁴⁶

Tanto o STF como o STJ trataram de pacificar as questões, o que soa favorável à construção de uma jurisprudência estável e coerente. Contudo, o fizeram historicamente sempre de modo a desdizerem-se, vez em um ponto, vez em outro, o que nulifica tal ideal. Senão, vejamos.

Em relação à primeira *quaestio iuris*, os tribunais editaram respectivos enunciados sumulares. São eles:

STF, Súmula 356. O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

STJ, Súmula 211. Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*.

Ora, do texto sumular editado pelo Supremo, parece que o “prequestionamento ficto” cumpre a exigência dos arts. 102, III e 105, III da Constituição Federal.¹⁴⁷ A partir de uma leitura *a contrario sensu* da súmula, a consecutiva exegese é a de que, uma vez opostos os EDcl, a matéria omitida na decisão recorrida passa a ser considerada prequestionada e, desse modo, o RE, nessa particularidade, deverá ser admitido.¹⁴⁸

¹⁴⁵ É a definição de “prequestionamento explícito” para Luis Guilherme Aidar Bondioli. Cf.: BONDOLI, Luis Guilherme Aidar. *Embargos de declaração* – Coleção Theotonio Negrão. In: José Roberto F. Gouveia (coord.). São Paulo: Saraiva, 2005. p. 253.

¹⁴⁶ É a definição de “prequestionamento implícito” para Cássio Scarpinella Bueno. Cf.: BUENO, Cássio Scarpinella. De volta ao prequestionamento – duas reflexões sobre o RE 298.695-SP, *cit.* p. 77.

¹⁴⁷ Art. 102, III, CF, *verbis*: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: julgar, mediante recurso extraordinário, *as causas decididas* em única ou última instância, quando a decisão recorrida:”, (*grifo nosso*).

Art. 105, III, CF, *verbis*: “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: julgar, em recurso especial, *as causas decididas*, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:”, (*grifo nosso*).

¹⁴⁸ Com efeito, lê-se dos acórdãos exemplificativos: “Ademais, a rejeição dos embargos de declaração não impede a apreciação, neste Tribunal, da matéria constitucional omitida pelo aresto atacado. Vide o AI 317.281 –

Entretanto, o enunciado sumular do STJ enseja entendimento diametralmente oposto, qual seja, mesmo que opostos os EDcl para fins de prequestionamento, caso eles não sejam julgados pela Corte, a matéria omitida no acórdão não será reputada decidida, de toda forma que o REsp deverá ser inadmitido.¹⁴⁹

Portanto, os posicionamentos sumulares dos Tribunais Superiores apresentam a “clara contradição” de admitirem o que se convencionou chamar de “prequestionamento ficto” por parte do STF e dele declinar segundo o STJ.

Não obstante, é verdade que nos últimos anos a jurisprudência do Supremo caminha no sentido de aproximar-se da orientação firmada pelo STJ, assim contrapondo-se ao entendimento que antes era pacífico naquela Corte, para negar admissibilidade aos RE cujo cabimento, no particular, esteja vinculado à noção do “prequestionamento ficto”.¹⁵⁰

Dispensável dizer que a comunicação iterativa e harmônica entre os Tribunais Superiores (e não apenas nesses) é objetivo categórico para que o Poder Judiciário logre

AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, unânime, DJ de 11.10.01 [...]” (STF, AgRg no AI n.º 591.391-1/SC, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/03/2009, DJe 03/04/2009). Da decisão citada: “[...] a recusa do órgão julgador em suprir omissão apontada pela parte através da oposição pertinente dos embargos declaratórios não impede que a matéria omitida seja examinada pelo STF, como decorre *a fortiori* da Súmula 356, que é aplicável tanto ao recurso extraordinário, quanto ao recurso especial, a despeito do que estabelece a Súmula 211 do STJ.” (STF, AgRg no AI n.º 317.281-2/RS, Rel. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/06/2001, DJ 11/10/2001), (*grifo nosso*).

¹⁴⁹ Deste turno, destaca-se: “[...] o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, para se satisfazer o requisito do prequestionamento, é necessário que o Tribunal *a quo* tenha emitido juízo de valor a respeito da tese defendida no recurso especial [...]. O Supremo Tribunal Federal, diferentemente, no julgamento do RE 219.934/SP, prestigiando a Súmula 356/STF, sedimentou entendimento no sentido de considerar prequestionada a matéria pela simples interposição de embargos declaratórios, ainda que restem eles rejeitados sem o exame da tese constitucional [...]” (STJ, REsp n.º 1.075.700/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2008, DJe 17/12/2008). No mesmo sentido, cf.: STJ, AgRg no AREsp n.º 438.548/MA, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/03/2014, DJe 07/04/2014; AgRg no AREsp n.º 516350/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 02/03/2015; AgRg no REsp n.º 1366052/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/02/2015, DJe 19/02/2015.

¹⁵⁰ Cf.: STF, AgRg no AI n.º 739.580/SP, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/12/2012, DJe 06/02/2013; STF, AgRg no RE n.º 728.753/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 01/08/2013; STF, AgRg no AI n.º 807.499/PR, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/11/2013, DJe 11/12/2013.

promover justiça.¹⁵¹ No entanto, o que faz chamar atenção dessa mutação jurisprudencial no STF é justamente o fato de não restarem bem esclarecidas as considerações para tanto.¹⁵²

Analisada a “primeira jurisprudência” do Supremo, observa-se claramente a efetividade do citado verbete sumular 356 a partir de uma exegese “protetiva ao jurisdicionado”. Na prática, caso sobreviesse prejuízo à parte em razão de omissão constitucional no acórdão de segundo grau, ela opusesse os pertinentes EDcl e estes fossem negados, não sobejaria razões suficientes para que lhe fosse negado buscar a instância suprema através do RE no intuito de rever esta decisão. Argumentava a jurisprudência que, nessas circunstâncias processuais, nada mais se poderia exigir da parte. Por isso coerente o teor do enunciado sumular.¹⁵³

Ora, se não mais professada essa tese – e nos parece que seja o caso –, o STF deveria explanar as suficientes razões da virada jurisprudencial. A lume da Constituição, por que a precedente orientação encontrava-se desarrazoada? Se o enunciado sumular 356 da Casa tinha razão de ser na garantia do acesso à justiça em favor de jurisdicionados que viam na reiteração omissiva dos acórdãos em embargos declaratórios o injusto impedimento de acesso aos Tribunais Superiores, superado esse entendimento, por que o princípio constitucional não resta lesado? Qual é a resposta constitucionalmente adequada para essa corriqueira situação jurídica? Isso é, como as partes (e os juízes) devem proceder?

¹⁵¹ “Uma das funções primordiais do Direito, na dinâmica judiciária, é a de fornecer a ‘certeza do direito’, entendida como aquela consistente na possibilidade, proporcionada aos jurisdicionados, de que, através de um instrumental, haja o caminho capaz de estabelecer a maior previsibilidade possível. A atividade jurisdicional, no seu conjunto, deve proporcionar e traduzir essa certeza, havendo de resultar da tarefa de se dizer o direito, no seu todo, um panorama de decisões apreciavelmente coincidentes sobre mesmos temas.” (ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Tratado de direito processual civil*. São Paulo: RT, 1990, p. 13, v.1).

¹⁵² Para uma crítica mais vertical, vale registrar as ponderações de José Miguel Garcia Medina: “O que justificou, contudo, essa mudança de entendimento a respeito do tema? Não se tem notícia de alteração na Constituição ou na lei, no que se refere ao assunto. Se o entendimento adotado anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal era errado – eu, pessoalmente, entendo que a doutrina do ‘prequestionamento ficto’ é contrária à Constituição – o abandono de tal orientação não poderia ser realizado, sem que se expressassem as razões que levariam à mudança. Logo alguém chamará o que está ocorrendo de *overruling*. Mas o que mudou no direito ou na sociedade, para se justificar tal viragem jurisprudencial? Se se trata de correção de um entendimento equivocado, a mudança não poderia ocorrer sem, ao menos, se referir à orientação anterior, apontando o erro, justificando precisamente os porquês da mudança etc. E mais: em se tratando de mudança de orientação a respeito do cabimento do recurso extraordinário, não deveria ser observada, no caso (e valendo-se de outra expressão ‘da moda’, entre nós), a técnica do *prospective overruling*, aplicando-se a nova orientação jurisprudencial apenas a recursos extraordinários interpostos após noticiada a viragem jurisprudencial?” (MEDINA, José Miguel Garcia. O que precisamos é uma jurisprudência íntegra. *Revista Consultor Jurídico* – Coluna Processo novo (online). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-12/processo-precisamos-jurisprudencia-integra>>, acesso em: 04/02/2015).

¹⁵³ Cf.: STF, AgRg no AI n.º 648.760-3/SP, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/11/2007, DJe 30/11/2007.

Definitivamente, tais respostas não foram veiculadas em nenhum dos acórdãos do Supremo aqui citados como demonstrativos da guinada jurisprudencial. Em verdade, essas decisões se bastaram em dizer que a Corte deixou de proceder à interpretação a *contrario sensu* da Súmula STF 356 e, dessarte, passou a entender que a mera oposição dos EDcl, sem que suscitem decisão da matéria constitucional omitida, não perfaz o requisito do prequestionamento, viabilizador do acesso à instância extraordinária. Também há referência à exegese da Súmula STF 282,¹⁵⁴ diz-se que seu teor susta entendimento adverso a este atual. Todavia, olvida-se discutir o mérito das razões que sustentaram perenemente a plena efetividade deste verbete sumular ante a visão pretérita do Supremo.

Afinal, a construção processual que a jurisprudência e a doutrina convencionou chamar de “prequestionamento ficto” observa a Constituição?

Com a devida vênia, entendemos que não.¹⁵⁵ Acontece que o RE e o REsp são instrumentos excepcionais de impugnação das decisões judiciais. Em primeiro lugar, é preciso lembrar que o efeito devolutivo dos recursos é restrito, isto é, somente as matérias estritamente elencadas no texto constitucional podem ser *reapreciadas* pela Superior Instância.¹⁵⁶ Nesse sentido, está a advertência do professor José Manoel de Arruda Alvim Netto quando diz que “[...] o recurso extraordinário (*lato sensu*) tem fundamentação vinculada”.¹⁵⁷

Em segundo lugar, à exceção dos elencados casos em que o STF (art. 102, I, CF) e o STJ (art. 105, I, CF) detêm competência jurisdicional originária, apenas caberá às Cortes Superiores o juízo sobre causas que foram *efetivamente* decididas em segundo grau. Diferentemente do caminho adotado pelo legislador ordinário quando dispôs sobre o recurso de Apelação (art. 515, CPC – art. 1.013, NCPC); a Constituição Federal conta com expressos

¹⁵⁴ STF, Súmula 282, *verbis*: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”

¹⁵⁵ Por outro lado, entendendo que sim, cf.: GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 334. v. 2.

¹⁵⁶ Art. 102, III, CF: “julgar mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal”.

Art. 105, III, CF: “julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”.

¹⁵⁷ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Recurso especial: fundamentação vinculada. In: _____. *Soluções práticas de direito*, cit. p. 676.

dispositivos que impedem um “juízo preambular” em sede de RE (art. 102, III, CF) ou REsp (art. 105, III, CF).

Ao reportar-se ao RE, Nelson Nery Junior assinala que não compete ao STF *decidir* as matérias relacionadas no texto fundamental, mas apenas *redecidi-las*. Nesse contexto, o professor também destaca a posição de órgão *revisor* desse tribunal e do STJ quando julgam os respectivos RE e REsp. Ora, o ato de rever não pode importar juízo original, mas apenas derivado, nesses casos, dos atos das instâncias ordinárias.¹⁵⁸

Esse é o direito (constitucional) positivo. Na oportunidade em que a CF discorre sobre a competência do STF (art. 102, III, CF) e do STJ (art. 105, III, CF), deixa claro que os relativos RE e REsp terão por objeto as *causas decididas* em única ou última instância. Insta observar que não se lê *causas que deveriam ter sido decididas*. Uma vez aceita esta exegese, os Tribunais Superiores trairiam a típica e singular jurisdição extraordinária que exercem na cúpula da organização do Poder Judiciário para transmutarem-se em terceira ou quarta instâncias ordinárias. Trata-se, em suma, de compromisso mínimo com a semântica emergente dos programas normativos constitucionais.¹⁵⁹

Em vista disso, caso apostos os EDcl prequestionadores a fim de que seja sanada omissão no respectivo acórdão e o tribunal os rejeite, a interposição dos RE e/ou REsp por ofensa à matéria não apreciada restará prejudicada. Apesar da diligência do jurisdicionado, não haverá “questão *decidida*” na instância de origem, logo o acesso à jurisdição extraordinária por meio desses recursos estará inviabilizada em razão da carência de requisito constitucional.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Cf.: NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, cit. p. 286-287.

¹⁵⁹ Neste particular, vale registrar a lúcida crítica de Georges Abboud no sentido de nos despertar para certo relativismo constitucional que pode cobrar caro do Estado Democrático de Direito. É que, uma vez aceita e incorporada a relativização de requisito de admissibilidade do RE ou REsp pela comunidade jurídica, consecutivas teses também desconsideradoras de preceitos fundamentais poderiam aproveitar desse “precedente” (sic). Disso resultaria um maior risco para a estabilidade da ordem constitucional enquanto, por exemplo, forjado um possível relativismo da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. Cf.: ABOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2011. p. 98-99.

¹⁶⁰ A partir dessa compreensão constitucional, Nelson Nery Junior assinala a falta de técnica que padece a redação da súmula 356, STF: “É certo a falta de técnica ao STF 365. Ou melhor, falta complementação ao STF 365. Melhor ainda: é omissa o STF 365, e o ponto faltante precisa ser suprido [...] o verbete poderia ter uma redação assim sugerida: ‘O ponto omissa da decisão, sobre o qual não foram interpostos embargos declaratórios, **ou quando opostos persistir a omissão**, não pode ser objeto de recursos extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.’” E arremata o professor: “Este texto colocaria o STF 365 em perfeita consonância com a CF 102 III e 105 III.” (NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, cit. p. 286-287).

Contudo, o que ora defendemos não representa afronta ao princípio do acesso à justiça. Isso precisa ficar claro. Quando alegamos que a parte ou interessado carecerá do direito de interpor RE e/ou REsp, estamos nos referindo às hipóteses desses sujeitos processuais impugnarem matéria pendente de decisão *a quo*. Portanto, não é nossa intenção veicular opinião de que o jurisdicionado não poderá, de nenhuma forma, buscar a Instância Superior para que seja afastado o vício da omissão em segundo grau. Decerto ele o poderá fazer. Mas terá de ser por meio de REsp cuja fundamentação exponha ofensa ao art. 535, CPC (art. 1.022, NCPC).

Esta é a resposta constitucionalmente adequada. Vale dizer, se o acórdão de segundo grau padecer de omissão a respeito de matéria constitucional ou federal, caberá à parte prejudicada interpor os EDcl prequestionadores. Caso o tribunal negue provimento ao recurso alegando não haver omissão ou mesmo obscuridade e contradição, à parte será de direito renovar o pleito e/ou interpor REsp, neste caso por negativa de vigência de lei federal, com supedâneo no art. 105, III, a, CF. Isso porque, ao negar provimento aos embargos de declaração, o tribunal deixou de suprir omissão pendente no seu acórdão e, assim, negou vigência ao art. 535, CPC (art. 1.022, NCPC).

Em suma, a tese do “prequestionamento ficto” antes propalada pelo STF e ainda incursa em alguma doutrina, é inconstitucional. A razão é simples, ou a questão constitucional ou federal foi decidida pelo tribunal *a quo* e, então, será cabível sua impugnação através dos RE e REsp, nessa ordem; ou essa matéria não foi efetivamente decidida nem mesmo por ocasião dos EDcl e, portanto, restará ao jurisdicionado interpor REsp para que o STJ casse este acórdão denegatório e faça retornar os autos ao tribunal de origem para que os EDcl sejam, enfim, julgados pelo mérito. Neste caso, somente depois de suprida a omissão, ou seja, após ser julgada a questão constitucional ou federal, serão cabíveis os recursos extraordinários para impugnar a matéria pertinente – ora “prequestionada realmente”.

Do exposto, fica a nossa crítica ao art. 1.025, NCPC, cuja redação reproduzimos: “Art. 1.025, NCPC. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante pleiteou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.”

Como se percebe, o Novo Código, em contraposição ao atual entendimento das Cortes Superiores bem como da majoritária doutrina, adota a tese do “prequestionamento ficto” por ocasião da disciplina dos EDcl. Esse conceito é inconstitucional. Como o artigo não foi objeto de veto presidencial nos termos do art. 66, §§1º e 2º da CF, fica a expectativa de que o STF exerça o controle de constitucionalidade repressivo, seja de modo abstrato ou concreto.

Pois bem, tecidas as considerações sobre a falta de coerência na jurisprudência do Supremo em relação ao “prequestionamento ficto” (sic) e arraçoada a invalidade jurídica dessa tese, passemos a traçar algumas notas sobre a segunda *quaestio iuris* deste tópico, qual seja, a pergunta sobre a juridicidade do que se convencionou chamar na jurisprudência e doutrina de “prequestionamento implícito”.

De início, convém expor uma vez mais a incongruência entre as posições do STF e STJ sobre a temática. A valer, o Supremo sustenta a juridicidade apenas do “prequestionamento explícito”¹⁶¹; enquanto o STJ orienta-se também pela procedência do “prequestionamento implícito”.¹⁶²

¹⁶¹ Para exemplificarmos, estão os excertos dos julgados: “Prequestionamento implícito. Inadmissibilidade. Diz-se prequestionada a matéria quando a decisão impugnada haja emitido juízo explícito a respeito do tema, inclusive mencionando o preceito constitucional previamente suscitado nas razões do recurso submetido à sua apreciação”. (grifo nosso), (STF, AgRg no RE n.º 449.137/RG, Rel. Ministro EROS GRAU, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/02/2008, DJe 04/04/2008); “Prequestionamento implícito. Inadmissibilidade [...]. Destarte, os dispositivos constitucionais tidos por violados não foram suscitados durante a via processual ordinária, circunstância que caracteriza ausência de prequestionamento ainda que ventilada, posteriormente, quando opostos embargos declaratórios [...]. Incidência da súmula 282/STF”. (grifo nosso), (STF, n.º 854.747/RS, Rel. Ministro LUIS FUX, julgado em 18/12/14, DJe 04/02/2015); “Prequestionamento implícito. Inadmissibilidade. O entendimento da Corte Suprema é no sentido da insubsistência da tese do chamado prequestionamento implícito. Verifico que o recorrente fundamenta suas razões recursais na alegada violação, pelo Tribunal *a quo*, dos artigos 5º, II, 18, *caput*, 37, *caput*, e 84, IV, da Constituição Federal. *Ocorre que a instância de origem, ao decidir a lide, não analisou a matéria com enfoque nos mencionados dispositivos constitucionais [...]. O Supremo Tribunal Federal não se vincula à análise da existência de prequestionamento realizada pelo Vice-presidente do Tribunal de origem em sede de análise de admissibilidade do recurso extraordinário*”. (grifo nosso), (STF, AgRg no ARE n.º 718.784/PE, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 29/09/2014).

¹⁶² Deste outro entendimento, são os exemplos: “Prequestionamento implícito. Admissão [...]. *Conforme entendimento consolidado nesta Corte, admite-se o prequestionamento implícito, para fins de conhecimento do recurso especial interposto pela alínea a do permissivo constitucional, quando as questões debatidas no recurso especial tenham sido decididas no acórdão recorrido, ainda que sem a explícita indicação dos dispositivos de lei que o fundamentaram*”. (grifo nosso), (STJ, EDcl no REsp n.º 691.653/AL, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2009, DJe 07/04/2009). “Prequestionamento implícito. Possibilidade [...]. Com efeito, *a Corte Especial deste Tribunal entende não ser necessária a menção explícita aos dispositivos legais no texto do acórdão recorrido para que seja atendido o requisito de prequestionamento*”. (grifo nosso), (STJ, AgRg no REsp n.º 1.441.499/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, julgado em 02/10/2014, DJe 13/10/2014). “Prequestionamento implícito. Provimento. Quando, *embora não tenha feito menção ao artigo de lei tido por violado, o acórdão recorrido aprecia a matéria, considera-se prequestionada a*

Para o STF, a verificação do prequestionamento (causa decidida) de que fala o texto constitucional, pressupõe a comprovação pelo recorrente acerca da clara e inequívoca decisão proveniente do tribunal *a quo*, inclusive com a efetiva menção dos programas normativos (os artigos da Constituição) que ensejam as razões do respectivo RE.

Para o STJ, o acesso à Instância Superior por meio do REsp não exige tal axiomática identificação relativa à matéria federal decidida no tribunal de origem. Mas, ainda que os dispositivos de lei que fundamentem o especial não tenham sido categoricamente reportados na decisão recorrida, se através de uma leitura mais acurada deste acórdão, tal como das razões e contrarrazões do recurso, restar apurado, de uma forma mais ou menos direta, que a tese justificante do REsp foi decidida pelo tribunal *a quo*, configurado estará o prequestionamento.

Para sermos sinceros, o desentendimento entre os Tribunais Superiores é “épico”: logra prejudicar a estabilidade e coerência do direito, ao passo que constitui-se de duas insensatas construções terminológicas, *data vêniam*.

Como esclarece Nelson Nery Junior, a querela sobre o conceito de prequestionamento explícito ou implícito não tem o condão de ser baliza entre a admissibilidade ou não dos recursos extraordinários. Essa discussão é um falso problema de mera ordem semântica que deve ser expurgado do mundo jurídico.¹⁶³

Com efeito, entendido o prequestionamento como causa decidida, desimporta a forma(lide) com que a decisão do tribunal de origem é levada nos autos dos recursos extraordinários ao conhecimento dos Tribunais Superiores, se de modo explícito ou implícito, mas o que realmente interessa é o que foi objeto dessa decisão. Ou seja, o que efetivamente se deve analisar no juízo de admissibilidade é se a questão federal ou constitucional foi decidida nas instâncias ordinárias.

Nesse sentido, o oportuno magistério de Cássio Scarpinella Bueno:¹⁶⁴

questão, *afastando-se a incidência da Súmula n. 282/STF*”. (grifo nosso), (STJ, AgRg no REsp n.º 1107782/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, julgado em 20/06/2013, DJe 01/07/2013).

¹⁶³ Cf.: NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*, cit. p. 280. No mesmo sentido, cf.: BUENO, Cássio Scarpinella. Quem tem medo do prequestionamento? *Revista dialética de direito processual*. São Paulo: Dialética, v. 1. p. 23-53, 2003; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. São Paulo: RT, 2001. p. 298.

¹⁶⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. Quem tem medo do prequestionamento?, cit. p. 51.

Em suma, a dificuldade da verificação do que se decidiu e por qual fundamento – se certo ou errado; se pertinente ou impertinente – não pode ser obstáculo (geralmente intransponível) para o acesso às Cortes Superiores. A forma pela qual se apresenta aos sentidos o ‘prequestionamento’, isto é, a própria decisão, é muito menos importante ou relevante (se é que há relevância nisto) do que se constatar o que foi objeto de enfrentamento pela instância inferior e, a partir disto, empreenderem, as Cortes Superiores, seu papel de guardiãs da inteireza do direito federal.

Portanto, concluímos que a adjetivação do prequestionamento em explícito, implícito e, até mesmo, ficto, não vai além de uma obsessão taxonômica (im)própria de parte da doutrina e jurisprudência brasileira. De fato, constituem-se essas classificações em meras formas de materialização (apresentação) nas Instâncias Superiores da matéria constitucional e federal decidida ou não pelo tribunal de origem.

Antes de “(pré)ocupar-se” com conceitos semânticos e assim obstar o acesso à justiça ao vindicar exigências despropositadas tal qual a rotulação de todos os dispositivos legais que fundamentem os RE e REsp, o prequestionamento de que fala a Constituição é verificável na exata proporção do que ordinariamente se decidiu ou por equívoco deixou-se de fazê-lo, para que esses julgamentos uma vez impugnados sejam conhecidos na Instância Superior e novamente deliberados, ora sob respectivos fundamentos relacionados ao *error in iudicando* da matéria constitucional ou federal, ou *error in procedendo* por ofensa ao art. 535, CPC (art. 1.022, NCPC).

2.3 Na Ação por Improbidade Administrativa e na Ação Civil Pública, estariam as sentenças terminativas ou definitivas de improcedência sujeitas ao reexame necessário?

Tanto a lei que dispõe sobre os atos de improbidade administrativa (LIA, Lei n. 8.429/1992), como a lei que regulamenta a Ação Civil Pública (LACP, Lei n. 7.343/85), nada dispõem sobre o instituto processual que, perante dos instrumentos destinados à tutela dos direitos metaindividuais, só é regulamentado pela Lei da Ação Popular (LAP, Lei n. 4.717/1965, art. 19). Nesses termos, indaga-se: o reexame necessário previsto na LAP deve ser aplicado analogicamente às sentenças de improcedência em improbidade administrativa, bem como nos casos de responsabilidade por danos causados às matérias afetas à LACP, uma

vez que todas as leis integram o denominado microsistema processual de tutela dos direitos coletivos?¹⁶⁵

Como sabemos, cabe STJ uniformizar a interpretação da lei federal em todo o território nacional (art. 105, III, CF). Então, em 2011, a Segunda Turma do Colegiado, por unanimidade, decidiu, a despeito da inexistência de previsão legal, que as causas afetas à LACP ou à LIA estariam sujeitas indistintamente à remessa necessária, em razão da aplicação analógica do art. 19 da LAP. Nos termos em que afirmou o Min. Relator, a remessa necessária seria amplamente cabível aos instrumentos de tutela coletiva.¹⁶⁶

Em 2014, a mesma questão jurídica aportou novamente ao STJ. Deste turno, porém, o tribunal, se referindo à própria jurisprudência, declinou do cabimento do reexame necessário em face de eventual sentença de decadência ou improcedência em sede de Ação por Improbidade Administrativa. No mais, reafirmou, em abstrato, o cabimento do instituto perante a LACP. Os argumentos foram no sentido de que a LIA tem rito próprio e objeto específico em relação à LAP, de modo a afastar o raciocínio analógico em tela. Mas, como a LACP destina-se a proteção do patrimônio público, a exemplo da LAP, a analogia deveria ser invariavelmente reconhecida.¹⁶⁷

Desses julgamentos, cumpre-nos alguns destaques. Em primeiro lugar, diga-se que é bastante louvável o Tribunal Superior (e não só ele) referir-se aos seus próprios julgados que guardem pertinência à matéria *sub judice*. Todavia, não basta referenciar-se. Se

¹⁶⁵ Sobre a eficácia do reenvio necessário diante das sentenças desfavoráveis aos interesses dos entes públicos, defende Barbosa Moreira que: “[...] não se restringe aos casos de sucumbência da União, do Estado ou do Município no plano do *meritum causae*. O que se quer é assegurar o controle da decisão de primeiro grau por órgão hierarquicamente superior, a fim de evitar que a pessoa jurídica de direito público – e, portanto, a coletividade – seja prejudicada sem fundamento sólido. Mas esse interesse pode ser injustamente ferido tanto nas hipóteses de sentença de mérito desfavorável à União, ao Estado ou ao Município, quanto naquelas em que o processo iniciado por algum desses entes se vê extinto sem apreciação da lide em sua substância.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Juízo de retratação e reexame obrigatório em segundo grau. In: *Temas de direito processual*. Sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 90). Também já decidiu o STJ sobre a aplicabilidade do art. 475, I, CPC (art. 496, NCP) em caso de sentença terminativa: “Se o legislador não excluiu expressamente a submissão ao duplo grau quando o ente público – autor da demanda de conhecimento – for vencido, não cabe ao intérprete excluí-la de maneira mais gravosa à parte.” (STJ, REsp 1.144.732/BA, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, Julgado em 06/10/2009, DJe 15/10/2009). A corroborar o entendimento, cf.: NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme A.; com a colaboração de João Francisco Naves da Fonseca. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 42. ed., São Paulo: Saraiva, 2010. p. 534.

¹⁶⁶ Cf.: STJ, AgRg no REsp n.º 1.219.033/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 25/04/2011.

¹⁶⁷ Cf.: STJ, REsp n.º 1.220.667/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 20/10/2014.

“compreender a questionabilidade de algo é, antes, sempre perguntar”¹⁶⁸, deve-se, então, lançar-se das “perguntas corretas”¹⁶⁹. E, talvez, a primeira delas devesse mover-se por algo tão básico ao deslinde da causa que, de repente, em ambas oportunidades não cuidou o STJ: “qual é a razão de ser do reexame necessário?”

Com acerto, Nelson Nery Junior explica que o duplo grau de jurisdição obrigatório tem como escopo final a persecução de uma maior segurança na retidão das sentenças desfavoráveis à Fazenda Pública. Portanto, trata-se de condição de eficácia dessas decisões, que não farão coisa julgada em primeiro grau, haja vista presentes os efeitos suspensivo e translativo da remessa *ex officio*.¹⁷⁰

Neste ponto, vale ressaltar distinta consideração do autor. Há doutrina que sustenta a inconstitucionalidade da remessa necessária. Os argumentos tendem a reiterar ofensa ao princípio da isonomia (art. 5º, *caput* e I, CF; art. 125, I, CPC – art. 139, I, NCPC).¹⁷¹ Todavia, assentida as lições de Nelson Nery, parece-nos a melhor crítica não residir no instituto em si, mas na maneira como ele é aplicado.

Acontece que a interpretação dos tribunais concilia a remessa necessária com a proibição da *reformatio in pejus*.¹⁷² Daí falar-se, com razão, da inconstitucionalidade do dispositivo. Dessa leitura tribunalística, resta evidente que o instituto serve à Fazenda Pública de tutela do Poder Judiciário, o que, de fato, traduz-se na quebra da paridade de armas perante as partes.

No entanto, Nelson Nery alerta para o efeito translativo do instituto, em claro prejuízo do devolutivo no qual se escora a jurisprudência. Nesses termos, o professor atesta a legalidade do reexame necessário, haja vista que, assim: “[...] transfere-se o conhecimento integral da causa ao tribunal superior, com a finalidade de estabelecer controle sobre a

¹⁶⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 551. “Mas o direito como integridade consiste numa abordagem, em perguntas mais que em respostas [...]” (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 287).

¹⁶⁹ Cf.: GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 554-556.

¹⁷⁰ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, cit. p. 120-121. No mesmo sentido, cf.: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil – meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2012. p. 515. v.3.

¹⁷¹ Na posição, citamos as literaturas de: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975. p. 45; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 303; e CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2002. p. 47.

¹⁷² Súmula, STJ, n.º 45: “No reexame necessário, é defeso, ao tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública”.

correção da sentença de primeiro grau [...]. Não se trata, portanto, de atribuir-se ao Judiciário uma espécie de tutela à Fazenda Pública, a todos os títulos impertinente e intolerável.”¹⁷³

Para mais, continua o jurista esclarecendo que quando em litígio afiguram-se a Fazenda Pública ou o Ministério Público, há de se observar certo caráter publicista da relação processual, de modo que o direito material em juízo respeita ao próprio povo. Assim, em atenção ao princípio constitucional da igualdade real – e não meramente formal, alcançável da rasa adoção de regras legais estáticas –, o reexame necessário revela-se legítimo interesse extenso à coletividade.¹⁷⁴

Isso posto, resta perceptível que o reexame necessário traduz-se, ontologicamente, em argumento de princípio. Vale dizer, nas ações individuais, as pessoas jurídicas de direito público resguardam certos interesses de ordem pública; enquanto que nas ações coletivas, quando legitimados estes entes, bem como o *Parquet*, a Defensoria Pública, as Associações, entre outros, terão legitimidade autônoma¹⁷⁵ para a condução do processo como titulares de direito metaindividual em juízo ou legitimidade extraordinária em razão da substituição processual para a tutela de direitos individuais homogêneos que, inobstante sejam disponíveis e divisíveis, expressem relevância social objetiva. Por isso, nessas excepcionais situações jurídicas, ser essencial um distinto olhar normativo em prol da eficácia da isonomia substancial.¹⁷⁶

R. G. Collingwood dizia que: “[...] na realidade somente se pode compreender um texto quando se compreendeu a pergunta para a qual ele é a resposta.”¹⁷⁷ A questão sobre incidência ou não do reexame necessário nas relações processuais (coletivas ou individuais), somente encontrará resposta no direito confrontado ao caso concreto. Quer dizer, o instituto

¹⁷³ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, cit. p. 120-121.

¹⁷⁴ *Ibidem*. p. 106. No mesmo sentido, assinala Moacyr Amaral Santos: “Visando, porém, ao resguardo de certos interesses de ordem pública (interesses de família, da União, do Estado, ou do Município e da Fazenda Pública), a lei, no art. 475 do Código de Processo Civil, prescreve a exigibilidade do cumprimento do princípio do duplo grau de jurisdição, sempre que aqueles interesses não tenham prevalecido na sentença.” (*grifo nosso*), (SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 102. v. 3).

¹⁷⁵ Sobre a desarrazoada classificação doutrinária que defende a legitimidade ser *extraordinária por substituição processual*, cf.: NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, cit. p. 196-197.

¹⁷⁶ Com razão, além do instituto da remessa necessária, pode-se somar o benefício dos prazos processuais dilatados de que gozam a Fazenda Pública, o Ministério Público e a Defensoria Pública. Cf.: no CPC/73: art. 188, I e II; e art. 128, I, LC n.º 80/1994 (organiza a Defensoria Pública); no NCPC: arts. 180, 183 e 186, consideradas as alterações no sentido de que todas as instituições terão prazo em dobro para se manifestarem nos autos.

¹⁷⁷ *Apud* GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 545. No primeiro capítulo deste trabalho desenvolvemos a diferença entre “texto” e “sentido de texto”, para onde remetemos o leitor.

deverá ser aplicável quando os fatos do caso em juízo requisitá-lo a fim de garantir efetividade ao princípio constitucional da isonomia que o (pré-)compreende.

Essa pergunta sobre “o campo de sentido do texto” – que sempre será fático e nunca ideal ou metafísico (Heidegger) ¹⁷⁸ – ou, na fenomenologia, sobre “o *ser do ente*”, nos faz crer que o STJ pecou em integridade e coerência nos julgamentos. Resta claro da leitura dos acórdãos o reconhecimento da Corte segundo o qual o reexame necessário deve ser aplicado invariavelmente às sentenças que concluírem pela carência ou improcedência da Ação Civil Pública. Este arbítrio não é íntegro à razão de ser (constitucional) do instituto legal. Ademais, ao ser instado a pronunciar-se novamente, o STJ quebrou a coerência em relação ao julgado anterior quando optou erroneamente pelo distinção da LIA frente à LAP, como causa a afastar a aplicação analógica do art. 19 desta lei.

A respeito da integridade dos julgamentos, vale ressaltar que afirmar *indistintamente* é dialogar com *conceitos universais*, por isso “contra-fáticos”. A remessa *ex officio* das sentenças improcedentes em sede de Ações Cíveis Públicas estará condicionada aos casos concretos subjacentes ao direito, que são *distintos*. Assim, não se pode *sustentar em abstrato* qualquer analogia do art. 19 da Lei de Ação Popular em relação às causas afetas à Lei de Ação Civil Pública.

Consideremos as Ações Cíveis Públicas julgadas improcedentes ou mesmo prejudicadas no mérito, em que: (i) a OAB discuta os interesses individuais homogêneos de feiços em face de senhorio, visando a declaração de inexigibilidade de cobrança de foro e laudêmio sobre imóveis objeto de enfiteuse constituída antes do Código Civil de 2002 ¹⁷⁹; (ii) o Ministério Público se insurja contra a União visando anular determinada disposição presente em edital de certame público, em curso, *no interesse de determinados candidatos inscritos e autossuficientes* ¹⁸⁰; (iii) a Defensoria Pública ou, na falta, o *Parquet*, tutele direitos

¹⁷⁸ Sobre este aspecto mais original da compreensão que não se estrutura em idealismos (universalismos), Heidegger escreve: “É este o caminho que a hermenêutica da facticidade pretende seguir. Ela denomina-se a si mesma interpretação; ou seja, não é pura cópia no primeiro aspecto. Todo interpretar é interpretar em vista de algo. O ter-prévio, a ser interpretado, deve ser buscado no contexto do objeto. Deve afastar-se do que se encontra mais próximo no assunto que está em jogo para ir em direção ao que reside em seu fundo. O progresso da hermenêutica deve ser visualizado somente a partir de seu objeto.” (HEIDEGGER, Martin. *Ontologia: Hermenêutica da Facticidade*. Trad. Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 84).

¹⁷⁹ Cf.: TRF-3, AC n.º 765/SP, Rel. Juiz convocado MÁRCIO MESQUITA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 22/08/2014.

¹⁸⁰ Cf.: TRF-5, AC n.º 411.410/CE, Rel. Desembargador federal ÉLIO WANDERLEY DE SIQUEIRA FILHO, julgado em 15/01/2009, DJ 23/03/2009. Por pertinente, vale indicar: “A relação jurídica entre a Administração Pública e o candidato a concurso público não é de natureza consumerista, por isso inaplicável o

individuais homogêneos de devedores fiduciantes hipossuficientes em face de Empresa Loteadora e Construtora.¹⁸¹

À exceção do terceiro caso, a sentença não estará sujeita ao duplo grau obrigatório, não obstante tratem-se de Ações Cíveis Públicas. Isso porque, neles, os fatos inerentes ao direito que se discute, não reclamam a razão de ser do instituto processual, ou seja, não se traduzem em interesse maior da coletividade legitimante do excepcional e, daí, isonômico, olhar legal.¹⁸²

Com efeito, a OAB e o Ministério Público, apesar de gozarem de legitimidade autônoma ordinária quando da tutela processual de direitos transindividuais (difusos e coletivos *stricto sensu*¹⁸³), na primeira e segunda ações coletivas referidas, o que se observa é o fenômeno da legitimidade extraordinária por substituição processual apta a tutela de direitos individuais homogêneos disponíveis que, na matéria, não ensejam interesse socialmente relevante.

Todavia, o cenário não se repete no último caso, haja vista que, neste, a Defensoria Pública (bem como, na carência, o Ministério Público) presta-se a defesa de direitos individuais homogêneos cuja dimensão social revela-se coincidente ao interesse público.

art. 6.º, inciso VIII, do CDC.” (STJ, AgRg nos EDcl no REsp n.º 1321014/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/11/2003, DJe 04/12/2013).

¹⁸¹ Cf.: STJ, EREsp n.º 171.283/PR, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/11/2004, DJ 27/06/2005.

¹⁸² Interessante anotar a referência de “acidentalmente coletivos” que Barbosa Moreira dispensa aos direitos individuais homogêneos. Desta menção, aduz o processualista que tais interesses merecem apenas um trato processual coletivo – haja vista a origem comum –, uma vez que, em verdade, são materialmente individuais. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: *Temas de direito processual*. Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 195-196). Ainda, sobre o tratamento processual coletivo legado aos direitos individuais homogêneos, vale refletir a crítica de José Ignácio Botelho de Mesquita sobre a inconstitucionalidade do instituto da coisa julgada *secundum eventum litis*. O professor alega afronta ao princípio da isonomia, haja vista que a sentença que condena o réu se torna imutável e indiscutível: “em benefício de todos que se pretenderem vítimas; mas a sentença que o absolver não lhe servirá para nada, podendo voltar a ser discutida por quem quer que seja. A autoridade do Poder Judiciário, neste caso, será nenhuma e a sentença não valerá o preço do papel em que tiver sido lançada. O direito de defesa do réu, por sua vez, ficará reduzido a uma fórmula inteiramente vazia, porque, por melhor que se defenda, nenhuma consequência prática daí decorrerá, a não ser a vitória isolada sobre a ‘vítima’ incauta que, ignorante, tenha optado por participar do processo em lugar de ficar de fora aguardando o resultado...” (BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Na ação do consumidor, pode ser inútil a defesa do fornecedor. *Revista do Advogado da AASP*, n. 33, p. 81, dez./1990).

¹⁸³ Quando da tutela dos direitos coletivos *stricto sensu*, faz-se oportuno o apontamento de Nelson Nery Junior: “Os interesses coletivos, por serem individuais, ou por outra, por serem supra-individuais, na verdade configuram hipótese de interesse público”. (NERY JUNIOR, Nelson. Ação Cível Pública. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 31, p. 230, jul./1983).

Não se pode questionar que a garantia de acesso à justiça aos hipossuficientes é múnus público, devendo o Estado proporcionar assistência jurídica integral e gratuita à classe beneficiada (art. 5º, LXXIV, CF). Acaso não efetivado esse interesse público, é certo que haverá “flagrante ofensa à igualdade no processo (arts. 5º, inciso I, CRFB, e 125, inciso I, CPC) – à paridade de armas (*Waffengleichheit*) –, ferindo-se daí igualmente o direito fundamental ao processo justo (*procedural due process of law*, art. 5º, inciso LIV, CRFB).”¹⁸⁴

No que toca à coerência, algumas outras indagações poderão contribuir à reflexão do estado da arte interpretativo em *terrae brasilis* (Lenio Streck). É de se observar que no segundo julgado o STJ manteve o paralelismo entre a LAP e a LACP sob alegações de que ambas as leis integram o microssistema de tutela coletiva e destinam-se a proteção do patrimônio público em sentido lato. Posto isso, seria razoável depreender que a LIA – excepcionada – não anotasse o quesito sistêmico e objetivo, correto? Errado. A doutrina e a jurisprudência (do próprio STJ, inclusive) somam entendimento contrário.¹⁸⁵

Ademais, houve alegação de que a LIA segue rito próprio e conta com objeto típico definido em lei específica. Todavia, não se pode deixar de atentar que também a LAP e a LACP estão disciplinadas em leis específicas que regulamentam, inclusive, legitimidade ativa distinta e objeto jurídico mais ou menos amplo.¹⁸⁶

Dessarte, chama a atenção o vazio da (in)conclusiva afirmação de que “[...] a ausência de previsão legal do reexame necessário na LIA não pode ser interpretada como

¹⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Comentário ao art. 5º, inciso LXXIV. In: J. J. Gomes Canotilho; Gilmar Ferreira Mendes; Ingo Wolfgang Sarlet; Lenio Luiz Streck (coords.). *Op. cit.* p. 491.

¹⁸⁵ Na jurisprudência, cf.: STJ, REsp 1.085.218/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15.10.2009, DJe 06/11/2009; STJ, REsp 1.217.554/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 17/08/2013; STJ, REsp 1.106.515/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 02/02/2011.

Na doutrina, cf.: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Estudos sobre improbidade administrativa em homenagem ao Prof. J.J. Calmon de Passos*. In: Alexandre Albagli Oliveira, Cristiano Chaves, Luciano Ghigone (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 355-364; CRUZ TUCCI, José Rogério. Direitos transindividuais: conceito e legitimação para agir. *Revista Jurídica* (Guarapuava), Porto Alegre, v. 331, p. 9-26, 2005; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 31.

¹⁸⁶ Cf.: BARROSO, Luís Roberto. Ação popular e ação civil pública. Aspectos comuns e distintivos. *Revista de Direito Administrativo Aplicado*. Curitiba: Gênesis, v. 1, n. 1, p. 69, abr./1994.

lacuna.”¹⁸⁷, exatamente porque desta “resposta” soa maior a simples pergunta: “se é verdade que não pode, por que, então, na LACP, pode?”

O Min. Relator sustenta que a existência de recurso pressupõe previsão legal.¹⁸⁸ *Data vênia*, o raciocínio é desarrazoado. Acontece que, como dito antes, o instituto processual do reexame necessário não é recurso, mas, perante os casos concretos que o requer em atenção ao princípio da isonomia, é condição de eficácia da sentença. Ademais, se realmente a carência de lei é considerada a pedra-de-toque, qual é a lógica de S. Exa. sustentar, ainda no voto, a aplicabilidade do instituto diante da LACP?

Superado este desacerto, outro aparece, *data vênia*, no voto-vista do acórdão. Neste, verifica-se que S. Exa. afastou qualquer caráter sancionatório à LAP, ao reservá-lo apenas à LIA e, por conseguinte, argumentou que o duplo grau obrigatório nesta ação: “[...] seria como se instruir a remessa de ofício na Ação Penal julgada improcedente, ou mesmo quando a denúncia fosse rejeitada *initio litis*.”¹⁸⁹

Reflitamos. Há tempo as mais altas Cortes de Justiça do Brasil declinam de qualquer interpretação atinente à LIA sob ótica penal, a natureza cível desta ação é reiteradamente afirmada, vale dizer.¹⁹⁰ Assim, perscrutar o direito (processual) civil ante a uma compreensão de direito (processual) penal, não pode desvelar-se caminho leal à matéria estudada. Não nos aparenta razoável a equivalência disciplinar suscitada. Mas, ainda que desconsiderada esta equivocada aproximação, para além, outra questão se impõe: “será, mesmo, que a LAP não encerra nenhum caráter sancionatório?”

Pois bem. O art. 14 da LAP disciplina que: “Se o valor da lesão [*ao patrimônio público*] ficar provado no curso da causa, será indicado na sentença; se depender de avaliação ou perícia, será apurado na execução.” Ora, uma vez provado o valor da lesão, qual será a

¹⁸⁷ Cf.: STJ, REsp n.º 1.220.667/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 20/10/2014.

¹⁸⁸ “Conheço e reverencio a orientação desta Corte de que o art. 19 da Lei 4.717/65 embora refira-se imediatamente à Ação Popular, tem seu âmbito de aplicação estendido às ações civis públicas diante das funções assemelhadas a que se destinam [...] de maneira que as sentenças de improcedência devem se sujeitar indistintamente à remessa necessária. *Ao meu sentir, todavia, a existência de recurso, ou seja, a sua criação por lei, é o pressuposto essencial.*” (*grifo nosso*), (*Ibidem*).

¹⁸⁹ Excerto encontrado no voto-vista do Senhor Ministro Sérgio Kukina, no julgado suprarreferido.

¹⁹⁰ Cf.: STF, RE n.º 377.114/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 29/08/2014; STF, AI n.º 860.738/MT, Rel. Ministro GILMAR MENDES, julgado em 20/06/2014, DJe 01/07/2014; STJ, Rcl n.º 2.723/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/10/2008, DJe 06/04/2009; STJ, AgRg no REsp n.º 556.370/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 10/12/2009.

natureza desta sentença? Meramente declaratória? Isto é, o juízo, ao cabo de todo o processo, deverá cingir-se a aquilatar o desfalque ao erário e tão-só? ¹⁹¹

Percebam que as três leis disciplinam condutas que não exorbitam a seara da responsabilidade civil. É verdade que a LIA também prevê sanções de natureza administrativa e política, o que faz denotar uma responsabilidade mais gravosa, todavia, ainda cível (*lato sensu*). Observem, outrossim, que o caráter sancionatório – próprio das sentenças condenatórias – faz-se, em maior ou menor proporção, também presente nas leis. Ou seja, não é a natureza pura e simples do pedido (imediato); mas do direito (causa de pedir e pedido), que importará na incidência ou não do reexame necessário.

Sem dúvida, o duplo grau obrigatório é objeto de interpretação restritiva. Todavia, entendemos que essa compreensão deva ser, antes de dogmática, principiológica. E, trabalhar com princípios é “(pré)ocupar-se” do que interpela o caso concreto para, então, alcançar a resposta adequada.

Ao contrário dos anti-hermenêuticos conceitualismos encontrados nas (in)decisões do STJ, acreditamos que o instituto da remessa necessária deverá ser interpretado a partir do caso concreto. Isto é, nas ações individuais, quando litigante as pessoas jurídicas de direito público, assim como nas ações coletivas, quando o bem jurídico tutelado revelar autêntica dimensão social que coincida com o interesse público, as eventuais sentenças desfavoráveis a esses interesses deverão ser remetidas de ofício ao tribunal competente, no intuito de que haja maior segurança na retidão da decisão proferida. Afinal, é disso que trata a isonomia substancial entre o particular e a coletividade.

¹⁹¹ Sobre o conteúdo das sentenças condenatórias, cumpre-nos remeter as lições do professor José Manoel de Arruda Alvim Netto, para quem: “Tal como as demais sentenças, outrossim na condenatória declara-se o direito. Todavia, não é tal declaração que caracteriza a condenatória. O que marca a condenatória precipuamente é a *sanção*”. (*grifo nosso*), (ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. A sentença no processo civil. As diversas formas de terminação do processo em primeiro grau. *Revista de Processo*, v. 2, São Paulo: RT, p. 60, abr./1976).

CAPÍTULO 3 – POR QUE UM SISTEMA DE PROVIMENTOS JUDICIAIS VINCULANTES NÃO É A TRADUÇÃO DO *STARE DECISIS*?

3.1 O *stare decisis*

Stare decisis é uma doutrina do *common law* que tem suas origens remontadas ao século XVIII inglês.¹⁹² Proposta segundo o princípio “*stare decisis et non quieta movere*” (ficar com as coisas decididas e não perturbar questões estabelecidas), a doutrina preconiza que as decisões judiciais proferidas devem orientar questões análogas que eventualmente se apresentem em juízo¹⁹³: “*Stare decisis, however, has it not that common-law judges feel bound, but that they are bound, to follow precedents.*”¹⁹⁴

Porém, um estudo histórico nos revela que nem sempre os juízes do *common law* valeram-se da autoridade relativa às decisões preexistentes. No medievo, essas decisões mereciam apenas registros, sendo que as escassas razões que informavam os julgamentos não eram objetos de inscrição. Ainda que os juízes ocasionalmente seguissem e, inclusive, distinguíssem decisões judiciais, não havia cultura relacionada à autoridade delas.¹⁹⁵

Na segunda metade do séc. XVI, a compreensão dos precedentes conquistou novas nuances. Incitados por parcela da advocacia, movimentos de incentivo à compilação de casos que ilustrassem as posições jurídicas admitidas pelas Cortes se sucederam. Nessa quadra, a comunidade jurídica gradativamente tornou-se consciente do *case-law* como fonte de autoridade. Ao passar do tempo, essa percepção cresceu e resultou com que as Cortes se apercebessem mais detidamente de seus próprios precedentes, este era o cenário testemunhado já no séc. XVII, mas sem que os juízes reconhecessem nessas decisões individuais um conceito propriamente vinculativo.¹⁹⁶

Apenas dessa breve exposição, resta possível concluir que qualquer identidade entre o *common law* e o *stare decisis* é desarrazoada. Nesses termos escreve Brian Simpson, ao assinalar que qualquer iniciativa consistente na explicação das origens do *common law* a partir da doutrina dos precedentes, restará voltada ao insucesso. Na verdade, o direito

¹⁹² Cf.: DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University, 2008. p. 25.

¹⁹³ *Ibidem*. p. 12.

¹⁹⁴ Isto é: “*Stare decisis*, de qualquer forma, não significa que os juízes do *common-law* se sentem comprometidos, mas que eles são comprometidos, para seguir os precedentes.” (trad. livre), (*Ibidem*. p. 13).

¹⁹⁵ *Ibidem*. p. 32. Lenio Streck e Georges Abboud informam, a partir de Harold J. Berman, que o termo “precedente” foi empregado pela primeira vez em 1557.

¹⁹⁶ DUXBURY, Neil. *Op. cit.* p. 33 *et seq.*

costumeiro atravessou séculos sem que fossem aventados conceitos como *ratio decidendi* e *obiter dictum*, sem que a vinculação dos precedentes se tornasse expressão fundamental para o povo inglês.¹⁹⁷

Dessarte, é pertinente a seguinte questão posta por Neil Duxbury: “[...] why should precedent have moved from the periphery to the nub of the common law system just when it did?”¹⁹⁸

Não se pode deixar de notar que o advento do *stare decisis* é contemporâneo ao início do positivismo clássico (científico) – jurisprudência analítica inglesa –, seria essa simbiose teórica, então, a explicação para a vinculação dos precedentes? Em uma palavra, o positivismo foi a razão para o surgimento da doutrina da vinculação dos precedentes?

Duxbury indica alguns argumentos que sugerem essa relação, mas trata de afastá-los, sem, contudo, abster-se de registrar um em especial, o de Thomas Hobbes.¹⁹⁹ Não obstante este filósofo antecipar em um século o estabelecimento do *stare decisis*, para Duxbury, na constatação hobbesiana de que “The judge is to take notice, that his sentence ought to be according to the reason of his sovereign” (O juiz tem que perceber que sua sentença deve estar de acordo com a razão do seu soberano) pode-se encontrar um prenúncio da doutrina dos precedentes.²⁰⁰ Os fundamentos das decisões judiciais, à parte representarem ou não a vontade do soberano, alçam força diretiva: “[...] the reasoning adopted yesterday may not have caused today’s result; but it governs the terms in which today’s dispute is put to

¹⁹⁷ Cf.: SIMPSON, A. W. B. The common law and legal theory. In: HORDER, Jeremy (ed.). *Oxford essays in jurisprudence*. Second Series. Oxford: Clarendon, 1973. p. 77.

¹⁹⁸ Isto é: “qual é a razão do precedente ter se movido da periferia ao nó do sistema do *common law* apenas quando ele o fez?” (trad. livre), (DUXBURY, Neil. *Op. cit.* p. 35).

¹⁹⁹ *Ibidem.* p. 37-48.

²⁰⁰ “Of all the classical positivist efforts to explain why the doctrine of precedent materialized, this last argument – Hobbes’s argument – seems to be the most promising. This is not because there is anything especially plausible about the assumption that judges endeavour to replicate the reasoning of the sovereign, but because Hobbes recognized that the use of reason was integral to judicial-decision making in the seventeenth century. By this point in history, as we have noted, English judges were increasingly paying attention to precedents even though *stare decisis* was not yet an established doctrine. The clue to the explanation for this increased attention is there in Hobbes: the authority delegate to judges was not merely authority to issue commands but also authority to provide reasons.” Isto é: “De todos esforços do positivismo clássico para explicar o por que a doutrina dos precedentes se materializou, este último argumento – hobbesiano – parece ser o mais promissor. Não porque há algo especialmente plausível sobre a suposição de que os juízes empenham-se para replicar as razões dos soberanos, mas porque Hobbes reconheceu que o uso da razão estava integrada na decisão judicial tomada no século dezessete. Nessa quadra da história, como nos observamos, os juízes ingleses estavam gradativamente prestando atenção para os precedentes, muito embora o *stare decisis* não fosse ainda uma doutrina estabilizada. A pista para a explicação desse aumento de atenção está lá em Hobbes: *a autoridade delegada aos juízes não era meramente autoridade para emitir comandos mas também autoridade para fornecer razões.*” (grifo nosso), (trad. livre), (*Ibidem.* p. 48).

a court, or is not put because the lawyers cannot now make a case of it.”²⁰¹ Anota S. F. C. Milsom.

Precisamente porque os fundamentos das decisões carecem de um sentido acabado, fixado, a comunidade jurídica inglesa enxergou no *stare decisis* a oportunidade de explorar nas razões dos precedentes “the life of the law” (a vida do direito) – isso é muito significativo.²⁰² Na virada do século XVIII para o XIX, qualquer um que buscasse entender esse “existencial(ismo) legal”, e todos os juízes que procurassem ampliar sua sabedoria relativa ao direito comum, deveriam se atentar às decisões pronunciadas pelos tribunais. Como precisa Duxbury, os precedentes assumiram disposição fundamental no *common law*.²⁰³

Interessante notar que nas publicações das decisões dos tribunais passaram a constar toda a fundamentação deduzida, de modo a prover embasamento ao juiz do caso posterior e eventualmente análogo, no sentido de melhor orientá-lo à decisão coerente às proferidas, esse expediente fortaleceu o *stare decisis*.²⁰⁴

Também os advogados passaram a buscar nas razões dos casos julgados alguma analogia fática-jurídica hábil a revelar, em algum deles, o precedente para o caso *sub judice*. *No stare decisis a autoridade do precedente deriva da conjuntura fática e jurídica em que ele é reconhecido como tal, sem que se possa haver correta a mera vinculação das regras prescritas, importa compreender o contexto e não reproduzir o texto.*²⁰⁵

²⁰¹ Isto é: “[...] as razões adotadas ontem podem não ter causado a decisão de hoje; mas orientaram os termos nos quais o litígio de hoje foi ajuizado, ou não o foi porque os advogados não puderam ter, ainda, uma percepção dele.” (trad. livre), (MILSOM, S. F. C. Reason in the development of the common law. *Law Quarterly Review* (LQR). London: Sweet & Maxwell, v. 81, p. 497-498, 1965).

²⁰² Ainda que em um período marcado pelo positivismo, a prática dos precedentes permitira uma maior possibilidade interpretativa, se contratada ao exegetismo francês e o conceitualismo alemão: “É verdade que, em fins do século XIX e primórdios do século XX, fazia parte do estilo judicial inglês e norte-americano tentar compor esses enunciados canônicos de modo que, dali para a frente, fosse possível referir-se, por exemplo, à regra do caso *Rylands vs. Fletcher*. Mesmo nesse período, porém, os juristas e os livros de direito divergiam sobre que partes de decisões famosas deveriam ser consideradas como possuidoras dessa característica.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, cit. p. 172-173).

²⁰³ Cf.: DUXBURY, Neil. *Op. cit.* p. 51.

²⁰⁴ *Ibidem.* p. 56.

²⁰⁵ “The primary value of a precedent to a lawyer or a judge [...] is not the decision reached but the reason for the decision or *ratio decidendi*.” Isto é: “O principal valor de um precedente para um advogado ou um juiz [...] não é a decisão alcançada, mas a razão pertinente à decisão ou *ratio decidendi*.” (trad. livre), (*Ibidem.* p. 99).

Ilustrada essa associação umbilical entre os precedentes e as razões que os constituem, uma importante questão interessa ao *stare decisis*.²⁰⁶ Diante da decisão individual, quais fundamentos, de fato, importam para nortear os julgamentos futuros? Comumente as decisões oriundas das *Appeal Court* (segunda instância) e da *Supreme Court* (última instância) envolvem uma profusão motivacional. Todavia, é certo que nem toda fundamentação vincula no precedente. Há determinadas questões que se traduzem essenciais para o alcance da regra (*rule*) declarada, enquanto outras revelam-se periféricas. Prover metodologias hábeis a distinguir essas questões é ordem no *stare decisis*.

3.1.2 *Ratio decidendi* e *Obiter dictum*

Ratio decidendi (*holding*), também lida “*reason for the decision*” ou “*reason for deciding*”, é o argumento que vincula no precedente. Cumpre ressaltar que a *ratio* de um caso não se identifica, mas encontra-se integrada ao raciocínio jurisdicional desenvolvido, junto à *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural), de modo mais ou menos claro e *sempre interpretável*.²⁰⁷ *Obiter dicta*, haja vista comporem-se de considerações somenos meritórias à *rule*, não possuem natureza vinculante.²⁰⁸

²⁰⁶ “Não há dúvida que, no sistema de *common law*, os fundamentos não têm a sua importância condicionada à coisa julgada. Aliás, querer explicar os precedentes obrigatórios relacionando os fundamentos com a coisa julgada constitui grosseiro equívoco [...] o melhor lugar para se buscar o significado de um precedente está na sua fundamentação, ou melhor, nas razões pelas quais se decidiu de certa maneira ou nas razões que levaram à fixação do dispositivo. É claro que a fundamentação, para ser compreendida, pode exigir menor ou maior atenção ao relatório e ao dispositivo. Esses últimos não podem ser ignorados quando se procura o significado de um precedente. O que se quer evidenciar, porém, é que o significado de um precedente está, essencialmente, na sua fundamentação, e que, por isso, não basta somente olhar à sua parte dispositiva.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: RT, 2013. p. 219). Segundo Daniel Mitidiero: “Os precedentes são razões generalizáveis que podem ser extraídas da *justificação das decisões*.” (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo código de processo civil brasileiro*. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 245, p. 333-249, jul./2015).

²⁰⁷ “[...] only the *ratio decidendi* or *holding*, the case’s essential and decisive point of law, is binding precedent.” Isto é: “[...] somente a *ratio decidendi* ou *holding*, o ponto jurídico essencial e decisiva para o caso, constitui precedente vinculante.” (trad. livre), (RASMUSEN, Eric. *Judicial legitimacy as a repeated game*. *Journal of Law, Economics, and Organization*, n. 10, p. 63-83, April 1994. Disponível em: <<http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1042&context=rasmusen>>, acesso em: 16/10/2015). Segundo Duxbury: “*Ratio decidendi* can mean either ‘reason for the decision’ or ‘reason for deciding’. It should not be inferred from this that the *ratio decidendi* of a case must be the judicial reasoning. Judicial reasoning may be integral to the *ratio*, but the *ratio* itself is more than the reasoning, and within many cases there will be judicial reasoning that constitutes not part of the *ratio*, but *obiter dicta*. An *obiter dictum* is literally a ‘saying by the way’”. Isto é: “*Ratio decidendi* pode significar também ‘razão para a decisão’ ou ‘razão decisiva’. Isso não quer dizer que a *ratio decidendi* de um caso deva ser o raciocínio judicial. O raciocínio judicial pode ser integrado à *ratio*, mas a *ratio*, ela mesma, é mais do que o raciocínio, e em muitos casos haverá raciocínio judicial que não constitui parte da *ratio*, mas *obiter dicta*. A *obiter dicta* é literalmente um ‘dizer por dizer’”. (trad. livre), (DUXBURY, Neil. *Op. cit.* p. 67-68).

²⁰⁸ “Some parts of an opinion are not formally binding as precedent. This is true of the views or opinions of the court which are *not necessary* to the resolution of the specific issue before the Court. This language is called

Obras completas e relevantes artigos foram escritos com a intenção de oferecerem subsídios ao reconhecimento da *ratio decidendi* e da *obiter dictum* diante das decisões judiciais²⁰⁹: “The greatest difficulty in the way of a clear understanding of any doctrine of precedent and thus of any kind of case-law is the controversial quality of the *ratio decidendi*.”

210

Duxbury elenca algumas razões que contribuem para esse excessivo estudo da doutrina, vejamos. Primeiro, está o fato de que *ratio decidendi* e *obiter dictum* não são conceitos inconfundíveis. Há ocasiões no *common law* em que a mesma questão é antes compreendida como *obiter dictum*, mas em vista de *uma nova interpretação* perante um julgamento ulterior, lhe é conferida a distinção de uma *ratio*.²¹¹ Também há situações em que, ao analisar um julgamento passado, o juiz tecnicamente reconhece o caráter suplementar de certa matéria, porém a julgar pela relevância que a mesma questão assume diante do caso que tem em mãos, passa a considerá-la vinculante.²¹²

Outro ponto diz respeito a uma (im)possível delimitação prévia. *Dizer em abstrato*, por exemplo, que os argumentos presentes em voto vencido não podem ser

dicta and it is generally not binding.” Isto é: “Algumas partes de uma decisão não são formalmente vinculantes como precedente. Isso é verdade para os entendimentos ou opiniões da Corte que não sejam necessários à solução da questão específica apresentada à Corte. Essa terminologia é chamada *dicta* e geralmente não é vinculante.” (trad. livre), (SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: MacCORMICK, D. Neil; _____ (org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth, 384, 1997).

²⁰⁹ E.g.: DUXBURY, Neil. *Op. cit.*; RASMUSEN, Eric. *Op. cit.*; MARKMAN, Stephen. *Op. cit.*; SCHAUER, Frederick. *Op. cit.*; MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.). *Op. cit.*; CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4. ed. Oxford: Clarendon, 1991; LANDES, William M.; POSNER, Richard A. Legal precedent: a theoretical and empirical analysis. *The journal of law and economics*, v. 19, p. 249-307, Feb./1976; WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticizing and comparing authorities, and compiling digests*. Boston: Little, Brown & Co., 1892; GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. *The Yale Law Journal*, v. 40, n. 2, p. 161-183, Dec./1930; GOODHART, Arthur L. Three cases on possession. *The Cambridge Law Journal*, v. 3, n. 2, p. 195-208, 1928; SPAAK, Torben. Principled and Pragmatic Theories of Legal Reasoning; Spaak, Torben, Principled and Pragmatic Theories of Legal Reasoning. FESTSKRIFT TILL AKE FRANDBERG, Anders Fogelklou & Torben Spaak, eds., pp. 235-262, 2003. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=922762>, acesso em: 16/10/2015.

²¹⁰ Isto é: “A maior dificuldade no caminho para um entendimento claro de qualquer doutrina de precedente e, deste modo, de qualquer direito jurisprudencial, é a qualidade controversa da *ratio decidendi*.” (trad. livre), (MacCORMICK, D. Neil. Why cases have *rationes* and what these are. In: GOLDSTEIN, Laurence (Org.). *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon, 1987. p. 157).

²¹¹ Marinoni detecta essa possibilidade: “As Cortes, em alguns casos, se dizem vinculadas por razões que, até então, eram vistas como *obiter dictum* e, portanto, não tinham qualquer efeito obrigatório. Assiste-se, nestas hipóteses, a um fenômeno de assimilação do *dictum* como *ratio*, falando-se em *ratio* alternativa ou em “*alternative holding*””. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, cit. p. 242).

²¹² Cf.: DUXBURY, Neil. *Op. cit.* p. 69-70.

considerados *ratio*, é um erro.²¹³ O juiz vencido pode discordar de algumas alegações orientadoras dos votos vencedores e atribuir a isso sua conclusão dissidente, mas nada obsta que também haja deliberado fundamentos que se encontrem em perfeita harmonia em relação aos juízos vitoriosos, estas razões efetivamente podem contribuir para a *ratio*. Do mesmo modo, o juiz integrante da maioria pode ter disposto motivos reveladores de seu juízo, mas que não influenciaram a decisão colegiada, nesse caso provavelmente estaremos diante de um *obiter dictum*.²¹⁴

Duxbury também chama a atenção para prática inglesa, mas também por nós muito conhecida, em que inobstante no resultado final de certo julgamento se alcance a maioria (ou a unanimidade), as fundamentações dos juízes são discordantes entre si e, sem estranheza, até mesmo em si.²¹⁵ Nessas circunstâncias, segundo o autor, não há o que se cogitar da *ratio*, afinal “[...] not every case will yield a *ratio*” (não é todo caso que produzirá uma *ratio*).²¹⁶ Em “*Central Asbestos Ltd. v. Dodd*” (1973), a *House of Lords* decidiu, por três votos a dois, caso que versava sobre prescrição. Em “*Harper and others v. National Coal Board*” (1974), a *House* voltou a julgar caso que também incidira a matéria, ocasião em que *Lord Denning*, se reportando àquele caso, destacou:²¹⁷

The three were divided. Lord Reid and Lord Morris of Borth-y-Gest took one view of the law. Lord Pearson took another. We cannot say that Lord Reid and Lord Morris of Borth-y-Gest were correct: because we know that their reasoning on the law was in conflict with the reasoning of the other three. We cannot say that Lord Pearson was correct: because we know that the reasoning which he accepted on the law led the other two (Lord Simon of Glaisdale and Lord Salmon) to a wrong conclusion. So we cannot say that any of the three in the majority was correct... The result is that there is no discernible *ratio* among the majority of the House of Lords.

²¹³ “A partir dessas diversas concepções de *ratio decidendi* é possível dizer que [...] ela não é uma regra jurídica que pode ser considerada, por si só, ou seja, se ela for encarada isoladamente, ela deixará de ser *ratio decidendi*, uma vez que a *ratio decidendi* deve, originalmente, ser analisada em correspondência com a questão fática-jurídica (caso concreto) que ela solucionou.” (ABBOUD, Lenio Luiz. STRECK, Georges. *Op. cit.* p. 47).

²¹⁴ Cf.: DUXBURY, Neil. *Op. cit.* p. 69-70.

²¹⁵ *Ibidem.* p. 69.

²¹⁶ *Ibidem.* p. 71.

²¹⁷ Isto é: “Os três estavam divididos. Lord Reid e Lord Morris of Borth-y-Gest admitiram uma visão do direito. Lord Pearson admitiu outra. Nós não podemos dizer que Lord Reid e Lord Morris of Borth-y-Gest estavam corretos: porque nós sabemos que a fundamentação deles estava em conflito com a fundamentação dos outros três. Nós não podemos dizer que o Lord Pearson estava correto: porque nós sabemos que o seu fundamento leva os outros dois (Lord Simon of Glaisdale e Lord Salmon) para uma conclusão equivocada. Então nós não podemos dizer que qualquer dos três integrantes da maioria está correto... O resultado é que não há discernimento da *ratio* entre a maioria da *House of Lords*.” (trad. livre), (*Ibidem.* p. 72).

Ademais, não obstante essa dinamicidade fática do *acontecimento* da *ratio* e da *dicta*, estruturada por uma ontologia mutável, prática e precária, a doutrina especializada hesita, inclusive, diante de teoria supostamente mais acessível, como a da linguagem conceitual.²¹⁸

Eugene Wambaugh definia a *ratio decidendi* como uma proposição que, considerada em determinado julgamento, caso invertida a sua lógica, também o resultado desse seria inverso. Dessarte, as proposições supostas nas suas antinomias e que não tinham força para alterar a conclusão que chegara o tribunal, deveriam ser consideradas *obiter dicta*.²¹⁹

Duxbury, porém, com razão contesta o “teste de Wambaugh” ao apontar para as ocasiões em que a decisão judicial é sustentada por fundamentos alternativos, sendo que cada um deles é, *de per se*, suficiente a determinar a conclusão. Nesses casos, ainda que invertido o sentido de qualquer dos fundamentos, a decisão permaneceria inalterada em razão do outro. A falha de Wambaugh estaria em não considerar o fundamento cujo sentido fora contraposto como *ratio decidendi*.²²⁰

²¹⁸ Vale reparar a crítica de Joseph F. Francis que, em resposta ao célebre artigo de Goodhart sobre a metodologia da *ratio decidendi* intitulado “*Three Cases on Possession*”, expôs sua posição sobre tema: “If it is true that the path of human progress is strewn with dead principles and dead concepts then I venture to suggest that the effort to find the ratio decidendi of a case will soon be viewed in the same light as a physiologist trying to locate the ‘soul.’” Isto é: “Se for verdade que o caminho do progresso humano é repleto de princípios e conceitos mortos, então atrevo-me a sugerir que o esforço para encontrar a *ratio decidendi* de um caso em breve será visto do mesmo modo que um fisiologista tentando localizar a “alma.” (trad. livre), (FRANCIS, Joseph F. Three cases on possession – some further observations. St. Louis Law Review, v. 11, p. 24, 1928).

²¹⁹ “In order to make the test, let him first frame carefully the supposed proposition of law. Let him then insert in the proposition a word reversing its meaning. Let him then inquire whether, if the court had conceived this new proposition to be good and to the point upon which the case ought to turn, the decision could have been the same. If the answer be affirmative, then, however excellent the original proposition may be, the case is not a precedent for that proposition, but if the answer be negative the case is a precedent for the original proposition.” Isto é: “A fim de fazer o teste, deixe-o primeiro enquadrar cuidadosamente a suposta proposição do direito. Deixe-o, depois, inserir nessa proposição uma palavra que inverta o sentido dela. Deixe-o em seguida indagar se, caso o tribunal houvesse concebido essa nova proposição procedente e a tivesse considerado no seu raciocínio, a decisão teria sido a mesma. Se a resposta for afirmativa, então, por mais excelente que a proposição original pudesse ser, o caso não é um precedente para essa proposição, mas se a resposta for negativa, o caso é um precedente para a proposição original.” (trad. livre), (WAMBAUGH, Eugene. *Op. cit.* p. 6).

²²⁰ “In fact, the main reason for doubting Wambaugh’s test [...]: where a court bases its decision on two alternative grounds, taking either ground and reversing its meaning does not alter the decision, for although the meaning of one of the grounds sufficient to support the decision has thereby been reversed, the other one is undisturbed and so the decision stands. Where a case contains two independent operative *rationes*, in other words, the inversion test decrees that there are only *obiter dicta*, for neither *ratio* is necessary to the decision.” Isto é: “Na verdade, a principal razão para duvidar do teste de Wambaugh [...] quando o tribunal baseia sua decisão em dois fundamentos alternativos, considerando um ou outro fundamento e invertendo seu sentido, a decisão não é alterada, pois embora o sentido de um dos fundamentos suficiente para sustentar a decisão tenha sido invertido, o outro fica inalterável e, assim, a decisão permanece. Quando um caso contem duas

Arthur L. Goodhart relacionou a *ratio decidendi* com os fatos materiais (*material facts*), os quais o tribunal reconhece fundamentais para decidir em cada caso.²²¹ Nessa concepção, é fundamental que o juiz da causa indique expressamente os fatos que entendeu materiais. Todavia, em não o fazendo, Goodhart recomendou alguns testes supostamente hábeis a distinguí-los dos imateriais. Os fatos relacionados à pessoa, tempo, lugar, gênero e quantidade seriam presumivelmente imateriais.²²²

Para o autor, a forma mais idônea a identificar a “materialidade fática” seria através da observação do relatório do decidido. Primeiro, o tribunal deveria analisar se houve menção a determinado fato, para depois investigar sua relevância para o deslinde da causa – percebam que os fundamentos (*reasons*) e a regra estabelecida no caso (*rule*), cada qual, não importavam para Goodhart, mas sim os fatos pertinentes à decisão.²²³ Verificados ambos eventos, o fato deveria ser tratado como material.²²⁴⁻²²⁵

fundamentações independentes, em outras palavras, o teste da inversão decreta que só há *obiter dicta*, pois nenhuma *ratio* é necessária para a decisão.” (trad. livre), (DUXBURY, Neil. *Op. cit.* p. 76-77).

²²¹ “The judge founds his conclusions upon a group of facts selected by him as material from among a larger mass of facts, some of which might seem significant to a layman, but which, to a lawyer, are irrelevant. The judge, therefore, reaches a conclusion upon the facts as he sees them. It is on these facts that he bases his judgment, and not on any others [...]. It is by his choice of the material facts that the judge creates law.” Isto é: “O juiz encontra suas conclusões mediante um grupo de fatos selecionado por ele como material dentre uma extensa gama de fatos, alguns deles podem parecer significante para o leigo, mas para o advogado são irrelevantes. O juiz, portanto, alcança a conclusão mediante a forma como ele vê os fatos. É através desses fatos [*materiais*] que ele baseia sua decisão, e não através de quaisquer outros [...]. É através da sua escolha sobre os fatos materiais que o juiz cria a lei.” (trad. livre), (GOODHART, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of a case, cit.* p. 169).

²²² Cf.: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios, cit.* p. 226.

²²³ “The initial difficulty with which we are faced is the phrase ‘ratio decidendi’ itself. With the possible exception of the legal term ‘malice’, it is the most misleading expression in English law, for the reason which the judge gives for his decision is never the binding part of the precedent. The logic of the argument, the analysis of prior cases, the statement of the historical background may all be demonstrably incorrect in a judgment, but the case remain a precedent nevertheless. It would not be difficult to cite a large number of leading cases, both ancient and modern, in which one or more of the reasons given for the decision can be proved to be wrong; but in spite of this these cases contain valid and definite principles which are as binding as if the reasoning on which they are based were correct.” Isto é: “A dificuldade inicial com a qual nos deparamos é a frase ‘*ratio decidendi*’ em si. Com a possível exceção da locução legal ‘dolo específico de ofender’, essa é a expressão mais enganosa no ordenamento inglês, isso porque a razão que o juiz considera na sua decisão nunca é a parte vinculante no precedente. A lógica do argumento, a análise de casos anteriores, a declaração dos antecedentes históricos podem ser erroneamente demonstrados em um julgamento, mas, apesar disso, o caso permanece um precedente. Não seria difícil citar um grande número de casos paradigmas, antigos e recentes, nos quais uma ou mais das razões apontadas para decidir estão comprovadamente equivocadas; mas, apesar disso, esses casos contêm válidos e definidos princípios que são vinculantes como se a razão em que se baseiam estivesse correta.” (trad. livre) (GOODHART, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of a case, cit.* p. 162).

²²⁴ Cf.: PUGLIESE, William Soares. *Teoria dos precedentes e interpretação legislativa*. Dissertação de mestrado apresentada na Universidade Federal do Paraná em 2011. p. 84.

²²⁵ Sobre o método de Goodhart, comenta Duxbury: “This conception of the *ratio decidendi* links the doctrine of precedent with the principle that like cases be treated alike: any court which considers itself bound by precedent ought to come to the same conclusion as was reached in a prior case unless there is in the case in hand some further fact which it is prepared to treat as material, or unless some fact considered material in the previous case is absent.” Isto é: “Essa concepção da *ratio decidendi* associa a doutrina dos precedentes com o princípio de

Goodhart elencou as conclusões de sua metodologia em ensaio decisivo para a história do *stare decisis*:²²⁶⁻²²⁷

The rules for finding the principle of a case can, therefore, be summarized as follows:

- (1) The principle of a case is not found in the reasons given in the opinion.
- (2) The principle is not found in the rule of law set forth in the opinion.
- (3) The principle is not necessarily found by a consideration of all the ascertainable facts of the case and the judge's decision.
- (4) The principle of the case is found by taking account (a) of the facts treated by the judge as material, and (b) his decision as based on them.
- (5) In finding the principle it is also necessary to establish what facts were held to be immaterial by the judge, for the principle may depend as much on exclusion as it does on inclusion.

A crítica desta teoria foi encampada, dentre outros, por Julius Stone quando o professor voltou-se para os testes que Goodhart elaborou no intuito de estabelecer quais fatos o juízo predecessor considerou material. Stone enxergou nesse método uma abstração inaceitável e justificou que cada um dos fatos relevantes em um caso podem ser articulados a partir de “diversos níveis de generalidade”, sendo que cada um desses níveis tenderá a gerar uma regra diferente, e nenhum método mecânico pode ser pensado para determinar o grau de generalidade assumido pelo tribunal anterior.²²⁸

que casos semelhantes sejam tratados semelhantemente: qualquer tribunal que se considere comprometido com precedente deve chegar à mesma conclusão que foi alcançada no caso anterior, a menos que haja no caso *sub judice* algum fato suplementar que seja considerado material, ou a menos que algum fato considerado material no caso anterior esteja ausente.” (trad. livre), (DUXBURY, Neil. *Op. cit.* p. 83).

²²⁶ “Although Goodhart’s essay belongs to a different era – formulae for determining the *ratio decidendi* of a case tend to look rather fossilized today – it should be noted that many academics and judges did, and probably still do, accept the conception that he devised.” Isto é: “Embora o ensaio de Goodhart pertença à época diferente – fórmula para determinar a *ratio decidendi* para um caso tende a parecer um tanto quanto fossilizada hoje – deve-se notar que muitos acadêmicos e juízes aceitavam, e provavelmente ainda aceitam, a concepção por ele concebida.” (trad. livre), (*Idem*).

²²⁷ Isto é: “As regras para se encontrar a *ratio decidendi* de um caso pode, por conseguinte, ser resumidas como se segue: (1) A *ratio decidendi* não é encontrada nas razões dadas na decisão judicial [*judicial opinion*]; (2) A *ratio decidendi* não é encontrada na regra jurídica estabelecida na decisão judicial; (3) a *ratio decidendi* não é necessariamente encontrada por meio da consideração de todos os fatos encontrados no caso, juntamente com a decisão do juiz; (4) A *ratio decidendi* de um caso é encontrada ao se levar em conta (a) os fatos tratados pelo juiz como materiais, e (b) a decisão que o juiz tenha tomado com base nesses fatos; (5) Ao buscar a *ratio decidendi* é também necessário estabelecer quais fatos foram considerados não-materiais pelo juiz, pois a *ratio* pode depender tanto da exclusão como da inclusão desses fatos.” (trad. livre), (GOODHART, Determining the *ratio decidendi* of a case, *cit.* p. 182).

²²⁸ A crítica pode ser encontrada em: EISENBERG, Melvin Aron. *La natura del common law*. Trad. Massimiliano Granieri. Milano: Giuffrè, 2010. p. 85-86.

Stone serviu-se do caso “*Donoghue v. Stevenson*”, julgado em 1932 pela *House of Lords*, para exemplificar sua crítica.²²⁹ Para o professor, a prevalecer o método de Goodhart, a *ratio* adotada pela *House* permaneceria bastante obscura quando cotejada diante dos casos seguintes. Assim, o utensílio causador do dano em *Donoghue* poderia ser caracterizado como uma garrafa opaca de cerveja de gengibre, uma garrafa opaca de bebida, uma garrafa de bebida, um recipiente de um bem de consumo humano, um bem ou uma coisa. O dano poderia ser caracterizado como um dano físico, um dano físico e psicológico ou, simplesmente, um dano. Logo, com base em Goodhart, “*Donoghue v. Stevenson*” poderia repercutir um número quase ilimitado de *ratione* derivado da disposição dos fatos nos diversos níveis de generalidade.

Ademais, Stone também censurou o que qualificou de artificialidade no método de Goodhart, a pressuposição de que seria possível separar, de um lado, os *fatos* pertinentes ao caso e, de outro, a *regra* estabelecida no mesmo.²³⁰ Nesse sentido, também foi a crítica de Jerzy Wróblewski: “O uso do precedente orientado aos fatos e o uso do precedente orientado às regras são interconexos, porque as regras disciplinam sempre um tipo qualquer de fato, e os fatos no discurso jurídico não podem ser compreendidos fora de suas relações com as regras.”²³¹

Rupert Cross e J. W. Harris destacaram na fundamentação decisional as regras jurídicas que de modo expresso ou implícito conduziram o tribunal a assumir determinada posição perante um caso. Para os autores, qualquer regra entendida como necessária à coesão do raciocínio jurisdicional pode ser entendida como *ratio decidendi*. Com efeito: “The *ratio decidendi* of a case is any rule of law expressly or impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him, or a necessary part of his direction to the jury.”²³²

Alfred W. B. Simpson, ao analisar o conceito de Cross e Harris, abalizou alguns limites. Para o professor, a pretensão desses autores em considerar todas as regras essenciais à

²²⁹ Cf.: nesta dissertação, as p. 98 *et. seq.*

²³⁰ Cf.: EISENBERG, Melvin Aron. *Op. cit.* p. 87.

²³¹ WRÓBLEWSKI, Jerzy. Il precedent nei sistemi di civil law. In: VISINTINI, G. *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*. Pádua: CEDAM, p. 29-30, 1998, *apud* BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 110.

²³² Isto é: “A *ratio decidendi* de um caso é qualquer regra jurídica expressamente ou implicitamente tratada pelo juiz como um passo necessário ao alcance de sua conclusão, tenho em vista a linha de raciocínio adotado por ele, ou uma parte necessária da sua orientação para o júri.” (trad. livre), (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Op. cit.* p. 72).

decisão como *ratio decidendi*, excede a razoabilidade. Nesses termos, o juiz não teria o dever de formular e enunciar regras jurídicas para além das imediatamente requeridas pelo caso. Seria suficiente, então, que o magistrado perscrutasse nas decisões anteriores os fundamentos mais emergentes da regra imposta, sendo os mais periféricos ou os hipotéticos, *obiter dicta*.

233

Pierluigi Chiassoni reconhece, a partir de uma investigação doutrinária, que o conceito da *ratio* é notável pela sua dubiedade. O autor italiano reúne uma coletânea de definições que procuraram estabelecer parâmetros metodológicos para identificar o fundamento vinculante dos precedentes judiciais. São elas:²³⁴

(i) o *elemento* da motivação que constitui uma *premissa necessária* para decisão de um caso; (ii) o *princípio de Direito* que na sentença é *suficiente* para decidir o caso concreto; (iii) a *argumentação* necessária ou *suficiente* para definir um juízo; (iv) a *norma* (‘regra’, ‘princípio’) que constitui, alternativamente: a *condição necessária e suficiente*, ou a *condição não necessária mas suficiente*, ou ainda uma *condição necessária mas não suficiente* de uma determinada decisão; (v) a *norma* relevante para os fatos da causa, à luz de uma análise textual do precedente-sentença, que o juiz *tenha de fato estabelecido e/ou seguido*; (vi) a *norma* relevante para os fatos da causa que o juiz do caso paradigmático *declara expressamente* ter estabelecido e/ou seguido; (vii) a *norma* expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como *necessária* para decidir o caso; (viii) a *norma* relevante para os precedentes – o juiz que tenha pronunciado a decisão paradigmática *deva ter estabelecido e/ou seguido, para decidir corretamente* a controvérsia; (ix) a *norma* relevante para os fatos da causa que, segundo a opinião do juiz sucessivo, o juiz que pronunciou o precedente *tenha acreditado haver estabelecido*; (x) a *norma* relevantes para os fatos da causa que, segundo a opinião de um juiz sucessivo, o juiz que pronunciou o precedente *tenha de fato estabelecido ou seguido*; (xi) a *norma* relevante para os fatos da causa que, segundo a opinião dos juristas, o juiz posterior *tenha o dever* de considerar como estabelecida ou seguida por um juiz precedente.

Pelo breve exposto, resta evidente que falar em precedentes longe está de “vender facilidades”. Se para uma tradição jurídica, a do *common law*, habituada há séculos à inteligência deles, é dever verdadeiramente complexo observá-los, imagine a nós, aprendizes,

²³³ Cf.: SIMPSON, A. W. B. The ratio decidendi of a case and the doctrine of binding precedent. In: GUEST, A. G. (org.). *Oxford Essays in Jurisprudence* (First Series). Oxford: Clarendon, p. 164, 1961. Em sentido aproximado, escrevem William M. Landes e Richard A. Posner: “[...] *holding*, is that, the minimum rule (whether or not expressly articulated) necessary to explain the outcome of the case.” Isto é: “*holding*, é isso, a regra essencial (articulada expressamente ou não) necessária para explicar o resultado do caso [*julgado*]” (trad. livre), (LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *Op. cit.* p. 249-250).

²³⁴ CHIASSONI, Pierluigi. Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto. *Analisi e Diritto*, p. 82-83, 2004, *apud* BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Op. cit.* p. 260-261.

que ainda não compreendemos postulado básico da hermenêutica jurídica alusivo à diferença (ontológica) entre texto e norma?²³⁵

“A verdade sai do poço, sem indagar quem se acha à borda”, diria Machado de Assis. Pois, então, reconheçamos:²³⁶

[...] precedent-following might not always be a more efficient decision-method than is starting with a clean slate: there may be conflicting precedents, and multiple rationes within the precedents themselves, so that starting with a clean slate, should it be a viable option, might be less troublesome an option than following an earlier decision or series of decisions.

Sem credices, ao “levar os direitos a sério”, Ronald Dworkin desenvolveu complexa teoria para tratar da complexidade jurídica. Como fenomenólogo,²³⁷ o jusfilósofo nunca aceitou “a primeira palavra” – esse marco zero de sentido. Dworkin era um anti-nominalista,²³⁸ acreditava que “*Ser histórico quer dizer não se esgotar nunca no saber-se*”²³⁹ e, por (tudo) isso, escreveu:²⁴⁰

Any judge forced to decide a lawsuit will find, if he looks in the appropriate books, records of many arguably similar cases decided over decades or even centuries past by many other judges of different styles and judicial and

²³⁵ Sobre a diferença, a partir de uma visão de filosofia heideggeriana e gadameriana, cf. o primeiro capítulo deste trabalho. E, segundo Friedrich Müller, cf. as p. 150 *et seq.*, também deste.

²³⁶ Isto é: “[...] seguir precedentes nem sempre pode ser método de decisão mais eficiente do que começar do zero: pode haver precedentes conflitantes, e diversas *rationes* consubstanciadoras de um mesmo precedente, por isso, começar do zero, deveria ser uma opção viável, pode ser menor incômodo decidir do que seguir uma decisão anterior ou uma série de decisões.” (trad. livre), (DUXBURY, Neil. *Op. cit.* p. 97).

²³⁷ Desenvolvemos o *como* fenomenológico da hermenêutica no primeiro capítulo deste estudo, para onde remetemos o leitor. “No que tange à fenomenologia hermenêutica – entendida globalmente comportando as descobertas tanto de Heidegger quando de Gadamer – é possível notar nas obras de Josef Esser, Friedrich Müller, Arthur Kaufmann e Ronald Dworkin a recepção dos principais conceitos desenvolvidos por esta tradição hermenêutica do século 20. Em todos estes autores, há a possibilidade de se pensar em um *acesso hermenêutico* para o Direito.” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, cit. p. 245).

²³⁸ “Sem dúvida, os nominalistas pensam que sabem como nós outros utilizamos esses conceitos. Eles pensam que quando falamos ‘o direito’, queremos dizer um conjunto de regras atemporais, estocadas em algum depósito conceitual à espera de que os juízes as descubram e que, quando falamos sobre obrigações jurídicas, estamos nos referindo às cadeias invisíveis que, de algum modo, essas misteriosas regras tecem à nossa volta.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, cit. p. 25-26).

²³⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 451.

²⁴⁰ Isto é: “Qualquer juiz obrigado a decidir uma ação judicial descobrirá, se ele olhar nos livros apropriados, registros de muitos casos discutivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos juízes de estilos e filosofias jurídicas e políticas diferentes, em períodos de diferentes ortodoxias procedimentais e convenções jurídicas. Cada juiz deve se considerar, ao decidir casos novos diante de si, como parte de um complexo empreendimento em cadeia, no qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é sua função continuar essa história no futuro através do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de avançar o empreendimento que tem em mãos, ao invés de começar em uma nova direção somente sua. Portanto, ele deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então.” (trad. livre), (DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University, 1985. p. 159).

political philosophies, in periods of different orthodoxies of procedure and judicial convention. Each judge must regard himself, in deciding new cases before him, as a partner in a complex chain enterprise of which these innumerable decisions, structures, conventions, and practices are the history; it is his job to continue that history into the future through what he does on the day. He must interpret what has gone before because he has a responsibility to advance the enterprise in hand rather than strike out in some new direction of his own. So he must determine, according to his own judgement, what the earlier decisions come to, what the point or theme of the practice so far, taken as a whole, really is.

O Direito como *integridade* de Dworkin não dispensa a complexa prática de precedentes.²⁴¹ Isso significa que a (única) resposta (correta) do caso concreto, não começa a ser formulada no caso concreto, mas ela já vem sendo construída na *prática* dos precedentes.²⁴² A tradição jurídica exerce um poder vinculativo perante os tribunais, só assim o direito logra alcançar a integridade a despeito do pragmatismo e do convencionalismo:²⁴³ “O direito como integridade, então, exige que um juiz ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo.”²⁴⁴

Acontece que a força gravitacional do precedente – a *ratio* – não pode ser representada como *norma* positivada, como um enunciado pronto de sentido, abstrato. Através da censura ao que denominou “agulhão semântico”, Dworkin revela o caráter *originário*²⁴⁵, *pré-interpretativo*²⁴⁶, que sempre se antecipa à tardia e abstrata interpretação comum aos positivistas, pois compartilha critérios fáticos *estruturantes* da dogmática jurídica.

²⁴¹ “[...] os detalhes das práticas de precedente que agora ele [*Hércules*] deve justificar resistem a qualquer teoria simples.” (*Idem. Levando os direitos a sério, cit. p. 172*).

²⁴² Cf.: *Ibidem. p. 175*.

²⁴³ Cf.: *Idem. O império do direito, cit. p. 203*.

²⁴⁴ *Ibidem. p. 294*.

²⁴⁵ “O perguntar ontológico é, sem dúvida, mais originário do que o perguntar ôntico das ciências positivas [...] a tarefa ontológica de uma genealogia dos diversos possíveis modos de ser que não seja construída dedutivamente requer um prévio-entendimento de ‘o que significamos por propriamente com essa expressão ‘ser’’. Por isso, a questão-do-ser tem por meta não só uma condição *a priori* da possibilidade não só das ciências que pesquisam o ente como tal ou tal e nisso já se movem cada vez em um entendimento-do-ser, mas também a condição da possibilidade das ontologias, as quais elas mesmas precedem as ciências ônticas e as fundamentam.” (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo, cit. p. 57*).

²⁴⁶ “Precisamos começar a refinar a interpretação construtiva, transformando-a em um instrumento apropriado ao estudo do direito enquanto prática social [...]. Primeiro, deve haver uma etapa “*pré-interpretativa*” na qual são identificados as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática [...]. Coloco “*pré-interpretativo*” entre aspas porque, mesmo nessa etapa, algum tipo de interpretação se faz necessário. *As regras sociais não têm rótulos que as identifiquem*. Mas é preciso haver um alto grau de consenso – talvez uma comunidade interpretativa seja bem definida como necessitando de consenso nessa etapa – se se espera que a atividade interpretativa dê frutos [...]” (*grifo nosso*), (DWORKIN, Ronald. *O império do direito, cit. p. 81*).

Nesse sentido, *a interpretação dos textos jurídicos sempre está pré-compreendida na dinâmica prática de sua possibilidade*. São as palavras do jusfilósofo:²⁴⁷

Chamarei de agulhão semântico o argumento que descrevi a pouco, e que tem causado tantos problemas à filosofia do direito. [...] os filósofos do direito tentam [...] identificar as regras fundamentais ocultas que *devem estar contidas*, mas não *reconhecidas*, na prática jurídica. Eles produzem e discutem as teorias semânticas do direito.

Infelizmente para essas teorias, a imagem do que torna a divergência possível ajusta-se mal aos tipos de divergência que os advogados realmente têm. Ela é coerente quando os advogados e juízes divergem sobre os fatos históricos ou sociais, sobre que palavras devem ser encontradas no texto de alguma lei, ou quais eram os fatos em alguma decisão judicial anterior. Em direito, porém, grande parte das divergências é teórica, não empírica. [...] Aí está o agulhão: estamos marcados como seu alvo por uma imagem demasiado tosca do que deve ser a divergência.

A “imagem tosca” refletida da lente positivista cujo *espelho é deformante*, revela “o como” metodológico em que a linguagem é pretendida perante os teóricos vulneráveis ao agulhão semântico:²⁴⁸

As teorias semânticas como o positivismo limitam nossa linguagem ao nos negar a oportunidade de usarmos a palavra “direito” de modo flexível, dependendo do contexto ou do sentido. Elas insistem em que devemos optar, de uma vez por todas, entre o sentido ‘amplo’ ou pré-interpretativo, e um

²⁴⁷ *Ibidem*. p. 55-56. Vale registrar que a análise dworkiana ecoa as críticas da hermenêutica filosófica. Em Gadamer: “[...] nem o conhecedor nem o conhecido estão simplesmente dados ‘onticamente’, mas ‘historicamente’ [...]. Assim, não existe compreensão nem interpretação em que não entre em funcionamento a totalidade dessa estrutura existencial, mesmo que a intenção do conhecedor seja apenas a de ler ‘o que está-aí’, e de extrair ‘como realmente foi.’” (GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 396-397).

²⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, cit. p. 129. “A lente da subjetividade é um espelho deformante. A auto-reflexão do indivíduo não é mais que uma centelha na corrente cerrada da vida histórica. Por isso os preconceitos de um indivíduo são, muito mais que seus juízos, a realidade histórica de seu ser.” (*grifo nosso*), (GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 416). Ainda sobre espelhos e distorções, Marinoni: “[...] quando se tenta acomodar a realidade na fôrma das regras ou dos princípios, corre-se o risco de ver surgir algo que mais parece com uma imagem refletida a partir de um espelho de circo. O vício de acomodar a realidade às regras e aos princípios faz com que a realidade seja distorcida e até mesmo negada.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, cit. p. 69-70). Não é demais lembrar que, ao expor o uso regulador das ideias da razão pura – leia-se, *metafísica* –, Immanuel Kant serviu-se da metáfora do espelho. Para o filósofo, os conceitos formados pelo conhecimento dos fenômenos devem ser pressupostos em uma unidade sistemática ou racional em nome do caráter científico que lhes deve caber. Então, na dialética transcendental, institui o uso hipotético da razão, que nada mais é que uma lógica dedutivista transcendental (pura) desses conceitos. Essa unidade racional, no entanto, tem de pressupor “a primeira causa” da série sucessiva desses conhecimentos, o que o levou a imaginar um princípio ideal: “[...] situado fora do campo do conhecimento empírico possível (*tal como os objetos são vistos atrás da superfície de um espelho*);” (*grifo nosso*), (KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*, cit. p. 417). Perceba-se dessa construção epistemológica kantiana, a origem do que séculos mais tarde, Hans Kelsen, iria denominar “norma hipotética fundamental” (*Grundnorm*) e a finalidade desta como fundamento de validade comum a todas as normas pertencentes a uma mesma ordem normativa. (Cf.: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 215-217).

sentido ‘escrito’ ou interpretativo. Desse modo, porém, a correção linguística paga um preço exorbitante.

Pelo contrário, vistos sob uma ótica hermenêutica, os precedentes nunca são abstratos²⁴⁹ – é Castanheira Neves, a propósito, quem ressalta a gênese prática deles, enquanto os discrimina dos revogados “assentos portugueses”.²⁵⁰ Aliás, é justamente essa natureza *prática* dos precedentes que os institui complexos, fossem eles meros enunciados, não exigiriam uma “teoria superior”.²⁵¹ Daí Dworkin legitimar a força gravitacional de um precedente na integridade de todo ordenamento jurídico, como se o Estado tivesse uma única voz, mas que não se resume à mera coerência reprodutiva (coerência estrita), isto é, não se basta em uma repetição de decisões anteriores; mas a integridade também exige a coerência sobre a justiça, a isonomia (*fairness*) e o devido processo legal (coerência principiológica), de tal modo que a resposta jurisdicional seja justa e equitativa para cada indivíduo, segundo as normas.²⁵²

O direito como integridade dworkiano exige uma “teoria superior” – pós-positivista – porque enxerga na compreensão da lei e das decisões judiciais um caráter mais originário, estruturado por princípios (normas implícitas), que justifique o conteúdo semântico mais imediato daqueles comandos normativos (normas explícitas). Por isso, interpretar a lei e os precedentes requer uma atualização histórica-principiológica, uma coerência de princípio, exigida pela integridade.²⁵³ Segundo Dworkin: “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.”²⁵⁴

²⁴⁹ “A mais recente forma de pensar no *common law* privilegia uma concepção interpretativa do precedente e não mais uma visão de legislação subordinada, tão ao gosto das teorias positivistas.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, cit. p. 202).

²⁵⁰ “[...] sabemos que o *assento* se desvincula, na sua formação, do caso jurídico concreto que esteja na origem dele e que passa a vigorar sem concreta ligação a esse caso – apenas como norma que se impõe na autonomia formal de seu próprio e abstrato conteúdo. Característica fundamental esta que afasta o nosso instituto do regime de precedentes – vimo-lo já, e o aproxima, até a equiparação, do regime da prescrição legislativa.” (CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra Ed. 1983. p. 228).

²⁵¹ “A força gravitacional do precedente não pode ser apreendida por nenhuma teoria que considere que a plena força do precedente está em sua força de promulgação, enquanto uma peça de legislação. Contudo, a inadequação de tal abordagem sugere uma teoria superior.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, cit. p. 176).

²⁵² Cf.: *Idem*. *O império do direito*, cit. p. 263-264.

²⁵³ “[...] o direito – os direitos e deveres que decorrem de decisões coletivas tomadas no passado e que, por esse motivo, permitem ou exigem a coerção – contém não apenas o limitado conteúdo explícito dessas decisões, mas também, num sentido mais vasto, o sistema de princípios necessários a sua justificativa.” (*Ibidem*. p. 273-274).

²⁵⁴ *Ibidem*. p. 274.

Percebam que fundamentar as decisões judiciais a partir da integridade garante um desenvolvimento natural ao sistema jurídico. Dissemos que a força de um precedente escapa à linguagem da decisão em que é formulado, disso trata-se a sua força gravitacional.²⁵⁵ Não obstante, a partir do princípio da integridade, o juiz deve conformar esse horizonte hermenêutico à decisão presente, até o ponto em que isso seja possível:²⁵⁶ “A integridade é uma norma mais dinâmica e radical do que parecia de início, pois incentiva um juiz a ser mais abrangente e imaginativo em sua busca de coerência com o princípio fundamental.”²⁵⁷

A título exemplificativo, anota Dworkin:²⁵⁸

Durante algum tempo, os juízes ingleses declararam que embora os membros de outras profissões fossem responsáveis por danos causados por sua negligência, os advogados eram imunes a tal responsabilidade. Entendida em sentido estrito, a coerência teria exigido a continuidade dessa exceção, mas a integridade condena o tratamento especial dispensado aos advogados, a menos que este possa ser justificado em princípio – o que parece improvável. A Câmara dos Lordes atualmente reduziu essa isenção: ao fazê-lo, preferiu a integridade à coerência estrita. A integridade, porém, não estará satisfeita enquanto a isenção não for totalmente eliminada.

Sem tocar propriamente à integridade, Duxbury também exalta a qualidade eminentemente *interpretativa* que os precedentes ensejam. Inclusive, escreve o autor que o tribunal, ao basear determinada decisão em um precedente, usualmente o compreende de maneira distinta ao estabelecido no julgamento referenciado. *Há uma verdadeira atualização significativa operada pela interpretação.* Não é por outra razão que Duxbury assinala a natureza de revisão que tem o *case law*: “[...] the judge who carefully articulates a principle is not determining its formulation in future disputes over materially identical facts – the

²⁵⁵ Cf.: *Idem. Levando os direitos a sério*, cit. p. 176.

²⁵⁶ Cf.: *Idem. O império do direito*, cit. p. 286.

²⁵⁷ Cf.: *Ibidem.* p. 265.

²⁵⁸ Cf.: *Ibidem.* p. 264. Não olvidemos de que o princípio da integridade espalha-se, para além dos julgamentos, à legislação. É o exemplo de Dworkin: “Suponhamos que o legislativo se convença de que o sistema vigente de lei sobre os acidentes, que só permite indenizar pessoas por produtos defeituosos quando o fabricante for negligente, é injusto, e por esse motivo se proponha aprovar um sistema de estrita responsabilidade para todos os outros produtos também. Mas a preparação de uma lei geral adequada a todos os produtos poderia consumir muito do tempo que o legislador necessita para se ocupar de outros assuntos. Ou os fabricantes de alguns produtos poderiam criar um *lobby* poderoso, tornando politicamente impossível a promulgação de uma lei geral. Nesse caso, o legislativo, diante de uma difícil opção, poderia muito bem sancionar apenas a lei sobre indenização por automóveis defeituosos, deixando outros produtos para outra ocasião ou ocasiões. A integridade condena o resultado [...]” (*Ibidem.* p. 262).

likelihood, rather, is that it will be moulded and remoulded in the hands of successive courts.”
259

Portanto, acertam Lenio Streck e Georges Abboud ao esclarecerem que o objeto de um precedente é a princípio controvertido, sendo que sua aptidão vinculante apenas se conforma na aplicação reiterada (da *ratio*) desse julgado. A autoridade de um precedente demanda uma depuração-histórica-hermenêutica. Essa constituição faz-nos compreender que, no *common law*, é inviável que os Tribunais Superiores, desde o momento em que decidam um *leading case*, já imponham seu cumprimento para os demais órgãos jurisdicionais – essa (pretenciosa) disposição cede para a carência de uma “decantação-hermenêutica” da sua “força gravitacional”. Esse é o ponto.²⁶⁰

Nesses termos fala Duxbury quando enfatiza a responsabilidade jurisdicional centralizada no presente. Ainda que se possa presumir que determinada decisão possa exercer relevante influência na prática jurídica futura, essas conjecturas são insuficientes para que se estabeleça, previamente, os sentidos de sua compreensão vindoura.²⁶¹

Por isso, Lenio Streck e Georges Abboud vão ao ponto quando afirmam que: “O precedente (o do *common law*) não nasce como precedente.”²⁶² Atestar isso, não é mais do que ter clareza sobre a genuína prática do *stare decisis*: “[...] it is unlikely to be clear what a precedent is authority for until a later court has decided which ratio within the precedent should be followed.”²⁶³

Não é um comando legal ou jurisdicional que institui o precedente.²⁶⁴ A autoridade das decisões anteriores é reconhecida à proporção que seus fundamentos sejam

²⁵⁹ Isto é: “o juiz que cuidadosamente articula um princípio não está determinando essa formulação para litígios futuros que versem sobre fatos substancialmente idênticos – o mais provável, ao contrário, é que este seja moldado e remoldado nas mãos dos tribunais sucessivos.” (trad. livre), (DUXBURY, Neil. *Op. cit.* p. 59).

²⁶⁰ Cf.: STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *Op. cit.* p. 108.

²⁶¹ Cf.: DUXBURY, Neil. *Op. cit.* p. 5. Vale ressaltar as notas de Castanheira Neves: “O ‘precedente’ é uma concreta decisão jurisprudencial, vinculada como tal ao caso historicamente concreto que decidiu – trata-se também aqui de uma estrita decisão jurisdicional – que se toma (ou se impõe) como padrão normativo casuístico em decisões análogas ou para casos de aplicação concretamente analógica. Não se ultrapassa assim o plano do concreto casuístico – particular a particular, e não do geral (norma) ao particular (o caso) –, com todas as decisivas consequências, quer na intencionalidade jurídico-normativa quer metodológicas, que esse tipo de fundamentação e decisão implica”. (CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais, cit.* p. 12).

²⁶² STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *Op. cit.* p. 106.

²⁶³ Isto é: “[...] é improvável que esteja claro o que no precedente vincula até que um tribunal posterior decida qual *ratio* incorporada no precedente deve ser seguida.” (trad. livre), (DUXBURY, Neil. *Op. cit.* p. 74).

²⁶⁴ “[...] na Inglaterra ou Estados Unidos, o respeito ao precedente é possível, mesmo inexistindo qualquer regra legal ou constitucional que explicita a obrigatoriedade de se seguir o precedente, ou que lhe atribua efeito

maturados e estabilizados pela tradição jurídica.²⁶⁵ Percebam, outra vez mais, a procedência dos precedentes na fundamentação judicial. O cuidado que os juízes ulteriores vivenciarão perante o precedente é condicionado ao esforço intelectual dispensado nas razões deste. Ou seja, a despeito de qualquer previsão dispositiva, é comum que um julgado carente de fundamentação compromissada seja negligenciado pelos tribunais.²⁶⁶

Ao recorrermos à hermenêutica filosófica gadameriana, podemos traçar um paralelo para afirmarmos que a autoridade dos precedentes não condiz com “obediência cega de comando”, mas sobretudo com “conhecimento” (ou *acontecimento*):²⁶⁷

Este sentido retamente entendido de autoridade não tem nada a ver com obediência cega de comando. Na realidade, autoridade não tem nada a ver com obediência, mas com *conhecimento*. [...] Sem dúvida poder dar ordens e encontrar obediência é parte integrante da autoridade. Mas isso somente provém da autoridade que alguém tem. Inclusive a autoridade anônima e impessoal do superior, que deriva das ordens, não procede, em última instância, dessas ordens, mas torna-as possíveis. Seu verdadeiro fundamento é, também aqui, um ato da liberdade e da razão, que concede autoridade ao superior basicamente porque possui uma visão mais ampla ou é mais consagrado, ou seja, porque sabe melhor.

É assim que o reconhecimento da autoridade está sempre ligado à ideia de que o que a autoridade diz não é uma arbitrariedade irracional, mas algo que pode ser inspecionado especialmente. É nisso que consiste a essência da autoridade que exige o educador, o superior, o especialista.

3.1.3 *Distinguishing* e *Overruling*

No tópico acima nos foi oportunizado destacar não apenas a complexidade conceitual da *ratio decidendi*, mas também a dimensão ontológica dos precedentes a partir do momento em que, sobretudo com Dworkin e Duxbury, recusamos qualquer pressuposição teórica da vinculação deles.²⁶⁸

vinculante. Aliás, frise-se que não há dispositivo constitucional ou lei que determine aos tribunais inferiores que se orientarem de acordo com o precedente das Cortes Superiores.” (ABBOUD, Georges. *Discrecionalidade administrativa e judicial*, cit. p. 375). Em Duxbury: “*Stare decisis* is usually not a constitutional or a statutory requirement, but one which courts impose on themselves”. Isto é: “*Stare decisis* geralmente não é um requisito constitucional ou estatutário, mas aquele que os tribunais impõem a si próprios.” (trad. livre), (DUXBURY, Neil. *Op. cit.* p. 116).

²⁶⁵ Cf.: STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *Op. cit.* p. 86.

²⁶⁶ Cf.: DUXBURY, Neil. *Op. cit.* p. 65-66.

²⁶⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 420.

²⁶⁸ “[...] it is always open to later courts to introduce exceptions which he [the judge] did not mention – either because such exceptions did not occur to him, or because he deliberately abstained from stating an exception

Com isso pretendemos esclarecer que o sentido de um precedente jamais pode ser entendido *a priori*. Para a tradição filosófica, *a priori* é alguma coisa que condiciona a possibilidade de algo, sem se confundir com a dinâmica de realização de algo.²⁶⁹ O sentido (da vinculação) dos precedentes não é *dado* a partir de uma premissa, *a priori*; mas é na dinâmica de realização do precedente que ele *acontece*.²⁷⁰

Bem vistas as técnicas do *distinguishing* e do *overruling*, esse traço virtuoso (e não vicioso) do pensar os precedentes mais se manifesta. É como escreveu Castanheira Neves:²⁷¹

A vinculação por precedentes na *common law*, longe de ser uma vinculação de fixidez e definitiva, traduz antes o sábio dúctil equilíbrio, praticamente conseguido, entre estabilidade e a continuidade jurídicas, por um lado, e a abertura e a liberdade jurisdicionais, por outro lado, através da vinculação com as possibilidades do *distinguishing* e do *overruling*. Equilíbrio que é mesmo uma das mais relevantes características desse sistema e na qual temos afinal uma exemplar realização do exacto entendimento da estabilidade e da continuidade dinâmicas do direito [...].

Distinguishing significa a distinção entre casos para o efeito de afastar ou, ainda, alterar – aumentando ou diminuindo – os limites objetivos da vinculação de determinado precedente em relação ao caso sob julgamento. A doutrina especializada prevê a possibilidade

which, as a matter of fact, he would have stated and acted upon if the facts of the case before him had been different from what they were.” Isto é: “[...] aos juízos posteriores sempre é permitido introduzir exceções as quais ele [o juiz] não mencionou – ou porque tais exceções não ocorreram a ele, ou porque ele deliberadamente absteve-se de estabelecer a exceção a qual, aliás, ele deveria ter determinado e levado a cabo se os fatos do caso anterior a ele tivessem sido diferente.” (trad. livre), (SIMPSON, A. W. B. *The ratio decidendi of a case and the doctrine of binding precedent*, cit. p. 166-167). Isso porque: “[...] quando um precedente tem força de promulgação, não se considera que sua influência sobre casos posteriores se limite a essa força. Os juízes e os juristas não pensam que a força dos precedentes se esgota [...] devido aos limites linguísticos de uma determinada formulação.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, cit. p. 174).

²⁶⁹ Heidegger nos desperta dessa herança filosófica, é sua crítica: “O ente pode ser determinado em seu ser, não sendo preciso para isso que o conceito explícito do sentido de ser já deva estar disponível. Se assim não fosse, não poderia haver até agora nenhum conhecimento ontológico, cuja existência de fato não pode ser negada. O ‘ser’ foi sem dúvida ‘pressuposto’ até agora em toda ontologia, mas não como *conceito* disponível – não como aquilo que é buscado como tal.” E sim como “[...] um princípio não demonstrado, a partir do qual se deriva dedutivamente uma série de proposições.” (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, cit. p. 47-49).

²⁷⁰ “[...] o verdadeiro sentido num texto ou numa obra de arte não se esgota ao chegar a um determinado ponto final, pois é um processo infinito. Não acontece apenas que se vão eliminando sempre novas fontes de erro, de tal modo que se vão filtrando todas as distorções do verdadeiro sentido, mas que, constantemente, surgem novas fontes de compreensão que tornam patentes relações de sentido insuspeitadas. A distância de tempo, que possibilita essa filtragem, não tem uma dimensão concluída, já que ela mesma está em constante movimento e expansão.” (GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 446-447).

²⁷¹ CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*, cit. p. 669. Também escrevem Lenio Streck e Georges Abboud: “[...] o precedente não é imutável, o que é a primeira decisão que o originou, em virtude da formação da coisa julgada material, a forma como se interpreta o precedente, sua modificação, superação e abandono são plenamente possíveis no âmbito do *common law*.” (STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *Op. cit.* p. 98).

da técnica ser empreendida tanto a partir de um caso, como entre casos. No primeiro cenário, o intérprete diferencia a *ratio decidendi* da *obiter dictum* – ao discriminar as questões que são relevantes das contingências para a decisão. A distinção entre casos cuida de revelar as disparidades da *ratio* entre o caso julgado e o presente – porquanto expõe que a *ratio* do paradigma não se aplica ou, em se incorporando, recebe novos contornos significativos diante do caso *sub judice*.²⁷²⁻²⁷³

Desnecessário dizer que nenhum caso é idêntico perante outro, logo não cumprirá ao intérprete (juiz, partes, etc.) tão-somente apontar para as dessemelhanças, mas também demonstrar que a distinção é fundamental para que seja afastada ou rearranjada a *ratio* do precedente.²⁷⁴

Um traço característico do *distinguishing* é que não há revogação ou superação do precedente excepcionado, este apenas não norteará a decisão do caso presente ou o fará a partir de um reformulado limite compreensivo, mas sem que seja declarado “*bad law*”.²⁷⁵

Apontadas as particularidades mais ostensivas do *distinguishing*, passemos a exemplificá-lo, a possibilidade compreensiva da técnica está nesse exercício.

Em 1919 a *Court of Appeal* inglesa julgou “*Balfour v. Balfour*”. Cuidava o caso de uma promessa verbal feita pelo marido para sua esposa no sentido de que pagaria a ela o valor de £30 (trinta libras) ao mês enquanto ela estivesse residindo no exterior. No entanto, tempo depois, o Sr. e a Sra. Balfour se divorciaram, fato que levou o ex-marido a cessar os pagamentos. Então, a ex-esposa ajuizou ação para reivindicar a continuidade das prestações.

À unanimidade, a Corte decidiu que o acordo realizado ainda na constância do casamento carecia de força típica de um contrato legal. De acordo com o juiz Duke H. E., a Sra. Balfour não externou pretensões quando da realização da promessa no sentido de que,

²⁷² Cf.: DUXBURY, Neil. *Op. cit.* p. 113.

²⁷³ A bem da verdade, a hermenêutica nos ensina que a cada *applicatio* de um texto (de uma *ratio*) uma nova compreensão se apresenta. Gadamer, por exemplo, escreve que: “[...] quando se logra compreender, compreende-se de um modo diferente.” (GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 444). Em Heidegger, encontramos: “[...] no conhecer, o *Dasein* ganha um novo *estado-de-ser* em relação ao mundo já cada vez descoberto no *Dasein*.” (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo, cit.* p. 195). Nesse sentido, quando nos referimos a “novos contornos significativos” estamos reduzindo nossa fala ao tema do “*ampliative distinguishing*” e do “*restrictive distinguishing*”, sem ignorar e, principalmente, negar o conhecimento hermenêutico.

²⁷⁴ Cf.: DUXBURY, Neil. *Op. cit.* p. 114.

²⁷⁵ “[...] the activity of distinguishing leaves the authority of precedent undisturbed, for a court is declaring an earlier decision not to be bad law, but to be good but inapplicable law.” Isto é: “[...] a atividade do *distinguishing* deixa a autoridade do precedente intacta, pois o tribunal não está declarando a decisão anterior como sendo uma ‘*bad law*’, mas ‘*to be good*’ porém inaplicável.” (trad. livre), (*Idem*).

eventualmente esta descumprida, seria executada. Da mesma opinião, o juiz Warrington L. J. fundamentou na falta dessa intenção, seja expressa ou implícita, para negar o pedido à Sra. Balfour. Na esteira, o juiz Atkin, J. constatou que a promessa se traduzira em um acordo doméstico entre o ex-casal, sem qualquer comprometimento pertinente à esfera legal.²⁷⁶

Mais tarde, em 1970, a *Court of Appeal* julgou “*Merritt v. Merritt*”. Neste caso, os cônjuges, em comum, realizaram empréstimo bancário para construir uma casa. Concluída a obra, a casa foi registrada em propriedade conjunta do casal. Porém, adveio o divórcio, então eles firmaram um acordo, escrito, no qual a Sra. Merritt se responsabilizava pela quitação total do empréstimo bancário, enquanto o Sr. Merritt se obrigou a, depois da quitação, transferir a parte que lhe cabia da casa para a sua ex-esposa, tornando-a única proprietária. No entanto, somente a Sra. Merritt cumpriu com o estabelecido no acordo, fato que a fez ingressar em juízo em face do seu ex-marido.

Em sua defesa, o Sr. Merritt remontou-se à *ratio decidendi* do caso “*Balfour v. Balfour*” para que fosse declarado desobrigado relativamente à promessa que realizara com sua ex-esposa. Desta feita, contudo, a Corte reconheceu nos fatos subjacentes ao caso uma distinção (*distinguishing*) em relação à *ratio* do precedente e, por isso, julgou procedente a pretensão da Sra. Merritt.

Com efeito, a Corte decidiu que os compromissos mutualmente assumidos pelo Sr. e a Sra. Merritt, em momento posterior ao divórcio, excederiam qualquer caráter doméstico-conjugal, para assumirem claros contornos jurídicos. Nesse sentido, declarou o juiz Widgery J.:²⁷⁷

When a husband and wife are living together in amity it is natural enough to presume that their discussions about money matters are not intended to create legally binding contracts. As Lord Atkin said in *Balfour v. Balfour*: “The common law does not regulate the form of agreements between spouses. Their promises are not sealed with seals and sealing wax. The consideration that really obtains for them is that natural love and affection

²⁷⁶ Cf.: KLASS, Gregory. Intent to contract. *Virginia Law Review*, v. 95, p. 1437-1503, July/2009.

²⁷⁷ Isto é: “Quando o marido e a mulher estão vivendo em harmonia é natural o bastante para presumir que suas discussões sobre questões financeiras não têm a pretensão de se equipararem à vinculação legal dos contratos. O juiz Atkin proclamou em *Balfour v. Balfour*: ‘O *common law* não regula a forma de acordos entre casais. A promessa deles [*Sr. e Sra. Balfour*] não está selada com selos e lacre. A consideração que realmente importa a eles é aquela do amor natural e afeto, a qual conta muito pouco nesses tribunais frios.’ Mas, certamente, uma vez que o amor natural e o afeto se foram, como é normal quando o casamento se desfaz, não haverá mais espaço para as aplicações dessa presunção.” (trad. livre), England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decisions. *Merritt v Merritt* [1970] EWCA Civ 6 (27 April 1970). Disponível em: <<http://archive.is/qCTg#selection-95.4-95.55>>, acesso em: 21/10/2015.

which counts for so little in these cold courts.”. But, of course, once that natural love and affection has gone, as it normally has when the marriage has broken up, there is no room at all for the application of such a presumption.

Assim, em *Merritt v. Merritt*, a *Court of Appeal* não ignorou seu próprio precedente, estabelecido em *Balfour v. Balfour*, mas também não transgrediu a assunção do caráter interpretativo que a *ratio decidendi* importa.²⁷⁸ Tanto é verdade que, ao interpretá-la, afastou-a perante aquele caso – não revogou-a ou superou-a –, operando, assim, o *distinguishing*.²⁷⁹

Duxbury, sem embargo, admite que a mais interessante e sutil utilidade do *distinguishing* não está em afastar a *ratio* do precedente diante do caso *sub judice*; mas consiste exatamente em partir dela para, a luz do caso presente, ampliar ou restringir seu âmbito significativo.²⁸⁰

²⁷⁸ “A doutrina dos precedentes, no *common law*, funda-se nos seguintes aspectos: a seleção de quais precedentes são similares o suficiente para confrontarem o caso a ser decidido às considerações de mérito da cadeia de precedentes; a identificação e a articulação dos elementos contidos nos precedentes, a fim de averiguar qual a premissa/regra jurídica contida nos casos anteriores (*ratio decidendi*) que pode ser utilizada para solucionar o caso e o exame das circunstâncias particulares que uma vez presentes permitem que o juiz afaste-se da aplicação do precedente vinculante por meio da utilização do *distinguishing*.” (ABBOUD, Georges. *Op. cit.* p. 476-477)

²⁷⁹ “Distinguishing is a method used by judges to avoid following past decisions. A judge would compare de facts of the previous precedent and the present case, if there is a significant difference, then the judge is not bound by the present case. An example of this would be *Balfour v Balfour* (1919) and *Merritt v Merritt* (1971). Both cases were wives making claims against their husbands for breach of contract. In *Balfour* the claim did not succeed because there was no intention to create legal relations. In *Merritt* the claim was successful, as the agreement was made after they separated and in writing, meaning it was not just a domestic arrangement like in *Balfour* but a legally enforceable contract.” Isto é: “Distinguishing é um método usado pelos juízes para evitar que sigam decisões passadas. O juiz compararia os fatos do precedente e do caso presente, se houver uma diferença significativa, então o juiz não está vinculado pelo caso precedente. Um exemplo disso poderia ser “*Balfour v Balfour* (1919)” e “*Merritt v Merritt* (1971)”. Ambos os casos são de esposas fazendo reivindicações contra seus maridos em razão de rompimento de contrato. Em *Balfour* a reivindicação não foi procedente porque não havia nenhuma intenção para criar relações legais. Em *Merritt* a reivindicação foi procedente, haja vista o acordo ser realizado depois que eles se separaram e na forma escrita, significando que isso não é apenas um acordo doméstico, como em *Balfour*, mas um contrato com força legal.” (trad. livre), (BHATTI, Amrin. *Using cases to illustrate, explain how and why the courts make use the doctrine of judicial precedent and statutory interpretation to resolve points of law*. Disponível em: <<http://www.peterjepson.com/law/Amrin%20LAS-3%20Essay.pdf>>, acesso em: 21/10/2015).

²⁸⁰ Cf.: DUXBURY, Neil. *Op cit.* p. 115. Ademais, o teórico inglês apresenta a seguinte ilustração referente à restrição do âmbito da *ratio decidendi* – “*restrictive distinguishing*”: “If a court decided in *Black v. Black* that X should be the outcome when facts A, B and C obtain, then if A, B and C are the operative facts in *White v. White*, we can expect the outcome to be X. But imagine that in *Grey v. Grey* the court distinguishes *Black v. Black* by deciding that X should be the outcome when A, B, C and E obtain. If, in *Grey v. Grey*, A, B and C, but not E, obtain, then X will not be the outcome despite the presence of the material facts that led to it being the outcome in the earlier case-law. By adding to the conditions necessary for X, the court in *Grey v. Grey* has changed the law: the *ratio decidendi* of *Grey v. Grey* is narrower – it will be applicable in fewer instances, since it requires the presence of more material facts – than that of *Black v. Black*.” Isto é: “Se o tribunal decidir em *Black v. Black* que X deve ser o resultado quando presentes os fatos A, B e C, então se A, B e C são os fatos presentes em *White v. White*, nós podemos esperar que o resultado seja X. Mas imagine que em *Grey v. Grey* o tribunal distinga *Black v. Black* ao decidir que X deve ser o resultado quando A, B, C e E estão presentes. Se, em *Grey v. Grey*, A,

Em interessante ensaio denominado “*Modelling reasoning with precedents in a formal dialogue game*”, os autores Henry Prakken e Giovanni Sartor apresentaram dois casos, “*Grant v. The Australian Knitting Mill*” e “*Farr v. Butters Bross & Co*”, em que os demandados alegaram fundamentos não presentes no *leading case*, “*Donoghue v. Stevenson*”, com o objetivo de restringir o âmbito normativo da *ratio decidendi* e, assim, excepcionar a sua vinculação diante dos casos postos.²⁸¹

Em 1932 a *House of Lords* apreciou o caso “*Donoghue v. Stevenson*”, também conhecido como “*Snail in the bottle case*” (caso do caracol na garrafa). A respectiva decisão tornou-se *leading case* pois apurou o conceito de negligência. Os eventos do caso ocorreram em Paisley, na Escócia, em 1928. Na oportunidade, a Sra. May Donoghue se dirigiu a um Café e consumiu uma garrafa de cerveja de gengibre. Acontece que dentro da garrafa havia um caracol em decomposição e, como esta não era produzida com vidro transparente, Donoghue ingeriu considerável monta da composição antes de perceber os resíduos do animal. Em consequência, ela adoeceu por causa de uma gastroenterite, além de sofrer abalos psicológicos. Donoghue processou o responsável pela fabricação da cerveja, Sr. David Stevenson, e, reconhecida a culpa por negligência deste, obteve indenização de £500 (quinhentas libras).²⁸²

Decorridos alguns anos, em 1936, a *House of Lords* julgou o caso “*Grant v. The Australian Knitting Mill*”. Neste, o Sr. Grant comprou no varejo uma peça de vestuário fabricada pela empresa “*Australian Knitting Mill*” e, ao vesti-la, contraiu dermatite, pois a peça continha o composto químico “*sulphites*” (sulfitos) em excesso. Dessarte, processou o

B e C, mas não E, estão presentes, então X não será o resultado apesar da presença dos fatos essenciais que conduziram este como resultado do caso passado. Por adicionar condições necessárias para X, o tribunal em *Grey v. Grey* alterou o direito: a *ratio decidendi* em *Grey v. Grey* restringiu-se – ela será aplicada em menos ocasiões, desde que ela requeira a presença de mais fatos essenciais – em relação àquela de *Black v. Black*.” (trad. livre), (*Idem*).

²⁸¹ PRAKKEN, Henry; SARTOR, Giovanni. *Modelling reasoning with precedents in a formal dialogue game*. In: SARTOR, Giovanni; BRANTING, Karl (ed.). *Judicial applications of artificial intelligence*. Dordrecht: Kluwer Academic, p. 140, 1998.

²⁸² Do julgamento, extraí-se as referências de *Lord Atkin*: “You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbor. Who, then in law is my neighbor? The answer seems to be – the person who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being to be affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question.” Isto é: “Você deve tomar cautela razoável para evitar atos ou omissões os quais você pode razoavelmente antever que provavelmente lesariam seu vizinho. Quem, então, no direito é meu vizinho? A resposta parece ser – as pessoas que são intimamente e diretamente afetadas pelo meu ato, de modo que eu devo razoavelmente tê-las em pensamento como sendo afetadas quanto eu estou direcionando minha mente para os atos ou omissões em questão.” (trad. livre), (STRONG, S. I.; WILLIAMS, Liz. *Tort law*. Text, cases, and materials. 2. ed. Oxford: Oxford University, 2011. p. 37).

fabricante da veste e fundamentou sua pretensão indenizatória no caso “*Donoghue v. Stevenson*”.

Como estratégia de defesa, a empresa alegou a distinção dos casos ao afirmar que no caso “*Donoghue v. Stevenson*” o fabricante da cerveja tinha absoluto controle sobre o produto, uma vez que depois de engarrafado, somente o consumidor final poderia ter contato com o líquido, de toda forma que, realmente, a negligência relativa aos resíduos do caracol somente poderia ser atribuída ao fabricante da bebida.

De outro lado, a peça de vestuário em questão fora simplesmente envolvida em um envoltório de papel, permitindo que outras pessoas mantivessem contato direto – prática, inclusive, habitual no varejo. Ademais, a veste estaria em contato permanente com o ar, de modo que a química encontrada poderia também ter sido transmitida por este meio. A defesa concluiu no sentido de que, não obstante não houvessem provas hábeis a demonstrar que o defeito do produto era superveniente ao processo de sua produção, a mera possibilidade dessa intercorrência já garantia azo à distinção.

Percebam a técnica do fabricante em buscar a restrição do âmbito da *ratio* do precedente (*restrictive distinguishing*) e, assim, afastar a vinculação deste perante o caso em comento: em “*Donoghue v. Stevenson*”, a negligência do fornecedor causou dano ao consumidor e era subjetivamente inconteste; enquanto que em “*Grant v. The Australian Knitting Mill*”, embora também fosse caso de negligência perante o consumidor, a responsabilidade “real” do fornecedor era dúbia, haja vista que este não detinha pleno domínio da cadeia mercantil até o consumo final.

A *House of Lords*, no entanto, declinou a distinção e fundamentou que a *ratio decidendi* em “*Donoghue v. Stevenson*” não decorreu do fator hermético alusivo à garrafa de cerveja, mas o busílis da questão estava na responsabilidade do fabricante em conservar a qualidade de seus produtos desde o fabrico até o momento em que eles alcançassem o consumidor final, sem que qualquer responsabilidade intermediária pudesse ser aventada.²⁸³

²⁸³ Eis o trecho da decisão em “*Grant v. The Australian Knitting Mill*” em que há referência à *ratio* de “*Donoghue v. Stevenson*”: “Their Lordships think that the principle of the decision is summed up in the words of Lord Atkin: ‘A manufacturer of products, which he sells in such a form as to show that he intends them to reach the ultimate consumer in the form in which they left him with no reasonable possibility of intermediate examination, and with the knowledge that the absence of reasonable care in the preparation or putting up of the products will result in an injury to the consumer's life or property, owes a duty to the consumer to take that reasonable care.’” Isto é: “Vossas Excelências entendem que o princípio da decisão resume-se nas palavras do

Ademais, a *House* concluiu pela conformidade de outra questão essencial aos casos confrontados, qual seja: a presença deletéria da química na peça de vestuário, devido à negligência do fabricante, consistiu em uma oculta e latente falha, aos modos do que constituiu-se os resquícios do caracol na garrafa opaca de cerveja. Ou seja, em ambos os casos, o defeito do produto não poderia ser previamente identificado pelo consumidor, o dano era inevitável.

O terceiro caso é “*Farr v. Butters Bros & Co.*”, julgado em 1932, neste a *House of Lords* reconheceu a distinção. Os fatos versaram sobre certa empresa de construção, “*Butters Bros & Co.*”, que enviara um de seus mais experientes montadores para que fosse elevar um guindaste que acabara de comprar de outra empresa. Enquanto realizava seu ofício, o trabalhador percebeu que algumas peças apresentavam defeitos, então ele próprio as assinalou para que pudessem ser reparadas. Todavia, ao invés de aguardar o reparo, o montador, voluntariamente e imprudentemente, resolveu continuar o encaixe do guindaste, quando uma das peças defeituosas se despreendeu da estrutura e, ao atingi-lo, causou sua morte.

A *House* decidiu que a morte do trabalhador não decorreu da negligência do fornecedor do guindaste. Em verdade, a própria decisão daquele em dar sequência à montagem da máquina é que motivou sua própria morte. Vale destacar que o trabalhador estava plenamente consciente do defeito do produto e, ainda assim, decidiu manipulá-lo sem que ninguém o tivesse ordenado a fazê-lo. Ao contrário de “*Donoghue v. Stevenson*” (e, também, de “*Grant v. The Australian Knitting Mill*”) o dano era plenamente evitável.

Disposto o *distinguishing*, tratemos do *overruling*. Esta técnica também se revela expediente que se vale o juízo para deixar de seguir um precedente.²⁸⁴ Todavia, não mais se

Lord Atkin: ‘O fabricante de produtos, que os vende de modo a demonstrar que tem a intenção de que cheguem ao consumidor final de maneira a não restar nenhuma possibilidade razoável de exame intermediário, e também com o reconhecimento de que a ausência de cuidado razoável na fabricação ou comercialização dos produtos resultem em danos à vida ou propriedade do consumidor, tem o dever para com o consumidor de tomar estes cuidados razoáveis.’ (trad. livre), (GOLDRING, John; MAHER, Laurence; MCKEOUGHT, Jill; PEARSON, Gail. *Consumer protection law*. 5. ed. Sydney: The Federation, 1998. p. 127).

²⁸⁴ “Distinguishing is obviously one method by which judges loosen the grip of precedent. So too is overruling. When judges overrule a precedent they are declining to follow it and declaring that, at least where the facts of a case are materially identical to those of the case at hand, a new ruling should be followed instead.” Isto é: “*Distinguishing* é obviamente um método pelo qual juízes perdem a aderência ao precedente. Também o é o *overruling*. Quando os juízes *overrule* um precedente eles estão declinando de segui-lo e declarando que, pelo menos em relação aos fatos de um caso que são substancialmente idênticos àqueles do caso em mãos, uma nova regra deve ser seguida.” (trad. livre), (DUXBURY, Neil. *Op. cit.* p. 117).

fala em distinção entre o precedente e o caso presente, mas em superação daquele – há verdadeira revogação.²⁸⁵

A exemplo do *distinguishing*, o *overruling* não é um ato de vontade. Como anota Duxbury, se fosse permitido aos tribunais superarem precedentes aos seus arbítrios, não haveria sentido falar em *stare decisis*. Portanto, uma fundamentação “[...] especially serious and strong” (especialmente séria e convincente) deve subsidiar o *overruling*.²⁸⁶

Assim, ao tribunal não é permitido superar um precedente sob alegações de que simplesmente não preza pela maneira como foi deliberada certa matéria;²⁸⁷ mas a tradição do *common law* nos evidencia que a adequada fundamentação constitui-se na demonstração de que o precedente interpretou de modo equivocado ou ignorou uma previsão legal ou outro ato normativo relevante, ou, inclusive, verificou-se a superveniência legal cujo teor negue o precedente.²⁸⁸ Segundo Duxbury: “To put the point somewhat crudely, overruling might be understood as a method by which a court negates a precedent in order to uphold the law.”²⁸⁹

Não obstante, declarar que uma decisão anterior, reconhecida como precedente, impugnou a lei, seja quando da sua prolação ou em virtude de aprimoramento de novos entendimentos sediados pela comunidade jurídica, naturalmente gera certo desconforto à práxis. Como observado, um precedente não é prescrito (ao estilo de mandamento legal ou jurisdicional), mas reconhecido na sua prática-hermenêutica.²⁹⁰ Portanto, a coerência demanda que sua superação, por outro, também não se institua prontamente, mas decorra de

²⁸⁵ Cf.: *Ibidem*. p. 122.

²⁸⁶ Cf.: *Ibidem*. p. 117.

²⁸⁷ “Judges who accept a precedent as a peremptory reason for deciding in a particular way do not necessarily believe that the reasoning to be found in the precedent represents the reasoning that they themselves would have produced had they deliberated the matter afresh.” Isto é: “Juizes que aceitam o precedente como uma peremptória razão para decidir de uma certa maneira, não necessariamente acreditam que a razão a ser encontrada no precedente representa o raciocínio que eles próprios teriam produzido se tivessem deliberado a matéria livremente.” (trad. livre), (*Ibidem*. p. 102).

²⁸⁸ Cf.: *Ibidem*. p. 120.

²⁸⁹ Isto é: “Para colocar a questão de certa forma trivial, *overruling* pode ser entendido como um método pelo qual o tribunal nega um precedente em razão de defender a lei.” (trad. livre), (*Ibidem*. p. 122).

²⁹⁰ “Just as judges are not bound by precedents in the classical positivist sense, so too arguments which support following judicial precedent are never water-tight. The reasons for following precedents, we might say, are, like precedents themselves, always defeasible.” Isto é: “Assim como os juizes não estão amarrados pelos precedentes no sentido clássico do positivismo, também os argumentos que sustentam a adesão do precedente judicial nunca são à prova d’água. As razões de seguir precedentes, nós podemos dizer, são, a exemplo dos próprios precedentes, sempre rescindíveis.” (trad. livre), (*Ibidem*. p. 30). Também cf.: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, cit. p. 173. E: ABOUD, Georges. *Op. cit.* p.173.

uma depuração interpretativa promovida em virtude de novos julgamentos de casos análogos.

291

Convém registrar a preocupação existente no *common law* inglês em relação ao desenvolvimento da compreensão judicial alusiva à ordem jurídica. Ainda em 1921, Benjamin N. Cardozo lembrava o discurso do Juiz Wheeler, em “*Dwy v. Connecticut Co.*”:²⁹²

That court best serves the law which recognizes that the rules of law which grew up in a remote generation may, in the fullness of experience, be found to serve another generation badly, and which discards the old rule when it finds that another rule of law represents what should be according to the established and settled judgment of society, and no considerable property rights have become vested in reliance upon the old rule. It is thus great writers upon the common law have discovered the source and method of its growth, and in its growth found its health and life. It is not and it should not be stationary. Change of this character should not be left to the legislature.

Do mesmo modo, Margaret N. Kniffen contribuiu para demonstrar que também a experiência norte-americana com os precedentes é, antes de reprodutiva, construtiva. São as palavras da autora:²⁹³

Jurists have emphasized the possibilities for change and growth in the law that are offered by overturning precedent in appropriate instances. In the words of Justice Field: ‘It is more important that the court should be right upon later and more elaborate consideration of the cases than consistent with previous declarations.’ Justice Cardozo observed that ‘the whole subject matter of jurisprudence is more plastic, more malleable, the molds less definitively cast, the bounds of right and wrong less preordained and constant, than most of us ... have been accustomed to believe.

²⁹¹ Cf.: DUXBURY, Neil. *Op. cit.* p. 123.

²⁹² Isto é: “O tribunal que melhor serve o direito é aquele que reconhece que as regras jurídicas cultivadas em uma geração remota podem, com o passar dos tempos, se revelarem incoerentes a outra geração; é aquela que descarta a antiga regra ao verificar que outra representa o que deveria estar de acordo com o juízo estabelecido e assente na sociedade, e não considera oportunos os direitos concebidos na confiança relativa à regra antiga. Foi dessa maneira que os grandes autores do *common law* descobriram a fonte e o método do desenvolvimento dele, e no crescimento dele descobriram a saúde e vida do direito. Ele não é e nem deve ser estacionário. A mudança desse caráter não pode ser deixado para o Legislativo.” (trad. livre), (CARDOZO, Benjamin N. *The nature of judicial process*. New Haven: Yale University, 1921. p. 151-152).

²⁹³ Isto é: “Juristas têm enfatizado as possibilidades de mudanças e desenvolvimento no direito que são oferecidas pela superação de precedentes em situações apropriadas. Nas palavras do juiz Field: ‘É mais importante que a Corte esteja certa sobre posteriores e mais elaboradas considerações relativas a casos, do que coerente com declarações anteriores.’ O juiz Cardozo observou que ‘todo o tema relativo à jurisprudência é mais plástico, mais maleável, os moldes menos definidos, os limites entre o certo e o errado menos previsíveis e constantes, do que a maioria de nós ... se acostumou a crer.’ (trad. livre), (KNIFFEN, Margaret N. *Overruling Supreme Court Precedents: anticipatory actions by United States Court of Appeals*. *Fordham Law Review*, v. 51, n. 1, p. 55, 1982).

Ao reportarem-se à evolução histórica do *common law* estadunidense, Nelson Nery Junior e Georges Abboud tratam da discussão relativa à igualdade racial na Suprema Corte.²⁹⁴ A contenda pode nos servir de exemplo para o *overruling*.

Em 1896, no caso “*Plessy vs. Ferguson*”, a Corte Suprema do EUA sustentou a constitucionalidade da segregação racial sob a famosa doutrina “separados, mas iguais”. O entendimento originou-se do seguinte episódio: em 1882, um indivíduo de origem africana, chamado Homer Plessy, comprou uma passagem de trem correspondente à primeira classe. Contudo, momento antes de embarcar, foi informado de que deveria se acomodar no setor reservado aos negros (*Jim Crow car*). Plessy se recusou a fazê-lo e, por isso, foi imediatamente detido.

Por 7 votos a 1, a Corte decidiu que a então lei estadual de *Louisiana* que disciplinava a diferença entre raças não se confrontava com a *13th Amendment to the United States Constitution*, esta responsável pela abolição da escravidão e da servidão involuntária. Esse entendimento discriminatório apenas foi revisto em 1954, no caso “*Brown vs. Board of Education*”.²⁹⁵

Desta oportunidade, a Corte, por unanimidade, com base em um caso de segregação racial no sistema educacional, superou o entendimento exarado em “*Plessy vs. Ferguson*” e declarou inconstitucional as leis estaduais e locais dos estados sulistas e limítrofes nos EUA que avalizavam o *discrímén* racial.²⁹⁶

3.1.2.1 “*Barwick v. English Joint Stock Bank*” (1867) e “*Lloyd v. Grace, Smith & Co.*” (1912): entre a epistemologia metodológica kantiana e a hermenêutica fenomenológica heideggeriana

Neste tópico abordaremos dois casos julgados pela *House of Lords*: “*Barwick v. English Joint Stock Bank*” (1867) e “*Lloyd v. Grace, Smith & Co.*” (1912). Nossa intenção é confirmar na prática do *common law* o caráter *hermenêutico-fundamental* que (pré-) compreende a “*applicatio*” (Gadamer) dos precedentes. A tônica é: *precedentes se mostram*

²⁹⁴ Cf.: NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. Noções fundamentais sobre pós-positivismo e direito. *Revista de Direito Privado*, v. 53, São Paulo: RT, p. 11-20, jan./mar., 2013.

²⁹⁵ Vale destacar que a Suprema Corte dos USA julgou outros casos que também versavam sobre a discriminação racial – “*Missouri ex rel Gaines v. Canada*” (1938), “*Sweat v. Painter*” (1950), “*McLaurin v. Oklahoma Board of Regents of Higher Education*” (1950) – antes de superar o entendimento em “*Brown v. Board of Education*” (1954). Cf.: UNITED STATES COURTS. *History – Brown v. Board of Education Re-enactment*. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/history-brown-v-board-education-re-enactment>>, acesso em: 05/11/2015.

²⁹⁶ Cf.: NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. *Op. cit.*, *loc. cit.*

(*fenomenologicamente*) como precedentes e não são dados (*empiricamente*) ao estilo de enunciados prontos de significado.

Esta leitura tem o seu sentido no primeiro capítulo deste trabalho. Assim, recuperaremos alguns fundamentos e desenvolveremos melhor outros.

Claro que nossas considerações não devem ser lidas desamparadas da *pré-compreensão* que lhes possibilitam o entender. Falar em precedentes é tratar de uma *tradição interpretativa* que possibilita (*possibilidades*) a compreensão da “resposta adequada” (*como possibilidades*) ao caso concreto.

Indispensável que se perceba o caminho da *tradição* para a conformação da “resposta adequada”. Apreendido esse, podemos afirmar que a resposta (decisão judicial) não tem natureza subjetiva ou objetiva. Não é subjetiva pelo simples motivo de que nenhum intérprete reúne potencial para desnortear toda uma tradição; não é objetiva justamente porque desvela-se de um *acontecer*.

A interpretação (hermenêutica) se relaciona com a tradição do texto que interpela na razão de um processo em contínua composição. Não há compreensão de mundo que possa *ser* pressuposta, não há a “palavra ‘objeto’ que expresse o conceito metafísico da realidade efetiva do real.”²⁹⁷ Na verdade (do *ser*), interpretar remete à atualização do *compreendido* à medida que *compreendemos*, que participamos do *acontecer* da tradição e avançamos estruturando-o.

Os prolegômenos dessa hermenêutica passa pela *dialética da palavra*. É de precisão genial, Gadamer, quando afirma que: “Todo falar humano é finito no sentido de que, nele, jaz uma infinitude de sentido a ser desenvolvida e interpretada.”²⁹⁸ O homem inconsciente de sua própria finitude linguística pensa ser senhor do tempo. *Cogita* ser dono de um raciocínio lógico e busca depurar a linguagem de todos os elementos históricos. Assim o faz através do emprego de um sentido abstrato-universal às palavras. Todavia, esse ignaro intérprete só pode fracassar em seu desiderato, pela simples “verdade” de que *palavra é história*.

²⁹⁷ Cf.: HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre o humanismo*, cit. p. 26.

²⁹⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 664.

Portanto, o autêntico sentido de cada “pá-lavra”²⁹⁹ excede a disposição dogmática para ser compreendido historicamente. É a partir desse “ganho de liberdade interpretativo”³⁰⁰ que a compreensão humana alcança a exigência de sempre ser renovada. Perceba-se que a *clareira* aberta contra a existência de universais (dogmatismo), ao romper com a possibilidade de respostas ideais (universais), garante uma dinâmica possibilidade histórica do compreender. Enquanto seres sabedores de sua finitude linguística, os homens tornam-se conscientes de que eles próprios atuam na história de modo a sucederem-se em infinitos projetos de compreensão do mundo, exatamente porque, na história, não há (nem nunca houve) um termo inicial ou final.³⁰¹

Goodhart, na obra “*Determining the Ratio Decidendi of a Case*” e, décadas mais tarde, Rupert Cross e J. W. Harris, em “*Precedent in English Law*”, cuidaram de manifestar a complexidade ínsita ao conhecimento (histórico) da *ratio decidendi* perante determinado caso. Para tanto, os professores igualmente compararam dois casos julgados pela *House of Lords*³⁰²: “*Barwick v. English Joint Stock Bank*” e “*Lloyd v. Grace, Smith & Co.*”³⁰³

No primeiro caso, julgado em 1867, a Corte decidiu pela responsabilidade de instituição financeira em razão de ato fraudulento praticado por funcionário, cujo ilícito não derivou de ordem expressa, *mas aproveitou ao banco*. Ao proferir a decisão da Corte, o então juiz Willes, J., declarou: “The general rule is, that the master is answerable for every such

²⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, cit. p. 307.

³⁰⁰ “Portanto, quanto mais penetrarmos no entendimento do ser do ente do-interior-do-mundo, tanto mais amplo e mais seguro será o solo fenomênico sobre o qual o fenômeno-do-mundo será posto-em-liberdade.” (HEIDEGGER, Martin. *Op. cit.* p. 233).

³⁰¹ Ao tratar da finitude linguística do homem em oposição à infinitude dos textos, Georges Abboud, a partir da literatura de Jorge Luís Borges, assinala que: “[...] todo texto é, não obstante a identidade semântica, definitivamente original porque o ato de produção não está na escritura, mas na leitura.” (ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial*, cit. p. 71). Por isso: “A interpretação jurídica é diretamente influenciada pela historicidade, ou seja, a interpretação de todo texto legal altera-se frequentemente em virtude do momento histórico em que é realizada.” (*Ibidem*. p. 76).

³⁰² “Recentemente, a *House of Lords* foi ‘substituída’ pela *Supreme Court of the United Kingdom*, que assumiu suas funções judiciais. A *Supreme Court of the United Kingdom* foi criada pelo Ato de Reforma Constitucional de 2005 (Part 3, Constitutional Reform Act 2005), tendo iniciado as suas atividades em 1.º de outubro de 2009. Argumentou-se, em defesa da criação da *Supreme Court*, que a histórica aproximação da *House of Lords* com o Parlamento e com o Executivo poderia prejudicar o Reino Unido diante da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Temia-se que as decisões da *House of Lords* pudessem ser mal recebidas (como se não constituíssem *fair trial*) pela Corte Europeia de Direitos Humanos.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, cit. p. 30).

³⁰³ Cf.: GOODHART, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of a case*, cit. p. 167. E: CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Op. cit.* p. 68-70.

wrong of the servant or agent as is committed in the course of the service *and for the master's benefit*, though no express command or privity of the master be proved.” (*grifo nosso*).³⁰⁴

Como apontado por Rupert Cross e J. W. Harris, os *factos* fundamentais (materiais) ao caso e que, portanto, exercem influência na construção da *ratio decidendi* são: “(i) the defendant’s manager fraudulently induced the plaintiff to accept a worthless guarantee; (ii) the manager was the defendant’s servant; (iii) the manager was acting in the course of his employment; and (iv) the defendant benefited in consequence of the manager’s fraud.”³⁰⁵

Pois bem. Uma vez decidido *o caso*, poderíamos pensar em duas incomunicáveis projeções perante os *Englishmen*. Não calha argumentar que o *decisum* exerce autoridade em relação às próximas declarações da Corte, bem como das instâncias inferiores – é da cultura do *common law* que assim o seja.³⁰⁶ Não obstante, cabe verticalizar: a projeção (autoridade) da decisão está propriamente relacionada a um carácter de *obediência* ou, (bem) longe disso, de *conhecimento*?

Distinguir esses dois projetos de sentido é fundamental à compreensão dos precedentes. Do que já nos foi oportuno apresentar, fica clara nossa pretensão em afirmar o projeto infinito que todo compreender *acontece*. Por isso, recorremos à história como o *locus* privilegiado do conhecimento: o homem que pré-compreende a tradição “ganha” a *liberdade* de compreender e, assim, conhece sempre de um modo diferente. Perceba-se que nessa experiência hermenêutica, não há qualquer possibilidade do homem conhecer *a priori* – metafisicamente – os fenômenos dados *a posteriori*. Na verdade, não resta espaço para qualquer entendimento metafísico-transcendental, pois não podemos pressupor que há o *ser* de um *ente* para além de seu campo de fenomenalidade.

³⁰⁴ Isto é: “A regra geral é a de que o empregador responde por todos os ilícitos do empregado ou agente praticados no exercício do serviço *e para o benefício do empregador*, ainda que nenhuma ordem expressa ou comando deste seja provado.” (*grifo nosso*), (trad. livre), (GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case, *cit.* p. 167).

³⁰⁵ Isto é: “(i) o gerente do demandado induziu mediante fraude o demandante a aceitar uma ‘garantia vazia’; (ii) o gerente era empregado do demandado; (iii) o gerente agiu no exercício de suas funções; e (iv) o demandado foi beneficiado em consequência da conduta fraudulenta perpetrada pelo gerente.” (trad. livre), (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W., *op. cit.* p. 68).

³⁰⁶ “An argument from precedent seems at first to look backward. The traditional perspective on precedent [...] has therefore focused on the use of yesterday’s precedents in today’s decisions. But in an equally if not more important way, an argument from precedent looks forward as well, asking us to view today’s decision as a precedent for tomorrow’s decisionmakers. Today is not only yesterday’s tomorrow; it is also tomorrow’s yesterday.” Isto é: “Um argumento de precedente parece, a princípio, olhar para trás. A perspectiva tradicional sobre o precedente [...] tem então focado no uso de precedentes de ontem, perante as decisões de hoje. Mas de modo tão ou mais importante, um argumento de precedente olha para o futuro também, nos pedindo para ver a decisão de hoje como precedente para os juízes [*decisionmakers*] de amanhã. Hoje não é só o amanhã de ontem; é também o ontem de amanhã.” (trad. livre) (SCHAUER, Frederick. *Op. cit.* p. 572-573).

Todo precedente é um fenômeno que jamais deve ser conhecido *a priori* em razão da intuição de um *dado a posteriori*. Kant estruturou o conhecimento dos fenômenos dessa maneira por nós contestada. Naquela que é considerada sua obra-prima, “Crítica da Razão Pura”³⁰⁷, Kant formula duas questões essenciais: “Que podemos conhecer?” e “Como podemos conhecer?” e as responde através de uma elaborada analítica transcendental. Nessa análise, o filósofo sistematiza os fenômenos – “que podemos conhecer” – como objetos *dados* na experiência – *a posteriori*. Assim, a matéria das normas jurídicas seriam *dadas* na experiência.³⁰⁸ Porém, Kant estabelece que mesmo a possibilidade da experiência deve ser *a priori* pressuposta, ele crê em condições puras para toda a experiência. Percebam que a metodologia kantiana parte de um *a priori puro-metafísico* – “como podemos conhecer” – que condiciona não apenas o conhecimento dos fenômenos, mas, antes, a própria possibilidade deles. Em uma palavra, Kant limita a possibilidade dos fenômenos e, então, a cognoscibilidade deles, a um conceito *a priori* capaz de “convertê-los” em efetivo conhecimento.³⁰⁹

Posto isso, importa esclarecer a natureza desse “*a priori*” que faculta o conhecimento dos fenômenos. Conforme mencionado, o “saber *a priori*” se forma

³⁰⁷ A *Crítica da Razão Pura* é a mais importante obra de teoria do conhecimento escrita por Kant, sua primeira edição data de 1781, e a segunda, com consideráveis alterações, de 1787. Sem dúvida, a epistemologia construída pelo filósofo muito está relacionada às profundas alterações sociais, políticas e ideológicas do período. Kant foi um escritor entusiasta do pensamento liberal, cuja concepção política fundamentou o Iluminismo, movimento do qual ele participou e veio a ser um dos teóricos mais influentes. Por exemplo, na obra *A Metafísica dos Costumes* (1797), na qual Kant prescreve sua Doutrina do Direito, ele realça a *liberdade* como o único direito inato a todos os homens (Cf.: KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*, cit. p. 83), feito que moveu Norberto Bobbio a reconhecer na teoria do direito kantiana um dos fundamentos teóricos do Estado Liberal (Cf.: BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*, cit. p. 118). Além das ideias liberais, o século das luzes também foi marcado pelo fervor científico, nos dizeres de Eric Hobsbawm: “A era revolucionária [...] fez crescer o número de cientistas e eruditos e estendeu a ciência em todos os seus aspectos.” (HOBSBAWM, Eric J. *A era das revoluções: Europa 1789-1848*. Trad. Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981. p. 304). Nesse ambiente, Kant, influenciado pelo racionalismo cartesiano – “Se o conhecimento racional puro que temos dos seres pensantes em geral tivesse por fundamento alguma coisa além do *cogito* [...] então, não seria uma psicologia racional.” (KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*, cit. p. 238) –, propôs uma teoria do conhecimento objetiva equivalente ao conhecimento científico e estabeleceu no sujeito pensante o princípio de todo conhecimento dos fenômenos através de um formalismo lógico e *transcendental* – o “verdadeiro” conhecimento transcende o objeto ao sujeito, em razão de um formalismo lógico que o possibilita *a priori*, *metafisicamente*. Somente assim, para Kant, seria possível que a filosofia atingisse o *conhecimento científico – formalmente válido, necessário e universal* – característico do Estado Liberal Moderno à época. (Cf.: *Ibidem*. p. 89; e BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*, cit. p. 93-94; 212-217).

³⁰⁸ “Fenômeno é o objeto indeterminado de uma intuição empírica. Matéria é o que no fenômeno corresponde à sensação [...] a matéria de todo fenômeno é dada *a posteriori* para nós.” (KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*, cit. p. 31). Sobre o caráter empírico do direito positivo, cf.: *Idem*. *A metafísica dos costumes*, cit. p. 76.

³⁰⁹ “Imaginemos que exista algo que possa ser conhecido *a priori* em cada sensação, considerada como uma sensação em geral (sem que uma sensação particular se tenha dado); esse algo mereceria também ser chamado antecipação, se bem que em sentido extraordinário. Digo extraordinário, pois é bem estranho, sem dúvida, antecipar a experiência naquilo que diz respeito exatamente a sua matéria e que só pode ser extraído dela. Todavia, é isso o que aqui ocorre.” (KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*, cit. p. 126).

independentemente de qualquer experiência, ele é “puro”, “metafísico”. Ainda segundo Kant:
310

Em primeiro lugar, no tocante às *fontes* do conhecimento metafísico, elas não podem, já segundo o seu conceito, ser empíricas. Os seus princípios (a que pertencem não só seus axiomas, mas também os seus conceitos fundamentais) nunca devem, pois, ser tirados da experiência: ele deve ser um conhecimento, não físico, mas metafísico, isto é, que vai além da experiência. Portanto, não lhe serve de fundamento nem a experiência externa, que é a fonte física propriamente dita, nem a experiência interna, que constitui o fundamento da psicologia empírica. É, por conseguinte, conhecimento *a priori* ou de entendimento puro e de razão pura.

Ou seja, o conhecimento dos fenômenos empíricos é condicionado a conceitos puros – constituídos de modo rigorosamente apartado de toda experiência possível. Esses conceitos, Kant denominou de *categorias*. Notem que as categorias não podem ser confundidas com o conhecimento, haja vista que são a única *forma pura* que o intérprete dispõe *para* determinar qualquer objeto. Portanto, o uso transcendental das categorias *formam* todo o nosso conhecimento. Cuidemos melhor desses conceitos kantianos considerando a valia que encerram à crítica de como (não) compreender os “precedentes” – ou qualquer texto jurídico.

Dissemos que as categorias são a única forma que o homem dispõe para conhecer os fenômenos do mundo e apontamos para o seu *uso transcendental*. Despidos de qualquer interesse em dificultar esta leitura, podemos reler este termo empregado por Kant a partir da elucidativa definição de Arthur Schopenhauer quando escreve que transcendental é “o conhecimento que determina e estabelece, antes de qualquer experiência, tudo o que é possível na experiência.”³¹¹ Podemos dizer, então, que o uso transcendental que as categorias ensejam, remete exatamente à sua ordem antecedente (*a priori*) em relação à intuição empírica dos fenômenos possíveis (*a posteriori*). Aliás, não é outro o sentido que Kant quer expressar ao conceber as categorias como únicos conceitos do entendimento e, páginas depois, assinalar o entendimento como faculdade do conhecimento.³¹²

Pois bem, avancemos com uma indagação. Se o conhecimento da multiplicidade material dos fenômenos dada na experiência deve ser pré-ordenada por conceitos puros, então

³¹⁰ KANT, Immanuel. *Prolegómenos a toda a metafísica futura*. *Op. cit.*, *loc. cit.*

³¹¹ SCHOPENHAUER, Arthur. Über die vierfache Wurzel des Satzes vom zureichenden Grunde, §20, *apud* ABBAGNANO, Nicola. *Op. cit.* p. 972. No mesmo sentido, para Heidegger: “O transcendente é o ente supra-sensível. Este vale como o ente supremo no sentido da causa primeira de todos os entes.” (HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre o humanismo*, *cit.* p. 63).

³¹² Cf.: KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*, *cit.* p. 80; 88.

estamos autorizados a dizer que a possibilidade de conhecimento de qualquer objeto tem uma forma(mula) em comum – as categorias, pois não? Só assim o sujeito é capaz de chegar a um conhecimento objetivo, através de *condições formais* de toda sensibilidade fenomênica possível e preestabelecidas nas categorias puras. Segundo Kant:³¹³

Não podemos imaginar um objeto sem as categorias; não podemos conhecer um objeto imaginado sem as intuições que correspondem a esses conceitos. Entretanto, nossas intuições são sensíveis e o conhecimento é empírico, quando o objeto é dado.

O conhecimento empírico, porém, é experiência. Por conseguinte, só é possível o conhecimento *a priori* de um objeto de uma experiência possível. Esse conhecimento não deriva por completo da experiência (limitada meramente aos objetos empíricos), pois as intuições puras e os conceitos puros do entendimento são elementos do conhecimento que são encontrados em nós *a priori* [...] as categorias contêm, pelo lado do entendimento, os princípios da possibilidade da experiência em geral.

Percebam que as categorias, da ordem do entendimento, constituem-se na forma de uma experiência em geral; enquanto os objetos, de ordem sensível, contêm a matéria de uma intuição empírica específica. A propósito, a utilidade universal daqueles conceitos puros resta possível em razão da sua natureza supra-empírica: como são entendidos para além da múltipla experiência possível, podem assumir um uso geral-transcendental, vale dizer, sem qualquer relação com a dinâmica existencial do próprio objeto que facultam o conhecimento.

Em verdade, o objeto dos sentidos – *ser* –, enquanto fenômeno (objeto indeterminado de uma intuição empírica), não pode existir em si, realmente; mas unicamente no sujeito que o conhece de modo transcendental através das categorias. Para sermos mais precisos, Kant explica que toda a intuição que o homem faz, nada mais é do que uma *representação* dos fenômenos, de modo que os objetos não são, por este, percebidos em si mesmos, mas apenas são dados *a posteriori* na forma de um entendimento prescrito pelas categorias – *dever ser* – *a priori*.³¹⁴

Kant notabiliza essa construção teórica quando nega a possibilidade do homem conhecer qualquer objeto enquanto “coisa em si”. Para ele, a cognoscibilidade dos objetos apenas é legítima ao passo que o sujeito os entenda como fenômenos, ou seja, como

³¹³ *Ibidem.* p. 102-103.

³¹⁴ Cf.: *Ibidem.* p. 43-44.

representações que faz das coisas externas, tais como lhe são dadas na experiência, conforme as categorias.³¹⁵

“O *eu penso* precisa acompanhar todas as minhas representações”.³¹⁶ Nessa frase, o mestre de Königsberg simboliza a origem transcendental da autoconsciência que o sujeito conta para determinar (julgar) os objetos de uma experiência possível. Kant denomina de “apercepção pura” esse “pensar subjetivo” exatamente para realçar a entidade abstrata que é. Mais uma vez resta verificável o argumento kantiano consonante a um *princípio metafísico do conhecimento*. É como bem nota o professor Ernildo Stein:³¹⁷

Para Kant, o objeto da interrogação não é o conteúdo do conhecimento, mas as formas em que ele nos é dado. E as formas são as condições que brotam da subjetividade. O transcendental surge como um problema crítico. O método transcendental deduz da subjetividade não apenas as condições de possibilidade do conhecimento, mas a própria condição de possibilidade dos fenômenos. O problema do singular e do universal é resolvido no interior da subjetividade. Não há mais conhecimento metafísico, interessa apenas a *metafísica do conhecimento*.

A fundamentar o acesso metafísico ao mundo em que vivemos, Kant sustenta a *idealidade transcendental do tempo e do espaço*, isto é, ambos nada mais seriam que

³¹⁵ Ao refutar o conhecimento objetivo da coisa em si, Kant opera o que denominou de revolução copernicana no interior da filosofia. Segundo as precisas palavras do professor lusitano Alexandre F. Morujão: “Kant vai imprimir uma viragem essencial ao saber metafísico. Tinha mostrado Copérnico que, afastada a hipótese geocêntrica e admitindo que os corpos celestes giram em torno do Sol ou se, em vez dos corpos celestes (e com eles o Sol) gravitarem em volta do observador, considerarmos que este último se desloca em torno do Sol, os movimentos dos corpos celestes poderiam ser melhor explicados. Agora Kant realiza algo de semelhante que designa por revolução copernicana. Assim, afirma na introdução à Crítica da Razão Pura: ‘Se a intuição tiver que se guiar pela natureza dos objectos, não vejo como deles se poderia conhecer algo *a priori*; se, pelo contrário, o objeto (como objeto dos sentidos) se guiar pela natureza da nossa faculdade de intuição, posso perfeitamente representar essa possibilidade.’ Para além do saber *a posteriori*, extraído da experiência, haverá um saber de outra ordem, saber *a priori*, que precede a experiência e cujo objeto não nos pode ser dado pela experiência. Um objeto desta ordem será o próprio sujeito, a estrutura do sujeito, e é esta estrutura que torna possível a experiência.” (MORUJÃO, Alexandre Fradique. Prefácio da tradução portuguesa. In: KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. _____; Manuela Pinto dos Santos. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001).

Em outras, porém ainda certas, palavras, também o filósofo Otfried Höffe comentou a viragem copernicana orquestrada por Kant: “Do mesmo modo que ‘transcendente’ e ‘transcendência’, o termo ‘transcendental’ pertence ao verbo latino ‘*transcendere*’, que literalmente significa ‘ultrapassar um limite’. Se os termos ‘transcendente’ e ‘transcendência’ sugerem um mundo além do nosso mundo da experiência, Kant refuta a idéia segundo a qual o ‘além’, o mundo supra-sensível, seja algo objetivo para o qual possa haver um conhecimento válido no âmbito teórico. É verdade que também na investigação transcendental de Kant se ultrapassa a experiência. Porém, o sentido desse ultrapassar se inverte. Pelo menos no início, Kant se volta para trás, não para a frente. [...] Kant pretende desvendar as condições *prévias* da experiência. No lugar do conhecimento de um outro mundo, aparece o conhecimento originário de nosso mundo e de nosso saber objetivo. Kant investiga a estrutura profunda, pré-empiricamente válida de toda experiência, estrutura que ele – conforme o experimento de razão da revolução copernicana – presume no sujeito. No ‘retrocesso’ reflexivo, a crítica da razão procura os elementos apriorísticos que constituem a subjetividade teórica.” (HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado*. Trad. Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 58-59).

³¹⁶ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*, cit. p. 85.

³¹⁷ STEIN, Ernildo. *Uma breve introdução à filosofia*, loc. cit., (grifo nosso).

condições formais a priori de todos os fenômenos – de modo algum decorreriam da experiência, pois a antecederiam como *regras formais* de maneira a, só assim, garantirem ao sujeito (*eu penso*) um *conhecimento objetivo, universal e necessário*:³¹⁸

[...] o tempo e o espaço [*são*] apenas intuições sensíveis, nas quais determinamos todos os objetos exclusivamente como fenômenos, a forma da intuição (como disposição subjetiva da sensibilidade) precede toda matéria (as sensações) e, por conseguinte, o espaço e o tempo precedem todos os fenômenos e todos os dados da experiência, e essa forma da intuição, antes de tudo, torna possível a experiência.

O tempo e o espaço são, pois, simplesmente, condições *a priori* da intuição subjetiva, logo não podem ser percebidos nos objetos *a posteriori* aos quais essa intuição se refere, o que nos faz concluir que, em Kant, a representação fenomênica a todos nós peculiar, não coincide com a dinâmica existencial dos objetos no tempo e espaço – em última análise ininteligível se considerada a supressão teórica da coisa em si –, mas reduz-se a precisá-los tal como devem ser abstratamente no tempo. Nisso consiste a idealidade transcendental do tempo: “[...] no sentido de que, se as condições subjetivas da intuição sensível são abstraídas, o tempo nada é.”³¹⁹

Não olvidemos que o autor iluminista propunha uma filosofia que, a exemplo da matemática e da física newtoniana, alçasse a um estatuto científico cujo rigor sistemático garantisse de modo absoluto a própria validade do conhecimento.³²⁰ Por isso, prescreveu um princípio metafísico para sua epistemologia, ao contrário, no caso de uma “percepção empírica”, Kant dizia que o conhecimento dos fenômenos contrairia ares contingenciais, pois

³¹⁸ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*, cit. p. 192.

³¹⁹ *Ibidem*. p. 40.

³²⁰ Observa-se do prefácio da segunda edição da *Crítica da Razão Pura* (1789): “Porque será então que ainda aqui não se encontrou o caminho seguro da ciência? Acaso será ele impossível? De onde provém que a natureza pôs na nossa razão o impulso incansável de procurar esse caminho como um dos seus mais importantes desígnios? Mais ainda: quão poucos motivos teremos para confiar na nossa razão se, num dos pontos mais importantes do nosso desejo de saber, não só nos abandona como nos ludibria com miragens, acabando por nos enganar! Ou talvez até hoje nos tenhamos apenas enganado no caminho; de que indícios nos poderemos servir para esperar, em novas investigações, sermos melhor sucedidos do que os outros que nos precederam? Devia pensar que o exemplo da matemática e da física que, por efeito de uma revolução súbita, se converteram no que hoje são, seria suficientemente notável para nos levar a meditar na importância da alteração do método que lhes foi tão proveitosa e para, pelo menos neste ponto, tentar imitá-las, tanto quanto o permite a sua analogia, como conhecimentos racionais, com a metafísica.” (MORUJÃO, Alexandre Fradique. Prefácio da tradução portuguesa. In: KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. _____; Manuela Pinto dos Santos. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001).

estaria posto sob condições concretas e, assim, teria validade apenas subjetiva e não universal.
321

Essa proposta filosófica kantiana explica a idealidade transcendental do tempo e do espaço. Ademais, o entendimento categórico restaria inviabilizado sob uma dinâmica existencial (temporal) das coisas externas, justamente porque o sujeito tornar-se-ia consciente de sua incapacidade em pressupor (à metafísica) que as coisas são – ora, se o “ser deve ser concebido a partir do tempo e se os diversos *modi* e derivados de ser devem ser entendidos de fato a partir da perspectiva do tempo”³²², então o sujeito não aproveitaria de categorias transcendentais aptas a fazê-lo determinar (entender) os objetos externos antes mesmo de experimentá-los. Certo, pois? Lembremo-nos que a base do criticismo kantiano está na consideração de um “saber *a priori*” que condiciona a possibilidade de algo, sem se confundir com a dinâmica de realização desse algo: assim as categorias são a única *forma* pura pela qual o sujeito pensa o objeto de uma intuição empírica e, então, logra conhecê-lo.³²³

As categorias *vinculam, a priori*, a possibilidade que o sujeito tem de conhecer os fenômenos. Dessarte, nos é permitido dizer que os fenômenos são pressupostos para além de seu campo de fenomenalidade, para além de seu campo “*de mostraçã*o”. Mais explicitamente, a compreensão de texto (*ente*) só é possível porque o sujeito pré-dispõe de um conceito sobre o seu sentido (*ser*): o sentido que o texto possa vir a ter já é – para além – pressuposto (dever-ser) na forma categorial com que o sujeito o pensa.

Em última análise, Kant dispõe as categorias como os fundamentos metafísicos do conhecimento científico. Por isso, cabe-nos aprofundar o estudo delas, agora através de um diálogo mais aproximado com o idealismo da ciência positiva-racional do Direito.

Ao ler a Doutrina do Direito de Kant, Norberto Bobbio assinala os *imperativos jurídicos como hipotéticos*.³²⁴ Concordamos com o professor italiano. Isto significa que os fenômenos jurídicos devem ser pensados e compreendidos a partir de uma específica categoria: *a da causalidade*.

³²¹ Cf.: *Ibidem*. p. 89.

³²² HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, cit. p. 77.

³²³ Aliás, em algumas oportunidades na obra, Kant chega a indicar a tábua das categorias como indispensável para o conhecimento que se pretenda racional, e. g., cf.: KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*, cit. p. 73.

³²⁴ “De minha parte acredito que, se a questão da heteronomia é resolvida sustentando-se que a vontade jurídica é heterônoma, deve-se resolver a questão do âmbito do hipotético sustentando-se que os imperativos jurídicos são hipotéticos.” (BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*, cit. p. 106).

O intérprete pensa, *a priori*, de maneira causal, as proposições jurídicas que lhe são dadas *a posteriori*. Portanto, ele condiciona a possibilidade compreensiva desses enunciados hipotéticos à categoria da causalidade, que em hipótese alguma se confunde com a própria dinâmica de realização dessas asserções, porquanto possui uma anterioridade ontológica em relação a elas.

A *proposição hipotética* – dada *a posteriori* – tem a seguinte estrutura lógica: “Se A, então B”. O exemplo de Kant é: “Se existe uma justiça perfeita, então quem persiste no mal é punido”.³²⁵ Importante destacar que esse juízo envolve propriamente a relação entre duas proposições: “existe uma justiça perfeita” e “quem persiste no mal é punido”, mas a verdade de nenhuma delas é questionada, pois através do conceito categorial de causalidade, apenas uma relação de consequência é manifestada por esse juízo.

Assim, a compreensão do fenômeno jurídico depende de uma estrutura lógica causal que, antes, até mesmo o possibilita, desta forma: “[...] o antecedente se apresenta na premissa maior como problemático e, na premissa menor, como assertórico, mostrando que [esta] preposição está ligada ao entendimento em virtude de suas leis [da causalidade, enquanto jurídica].”³²⁶

Esta é a estrutura lógica de um *raciocínio hipotético*: “Se A, então B; dado A; portanto B.” A *premissa maior* apresenta-se como *problemática*, indica uma possibilidade – “Se A, então B”. A *premissa menor* apresenta-se como *assertórica*, indica uma existência/realidade – “dado A”. Observa-se, de fato, que a proposição assertórica está associada à categoria causal do entendimento, pois chama uma necessidade lógica-causal, que será ultimada com a proposição *apodítica*, apresentada na *conclusão* do raciocínio – “portanto B.”³²⁷

Nas próprias palavras de Kant:³²⁸

A proposição apodítica pensa a proposição assertórica como determinada por essas leis do próprio entendimento, e portanto como algo afirmado *a priori*; manifesta, desse modo, uma necessidade lógica. Isso porque aqui tudo se une ao entendimento de tal maneira que, primeiro, algo é julgado problematicamente, depois é admitido assertoricamente como verdadeiro e,

³²⁵ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*, cit. p. 67.

³²⁶ *Ibidem*. p. 69.

³²⁷ Cf.: *Ibidem*. p. 68.

³²⁸ *Ibidem*. p. 69.

finalmente, como unido inseparavelmente ao entendimento, ou seja, afirmado como necessário e apodítico, e então essas três funções da modalidade podem ser chamadas ‘outros tantos momentos do pensamento em geral’.

É verdade que Kant formulou essa epistemologia na “Crítica da Razão Pura” e, anos mais tarde, a empregou para pensar o Direito na “A Metafísica dos Costumes”³²⁹ perante uma ordem jurídica pautada no “império da lei” que florescia no século XIX em antítese ao direito natural que não lograva proporcionar segurança jurídica, naquela quadra pleiteada pelo nascente positivismo científico.³³⁰

Não obstante, justamente por se tratar de uma epistemologia, nada nos impede de a formularmos as vezes dos “precedentes” (sic), ou melhor, de provimentos vinculantes. Neste caso, apenas alterar-se-ia a lei pela decisão judicial como objeto indeterminado de uma intuição empírica – a razão de conhecer o fenômeno “Direito” permaneceria na mesma metafísica.

E, então, teríamos o mesmo “sistema fechado”³³¹ pautado no *raciocínio hipotético* dos provimentos vinculantes (empíricos) – *a posteriori* –, a partir da categoria da causalidade – *a priori*:

- Se A, então B: Premissa maior – juízo problemático → Indica uma possibilidade.

Se a(s) razão (razões) de decidir é “p” (são “p”; “q”; “r”), então a decisão do provimento é “x” (“y”). Forma do imperativo jurídico, da premissa maior.

- Dado A: Premissa menor – juízo assertórico → Indica uma existência/realidade.

Dada(s) a(s) razão (razões) “p” (“p”; “q”; “r”). Forma do caso concreto, da premissa menor.

- Portanto B: Conclusão – juízo apodítico → Indica uma necessidade lógica.

Portanto a decisão do caso concreto é “x” (“y”). Forma da norma, da conclusão.

³²⁹ Cf.: KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*, cit. p. 93. Nesta parte da obra, Kant dispõe sobre um fundamento metafísico ao conceito de posse jurídica.

³³⁰ Cf.: ABOUD, Georges. *Discrecionalidade administrativa e judicial*, cit. p. 345.

³³¹ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: _____; HASSEMER, Winfried (orgs.). *Op. cit.* p. 116. p. 139.

Retornemos ao caso “*Barwick v. English Joint Stock Bank*” julgado pela *House of Lords*. Como exposto, o Banco foi responsabilizado pelo ilícito perpetrado por seu funcionário. As razões de se decidir passaram pelos seguintes motivos determinantes: “(i) o gerente do demandado induziu mediante fraude o demandante a aceitar uma ‘garantia vazia’; (ii) o gerente era empregado do demandado; (iii) o gerente agiu no exercício de suas funções; e (iv) o demandado foi beneficiado em consequência da conduta fraudulenta perpetrada pelo gerente.”³³²

Ao pensarmos essa decisão conforme uma proposição problemática – premissa maior –, teremos todos os quatro motivos determinantes como *imperativos* para hipótese de responsabilidade por atos de terceiros, assim: “*Se* (i) provado o ato ilícito; (ii) praticado por empregado; (iii) no exercício de suas funções; e (iv) em benefício do empregador; *então* resta configurada a responsabilidade deste.”

Dessa forma, *dado* um caso concreto – premissa menor – a depender da realidade fática relatada neste juízo assertórico, sobrevirá uma necessidade lógica-causal que conformará uma outra decisão – conclusão – de maneira apodítica: *se*, realmente, o caso concreto tratar de (i) ato ilícito; (ii) praticado por empregado; (iii) no exercício de suas funções; e (iv) em benefício do empregador; *portanto* deverá o julgador declarar a responsabilidade deste. Essa perspectiva metodológica compreende um sistema jurídico fechado, como dito.³³³

É essencial notarmos que enquanto dispõe a categoria pura (da causalidade) como condição *a priori* da determinação de todos os fenômenos (jurídicos) *a posteriori*, Kant exonera-se da preocupação com o conteúdo dos juízos formados, para ele somente a forma com que eles são dispostos é cognoscível e, portanto, pode ser objetada. Ao escrever sobre o positivismo jurídico-científico, Arthur Kaufmann comunica de maneira percuciente esse “princípio metafísico”:³³⁴

³³² Cf.: n. 199, p. 64.

³³³ Em Kant, está: “[...] a maneira como algo é apreendido no fenômeno pode ser definida *a priori* para que a regra de sua síntese possa subministrar essa intuição *a priori* em cada caso empírico dado, isto é, realizá-la por meio dessas mesmas sínteses.” (KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*, cit. p. 132).

³³⁴ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: _____; HASSEMER, Winfried (orgs.). *Op. cit.* p. 117. Também vale reportar a seguinte passagem: “Kant, na *Kritik der reinen Vernunft*, [...] diz que todo o nosso conhecimento contém dois elementos: a intuição e o conceito. A primeira dá-nos um objecto, através do segundo esse objecto é pensado [...] isto é decisivo: ‘a intuição pura contém simplesmente a *forma* sob a qual algo é intuído, e o conceito puro somente a *forma* do pensamento de um objecto em geral’. A crítica da razão pura torna-se, pois, uma teoria transcendental das formas. Ela é, por um

Para o positivismo, qualquer lei é, em princípio, válida, desde que sua emissão tenha respeitado a forma para ela prevista. Lembremo-nos imediatamente de Kant. Só a forma é fornecida *a priori*, não o conteúdo. Também o ‘direito em si’, o direito natural, não é cognoscível na sua totalidade, devido à incapacidade do entendimento de apreender ‘matéria em si’. O ‘direito correto’ só pode subsistir enquanto categoria do nosso entendimento, enquanto *forma de pensamento vazia*, que nós aplicamos à matéria jurídica dada empiricamente, através da qual *pensamos* a norma positiva como direito, como direito correcto.

Sublinha-se: é na *forma de pensamento vazia*, pois categorial-transcendental, que situa-se o *locus* de validade dessa epistemologia. Isto significa que, para Kant, a pedra-de-toque de todo conhecimento objetivo verifica-se *a priori*, de modo abstrato, independentemente da matéria dada, *a posteriori*, na figura dos fenômenos.

Kant cataloga três possíveis *objeções* ao conhecimento objetivo de uma experiência possível: a *dogmática*, a *crítica* e a *cética*. A primeira é dirigida contra uma proposição; a segunda, contra a prova de uma proposição; enquanto a última reduz a nada todo juízo sobre o objeto questionado. A objeção dogmática tem o condão de contrariar o que a proposição anuncia do objeto, ela mesma pretende conhecer mais adequadamente do que a parte adversa o objeto em questão. Ora, na medida em que Kant rejeita o que denominou de “coisa em si”, também o faz relativamente a essa objeção. De outra sorte, a objeção crítica é a prestigiada pelo filósofo, pois não anseia opor-se à proposição na perspectiva do conteúdo dela, mas problematiza apenas a forma, o fundamento lógico da concepção dela, sem jamais questionar a “verdade material”, neste caso há de se falar apenas em uma “verdade transcendental”: “Só a objeção crítica é de tal natureza que, limitando-se a mostrar que invoca, em apoio de sua afirmação, alguma coisa que não é nada ou que seja simplesmente imaginária, inverte a teoria, removendo-lhe seu pretense fundamento, sem querer decidir coisa alguma a respeito da natureza do objeto.”³³⁵

Na linguagem do Direito, disso resulta que o intérprete não comete erros quanto à “*justiça do caso concreto*”, pois faz abstração de todo conteúdo das “normas” (sic), restando apenas possível o vício de forma – da estrutura lógica. Com acerto, Norberto Bobbio constata esse problema crítico:³³⁶⁻³³⁷

lado, ‘ciência das *regras* da sensibilidade em geral’ (Kant denomina-a por ‘estética’), por outro, ‘ciência das *regras* do entendimento em geral’ (Kant designa-a por ‘lógica’). (*Ibidem*. p. 96-97).

³³⁵ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*, cit. p. 275.

³³⁶ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*, cit. p. 128-129.

Por ‘equidade’ entende-se tradicionalmente a ‘justiça do caso concreto’, ou seja, aquela justiça que nasce não da adequação rígida a uma lei geral e abstrata, mas da adequação mesma do caso particular, que apresenta algumas peculiaridades com relação a circunstâncias de tempo, de lugar e outras; motivo pelo qual se fala que existem casos nos quais a solução justa (ou seja, segundo a lei) não é equânime, e a solução equânime não é justa. Kant dá o exemplo do servo ao qual foi paga, no final do ano, a sua recompensa com uma moeda que, no final do curso do ano, se desvalorizara. Aqui o contraste entre justiça entendida de maneira abstrata e equidade entendida como solução a ser dada àquele caso particular é evidente. Segundo a justiça, o servo deve ser pago com a quantia em moeda, assim como foi estabelecido. Mas essa solução, que é justa, é também equânime? Não é ele defraudado por causa de um evento (a desvalorização) que não é imputado a ele? Portanto existem dois direitos que concorrem: um direito segundo a justiça, e é o direito de receber a quantia em direito que foi estabelecida, e um direito segundo a equidade, e é o direito de receber não a quantia, mas o valor. Qual dos dois deve prevalecer? Segundo Kant, não há dúvida: deve prevalecer o primeiro [...]. Kant não admite um *tribunal da equidade*, ou seja, um tribunal que julgue não com base nas leis gerais e abstratas, mas caso por caso.

Neste ponto, vale uma consideração. Quando expomos de maneira crítica esse modo de pensar o Direito de Kant, nosso objetivo é acusar na sua teoria um conceito de norma (justiça) associado a um ente abstrato, de modo que esse imperativo hipotético não se submeta às infinitas complexidades originárias da facticidade, seja esta a responsável pela edição dessa norma, ou ainda a matéria do caso concreto posto a julgamento. Não obstante, nossa intenção não é de incentivo a um “*woodstock*” diante de horizontes compreensivos constituídos, que revelam-se nas leis, súmulas, etc., mas apenas de demonstrar que essa constituição, longe de ser abstrata-temática, é fática-histórica.

Posto isso, podemos nos voltar para o segundo caso, “*Lloyd v. Grace, Smith & Co.*”, julgado em 1912, e que trouxe novamente à deliberação da *House of Lords* questão relacionada à responsabilidade do empregador pelas faltas praticadas pelo empregado no curso do serviço. Todavia, deste feito, o caso concreto expôs particularidade diversa à

³³⁷ Nesse contexto, também é possível citar um segundo exemplo oferecido por Kant: “Supõe que os termos nos quais uma companhia comercial foi formada foram que os sócios deveriam dividir igualmente os lucros, mas que um sócio, entretanto, fez mais do que os outros e assim *perdeu* mais quando a companhia se defrontou com reveses. Por meio da *equidade* ele pode exigir mais da companhia do que apenas uma partilha igual juntamente com os outros. De acordo com o direito próprio (estricto), contudo, sua exigência encontraria uma recusa, pois se alguém cogitasse de um juiz neste caso, ele não disporia de dados (*data*) definidos que o capacitassem a decidir quanto é devido segundo o contrato.” (KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*, cit. p. 80)

apreciada em “*Barwick v. English Joint Stock Bank*”: a vantagem ilegal oriunda do ilícito perpetrado pelo empregado não aproveitou ao empregador, mas tão-somente àquele.³³⁸

Ora, a prevalecer a metodologia kantiana,³³⁹ a *House of Lords*, observando um raciocínio puramente lógico, não poderia declarar a responsabilidade do *empregador* neste segundo julgamento. Expliquemos.

Dada uma realidade *a posteriori* e admitida assertoricamente na premissa menor, *se não se amoldar* à proposição julgada hipoteticamente, *a priori*, na premissa maior, em razão da categoria causal, *portanto* ocorrerá ao intérprete uma necessidade lógica normativa cuja conclusão do raciocínio lógico-dedutivo será um juízo apodítico contrário à esta proposição (maior).³⁴⁰

Para simplificarmos, *dados* os fatos do caso concreto (fenômeno cognoscível) e admitidos na premissa menor como realmente existentes (juízo assertórico): “*Houve* ato ilícito, praticado por empregado, no exercício de suas funções, *em benefício próprio*.”

Se não se amoldarem ao juízo hipotético estabelecido na premissa maior através da categoria da causalidade: “*Havendo* ato ilícito, praticado por empregado, no exercício de suas funções, *em benefício do empregador*; *então* deverá ser declarada a responsabilidade deste.”

Portanto: “*não haverá* o tribunal de, racionalmente, declarar a responsabilidade civil do terceiro, empregador.”

³³⁸ Cf.: GOODHART, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of a case*, cit. p. 167

³³⁹ De maneira precisa, Norberto Bobbio assinala essa metodologia kantiana como berço da doutrina moderna denominada *formalismo jurídico*: “cujos iniciadores foram exatamente os filósofos neokantianos do direito, como Stammler e Kelsen, na Alemanha, e Del Vecchio, pelo menos na primeira fase do seu pensamento, na Itália. Segundo a formulação mais típica do formalismo jurídico, que é de Stammler, o direito distingue-se da economia como a forma do conteúdo: em qualquer relação intersubjetiva o elemento material é econômico, o elemento formal, jurídico. Em outras palavras, atribuir caráter formal ao direito significa que o direito prescreve não tanto *o que* se deve fazer, mas *como* se deve fazer.” (BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*, cit. p. 112-113).

³⁴⁰ Cf.: KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*, cit. p. 65-69. Em que se destaca: “A modalidade dos juízos é uma função totalmente particular desses juízos, que tem o caráter distintivo de não colaborar com o conteúdo do juízo [...], mas referir-se somente ao *valor da cópula* em relação ao pensamento em geral.” (*grifo nosso*), (*Ibidem*. p. 68. Também: “Posteriormente (§ 26), a parir do modo como a intuição empírica é *dada* na sensibilidade, será explicado que sua unidade é a que a categoria (conforme o § 20), prescreve à multiplicidade *dada* em geral, e que, *pela explicação da validade a priori das categorias no que se refere aos objetos dos nossos sentidos*, o propósito da dedução é obtido plenamente pela primeira vez.” (*grifo nosso*), (*Ibidem*. p. 92).

Percebam, uma vez mais, que no raciocínio hipotético, a “norma individual” (Kelsen³⁴¹) é deduzida na sentença como uma proposição apodítica e, assim, decorre exclusivamente de uma “necessidade lógica” condicionada à existência de uma proposição assertórica – apreendida do caso concreto – que, por sua vez, deverá estar associada a um juízo hipotético – estabelecido na(s) razão (razões) de decidir e abstraído da categorial causal do entendimento.

A validade ou a justiça da declaração jurisdicional dessa hipótese de responsabilidade de terceiros está no paralelismo lógico que os juízos problemático, assertórico e apodítico mantêm na forma do raciocínio hipotético. Recordemos que as objeções de índole material estão descartadas nessa epistemologia, somente a lógica formal operacionalizada pelo pensamento categórico dos fenômenos é determinante para que o intérprete chegue ao “direito correto”.³⁴² Para Kant, só assim seria alcançado um *conhecimento objetivo necessário e universal*.³⁴³

No entanto, em “*Lloyd v. Grace, Smith & Co.*”, a *House of Lords*, considerando o antes acordado em “*Barwick v. English Joint Stock Bank*”, inclusive, decidiu pela responsabilidade do empregador, nada obstante neste julgamento ter expressamente elencado na *general rule* o fato desta pessoa ter aferido vantagem ilícita, realidade que no julgamento posterior não reapresentou-se.³⁴⁴

À vista disso, é de se questionar: ao estender a reponsabilidade do empregador por atos do empregado à conjuntura fática antes não admitida, estaria a *House of Lords* comprometendo os mais caros postulados da racionalidade? Entendemos que não. Justamente porque: “Pensar contra a ‘lógica’ não significa quebrar lanças em defesa do ilógico, mas significa apenas: meditar sobre o *λόγος* [*a palavra*] e a sua essência nos primórdios do pensamento; significa empenhar-se, primeiro, na preparação de um tal refletir.”³⁴⁵

³⁴¹ Cf.: KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990. p. 165.

³⁴² “É na concordância com as leis do entendimento que consiste o lado formal de toda verdade. Nos sentidos não existe absolutamente nenhum juízo, nem verdadeiro nem falso. Ora, como não dispomos de outras fontes de conhecimento além dessas duas, resulta daí que o erro só é produzido pela influência despercebida da sensibilidade sobre o entendimento.” (KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*, cit. p. 207-208).

³⁴³ “As características evidentes de um conhecimento *a priori*, que são a necessidade e a universalidade precisa, estão unidas e são inseparáveis.” (*Ibidem*. p. 14-15).

³⁴⁴ Cf.: CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Op. cit.* p. 69.

³⁴⁵ HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre o humanismo*, cit. p. 61. Vale ainda destacar: “Porque se fala contra a ‘Lógica’, pensa-se que se exige a renúncia ao rigor do pensamento, para introduzir, em seu lugar, a arbitrariedade dos impulsos e sentimentos e assim proclamar como verdadeiro o ‘irracionalismo’. Pois, o que é

O busflis está na constatação, pela Corte, da singela – porém, nos dias de hoje, tão ironicamente embatida – questão: o caso “*Lloyd v. Grace, Smith & Co.*” é um outro, que não o caso “*Barwick v. English Joint Stock Bank*” e, apenas por isso, a correlata resposta jurisdicional deverá ser fatalmente outra, e não a já declarada para este precedente.

Mas essa hermenêutica também atribui respeito à compreensão do que fora construído no precedente. O *ente* precisa de estabilidade para *ser*. Não fosse um horizonte histórico sedimentado pela interpretação dos textos normativos – uma pré-compreensão de mundo (do Direito), que envolve determinações ontológicas prévias – que chega a nós, intérpretes, através da experiência da linguagem, estaríamos reféns de uma teoria jurídica nominalista,³⁴⁶ dotada de uma estranheza ontológica que, em última análise, autorizaria que todos disséssemos “qualquer coisa sobre qualquer coisa”.³⁴⁷⁻³⁴⁸

Ao tratar da importância jurisprudencial enquanto fonte do direito, Georges Abboud cita R. C. Van Caenegem para ponderar que: “[...] a legislação não pode prever todas as hipóteses fáticas a serem solucionadas, precisando ser completada pela jurisprudência a

‘mais lógico’ do que isto: aquele que fala contra o lógico defende o alógico?” (*Ibidem*. p. 58) “Mas será que efetivamente o ‘contra’, que um pensar apresenta diante do que comumente se imagina, aponta necessariamente para a pura negação e para o negativo? Isto acontece só então e neste caso, sem dúvida, de modo inevitável e definitivo – isto é, sem uma livre visão de qualquer outra coisa – quando já de antemão se coloca o elemento opinativo como ‘o positivo’, decidindo, a partir deste, o âmbito de toda e qualquer oposição a ele. Num tal procedimento esconde-se a recusa de submeter a uma reflexão o que, por preconceito, se julga ‘positivo’, juntamente com posição e oposição, dáde esta em que se pensa estar a salvo. *Com o constante apelo ao elemento lógico suscita-se a aparência de um empenho no pensar, quando, então, justamente, se renunciou ao pensar.*” (grifo nosso), (*Ibidem*. p. 60-61).

³⁴⁶ “Sem dúvida, os nominalistas pensam que sabem como nós outros utilizamos esses conceitos. Eles pensam que quando falamos ‘o direito’, queremos dizer um conjunto de regras atemporais, estocadas em algum depósito conceitual à espera de que os juízes as descubram e que, quando falamos sobre obrigações jurídicas, estamos nos referindo às cadeias invisíveis que, de algum modo, essas misteriosas regras tecem à nossa volta.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, cit. p. 25-26).

³⁴⁷ A expressão é de Lenio Streck: “Portanto, há que se ter o devido cuidado: a afirmação de que o ‘intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto’ nem de longe pode significar a possibilidade de este estar autorizado a ‘dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa’, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem ‘existência’ autônoma). (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, cit. p. 142-143).

³⁴⁸ Sobre essa “anarquia interpretativa”, também é a crítica de Luiz Guilherme Marinoni: “Embora as decisões, no sistema do *civil law*, variem constantemente de sinal, trocando de sentido ao sabor do vento, isso deve ser visto como um patologia ou como um equívoco que, lamentavelmente, arraigou-se em nossa tradição jurídica. Supôs-se que os juízes não devem qualquer respeito às decisões passadas, chegando-se a alegar que qualquer tentativa de vincular o juiz ao passado interferiria sobre o seu livre convencimento e sobre a sua liberdade de julgar. Trata-se de grosseiro mal entendido, decorrente da falta de compreensão de que a decisão é o resultado de um sistema e não algo construído de forma individualizada por um sujeito que pode fazer valer a sua vontade sobre todos que o rodeiam, e, assim, sobre o próprio sistema de que faz parte. Imaginar que o juiz tem o direito de julgar sem se submeter às suas próprias decisões e às dos tribunais superiores é não enxergar que o magistrado é uma peça no sistema de distribuição de justiça, e, mais do que isso, que este sistema não serve a ele, porém ao povo.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, cit. p. 62-63).

Vale ressaltar que não concordamos com o “livre convencimento” do magistrado. Assim, quando reproduzimos a crítica do professor Marinoni, o fazemos notadamente para registrar o estado de dispersão decisional que acomete nossa ordenança.

partir da interpretação. Já a Ciência do Direito, que não se interessa pela jurisprudência, não passa de uma abstração etérea.”³⁴⁹ E, reportando-se a Guido Alpa, complementa:³⁵⁰

É nessa perspectiva que, atualmente, a lei e a jurisprudência não devem mais ser confrontadas como fontes jurídicas colocadas em grau diferente de hierarquia, uma vez que, atualmente elas devem ser consideradas fontes complementares, sendo insensata a análise de uma estanke em relação à outra.

Na verdade, nesse *compreender hermenêutico*³⁵¹ coloca-se o que podemos expressar como uma tensão entre “estranheza estrutural” e “familiaridade com o mundo”.³⁵² A interpretação (hermenêutica) de texto é fundamentalmente debitária das ontologias históricas (contextos significantes) relativas a este próprio texto – de essência a hermenêutica é anti-nominalista.³⁵³ Não obstante, a questão é o quanto esses horizontes estáveis, *mal analisados*, requisitam de nós “um preço caro a pagar”, que é exatamente um certo aprisionamento na estrutura de preconceitos que esses horizontes compreensivos podem ensejar. Ou seja: de que maneira a possibilidade normativa-textual, que depende desses horizontes históricos constituídos, fica por eles *vinculada*.

³⁴⁹ ABOUD, Georges. *Discricionarietà amministrativa e judicial*, cit. p. 302.

³⁵⁰ *Ibidem*. p. 307. Em sentido aproximado, cf.: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, cit. p. p. 17.

³⁵¹ Georges Abboud faz esclarecimento sobre modelos de pensamento hermenêutico contemporâneo e elege aquele que lhe parece apropriado. Reproduzimos suas considerações em razão de compartilharmos a preferência paradigmática: “Com efeito, podemos afirmar que há três modelos ou modos de se tratar a hermenêutica na contemporaneidade: 1) um modo em que a hermenêutica aparece como método das ciências sociais e do espírito, portanto, representa um projeto de uma hermenêutica epistemológica; 2) outro modo, em que a hermenêutica aparece como filosofia e que, enfim, a universalidade do problema hermenêutico não é dada por um estatuto metodológico, mas, sim, pelos simples fato de que a compreensão é condição de possibilidade para a construção de qualquer projeto epistemológico de assentação sistemática do conhecimento; 3) por último, podemos destacar um modo pós-moderno de se pensar a hermenêutica que produz um tipo muito peculiar de relativismo – que não se encontra presente nos modelos anteriores – e que procura pensar os problemas hermenêuticos fundamentais a partir de uma matriz filosófica com marcos profundamente nietzschenianos [...]. Para nós, importa mais propriamente o segundo modelo que é o da hermenêutica filosófica [...], no segundo caso, estamos diante de autores que filiam, mais detidamente, ao projeto hermenêutico desenvolvido por Hans-Georg Gadamer, na esteira da filosofia hermenêutica de Martin Heidegger.” (ABBOUD, Georges. *Discricionarietà amministrativa e judicial*, cit. p. 322).

Friedrich Müller anota a “necessária” aproximação dessa hermenêutica filosófica ao Direito: “O problema da pré-compreensão não é especificamente jurídico; partindo da teoria das condições gerais do conhecimento nas ciências humanas, ele se estende de maneira específica também até a metodologia jurídica adentro.” (MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. Vários tradutores. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013. p. 67).

³⁵² Cf.: GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 442.

³⁵³ “Uma pessoa sem horizontes é aquela que não consegue ver nada além das coisas imediatas. Ela diz: ‘é assim mesmo.’” (STRECK, Lenio Luiz. O juiz que fez a coisa certa! Mídia e moral não são fontes do Direito. *Revista Consultor Jurídico* – Coluna Senso Incomum (online). Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-nov-19/senso-incomum-juiz-fez-coisa-certa-midia-moral-nao-sao-fontes-direito#sdfootnote3anc> >, acesso em: 20/11/2015).

Insta destacar que, antes de cogitar qualquer pronunciamento relativo ao caso “*Lloyd v. Grace, Smith & Co.*”, a *House of Lords* voltou-se à reconstrução histórica das decisões que havia tomado a respeito da responsabilidade por ato de terceiros (*principle of vicarious liability*). Todavia, e isto é imprescindível que se perceba, não o fez de maneira a “checar” uma série de conceitos abstratos que foram articulados nos precedentes, a Corte não interpretou esse horizonte hermenêutico como se fosse – mesmo porque nunca o é – pressuposições abstratas-temáticas de sentido, deste modo a “interpretação” (sic) apenas lhe serviria para “checar” aquilo que antes mesmo de articular essa capa de preconceitos, já entendia dela. Não. Exatamente porque, ao respeitarem a historicidade de cada caso, os *judges* perceberam que interpretar o Direito é sempre dizer mais do que já se disse.³⁵⁴

Os precedentes (e não somente estes textos normativos) são decisivos para a construção da norma relativa ao caso concreto que se apresenta a julgamento. O *acontecer* da “resposta adequada” depende fundamentalmente desses horizontes hermenêuticos-fenomenológicos e jamais de uma estrutura categorial-mecânica. É exatamente neste impróprio contexto que permanecem os postulados metafísicos (kantianos), pautados na (im)própria mecanicidade lógica-subsuntiva, através da qual o intérprete incorre em uma repetição não criativa do passado: “Quando se nega a história efetual na ingenuidade da fé metodológica, a consequência pode ser uma real deformação do conhecimento.”³⁵⁵

³⁵⁴ “Moreover, it cannot be too strongly emphasized that it is a mistake to suppose that there is any suggestion in the essay we are examining that the reasoning given by the judge in his opinion or his statement of the rule of law which he is following can be ignored in the quest for the *ratio decidendi*. In fact we are told that they are of peculiar importance as they may furnish us with a guide for determining which facts the judge considered material and which immaterial. But this is not the only ground on which the reasons given by a judge in his opinion or his statement of the rule of law are important, and other reasons why they are important should perhaps have been mentioned by Dr. Goodhart. In some instances it is quite impossible to formulate the *ratio decidendi* merely by reference to the facts regarded as material by the court, and the decision based on those facts. It is often essential to know why certain facts were regarded as material and for this propose it may be necessary to know what portions of the law were in the mind of the court when the selection was made.” Isto é: “Além disso, não é demais enfatizar que é um erro supor que há qualquer sugestão no ensaio que estamos examinando [“*Determining the Ratio Decidendi of a Case*”, Goodhart] no sentido de que as razões exaradas pelo juiz em sua decisão ou sua declaração na *rule of law* [no caso “*Barwick v. English Joint Stock Bank*”] que ele está seguindo pode ser ignorada na busca do *ratio decidendi*. Na verdade, somos informados de que elas têm importância peculiar, pois podem nos servir como um guia para determinarmos quais fatos o juiz considerou materiais [*holding*] e quais imateriais [*obiter dictum*]. Mas este não é o único motivo pelo qual as razões do por que elas são importantes talvez devessem ter sido mencionadas pelo Dr. Goodhart. Em alguns casos é quase impossível formular a *ratio decidendi* apenas pela referência aos fatos considerados materiais e a decisão tomada com base nesses fatos pelo tribunal. Muitas vezes, é essencial saber por que certos fatos foram considerados materiais e para este fim pode ser necessário saber ‘qual era o direito’ na mente do tribunal, quando a seleção foi feita.” (trad. livre), (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Op. cit.* p. 69-70).

³⁵⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 450. Vale também destacar: “Aquele que se crê seguro na sua falta de preconceitos, porque se apóia na objetividade de seu procedimento e nega seu próprio condicionamento histórico, experimenta o poder dos preconceitos que o dominam incontroladamente como uma *vis a tergo*.” (*Ibidem.* p. 531-532)

Ao contrário, se (pré-)compreendidos fenomenologicamente os horizontes hermenêuticos na sua facticidade, o intérprete “ganha” um “horizonte do presente” – um sentido atual(izado) do fenômeno questionado: “O horizonte do presente não se forma pois à margem do passado.”³⁵⁶ Ao passo que a história a serviço da vida é aquela que a partir da máxima potencialidade do presente se descobre aquilo que é digno de ser apropriado no passado em nome do futuro, o precedente a serviço do direito é aquele que a cada leitura de seu texto se descobre um contexto que é digno de ser apropriado no passado em nome do futuro.³⁵⁷

A *general rule* declarada no paradigma “*Barwick v. English Joint Stock Bank*” não foi posteriormente considerada pela Corte como “norma”, mas nos moldes de um “programa normativo”³⁵⁸. Essa (pré)compreensão torna-se bastante clara ao passo que os juízes não consideraram a regra como prescrição literal previamente definida e, portanto, não cogitaram aplicá-la no (outro) caso, “*Lloyd v. Grace, Smith & Co.*”, mediante técnicas positivistas de subsunção – submissão à análise lógica da linguagem. Vale dizer, a *general rule* não foi, *a priori*, metafisicamente, pressuposta como um juízo problemático de um raciocínio hipotético, nos termos kantianos.

Ao contrário, a *House of Lords*, ante a *general rule*, não se satisfaz com a mera leitura do que há de literal nela. A Corte não se iludiu diante de uma pretensa resposta (juízo) em abstrato, *ante casum*. Mas retrocedeu ao contexto mediado pelo texto *perguntando* mais além do que foi dito.³⁵⁹

³⁵⁶ *Ibidem*. p. 457.

³⁵⁷ “Precedent-following is very obviously a backward-looking activity: when we decide on the basis of precedent, we treat as significant the fact that essentially the same decision has been made before. Perhaps less obvious is the fact that creating precedents, and even following precedents, can be a forward-looking activity. Today’s decision-makers are tomorrow’s precedent-setters, [...] they have a ‘responsibility for the precedents which their present decisions may make.’” Isto é: “Seguir precedentes é obviamente uma atividade de olhar para trás: quando nós decidimos com base em precedente, nós tratamos como significante o fato que essencialmente uma mesma decisão foi tomada antes. Talvez menos óbvio seja o fato que criar precedentes, e inclusive seguir precedentes, pode ser uma atividade de olhar para frente. Os juízes de hoje serão os que irão depurar os precedentes de amanhã, [...] eles têm a ‘responsabilidade relativa aos precedentes que suas decisões podem construir.” (trad. livre), (DUXBURY, Neil. *Op. cit.* p. 4). No mesmo sentido, cf.: SCHAUER, Frederick. *Op. cit.* p. 573.

³⁵⁸ Tratamos da diferença entre “texto” e “sentido de texto” no primeiro capítulo. Mais especificadamente, na direção de uma nomenclatura jurídica, sobre a diferença entre “programa normativo” e “norma”, remetemos o leitor para as considerações sobre Friedrich Müller, cf.: p. 150 *et. seq.*

³⁵⁹ Na filosofia, Gadamer atribui à primazia da pergunta o caminho da investigação que caracteriza a consciência hermenêutica. Para um estudo, cf.: GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 533-556. No Brasil, Maurício Ramires emprestou os conceitos dessa filosofia para escrever crítica à aplicação dos precedentes na nossa ordenança. Para entender a aproximação, cf.: RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 117-155.

Lembremos: *para um pensamento hermenêutico, o relevante não é o que se diz, mas desde onde se diz.* Desde onde significa a partir de que horizonte de sentido se diz. O fundamental não é o que os juízes dizem, isto é, o conteúdo específico de suas palavras; mas o campo de sentido que torna possível exatamente que essas palavras tenham uma determinação. As palavras não têm determinações por elas mesmas: “No enunciado se oculta com precisão metodológica o horizonte de sentido do que verdadeiramente tinha-se que dizer.”³⁶⁰

Daí arrematar, Gadamer: “O fato de que um texto transmitido se converta em objeto da interpretação quer dizer, para começar, que coloca uma pergunta ao intérprete. A interpretação contém, nesse sentido, sempre uma referência essencial constante à pergunta que foi colocada. Compreender um texto quer dizer compreender essa pergunta.”³⁶¹

Em “*Lloyd v. Grace, Smith & Co.*”, a *House* se concentrou na interpelação não apenas do precedente paradigma, mas também dos subseqüentes casos que, em relação à este, formavam uma *rede referencial*, uma *totalidade significativa* que a orientasse à determinação da *ratio decidendi*.³⁶² Em termos dworkianos, a Corte moveu-se pela *teia inconsútil* dos precedentes para que, conhecedora da *força gravitacional* que eles exercem, pudesse alcançar a decisão para o presente caso.³⁶³

³⁶⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 679.

³⁶¹ *Ibidem.* p. 544.

³⁶² Cf.: CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Op. cit.* p. 69. Sobre esse horizonte compartilhado de sentido, corrobora Duxbury: “Sometimes [...] the authority of precedent will rest not in a specific decision but in a series of decisions which sediment to form something which lawyers and judges will commonly refer to as a ‘rule’, even though this rule might not have been expressly formulated in the case law. Jurists will often do much of the work in constructing or amplifying the rule [...]” Isto é: “Algumas vezes, [...] a autoridade do precedente não se verifica em uma decisão específica, mas em uma série de decisões que se consubstanciam para formar algo ao qual advogados e juízes comumente se refiram como a ‘regra’, muito embora essa regra poder não ter sido formulada expressamente na jurisprudência. Muitas vezes os juristas empreendem muito esforço em construir e ampliar a regra [...]” (DUXBURY, Neil. *Op. cit.* p. 23).

³⁶³ Cf.: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério, cit.* p. 180-184. Em que se destaca: “O leitor entenderá agora por que chamei nosso juiz 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. Podemos apreender a magnitude de tal empreendimento se distinguirmos, no âmbito do vasto material de decisões jurídicas que Hércules deve justificar, uma ordenação vertical e outra horizontal. A ordenação vertical é fornecida por diferentes estratos de autoridade, isto é, estratos nos quais as decisões oficiais podem ser consideradas como controles das decisões tomadas em níveis inferiores [...]. 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 mesmo nível.” (*Ibidem.* p. 182-183).

Ademais, e isto é imprescindível que se reforce, a *House* não entendeu a força gravitacional do precedente na abstrata disposição de sua *general rule*. Consoante a Dworkin: “A força gravitacional do precedente não pode ser apreendida por nenhuma teoria que considere que a plena força do precedente está em sua força de promulgação, enquanto uma peça de legislação.”³⁶⁴ Precisamente porque, nessa teoria: “[...] a força de um precedente escapa à *linguagem* do voto em que é formulado.” (grifo nosso)³⁶⁵

Rupert Cross e J. W. Harris, e Arthur L. Goodhart acordam na leitura que fazem da atuação da Corte no caso *Lloyd*, a respeito do evento questionador sobre a *ratio decidendi* adotada em *Barwick*. Os primeiros autores destacam nos fatos peculiares a este caso, duas possíveis projeções ulteriormente admitidas pela Corte.

Em primeiro lugar, poder-se-ia projetar uma extensão do âmbito de incidência do precedente entabulado em *Barwick*. Nesse caso, em *Lloyd*, a *House* teria procedido ao *distinguishing* exatamente para desconsiderar o benefício ilícito recebido pelo empregado como fato material (*material fact*³⁶⁶), de modo a não mais concebê-lo na constituição da *general rule*.³⁶⁷

Também seria possível considerar que Willis J., em *Barwick*, inobstante ter anotado na *general rule* o benefício do banco oriundo da fraude empreendida por funcionário, não pretendia assegurar esse fato como material. Assim, o registro relativo ao benefício do

³⁶⁴ *Ibidem*. p. 176.

³⁶⁵ *Idem*.

³⁶⁶ De acordo com uma das doutrinas mais prestigiadas na *common law* sobre a estrutura da *ratio decidendi*, de Arthur L. Goodhart, é necessário identificar dentre os fatos conformadores do caso concreto, aqueles que efetivamente serviram ao julgador quando da formatação da decisão. Esses fatos são, então, considerados *materiais*, de modo que devem conformar a *ratio decidendi*. A valer: “Having, as a first step, determined all the facts of the case as seen by the judge, it is then necessary to discovery which of the facts he has found material for his judgment.” Isto é: “Tendo, como primeiro passo, determinado todos os fatos do caso tais como vistos pelo juiz, é então necessário descobrir quais desses fatos ele considerou material para o seu julgamento.” (trad. livre), (GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case, *cit.* p. 173).

³⁶⁷ “There appear to be two plausible explanations of the position with regard to *Barwick v. English Joint Stock Bank*. First, it may be said that the statement concerning the master’s benefit formed part of the *ratio decidendi* and in *Lloyd v. Grace, Smith & Co.* the House of Lords simply decided that it was a mistake to suppose that, by treating the master’s benefit as a material fact, Willes J had intended to imply that a master was nor liable for fraud committed by his servants in the course of their employment in cases in which he derived no benefit from the fraud. On this view the House of Lords simply extended the *ratio of Barwick’s case*.” Isto é: “Parece haver duas explicações plausíveis para a decisão relativa ao caso *Barwick v. English Joint Stock Bank*. Em primeiro lugar, pode-se dizer que a declaração relativa ao benefício do empregador fazia parte da *ratio decidendi* e, no caso *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*, a *House of Lords* simplesmente decidiu que era um erro supor isso, tratando o benefício do empregado como um fato material, Willis J. tinha a intenção de declarar que um empregador não tem responsabilidade por fraude cometida pelos seus empregados, no exercício das suas funções, nos casos em que não aproveite nenhum benefício da fraude. Deste ponto de vista, a *House of Lords* simplesmente estendeu a *ratio* do caso *Barwick*.” (trad. livre), (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Op. cit.* p. 69).

empregador não consubstanciaria a *ratio decidendi*.³⁶⁸ Neste contexto, vale aludir a advertência de Arthur L. Goodhart quando assinala a contumaz construção paulatina da *ratio decidendi* no *common law*, escreve o autor que em muitas oportunidades fatos indicados nos votos dos juízes como fundamentos de suas decisões, são mais tarde referenciados em outros julgamentos para confirmarem ou mesmo prescindirem da *ratio*.³⁶⁹

Daí restar evidente o indispensável acompanhamento descritivo do *acontecer* da *ratio decidendi* no campo de manifestação que é o dela. Essa (pré-)compreensão hermenêutica proporcionada pela fenomenologia³⁷⁰ nos remete a uma *gênese prática dos significados*. Heidegger opera uma virada prática no interior da hermenêutica. Nesta e à diferença da epistemologia kantiana, os significados não “nascem” no pensamento do sujeito – na estrutura “*eu penso*” –, isto é, eles não são devidos a um ideário individual de determinação categorial. Mas, ao contrário, a determinação da palavra é debitária de um horizonte significativo com relação a comportamentos práticos de constituição de enunciados. Reitera-se: as palavras não significam o que significam porque o intérprete tem uma definição delas, mas elas são o que são nos contextos de mostração – de utilização prática – que são os delas.

Não à toa, amparado no pós-positivismo de Friedrich Müller, Georges Abboud assinala a constituição dos significados jurídicos cooriginária ao uso prático destes. E explica: “[...] o texto deve ser compreendido em cada momento e em cada situação de uma maneira nova e distinta, justamente porque ele não é a norma pronta a ser aplicada ao caso concreto. O

³⁶⁸ “Secondly, it may be said that a consideration of other cases enable the House of Lords to conclude, in *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*, that Willes J did not intend to suggest that the fact that the English Joint Stock Bank benefited from this manager’s fraud was material to his decision. On this view the remarks concerning the master’s benefit do not form part of the *ratio decidendi*.” Isto é: “Em segundo lugar, pode-se dizer que a consideração de outros casos permitiu que a *House of Lords* pudesse concluir, em *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*, que Willis J. não tinha a intenção de declarar que o fato do *English Joint Stock Bank* ter se beneficiado da fraude do gerente como material para a sua decisão. Deste ponto de vista, as observações relativas ao benefício do empregador não fazem parte da *ratio decidendi*.” (trad. livre), (*Idem*).

³⁶⁹ “Too often the cautious judge will include in his opinion facts which are not essential to his judgment, leaving it for future generations to determine whether or not these facts constitute a part of the *ratio decidendi*.” Isto é: “Frequentemente o juiz cauteloso considerará em seu voto fatos que não são essenciais para seu julgamento, deixando com que futuras gerações determinem se esses fatos constituem ou não parte da *ratio decidendi*.” (trad. livre), (GOODHART, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of a case*, *cit.* p. 173).

³⁷⁰ “Com isso é que se ganhou a idéia da ‘fenomenologia’, ou seja, a desvinculação de toda suposição do ser e a investigação dos modos subjetivos de estarem dadas as coisas, fazendo-se disso um programa universal de trabalho, o que teria que tornar compreensível toda objetividade, todo sentido do ser.” (GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.*, p. 371-372).

texto, na realidade, apesar de fisicamente o mesmo, pode tornar-se múltiplos textos a partir de suas interpretações e compreensões durante o processo histórico de sua aplicação.”³⁷¹

O texto da *general rule* em “*Barwick v. English Joint Stock Bank*” foi lido sob novos contornos concretos, de modo a sempre apossar-se de novas determinações, sem que desdissesse o dito. Segundo Arthur L. Goodhart: “The House of Lords did not disapprove of the principle of the *Barwick* case, but held that ‘it is ... a mistake to qualify it by saying that it only applies when the principal has profited by the fraud.’”³⁷²

De acordo com a fiel lição gadameriana: “Ganhar um horizonte quer dizer sempre aprender a ver mais além do próximo e do muito próximo, não para apartá-lo da vista, senão que precisamente para vê-lo melhor, integrando-o em um todo maior e em padrões mais corretos.”³⁷³

Interessante, nesse ensejo, reproduzir o *Practice Statement* publicado pela *House of Lords* em 1966. Por intermédio do seu então *Chancellor, Lord Gardiner*, a Corte inglesa reverberou a relevância do respeito aos precedentes em uma ordem jurídica pautada na previsibilidade decisional e, não obstante, também assinalou para a evolução sistêmica que encetam quando não compreendidos aos moldes de “cânones insuperáveis” (ou, imperativos hipotéticos):³⁷⁴

Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules.

³⁷¹ ABOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial*, cit. p. 173. Em Friedrich Müller, temos: “Ele [o novo paradigma do direito] concebe a atividade dos juristas, dos juízes como atividade social, é, portanto, refletido em termos de teoria da ação; e com vistas ao seu enfoque linguístico ele abrange, por fim, decididamente a dimensão pragmática.” (MÜLLER, Friedrich. *Op. cit.* p. 11).

³⁷² Isto é: “A *House of Lords* não rejeitou a regra estabelecida no caso *Barwick*, mas sustentou que ‘é ... um desacerto restringi-la dizendo que ela só se aplica quando [o empregador] lucrou em razão da fraude.’” (trad. livre), (GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case, cit. p. 167).

³⁷³ GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 456.

³⁷⁴ Isto é: “Suas Excelências consideram o uso do precedente como fundamento indispensável sobre o qual se decide o que é o Direito e sua aplicação a casos individuais. Este proporciona aos particulares, ao menos, um certo grau de certeza sobre o qual podem contar na condução de seus negócios, bem como uma base para o desenvolvimento ordenado das regras jurídicas.

Suas Excelências, não obstante, reconhecem que a adesão muito rígida ao precedente pode levar à injustiça em um caso particular e também indevidamente restringir o desenvolvimento próprio do Direito. Eles [os integrantes da Corte] propõem, portanto, modificar sua prática atual e, embora tratando as decisões prévias desta Corte como normalmente vinculantes, afastarem-se de um precedente quando tal parecer ser o correto a se fazer.

[...]” (trad. livre), (Disponível em: <http://sixthformlaw.info/02_cases/mod2/cases_precedent_hol.htm#Practice>, acesso em: 26.08.2015).

Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose therefore, to modify their present practice and, while treating former decisions of this house as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so.

[...]

Pelo exposto, foi nossa pretensão esclarecer que a proposta de respeito aos precedentes traz em si a compreensão de projeto de sentido destes. *Ser que só permanece ele mesmo em se transformando é ser temporal* (Gadamer). Como expõe Marinoni: “A *ratio decidendi* não teria muita importância caso fosse vista em uma perspectiva eminentemente estática – como regra em abstrato –, e não numa forma dinâmica, relacionada à sua aplicação aos casos que dia a dia eclodem.”³⁷⁵

Nesse sentido, estão as confissões de Benjamin Cardozo, que se traduzem em uma valiosa passagem na qual assinala a natureza criativa do processo judicial em prejuízo de uma pretensa certeza (transcendental):³⁷⁶

I was much troubled in spirit, in my first years upon the bench, to find how trackless was the ocean on which I had embarked. I sought for certainty. I was oppressed and disheartened when I found that the quest for it was futile. I was trying to reach land, the solid land of fixed and settled rules, the paradise of a justice that would declare itself by tokens plainer and more commanding than its pale and glimmering reflections in my own vacillating mind and conscience. I found ‘with the voyagers in Browning’s *Paracelsus* that the real heaven was always beyond’. As the years have gone by, and as I have reflected more and more upon the nature of the judicial process, I have become reconciled to the uncertainty, because I have grown to see it as inevitable. I have grown to see that the process in its highest reaches is not discovery, but creation; and that the doubts and misgivings, the hopes and fears, are the part of the travail of mind, the pangs of death and the pangs of

³⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, cit. p. 325. Vale também destacar: “Atualmente, em verdade, é impossível raciocinar sobre a aplicação das súmulas e dos precedentes sem se ter consciência das suas naturezas eminentemente temporais e fragmentárias, bem como do aprofundamento dos critérios para a utilização das técnicas que giram ao redor do *distinguishing* e do *overruling*.” (*Ibidem*. p. 359).

³⁷⁶ Isto é: “Eu estava muito perturbado em espírito, nos meus primeiros anos como juiz, ao perceber que não havia portos seguros no oceano em que eu havia me lançado. Busquei certeza. Fiquei oprimido e desanimado quando descobri que essa busca era inútil. Estava tentando alcançar a terra, a terra estável de normas fixas e estabelecidas, o paraíso de uma justiça que se revelasse mais clara e mais elevada do que seus pálidos e débeis reflexos em minha própria mente e consciência vacilantes. Descubri ‘com os viajantes em *Paracelso*, de *Browning*, que o verdadeiro paraíso sempre esteve mais além’. À medida que os anos se passaram, e eu refletia mais e mais sobre a natureza do processo judicial, eu me reconciliei com a incerteza, porque cresci para vê-la como inevitável. Cresci a ver que o processo em sua mais alta extensão não é descoberta, mas a criação; e que as dúvidas e receios, as esperanças e temores, fazem parte do árduo trabalho do intelecto, as dores da morte e as dores do nascimento, em que os princípios que serviram ao seu tempo se vão, e novos princípios nascem.” (trad. livre), (CARDOZO, Benjamin N. *The nature of judicial process*. New Haven: Yale University, 1921. p. 166-167).

birth, in which principles that have served their day expire, and new principles are born.

3.2 Os provimentos vinculantes

A maior parte da doutrina tem compreendido os provimentos estabelecidos no art. 927, NCPC, como precedentes vinculantes.³⁷⁷ Essa constatação é fácil quando se observa parcela da produção doutrinária que anunciou o programa do Novo Código relativo à uniformização jurisprudencial³⁷⁸ e que agora, depois do texto ser publicado, tece as (in)devidas críticas.³⁷⁹

Mas, do que nos foi oportuno assinalar com relação à doutrina do precedentes – o *stare decisis* –, seria, realmente, válida essa “nacionalização programática”? Tratemos de algumas diferenças entre *o que se mostra* “precedente” e os “provimentos judiciais vinculantes” dados na legislação.³⁸⁰

3.2.1 Precedentes não são instituídos por previsão normativa

Assim como nos foi oportuno destacar, o legado do *common law* nos evidencia que não há “boa vontade”, seja do legislador ou do tribunal, apta a, *de per si*, conceber um precedente para vincular gerações futuras. Em uma palavra, poderíamos dizer que precedentes não são instituídos na lei ou na decisão judicial, mas reconhecidos na prática jurídica. Há uma ontologia que possibilita essa compreensão. Provemos de apresentá-la.

³⁷⁷ Art. 927, NCPC. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

³⁷⁸ E.g., CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo código de processo civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 193, p. 255-280, mar./2011; DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; NUNES, Dierle; MOREIRA, Ana Luísa de Navarro. Recursos extraordinários, precedentes e a responsabilidade política dos tribunais. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 237, p. 473-493, nov./2014; NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

³⁷⁹ E.g., MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo código de processo civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 243, p. 283-331, mai./2015; CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo código de processo civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 243, p. 333-362, mai./2015; PANUTTO, Peter. A preferência constitucional pelo controle concentrado de constitucionalidade e os precedentes judiciais vinculantes no novo CPC. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 242, p. 359-390, abril/2015. MITIDIERO, Daniel. *Op. cit., loc. cit.*

³⁸⁰ Cf.: STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *Op. cit.* p. 105-116.

Duxbury destina o último capítulo de sua obra a explicar a razão de ser dos precedentes. “Por que devemos segui-los?”, indaga o professor inglês.³⁸¹ Duas justificativas se apresentam. A primeira, que o próprio autor denuncia ser “vazia”, diz respeito ao argumento de que “precedentes devem ser seguidos simplesmente porque são precedentes”.³⁸²

A segunda, porém, o professor classifica como mais “atraente e óbvia”. Ao seguir uma tradição de autores do *common law* (e.g., Rupert e J. W. Harris³⁸³) Duxbury explica que “precedente significa simplesmente que casos similares devem ser tratados similarmente”³⁸⁴, a natureza dos precedentes seria, assim, uma legítima expressão do princípio da isonomia.³⁸⁵

³⁸¹ Cf.: DUXBURY, Neil. *Op. cit.* p. 150 *et seq.*

³⁸² “[...] it is possible to formulate at least two distinct versions of the deontological justification for precedent-following. First, there is the argument ‘that precedents ought to be followed simply because they are precedents’. At first glance there seems to be no argument whatsoever here: the statement is about as vacuous as saying that cherries ought to be picked because they are cherries, or mountains climbed because they are mountains. Even if we interpret the argument charitably it seems simplistic, for we may recognize that the problem we are about to decide has already been adjudicated by somebody else – we may even approve of their prior adjudication – yet still be unwilling to treat their decision as having the status of a precedent which should be followed [...]”. Isto é: “[...] é possível formular pelo menos duas versões distintas da justificativa deontológica de seguir os precedentes. Primeiro, existe o argumento ‘que precedentes devem ser seguidos simplesmente porque são precedentes.’ À primeira vista, parece não haver absolutamente nenhum argumento aqui: trata-se de declaração vazia como dizer que cerejas devem ser colhidas porque são cerejas, ou montanhas escaladas porque são montanhas. Mesmo se nós interpretássemos de modo complacente o argumento, ele pareceria simplista para que possamos reconhecer que o problema que estamos prestes a decidir já foi julgado por outra pessoa – nós podemos até aprovar o seu julgamento anterior – ainda assim haveria resistência para tratar a decisão dela como tento o *status* de precedente que deve ser seguido.” (trad. livre), (DUXBURY, Neil. *Op. cit.* p. 168).

³⁸³ “It is a basic principle of the administration of justice that like cases should be decided alike.” Isto é: “É um princípio básico da administração da justiça que casos similares devam ser julgados similarmente.” (trad. livre), (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Op. cit.* p. 3).

³⁸⁴ Dworkin denominará: “virtude da integridade política”. (DWORKIN, Ronald. *O império do direito, cit.* p. 202).

³⁸⁵ “The second version of the deontological justification of precedent following is somewhat more compelling and obvious. As a matter of equality or formal justice, so this argument goes, essentially similar cases should be treated in the same way, just as essentially different cases should be treated differently. ‘Precedent means simply that like cases should be treated alike’, and there is inherent value in treating like cases thus ‘because equal treatment of those similarly situated with respect to the issue before the court is a deep implicit expectation of the legal order’. Isto é: “A segunda versão da justificativa deontológica para seguir-se os precedentes é um tanto mais atraente e óbvia. Em matéria de igualdade ou justiça formal, curso em que corre este argumento, casos essencialmente similares devem ser tratados de um mesmo modo, assim como casos essencialmente diferentes devem ser tratados diferentemente. ‘Precedente significa simplesmente que casos similares devem ser tratados similarmente’, e existe um valor inerente em cuidar-se de casos semelhantes dessa maneira ‘porque o trato igualitário daqueles que, num dado assunto, situam-se respeitosamente equiparados perante a corte é uma expectativa profundamente implícita na ordem legal’.” (trad. livre), (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Op. cit.* p. 170).

³⁸⁶ No Brasil, é curiosa a nota de Luiz Guilherme Marinoni: “É interessante perceber que a doutrina brasileira, quando preocupada com a incidência do princípio da igualdade no processo civil, trata de aspectos internos ao processo, especialmente daqueles que dizem respeito à participação das partes. Analisa-se se a lei confere tratamento igualitário às partes, permitindo participação em ‘igualdade de armas’, assim como se o juiz proporciona o mesmo tratamento aos litigantes. Tanto é verdade que a isonomia costuma ser vinculada ao

No âmbito do *civil law*, também é possível encontrar manifestações que reputam o respeito aos precedentes à exigência fundamental da igualdade. É a opinião, por exemplo, do professor italiano Sergio Chiarloni, que enxerga na dispersão decisional uma verdadeira violação à isonomia e, portanto, cobra a observação dos precedentes também aos juízes do direito continental.³⁸⁷

Não é preciso dizer que a efetividade do princípio da isonomia desdobra-se na confirmação de outros mais imediatos. Tratar casos semelhantes de maneira semelhante é, outrossim, prezar pela segurança jurídica (previsibilidade das decisões judiciais),³⁸⁸

contraditório, importando se as partes têm adequada possibilidade de agir e reagir de modo a influir sobre a convicção judicial [...]. Vê-se, a partir daí, uma grave lacuna. Em que local está a igualdade diante das decisões judiciais? [...] Vendo-se a decisão como fruto do sistema judicial e não como mera prestação atribuída a um juiz – singularmente considerado –, torna-se inevitável constatar que a racionalidade da decisão está ancorada no sistema e não apenas no discurso do juiz que a proferiu.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, cit. p. 139 et seq.).

³⁸⁷ “Prima de tutto viene in gioco il principio di uguaglianza solennemente ununciato dall’art. 3 della nostra Costituzione. E’ vero che la norma parla di ‘uguaglianza davanti alla legge’. Ma è anche evidente che, se la legge viene interpretata oppure applicata in maniera non uniforme e magari fortemente contraddittoria dai diversi giudici di merito davanti ai quali viene invocata, ci troviamo di fronte ad una violazione della parità di trattamento dei cittadini proprio del momento in cui legge prende vita, scendendo, per così dire, dall’astrattezza dei testi alla concretezza dei singoli casi.” Isto é: “Primeiramente vem em jogo o princípio da igualdade solenemente enunciado no art. 3 da nossa Constituição. É verdade que a norma fala de ‘igualdade perante a lei’. Mas é também evidente que, se a lei vem interpretada ou mesmo aplicada de maneira desigual e até mesmo fortemente contraditória no primeiro e segundo grau de jurisdição perante o qual é invocada, somos confrontados com uma violação à paridade de tratamento dos cidadãos justamente no momento em que a lei ganha vida, descendo, por assim dizer, da abstração dos textos para a concretude dos casos singulares.” (trad. livre), (CHIARLONI, Sergio. *Funzione nomofilattica e valore del precedente*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Op. cit.* p. 227).

³⁸⁸ Interessante a passagem de Massimo Corsale sobre a previsibilidade das situações jurídicas relativas aos sujeitos em suas relações como questão de justiça: “Ad esempio colui che, trovandosi nelle condizioni previste dall’ordinamento, compia regolarmente la serie di atti che la legge prescrive per la conclusione del negozio di compravendita in qualità di acquirente, può prevedere, in un ordinamento datato di effettività, che verrà riconosciuto come proprietario della merce, e che in caso di contestazione tale qualità gli verrà riconosciuta in giudizio: l’univocità della qualificazione giuridica della sua situazione, come si vede, è strettamente connessa con la prevedibilità delle reazioni del venditore, dei terzi e dell’eventuale giudice nei confronti del suo comportamento a proposito, per esempio, del pagamento. Pertanto la prevedibilità, unitamente alla qualificazione univoca delle situazioni, finisce per essere premessa indispensabile perchè si determini e sussista nella comunità il sentimento di sicurezza circa la soddisfazione effettiva della fondamentale esigenza di giustizia, ossia che il diritto prevalga sul torto. Quale sicurezza potrebbe sussistere, infatti, se fosse incerta la qualificazione delle situazioni in cui tali criteri dovrebbero operare, o se fossero imprevedibili le conseguenze giuridiche di un’azione?” Isto é: “Por exemplo, aquele que, encontrando-se nas condições previstas no ordenamento, cumpre regularmente a série de atos que a lei prescreve para a conclusão do negócio de compra e venda na qualidade de adquirente, pode prever, em um ordenamento efetivo, que será reconhecido como proprietário do bem, e que no caso de contestação, esta qualidade lhe será reconhecida em juízo: a univocidade da qualificação jurídica da sua situação, como se vê, é estritamente conexa com a previsibilidade das reações do vendedor, dos terceiros, e dos eventuais juízes perante os confrontos relativos ao comportamento, a propósito, por exemplo, do pagamento. Portanto, a previsibilidade, juntamente à qualificação unívoca das situações, acabam por ser premissas indispensáveis, pois suscitam na comunidade o sentimento de segurança a propósito da efetiva satisfação da exigência fundamental de justiça, isto é, que o direito prevaleça sobre a injustiça. Qual segurança poderia subsistir, de verdade, se fosse incerta a qualificação das situações nas quais estes critérios deveriam operar, ou se fossem imprevisíveis as consequências jurídicas de uma ação?” (trad. livre), (CORSALE, Massimo. *Certeza del diritto e crisi di legittimità*. Milano: Giuffrè, 1979. p. 32-33). Também Ronald Dworkin realiza essa aproximação ao afirmar que diante de uma doutrina dos precedentes: “As pessoas podem planejar seus assuntos

celeridade processual,³⁸⁹ fundamentação (*accountability*),³⁹⁰ de modo a proporcionar maior confiança ao exercício jurisdicional:³⁹¹ “The virtues of stare decisis are well-understood, promoting it does the stability, the predictability, and the efficiency of the legal system, while

com mais confiança se tiverem uma orientação melhor sobre quando e como o Estado vai intervir, e a comunidade, portanto, estará muito melhor se puder racionalmente examinar as decisões judiciais anteriores e prever as próximas.” (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, cit. p. 193).

³⁸⁹ Para incentivar o respeito aos precedentes, Benjamin N. Cardozo conjectura justamente o cenário de inobservância desses, no qual: “[...] the labor of judges would be increased almost to the breaking point if every past decision could be reopened in every case, and one could not lay one’s own course of bricks on the secure foundation of the courses laid by others who had gone before him.” Isto é: “[...] o trabalho dos juízes cresceria quase até o esfacelamento se toda decisão pudesse ser reaberta em todo caso, e alguém não pudesse delinear seu próprio caminho na segurança dos caminhos delineados por outros que vieram antes dele.” (trad. livre), (CARDOZO, Benjamin N. *Op. cit.* p. 149). Sob outra ótica, escreve Thomas R. Lee: “A system that enhances the stability of the Court’s body of precedent discourages expenditures on litigation aimed at disrupting it [...]. More fundamentally, rules of stare decisis enhance the level of stability and certainty in the law, thereby decreasing the incentive for litigation at all levels of the judicial system. The notion that uncertainty promotes litigation is hardly a new one. The insight offered here is simply that a rule of stare decisis increases certainty and thus reduces the incentive for litigation.” Isto é: “Um sistema que aumenta a estabilidade do corpo de precedentes da Corte desencoraja gastos com litígios que visam obstruí-lo. Mais fundamentalmente, regras do *stare decisis* aumentam o nível de estabilidade e certeza do direito, assim diminuindo o incentivo à litigância em todos os níveis do sistema jurídico. A noção de que a incerteza promove litigância não é exatamente nova. A visão apresentada aqui é simplesmente que uma regra de stare decisis aumenta a segurança e, portanto, reduz o incentivo à litigância.” (trad. livre), (LEE, Thomas R. *Stare decisis in economic perspective: an economic analysis of the Supreme Court’s doctrine of precedent. North Carolina Law Review*, n. 78, p. 652, 2000).

³⁹⁰ “The practice of following precedent depersonalizes decisions and thus renders it more likely that losing parties will adhere to the decision without the winning party having to resort to coercive measures. Losers will see that the decision is not merely ‘against’ them, ad hoc, but ‘against all others similarly situated’”. Isto é: “A prática de seguir precedentes despersonaliza as decisões e, assim, torna mais provável que as partes sucumbentes aderiam à decisão sem que a parte vencedora necessite recorrer a medidas coercitivas. Os sucumbentes perceberão que a decisão não é somente ‘contra’ eles, *ad hoc*, mas ‘contra todos os outros em situações semelhantes.’” (trad. livre), (SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States (New York State)*. In: MacCORMICK, D. Neil; _____ (Org.). *Op. cit.*, p. 382, 1997). “[...] we have established in this work that the principle of precedent has moral understanding in law for three argued bases. These are: (i) that precedent introduces objectivity into the procedure for the search for justice; (ii) that precedent guarantees mutuality between the wealth of experience of the judge(s) and the law for it facilitates a more principled and coherent approach to judicial reasoning; and (iii) that precedent is a moral tool that moulds the general character of the judiciary system because it controls the dispositions and temperaments of the individual judge.” Isto é: “[...] nós estabelecemos neste trabalho que o princípio do precedente tem uma compreensão moral no direito demonstrada em três bases. Quais sejam: (i) que o precedente introduz objetividade [imparcialidade] no procedimento de busca da justiça; (ii) que o precedente garante reciprocidade entre a riqueza da experiência do(s) juiz(es) e o direito, com isso facilitando maior princípio [integridade] e coerência associados ao raciocínio judicial; (iii) que o precedente é um instrumento moral que molda o caráter geral do sistema judiciário porque controla os ânimos e temperamentos do juiz individual.” (trad. livre), (AKANMIDU, Raphael A. *The Morality of Precedent in Law. Ratio Juris*, v. 14, n. 2, p. 250, June 2001).

³⁹¹ “In terzo luogo la stessa autorevolezza della Corte suprema. La coerenza interna determinata da decisioni standardizzate in un sistema di precedenti produce un rafforzamento dell’istituzione giudiziaria nel quadro dei poteri dello Stato, che risulta al contrario indebolita dalla diminuzione di credibilità connessa ad una giurisprudenza segnata da contrasti, sbandamenti e oscillazioni.” Isto é: “Em terceiro lugar, o próprio crédito da Suprema Corte. A coerência interna determinada pelas decisões uniformes em um sistema de precedente enseja um engrandecimento das instituições judiciárias no quadro dos poderes do Estado, que, ao contrário, fica vulnerável à diminuição de credibilidade a partir de uma jurisprudência marcada por contrastes, desvios e oscilações.” (trad. livre), (CHIARLONI, Sergio. *Op. cit.* p. 228).

also limiting the realm of judicial discretion and enhancing the appearance of integrity of the judicial process.”³⁹²

Realizadas essas observações, novamente indaga-se: qual é a razão de ser dos precedentes?

Se Duxbury está correto, nos parece que a natureza dessa “fonte do direito”³⁹³ relaciona-se à efetividade de princípios fundamentais. Daí surge o buslís deste item: por qual razão se atribui a previsão dos precedentes ao art. 927, NCPC? Dizer que este dispositivo institui provimentos judiciais vinculantes, não há como negar. Agora, outro ponto é falar que a disposição estabelece os precedentes, que possuem uma essência eminentemente principiológica.

Retomemos as duas “justificativas deontológicas” trabalhadas pelo professor. A primeira, considerada “vazia”, diz que “precedentes devem ser seguidos simplesmente porque são precedentes”. Ao traduzirmos a (des)inteligência dessa assertiva para o sistema brasileiro, nos parece permitida a seguinte analogia: “precedentes (sic) devem ser seguidos simplesmente porque está na lei.” Quer dizer, o fato de agora existir disposição legal que dispõe obrigatória a observância de determinados provimentos (art. 927, NCPC), não significa que toda uma cultura de respeito aos precedentes fora importada. Mas, a autoridade dos precedentes é mais originária, ela justifica-se precisamente na ordem dos princípios constitucionais. Antes de ser uma imposição de lei, “é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.”³⁹⁴

Reparem o art. 10, NCPC,³⁹⁵ nesse dispositivo o legislador trata do contraditório, que a doutrina resolveu intitular de “dinâmico”.³⁹⁶ Não há correspondência legislativa no

³⁹² Isto é: “As virtudes do *stare decisis* são bem compreendidas, promove a estabilidade, a previsibilidade, e a eficiência do sistema legal, enquanto também limita o campo de discricionariedade judicial e promove a integridade do processo judicial.” (trad. livre), (MARKMAN, Stephen. Precedent: tension between continuity in the law and the perpetuation of wrong decisions. *Texas Review of Law & Politics*, v. 8, n. 2, p. 283, Spring 2004).

³⁹³ “A circunstância de o precedente ser admitido como fonte de direito está muito longe de constituir um indício de que o juiz cria o direito a partir da sua própria vontade. Nesta perspectiva, a força obrigatória do precedente, ou a admissão do precedente como fonte de direito, não significa que o Judiciário tem poder para criar o direito.” (MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*. Curitiba, n. 49, p. 20, 2009).

³⁹⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, cit. p. 36.

³⁹⁵ Art. 10, NCPC. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

CPC/73, então devemos depreender que a “vedação de decisão surpresa (às partes)” inexistia na ordem sucedida? Evidente que não. Em verdade, o NCPC inova apenas na previsão expressa infraconstitucional, pois a Constituição (art. 5º, LIV e LV) desde 1988 já consagra a garantia.³⁹⁷⁻³⁹⁸

O mesmo vale para o famigerado § 1º do art. 489, NCPC.³⁹⁹ Impressionante as críticas de parte da comunidade jurídica contrárias ao texto legal.⁴⁰⁰ Realmente crê, ela, que o dever de fundamentação passará a ser exigido somente a partir de 2016, com a entrada em vigor do Novo Código? Como bem afirmam os professores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, a exigência da motivação das decisões judiciais exsurge do próprio Estado de Direito, anteriormente à qualquer disposição legal específica.⁴⁰¹

Em relação à “legitimidade dos precedentes”, estendemos raciocínio equivalente. Não há dependência do legislador para que seja reconhecida a autoridade compreensiva de determinadas decisões judiciais consubstanciadoras da tradição. Com Gadamer: “Só existe conhecimento histórico quando em cada caso o passado é entendido na sua continuidade com o presente, e isto é o que realiza o jurista na sua tarefa prático-normativa, quando procura

³⁹⁶ Cf.: NUNES, Dierle. O Novo CPC consagra concepção dinâmica do contraditório. *Revista Consultor Jurídico* (online). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-08/dierle-nunes-cpc-consagra-concepcao-dinamica-contraditorio>>, acesso em: 11/10/2015.

³⁹⁷ “As Constituições brasileiras anteriores restringiam os princípios [*do contraditório e ampla defesa*] à órbita do processo penal, embora a doutrina os estendesse ao processo civil, nomeadamente por compreensão dilargada do princípio da igualdade.” (ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Comentário ao artigo 5º, LV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 432).

³⁹⁸ “Tratando-se de ofensa ao direito fundamental do contraditório, desnecessária a previsão da lei infraconstitucional a respeito da consequência da referida ofensa. A nulidade resulta, portanto, como consequência da atuação do preceito constitucional.” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 218).

³⁹⁹ Art. 489, §1º, NCPC. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; 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 entendimento.

⁴⁰⁰ Cf.: VASCONCELLOS, Marcos de; ROVER, Tadeu. Juízes pedem veto à artigo que traz regras para fundamentação de decisões. *Revista Consultor Jurídico* (online). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao>>, acesso em: 11/10/2015.

⁴⁰¹ Cf.: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. cit.* p. 1152-1153.

‘realizar a sobrevivência do direito como um continuum e salvaguardar a tradição da ideia jurídica.’”⁴⁰²

3.2.2 “O Precedente não nasce como precedente”

Esta sentença é de Lenio Streck e Georges Abboud, emprestamo-la em razão da maestria simbólica: “O precedente (o do *common law*) não nasce como precedente. Ele contém um DNA de historicidade que somente surge se houver adesão de seu entendimento pelas instâncias inferiores do judiciário.”⁴⁰³

No *common law*, para que a qualidade de precedente seja reconhecida em determinada decisão judicial, é indispensável uma constante atualização interpretativa desta no tempo. Vale sublinhar que essa consciência histórica invalida a redução hermenêutica à opinião do(s) autor(es) – juiz (juízes) prolator(es) da decisão – e, dessarte, promove a frequente correção de nossos preconceitos jurídicos de modo a melhor orientar-nos perante os autênticos horizontes históricos do compreendido. Faz-nos diferenciar “os *verdadeiros* preconceitos, sob os quais compreendemos, dos falsos preconceitos que produzem os mal-entendidos.”⁴⁰⁴

Ilustrativa desse comprometimento histórico-hermenêutico é a seguinte constatação de Duxbury: “A precedent is a past event – in law the event is nearly always a decision – which serves as a guide for present action. Not all past events are precedents. Much of what we did in the past quickly fades into insignificance (or is best forgotten) and does not guide future action at all.”⁴⁰⁵

Percebam que pouco importa o “selo” que estampa a decisão. Essa pode ser oriunda da Suprema Corte dos EUA ou da Suprema Corte do Reino Unido (antiga Câmara dos Lordes) que não constituirá precedente caso não seja referendada mais tardiamente por

⁴⁰² GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 486.

⁴⁰³ STRECK, Lenio Luiz; ABBoud, Georges. *Op. cit.* p. 106.

⁴⁰⁴ *Ibidem.* p. 447.

⁴⁰⁵ Isto é: “O precedente é um evento passado – no direito o evento é quase sempre a decisão – que serve como um guia para a presente ação. Não são todos os eventos passados que são precedentes. Muito do que nós fizemos no passado rapidamente esvai-se em insignificância (ou é melhor esquecer) e não orienta a ação futura inteiramente.” (trad. livre), (DUXBURY, Neil. *Op. cit.* p. 1).

outras Cortes, caso não experimente uma “depuração histórico-hermenêutica”⁴⁰⁶ de modo a desvelar-se não apenas coerente, mas *íntegra* à história institucional do Direito (Dworkin).

Todavia, os provimentos vinculantes do NCPC não requisitam essa responsabilidade hermenêutica, pois eles já “nascem como provimentos vinculantes”. Basta que o Supremo Tribunal Federal decida em controle concentrado de constitucionalidade, que haja julgamento de casos repetitivos, entre outras hipóteses elencadas no art. 927, para o *decisum* ser considerado “paradigma” (sic) e receber a chancela vinculante.

Os provimentos vinculantes são *instituídos* judicialmente como tais, haja vista permissivo legal. Os precedentes são *reconhecidos* como tais, em razão da relevância compreensiva deles – refletida na fundamentação –, a ser atualizada pelo intérprete face ao caso concreto.

3.2.3 “O precedente não cabe na súmula”

Também este dizer é da lavra de Lenio Streck e Georges Abboud: “De todo modo, a filosofia nos salva. É graças a ela que não acreditamos mais em isomorfia entre texto e realidade. Se fôssemos resumir o problema das súmulas em uma frase, diríamos que “‘o precedente’ não cabe na súmula.””⁴⁰⁷ Para uma melhor clareza do propósito dos autores, cumpre-nos recuperarmos algumas notas hermenêuticas.

Precedentes são, antes de tudo, manifestações na linguagem. Alcançado esse pressuposto, a experiência hermenêutica-fenomenológica se expõe e provoca-nos a consciência de que o disposto judicial no caso concreto é derivado extremo da interpretação, ou seja, quando o juiz *enuncia a norma*, a construção desta depende fundamentalmente do modo como ele atualizou as possibilidades dela a partir da abertura de um específico campo compreensivo – a compreensão não torna qualquer juízo possível. Nesse sentido, o *pronunciamento normativo* é derivado da estrutura da compreensão, isto é, de um modo de compartilhamento do uso prático da linguagem – o *como* hermenêutico.

A respeito da abertura desse espaço essencial mais original chamado *situação hermenêutica*, leciona Gadamer: “[...] toda compreensão pressupõe uma relação vital do intérprete com o texto, assim como uma relação prévia com o tema mediado pelo texto. A

⁴⁰⁶ Cf.: STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *Op. cit.* p. 106.

⁴⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *Op. cit.* p. 85.

essa pressuposição hermenêutica é que dá o nome de *pré-compreensão*, porque evidentemente não é produto do procedimento compreensivo, já que é anterior a ele.”⁴⁰⁸

Outra vez mais, percebam que a experiência hermenêutica da linguagem nos convida a pensar o que torna possível o dizer – isso não é o dizer, mas o sentido a partir do qual se diz. Por isso, a linguagem nasce como a manifestação de um “contexto significante” e não como “enunciado”, este, no significado jurídico de “decisão judicial ou verbete sumular”, é tardio.

Ao tratar da força vinculante dos precedentes, Duxbury evidencia a radicalidade *pré-compreensiva* que detêm. No *common law*, os precedentes não significam, não pré-determinam, mas a experiência com essa fonte jurídica é de manifestação, eles subsidiam (*possibilidades*) o *acontecer* das decisões (*como possibilidades*), sem que por isso fique assegurado um juízo universal, justamente porque ao constituírem-se em horizontes interpretáveis, se renovam no próprio processo hermenêutico possibilitando sempre novas determinações:⁴⁰⁹

Precedents often guide decisionmaking precisely because they operate as types of reasons. It is because they operate as reasons, furthermore, that they sometimes will *not* guide decision-making: a court, that is, might determine that the reason which a precedent offers for deciding a case in a particular way is defeated by a stronger contrary reason. Here, it seems, we discover the real meaning of ‘binding precedent’: courts might not be bound to follow the earlier decisions of (usually) superior courts on the same facts but, when confronted with such decisions, they are obliged to deal with them somehow.

A *applicatio* dos precedentes nos convida a pensar o que torna possível, o *acontecer* das decisões através da linguagem, ou seja, a partir de uma tradição que nos fala.

⁴⁰⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 491. Sobre essa situação hermenêutica *pré-compreensiva* que, desde sempre, o intérprete se move para (“depois”) compreender, também escreve Heidegger: “Como busca, o perguntar necessita de uma direção prévia a partir do que é buscado. O sentido de ser de certo modo já deve estar disponível para nós. Foi dito que já nos movemos sempre em um entendimento-do-ser. É a partir desse entendimento-do-ser que nasce a pergunta expressa pelo sentido de ser e a tendência para chegar ao seu conceito. Não *sabemos* o que ‘ser’ significa. Mas já quando perguntamos ‘que é ‘ser’?’ nos mantemos em um entendimento do ‘é’, embora não possamos fixar conceitualmente o que o ‘é’ significa.” (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, cit. p. 41).

⁴⁰⁹ Isto é: “Precedentes geralmente guiam a tomada de decisões precisamente porque eles conformam as razões. É porque eles conformam as razões, ademais, que eles algumas vezes *não* conduzirão a tomada de decisões: o tribunal, assim, pode determinar que o fundamento cujo precedente oferece para decidir um caso de uma determinada maneira, sucumbi perante outro fundamento contundente. Aqui, ao que parece, nós descobrimos o verdadeiro significado de ‘precedente vinculante’: tribunais podem não se verem obrigados a seguir decisões anteriores dos (geralmente) tribunais superiores diante dos mesmos fatos, mas, quando confrontados com tais decisões, eles são obrigados tratarem delas de alguma forma.” (trad. livre), (DUXBURY, Neil. *Op. cit.* p. 109).

Agora, pelo que a experiência nos revela, a mesma leitura hermenêutica é ratificada na aplicação das súmulas?⁴¹⁰ *Se os precedentes se compreendem na linguagem jurídica; as súmulas são expressões metalinguísticas, daí nossa crítica.*

Nada mais são as súmulas que abstrações conceituais relativas à cadeia decisional de um determinado tribunal. Importante dessa essência destacar a contrafactividade derivada de tais enunciados. Ao neutralizarem as circunstâncias (históricas) do caso ou dos casos que levaram às suas edições, os verbetes sumulares chegam, sem exagero, a assumir compreensão metafísica.⁴¹¹

Dizemos sem exagero, pois em meio à prática jurídica ainda encontramos manifestações que não nos deixam falar sozinhos, tais como: “Assim, não há meia medida: ou se cancela, ou se aplica a súmula. Não se admitindo sequer interpretação, porque o verbete já é o resultado de interpretações reiteradas do Tribunal.”⁴¹² O trágico também é sediado na doutrina: “As súmulas, portanto, são *produto* das técnicas de uniformização [...] e retratam a constatação e formalização do entendimento dominante, o que afasta a necessidade de identificação empírica do entendimento jurisprudencial uniforme e de interpretação e aplicação de conceitos jurídicos indeterminados ou de difícil determinação.”⁴¹³

Percebam a nítida correlação entre a metalinguagem da súmula e sua compreensão supra-empírica. Na medida em que os enunciados sumulares prestam-se à “conceitualizar” as decisões judiciais de modo divorciado à linguagem própria destas, assumem um “modo-de-ser” *idealista*, insólito à uma análise *fenomenológica* dos precedentes.

⁴¹⁰ “As súmulas apenas se preocupam com a adequada delimitação de um enunciado jurídico. Ainda que se possa, em tese, procurar nos julgados que deram origem à súmula algo que os particularize, é incontestável que, no Brasil, não há método nem cultura para tanto. Nem os juízes nem os advogados investigam os julgados que embasam a súmula quando se deparam com a sua aplicação.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, cit. p. 216).

⁴¹¹ “No fundo, portanto, quando se faz uma súmula ou uma ‘ementa’, busca-se sequestrar todas as possíveis contingências que venham a irritar ‘o sistema’. Quem faz uma ementa e dela se serve de forma atemporal e a-histórica está igualando texto e norma, lei e direito. Trata-se de uma pretensão com viés anti-hermenêutico. E por que é anti-hermenêutico? Porque a hermenêutica é exatamente a construção para demonstrar que é impossível ao legislador antever todas as hipóteses de aplicação. E, quando o intérprete faz o mesmo, isto é, quer antever todas as hipóteses futuras, faz uma ‘pós-lei’, um produto com sentido antecipado, uma espécie de tutela antecipada dos sentidos possíveis e imagináveis.” (STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *Op. cit.* p. 35).

⁴¹² O discurso diz respeito ao pronunciamento de S. Exa., Ex-Ministro do STF, Sepúlveda Pertence, em debates relativos ao seguinte processo: STF, HC n.º 85.185-1/SP, Rel. Min. CEZAR PELUSO, PLENO, julgado em 10/08/2005, DJ 01/09/2006.

⁴¹³ MONNERAT, Fábio Victor da fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, p. 402-403, 2012.

Dito de outra maneira, a nossa praxe jurídica revela uma aplicação (e não uma *applicatio* de que fala Gadamer) sumular insidiosa. Isso porque impede-nos de compreender o próprio texto “verbetizado”, haja vista que, se é verdade que ele “não é interpretável” (sic), então não há o que se compreender, pois sem interpretação não há compreensão. Simples, assim.⁴¹⁴ Na verdade, esse (des)entendimento é acompanhado da inaceitável pretensão consistente em “facilitar sentidos universais”, como que se cada enunciado sumular reunisse condições de universalizar o entendimento objeto para quaisquer eventualidades jurídicas.

Acontece que há mais de dois séculos, desde Schleiermacher, a hermenêutica nos ensina que conceitos universais não existem.⁴¹⁵ Não é possível que um enunciado sumular vincule, ao estilo de uma “norma conceitual” (sic), todos os demais casos que venham a ocorrer e que versem sobre a matéria sumulada.⁴¹⁶ E a razão é simples: não há construção normativa – seja dispositivo de acórdão, enunciados de súmulas (vinculantes ou não), programas de lei, ou qualquer outra – capaz de esgotar a realidade.⁴¹⁷

Ainda que para “desvelar as obviedades do óbvio” (Darcy Ribeiro), citemos o enunciado sumular n.º 372 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), *verbis*: “*Na ação de exibição de documentos não cabe aplicação de multa cominatória*”. Como sabemos, as *astreintes* funcionam como instrumento hábil a influenciar a parte para que cumpra determinada obrigação, sob pena de ter que arcar com o valor dessa multa fixada. No entanto, o STJ tem entendimento no sentido de impedir a cominação dessa sanção ante as ações de exibição de documentos, pois argumenta que a própria ordem legal dispõe de mecanismos

⁴¹⁴ “Negar que a norma é produto da interpretação do texto e que interpretar é sempre um ato aplicativo (*applicatio*), implica negar a temporalidade. Os sentidos são temporais. A diferença (que é ontológica) entre texto e norma decorre da incidência do tempo. Daí a impossibilidade de reprodução de sentidos, como se o sentido fosse algo que pudesse ser arrancado dos textos (da lei, etc). Os sentidos são atribuíveis, a partir da faticidade em que está inserido o intérprete.” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, cit. p. 357).

⁴¹⁵ Cf.: SCHROTH, Ulrich. *Hermenêutica filosófica e jurídica*. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (orgs.). *Op. cit.* p. 381 *et seq.*

⁴¹⁶ “Não apenas a súmula não traz a norma com ela, como ela, ao se constituir em uma prescrição literal, passará a poder ser interpretada e dar origem a novas normas, afinal ‘o texto não é nada em sua textitude. O texto nada é sem o sentido (que será a norma a ele atribuída).’” (STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *Op. cit.* p. 61).

⁴¹⁷ “Sendo assim, por não poder ignorar o caso concreto, é que o direito apresenta seu aspecto infinito, porque não há lei, súmula, ou qualquer texto que possa, previamente, imaginar todas as possíveis situações de aplicação. Em termos simples, a realidade não cabe no texto, por isso norma não se confunde com texto.” (ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial*, cit. p. 72). Segundo Gadamer: “O verdadeiro sentido do texto, tal como este se apresenta ao seu intérprete, não depende do aspecto puramente ocasional que representam o autor e seu público originário. Ou pelo menos não se esgota nisso. Pois esse sentido está sempre determinado também pela situação histórica do intérprete, e, por consequência, por todo processo objetivo histórico”. (GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 443-444). Ou, em uma palavra: “*Ser histórico quer dizer não se esgotar nunca no saber-se*”. (*Ibidem.* p. 451).

aptos a sanar a negligência do sujeito que mesmo obrigado a exibi-los, não o faz, injustificadamente. São os instrumentos: no caso de terceiro, a busca e apreensão do art. 362, CPC (art. 403, *caput* e parágrafo único, NCPC) e, quanto à parte, a presunção de veracidade do art. 359 e incisos, CPC (art. 400 e incisos, NCPC). Nisso está o móvel da Súmula 372, STJ.⁴¹⁸

Posto isso, determinada empresa de telefonia móvel interpôs recurso especial com fundamento no art. 105, III, alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional para, entre outros, demonstrar o descumprimento do enunciado sumular em tela. Tratavam-se os autos de ação cautelar de exibição de documento em que a autora, provando ser titular de certa linha telefônica móvel, recebia inúmeras mensagens insultuosas e enviadas anonimamente através de serviço SMS disponibilizado pela Recorrente. Diante disso, requereu o deferimento de liminar *inaudita altera pars* para determinar que a Recorrente apresentasse documento indicador do número do telefone responsável por tais mensagens, sob pena de multa diária.

O juízo de primeiro grau deferiu o pedido liminar. A empresa de telefonia não apresentou o citado documento e agravou ao competente tribunal de justiça para que cassasse essa decisão.

A prevalecer a (des)inteligência metafísica dos enunciados sumulares, era de se esperar que o tribunal realmente rescindisse a decisão *a quo*. Todavia, o órgão julgador, acertadamente, foi buscar nas *fundamentações fático-jurídicas* dos julgados que subsidiaram o enunciado sumular a razão que levou o STJ a editar a súmula e, então, cotejou-a ante os fatos peculiares ao caso *sub judice* para que, somente daí, pudesse chegar à “resposta correta”:

419

Destarte, a causa é muito específica e deve ser vista sob outro prisma que não o já sumulado pelo STJ na súmula n° 372, pois se trata de matéria eletrônica, onde as demais possibilidades legais que não a multa cominatória

⁴¹⁸ São, e. g., os extratos das ementas relativos a dois julgados que subsidiaram a edição da súmula: “*Ação de exibição de documentos. Multa cominatória*. 1. A multa cominatória é pertinente quando se trate de obrigação de fazer ou não fazer, não cabendo na cautelar de exibição de documentos, em que, se não cumprida a ordem, segundo precedente desta Terceira Turma, é possível a busca e apreensão.” (STJ, REsp n.º 433.711/MS, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DE DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/05/2003, DJ 30/06/2003). E: “*Recurso Especial. Ação Cautelar. Exibição de Documentos. Multa Cominatória. Descabimento*. A incidência do artigo 359 do Código de Processo Civil nas ações cautelares de exibição de documento, determinada pelo artigo 845 do mesmo Estatuto, afasta a possibilidade de aplicação de multa cominatória. Precedente da Terceira Turma. Recurso provido.” (STJ, REsp n.º 633.059/MG, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/04/2005, DJ 02/05/2005).

⁴¹⁹ TJ-PB, AI n.º 200.2011.021477-8/001-PB, Rel. Dr. ALEXANDRE TARGINO GOMES FALCÃO, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, julgado em 08/11/2011, DJ 19/11/2011.

para substituir a inércia da parte agravante seria como já dito acima inócuas, porque no caso em comento busca-se localizar o IP de determinada pessoa, tornando-se a inércia no cumprimento da decisão judicial, a presunção de veracidade seria inviável, pois não se conhece quem foi que enviou a mensagem para o agravado. Da mesma forma, uma eventual determinação de busca e apreensão de documentos não lograria resultados.

Interposto o recurso especial, o STJ confirmou o acórdão vergastado porquanto ratificou a correta *distinção fática-jurídica* dos julgados autorizadores do enunciado sumular em face das especificidades relativas ao caso concreto:⁴²⁰

Quanto ao mérito, a solução do caso passa pela aplicação da chamada técnica das distinções, conhecida no *common law* como *distinguishing* [...]. Deve se destacar que, no caso, a multa foi aplicada para assegurar o cumprimento da determinação judicial. Essa conduta mostrou-se correta, pois o presente caso possui contornos fáticos peculiares que devem ser levados em consideração [...]. Destaque-se, mais uma vez, que não se está aqui desconsiderando o entendimento sumular, posteriormente pacificado no julgamento do REsp 1.333.988/SP, de minha relatoria, sob o regime do art. 543-C do CPC, mas estabelecendo-se uma distinção em face das peculiaridades do caso. Em situações como a dos autos, em que a busca e apreensão de documentos e a confissão não surtiriam os efeitos esperados, a fixação de *astreintes* mostra-se a medida mais adequada para garantir a eficácia da decisão que determina o fornecimento de informações de dados de usuário em sítio eletrônico.

As determinações dos textos sumulares são debitários de um contexto significante – explicitado pela linguagem. É sempre um contexto pré-compreensivo que estrutura o sentido desse (e de qualquer) texto. Portanto, a normatividade das súmulas não advém da definição delas, mas decorre da compreensão (dos fundamentos) das decisões que as estruturam, as quais o juiz conformará à sua decisão perante o caso concreto, por meio da interpretação.

3.2.4 Precedente não é jurisprudência

Lenio Streck faz significativa nota no prefácio da obra de Maurício Ramires, “Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro”, que poderá nos servir de um primeiro esteio compreensivo, diz aquele autor: “Nos Estados Unidos, precedente tem ‘nome e sobrenome’; aqui, uma súmula (para falar apenas em um ‘tipo’ de ‘precedente’) possui

⁴²⁰ STJ, REsp n.º 1.359.976/PB, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJ 02/12/2014.

apenas um número; lá, o precedente serve para resolver casos passados; aqui, tem a pretensão de abarcar todos os casos futuros (aliás, uma súmula é feita exatamente para esse fim).”⁴²¹

Nos EUA – e permitimo-nos a extensão idiossincrática à jurisdição inglesa –, precedentes não são “fabricados no atacado”, mas prudentemente construídos sob condição dialética;⁴²² no Brasil, segundo glossário jurídico do STF, jurisprudência significa “repetição uniforme e constante de uma decisão sempre no mesmo sentido.”⁴²³ Ou seja, *enquanto jurisprudência é um problema de método repetitivo; precedentes são fenômenos hermenêuticos construtivos*. Nessa compreensão encontra-se a autêntica distinção comportamental-decisória entre os precedentes no *common law* e a jurisprudência no Brasil.

424

⁴²¹ STRECK, Lenio Luiz. À guisa de prefácio. Um libelo contra o *habitus dogmaticus*. In: RAMIRES, Maurício. *Op. cit.*

⁴²² Quando nos valem da dialética, não ignoramos a equivocidade que o sentido do termo carrega na história da filosofia. Como esclarece Nicola Abbagnano, pode-se encontrar: “[...] quatro doutrinas que mais influenciaram a história desse termo, mais precisamente a doutrina platônica, a aristotélica, a estoica e a hegeliana.” (ABBAGNANO, Nicola. *Op. cit.* p. 269). Nada obstante, nosso emprego faz juízo ao que Gadamer coloca como a *dialética da experiência* em contraposição ao que era pensado por Hegel. Para Gadamer, errou Hegel ao admitir na descrição dialética da experiência o “quinhão de acerto” que, em última análise, dispensaria o homem – certo de seu saber “científico” – da abertura para a experiência. Eis a crítica: “Evidentemente que para Hegel o caminho da experiência da consciência tem que conduzir necessariamente a um saber-se a si mesmo que já não tem nada diferente nem estranho fora de si. Para ele a consumação da experiência é a “ciência”, a certeza de si mesmo no saber. O padrão a partir do qual pensa a experiência é, portanto, o do saber-se. Por isso a *dialética da experiência tem de culminar na superação de toda experiência, que se alcança no saber absoluto, isto é, na consumada identidade de consciência e objeto*.” Gadamer, ao contrário de Hegel, entendia que: “A verdade da experiência contém sempre a referência a novas experiências. Nesse sentido a pessoa a que chamamos experimentada não é somente alguém que se fez o que é *através* das experiências, mas também alguém que está *aberto a* experiências [...] o homem experimentado é sempre o mais radicalmente não dogmático, que, precisamente por ter feito tantas experiências e aprendido graças a tanta experiência, está particularmente capacitado para voltar a fazer experiências e delas aprender. *A dialética da experiência tem sua própria consumação não num saber concludente, mas nessa abertura à experiência que é posta em funcionamento pela própria experiência*.” (grifo nosso), (GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 524-525). Enfim, não poderíamos deixar de anotar a etimologia da dialética achar-se no “diálogo”. Por isso, esclarece Nicola Abbagnano que: “A exigência do Diálogo está presente, de modo mais ou menos claro, em todas as formas da *dialética*.” Sendo o Diálogo “não somente uma das formas pelas quais se pode exprimir o discurso filosófico, mas a sua forma típica e privilegiada, isso porque não se trata de discurso feito pelo filósofo para si mesmo, que o isole em si mesmo, mas de uma conversa, uma discussão, um perguntar e responder entre pessoas unidas pelo interesse comum da busca.” (ABBAGNANO, Nicola. *Op. cit.* p. 274-275).

⁴²³ Verbete “Jurisprudência” no Glossário Jurídico do *site* do Supremo Tribunal Federal, disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbetes.asp?letra=J&id=381>>, acesso em 07/05/2015.

⁴²⁴ Lenio Streck e Georges Abboud dialogam com essa “diferença hermenêutica” a partir do “âmbito de vinculação” do precedente: “O que de fato vincula em um precedente é controvertido e apenas fixa-se e vai sendo delimitado com a aplicação reiterada do precedente. Além do mais, no *common law*, os Tribunais Superiores, quando decidem um *leading case*, não podem impor seu julgado determinando que ele se torne um precedente.” (STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *Op. cit.* p. 110). E da jurisprudência: “No que diz respeito à jurisprudência dotada de efeito vinculante, seu âmbito de vinculação é determinado após o julgamento do caso piloto (paradigma), e opera-se o efeito cascata para posterior resolução de todos os casos que estavam sobrestados até o julgamento do paradigma.” (*Ibidem.* p. 111).

Daí afirmarmos a essencial distinção entre “precedentes” e “jurisprudência”. O precedente se revela a partir de uma decisão judicial concreta, mas com potencial de se mostrar como paradigma às futuras orientações comportamentais dos jurisdicionados e juízes.

⁴²⁵ Nos exatos termos de Castanheira Neves: ⁴²⁶

O ‘precedente’ é uma concreta decisão jurisprudencial, vinculada como tal ao caso historicamente concreto que decidiu – trata-se também aqui de uma estrita decisão jurisdicional – que se toma (ou se impõe) como padrão normativo casuístico em decisões análogas ou para casos de aplicação concretamente analógica. Não se ultrapassa assim o plano do concreto casuístico – particular a particular, e não do geral (norma) ao particular (o caso) –, com todas as decisivas consequências, quer na intencionalidade jurídico-normativa quer metodológicas, que esse tipo de fundamentação e decisão implica.

Para essa receptividade, dois momentos dialéticos são imprescindíveis. O primeiro é o tempo da própria decisão judicial concreta, importa em um “processo legal, justo e adequado”. ⁴²⁷ O segundo consiste no tempo de maturidade desta decisão, representa uma

⁴²⁵ Nesse sentido, ensina Michele Taruffo: “Il precedente fornisce una regola (universalizzabile, come già si è detto) che può essere applicata come criterio di decisione nel caso successivo in funzione della identità o – come accade di regola – dell’analogia tra i fatti del primo caso e i fatti del secondo caso. Naturalmente l’analogia delle due fattispecie concrete non è data in re ipsa, e viene affermata o esclusa dal giudice del caso successivo a seconda che constitui ritenga prevalenti gli elementi di identità o gli elementi di differenza tra i fatti dei due casi. È dunque il giudice del caso successivo che stabilisce se esiste o non esiste il precedente, e quindi – per così dire – ‘crea’ il precedente. A parte questo profilo – su cui tornerò in seguito – rimane chiaro che la struttura fondamentale del ragionamento che porta ad applicare il precedent al caso successivo è fondata sull’analisi dei fatti. Se questa analisi giustifica l’applicazione nel caso della ratio decidendi applicata nem primo, il precedente è efficace e può determinare la decisione del secondo caso. Va notato che, quando se verificano queste condizioni, un solo precedente è sufficiente a fondare la decisione del caso successivo. L’impiego della giurisprudenza ha caratteristiche assai diverse. Anzitutto, l’analisi comparativa dei fatti manca, almeno nella grandissima maggioranza dei casi.” Isto é: “O precedente fornece uma regra (universalizável, como já se disse) que pode ser aplicada como critério de decisão do caso successivo em razão da identidade ou – como acontece de regra – da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso. Naturalmente a analogia das suas *fattispecie* concretas não é dada em *in re ipsa*, mas vem afirmada ou excluída pelo juiz do caso successivo conforme este considere prevalentes os elementos de identidade ou os elementos de diferença entre os fatos dos dois casos. É portanto o juiz do caso successivo que estabelece se existe ou não existe o precedente, e deste modo – por assim dizer – ‘cria’ o precedente. Além desse perfil – sobre o qual retornarei em seguida – resta claro que a estrutura fundamental do raciocínio que embasa e aplica o precedente ao caso successivo é fundado na análise dos fatos. Se esta análise justifica a aplicação ao segundo caso da *ratio decidendi* aplicada ao primeiro, o precedente é eficaz e pode determinar a decisão do segundo caso. Nota-se que, quando se verificam essas condições, apenas um precedente é suficiente para fundamentar a decisão do caso successivo. O emprego da jurisprudência tem características muito diversas. Primeiramente, falta a análise comparativa dos fatos, ao menos na grandíssima maioria dos casos.” (trad. livre), (TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Napoli: Editoriale Scientifica SRL, 2007. p. 13-14). No mesmo sentido, cf.: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. Introduction. In: _____; _____ (Org.). *Interpreting Precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth, 1997. p. 1).

⁴²⁶ CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*, cit. p. 12.

⁴²⁷ “A noção de devido processo legal significa, portanto, a existência de um *processo justo*. O processo justo não é apenas aquele que está formalmente preestabelecido em lei, mas o processo previsto de forma adequada e razoável para a consecução de sua finalidade primordial no Estado Democrático de Direito, que é a garantia e

virtuosa (e não viciosa) sedimentação histórica-compreensiva de seus fundamentos. Com efeito, a partir de Toni M. Fine, destaca Georges Abboud que: “[...] inicialmente se concede respeito ao precedente somente se ele for resultado de uma fundamentada e cuidadosa análise judicial baseada em um intenso contraditório exercido pelas partes.”⁴²⁸

Dessarte, podemos afirmar que todo precedente nasce de uma ou, até mesmo, algumas decisões; mas nem toda decisão, ou o conjunto secundado delas, constitui precedente. Decisiva, nesse ponto, é a advertência de Neil MacCormick ao afirmar que os precedentes têm descendência da *fundamentação* que os juízes adotaram para decidir.⁴²⁹ No *common law*, é a “qualidade” da decisão que faz o precedente e não a “quantidade” de reproduções de sua parte dispositiva ou de sua ementa.⁴³⁰ Ou seja, têm força de precedente não apenas as decisões, como sequência de “coisas-em-si”; mas o busílis está na capacidade interpretativa do Direito oriunda do exaustivo diálogo das partes e do magistrado através do caminho para compreensão da “resposta adequada” ao caso concreto.⁴³¹

proteção dos direitos fundamentais. Assim, em seu natural significado processual, o devido processo também compreende um aspecto material ou substancial vinculado às ideias de razoabilidade e de proporcionalidade, que condicionam a própria condição legislativa do processo. O devido processo não é apenas legal, mas o *processo legal, justo e adequado*.” (MENDES, Gilmar Ferreira. Comentário ao artigo 5º, LIV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; _____; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. cit., p. 430).

⁴²⁸ FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. *Revista dos Tribunais*, n. 782. São Paulo: RT, p. 94, 2002, *apud* ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial*, cit. p. 383.

⁴²⁹ MACCORMICK, D. Neil. Why cases have *rationes* and what these are. In: GOLDSTEIN, Laurence (org.). *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon, 1987. p. 155.

⁴³⁰ “Em suma, precedente é um julgamento que passa a ser referência em julgamentos posteriores. Jurisprudência é um conjunto de decisões sobre o mesmo assunto.” (STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. *Op. cit.* p. 109).

⁴³¹ “De qualquer forma, a decisão que interpreta a lei, mas segue julgado que a consolidou, apenas por isso não constitui precedente. Contudo, para constituir precedente, não basta que a decisão seja a primeira a interpretar a norma. É preciso que a decisão enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto. Até porque os contornos de um precedente podem surgir a partir da análise de vários casos, ou melhor, mediante uma construção da solução judicial da questão de direito que passa por diversos casos.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, cit. p. 214).

CAPÍTULO 4 – COMO SER UM “REALISTA ESPERANÇOSO” DIANTE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL?

Procuramos esclarecer nos itens anteriores que o *stare decisis* não se confunde com o sistema de provimentos vinculantes instituído no art. 927, NCPC. As razões perpassam pelo fato da doutrina dos precedentes constituir-se expressão cultural, principiológica, do *common law* e não por disposição legal, daí nenhuma lei reunir potencial de fixar, em abstrato, o que deva ser um precedente – que nunca são abstratos, aliás –, mas a força vinculante das decisões judiciais são reconhecidas na (linguagem da) tradição, em vista da sua importância compreensiva, fundamental – fática e juridicamente –, que enseja para resolução do caso *sub judice*. Também há determinados standards, as súmulas (vinculantes ou não), que *per se* jamais podem ser representadas como precedentes, basta dizer que falta a estes construtos tão-somente a referência que justamente vincula em um precedente, que é a fundamentação, as razões de se decidir.⁴³²

Nada obstante, para nós, mais importante do que o nome que se dê às previsões do dispositivo em tela, é a maneira com que serão aplicadas, (n)a prática. Assim, a hermenêutica jurídica assume uma vez mais posição central na crítica dogmática. Neste último item do ensaio provaremos de destacar alguns programas normativos do Novo Código cuja leitura é fundamental para a inteligência dos provimentos vinculantes, serão os “caminhos da constitucionalidade”.⁴³³

A princípio, cumpre destacar que o próprio Código no §1º do art. 927, remete a observação dos provimentos vinculantes aos arts. 10 e 489, §1º. A bem da verdade, não necessitaria tê-lo feito, de um olhar hermenêutico-constitucional (arts. 5º, LV e 93, IX, CF) essas exigências já se apresentam. Todavia, para fins pedagógicos-profiláticos, melhor que o legislador seja demais zeloso.

⁴³² Segundo Lenio Streck e Georges Abboud: “Portanto, também nos EUA – e não poderia ser diferente – texto e norma não são a mesma coisa. *Somente os fundamentos da decisão possuem força vinculante.*” (grifo nosso), (STRECK, Lenio Luiz; ABBoud, Georges. *Op. cit.* p. 34).

⁴³³ *Lenha é um antigo nome para floresta. Na floresta há caminhos que no mais das vezes, invadidos pela vegetação, terminam subitamente no não-trilhado.*

Eles se chamam caminhos da floresta.

Cada um segue um traçado separado, mas na mesma floresta. Muitas vezes parece que um se assemelha ao outro. Contudo, apenas assim parece.

Lenhadores e guardas da floresta conhecem os caminhos. Eles sabem o que quer dizer estar num caminho da floresta.

Heidegger, Holzwege.

(STEIN, Ernildo. O incontornável como o inacessível: uma carta inédita de Martin Heidegger. *Revista Natureza Humana*, v. 1, n. 2. São Paulo: DDW, p. 231, dez./1999).

O art. 10, NCPC, impede que o juiz decida com base em qualquer dos provimentos vinculantes sem que tenha oportunizado às partes o debate sobre a incidência deles.⁴³⁴ Apenas se o direito material vindicar as tutelas de urgência ou evidência estabelecidas nos incisos do parágrafo único do art. 9º, NCPC, é que deverá o juiz decidir antes de efetivado o respectivo contraditório. Não presentes estas regras de exceção, todas as questões eventualmente decididas, sejam ou não de ordem pública, que não forem submetidas ao exame prévio das partes, deverão ser consideradas nulas, presente o cerceamento de defesa.⁴³⁵

Importante a percepção de que essa inteligência principiológica espraia-se por todo o Código. Para o que este trabalho cuida, convém destacar o art. 932, IV, V, NCPC.⁴³⁶ Assim, o relator somente poderá negar ou prover recurso depois de oportunizado às partes a manifestação relativa ao fundamento que se vale para decidir monocraticamente.

Quanto às súmulas, inclusive, é garantia da parte confrontar os fundamentos das decisões que as originaram, diante do caso concreto. Mesmo porque, exorbita os poderes do relator a decisão que se limita a declarar um verbete sumular sem enfrentar os motivos determinantes da sua edição (art. 489, §1º, V).⁴³⁷

Portanto, na ocasião de uma das partes alegar determinado enunciado sumular, à outra deverá ser facultada a oportunidade de impugná-lo, em seus fundamentos determinantes. Por exemplo, se nas contrarrazões de apelação a parte argui uma súmula para efeitos do recurso não ser conhecido, antes de o relator deliberar sobre a questão, deverá permitir que o

⁴³⁴ Art. 10, NCPC. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

⁴³⁵ Cf.: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. cit.* p. 212-220.

⁴³⁶ Art. 932, NCPC. Art. 932. Incumbe ao relator: IV - negar provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

⁴³⁷ Dierle Nunes ressalva a leitura constitucional da súmula impeditiva de recurso a partir: “[...] de um amplo debate processual sobre a aplicação da súmula em primeiro grau, com a abertura de um contraditório dinâmico, que permita inclusive a discussão das especificidades que conduziram à elaboração da súmula, assim sendo possível, ao juiz a aplicação do dispositivo.” (NUNES, Dierle. Comentários acerca da súmula impeditiva de recursos (Lei 11. 276/2006) e do julgamento liminar de ações repetitivas (Lei 11.277/2006): do duplo grau de jurisdição e do direito constitucional ao recurso (contraditório sucessivo) – aspectos normativos e pragmáticos. *Revista de Processo*, v. 137. São Paulo: RT, p. 171-186, jul./ 2006).

recorrente, caso não tenha antecipado no apelo, se pronuncie de modo específico sobre a matéria. De outro modo, este litigante poderia ser injustiçado em razão de uma decisão-surpresa, cuja ocorrência não coaduna-se com Estado Democrático de Direito.

Agora, no cenário de nenhuma das partes alegar incidência sumular e o magistrado entender ser o caso, ele deverá proporcionar a elas que se posicionem sobre a (in)aplicabilidade. Apenas depois de ofertado esse contraditório, caberá ao relator, a partir da defrontação entre os fundamentos determinantes do verbete e do caso *sub judice*, decidir.

Quanto às teses fixadas nos julgamentos de casos repetitivos perante os Tribunais Superiores, em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) ou no Incidente de Assunção de Competência (IAC), a lógica se repete. Não poderão o ministro ou o desembargador relator decidir sem que ambas as partes tenham se manifestado sobre os fundamentos da tese eventualmente orientadora da decisão no caso concreto.

Aliás, à exceção do IAC – cujo procedimento não prevê a suspensão de processos –, cumpre-nos ressaltar que a decisão que manda suspender os processos condutores de pretensões isomórficas também deve fazer referência ao art. 10, NCPC. Dessarte, é garantia das partes se pronunciarem sobre a identidade (melhor seria, a similitude) de suas pretensões em relação àquelas aventadas no procedimento modelo, antes, logicamente, que seus processos sejam suspensos. Do contrário, também estaríamos aceitando a invalidável decisão-surpresa.

No caso dos recursos extraordinários e especiais repetitivos, o Novo Código traz disposição expressa desse direito da parte (art. 1.037, §9º). Todavia, na parte que rege o IRDC, não há equivalente previsão. Essa ausência não pode repercutir como impedimento, justamente porque, como vimos, a garantia da parte de não ser afrontada com uma decisão-surpresa decorre da efetividade do princípio do contraditório, cuja normatividade dispensa previsão infraconstitucional, não obstante o NCPC tê-lo disciplinado no art. 10.⁴³⁸

⁴³⁸ No mesmo sentido, cf.: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. v. 243, p. 283-331. São Paulo: RT, p. 283-331, mai./2015.

Portanto, se agora, mesmo antes da entrada em vigor do NCPC, já é de todo condenável, com a vigência desse diploma, restará incontestável a imprecisão de entendimentos ao estilo deste:⁴³⁹

[...] segundo a jurisprudência desta Corte de justiça, decisão que determina a suspensão do recurso especial, com fulcro no art. 543-C do Código de Processo Civil [art. 1.036, §1º, NCPC], não tem cunho decisório, pois não se trata de juízo de admissibilidade ou de mérito, que ocorrerá apenas quando o representativo da controvérsia for devidamente julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.

Assim, não se vislumbra nenhum prejuízo de ordem processual em decorrência da não abertura de vista à parte contrária, uma vez que o equívoco no sobrestamento pode ser corrigido até mesmo de ofício.

Ademais, vale lembrar que o Novo Código mantém a previsão do agravo interno contra decisão proferida pelo relator (art. 1.021, *caput*). Em não se conformando com o juízo monocrático, é direito da parte recorrer ao competente órgão colegiado para que a decisão seja revista.⁴⁴⁰

Enfim, merece registro que o texto aprovado do NCPC aboliu a infeliz “súmula impeditiva de recursos”, que no atual CPC/73 é requisito específico de admissibilidade da apelação (art. 518, §1º).⁴⁴¹ Diante do novo diploma, o juízo de admissibilidade desse recurso não mais será realizado em primeiro grau (art. 1.010, §3º), mas caberá ao segundo grau enfrentar e decidir, no mérito, eventual provimento ou desprovimento de apelação que impugna sentença cujo teor diverge ou coincide com determinada súmula dos tribunais superiores.

⁴³⁹ STJ, AgRg nos EDcl em REsp n. 1.355.607/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17.12.2013, DJe 07.02.2014.

⁴⁴⁰ “Legitimidade constitucional da atribuição conferida ao Relator para arquivar, negar seguimento a pedido ou a recurso e a dar provimento a esse - R.I./S.T.F., art. 21, § 1º; Lei 8.038/90, art. 38; C.P.C., art. 557, redação da Lei 9.756/98 - desde que, mediante recurso, possam as decisões ser submetidas ao controle do Colegiado.” (STF, AI n. 384.254-7/CE, Rel. Ministro CARLOS VELLOSO, SEGUNDA TURMA, julgado em 08.06.2004, DJ 25.06.2004).

⁴⁴¹ “À primeira vista, o CPC 518 §1.º parece contribuir para dar maior celeridade ao processo, atendendo ao mandamento da CF 5.º LXXVIII, a pretexto de que o recurso teria poucas chances de ser provido. No entanto, ‘as garantias fundamentais do devido processo legal e do duplo grau de jurisdição não permitem exercício de futurologia em detrimento do direito das partes. Assim como não é constitucional, tampouco razoável, indeferir-se o processamento da apelação sob fundamento de que a sentença aplicou corretamente a lei ou o direito, não se pode indeferir apelação sob fundamento de que o juiz aplicou corretamente a súmula do tribunal.’ (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, cit. p. 96).

O art. 489, §1º, NCPC, trata da motivação exigida em todas as decisões judiciais.

⁴⁴² Sem embargo, da mesma forma que escrevemos em relação ao art. 10, NCPC, o postulado da fundamentação não origina-se daquela previsão infraconstitucional, mas, assim como ensinam os professores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, decorre do próprio Estado de Direito, até mesmo primeiro do que da norma constitucional (art. 93, IX, CF).⁴⁴³

Tratando dos provimentos vinculantes, importa destacar os incisos V e VI do dispositivo em comento. A rigor, é verdade que ambos incisos equivocam-se ao falar em precedente, haja vista toda argumentação neste ensaio exposta. Não obstante, postergado esse nome, devemos compreender a clareza paradigmática que eles nos apresentam.

Enquanto rechaça as “decisões genéricas”, o inciso V manifesta compreensão muito importante para nós. Dele se extrai que nenhum dos provimentos vinculantes pode ser interpretado como *norma*, mas sempre como *texto (programa) normativo*.⁴⁴⁴ Verifiquem que só invocar a *norma* que decidiu um caso passado não basta à fundamentação decisória relativa ao caso presente, mas é preciso de “algo mais”, é preciso que se atualize as possibilidades compreensivas do caso passado perante o caso presente. *Em uma palavra, para uma “resposta adequada”*⁴⁴⁵, é preciso que se interprete os provimentos vinculantes (e não

⁴⁴² Art. 489, §1º, NCPC. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; 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 entendimento.

⁴⁴³ Cf.: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. cit.* p. 1153.

⁴⁴⁴ Nesse sentido, alertam Georges Abboud e Marcos de Araújo Cavalcanti: “A adequada compreensão das diferenças entre texto (enunciado) e norma e, conseqüentemente, a aceitação da superação do silogismo e da interpretação como ato revelador da vontade da lei ou do legislador permitem dizer, por exemplo, que as súmulas vinculantes e a *ratio decidendi* (ou, como dizem os norte-americanos, a *holding*) extraída dos precedentes judiciais são nada mais do que textos normativos, que também precisam ser interpretados para o caso concreto no qual serão aplicados.” (ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do Novo Código de Processo Civil a partir do paradigma pós-positivismo. Revista de Processo*, v. 245. São Paulo: RT, p. 351-377, jul./2015).

⁴⁴⁵ “Em síntese: a resposta correta (adequada) tem um grau de abrangência que evita decisões *ad hoc*. Entenda-se, aqui, a importância das decisões em sede de *jurisdição constitucional* pelo seu papel de proporcionar a aplicação em casos similares. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões forem aplicados para os outros casos idênticos; mas, mais do que isso, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição [...]. Essa resposta (decisão) ultrapassa o raciocínio causal-explicativo, porque busca no *ethos* principiológico a fusão de horizontes demandada pela situação que se apresenta. A decisão constitucionalmente adequada é *applicatio* (superada, portanto, a cisão do ato interpretativo em conhecimento, interpretação e aplicação), logo, a Constituição só acontece como ‘concretização’, como

apenas eles, mas também a lei, a jurisprudência, etc.) como um “projeto de sentido”⁴⁴⁶ à (outra) norma do (outro) caso *sub judice*. Isso é fundamental. É a chave de uma interpretação pós-positivista desses provimentos.

Ao desenvolver a sua *teoria estruturante do direito*, Friedrich Müller, conformado pelo novo paradigma do direito *pós-positivista*⁴⁴⁷, defende que a norma jurídica criada na decisão do caso concreto (na sentença, no acórdão) – “A norma não existe, não é ‘aplicável’.

demonstrado por Friedrich Müller a partir de Gadamer.” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, cit. p. 618-619).

⁴⁴⁶ “A interpretação não consiste em tomar conhecimento do entendido, mas elaborar possibilidades projetadas no entender.” (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*, cit. p. 421).

⁴⁴⁷ “‘Pós-positivista’ significa naturalmente também ‘depois de Kelsen’. Hans Kelsen marcou cientificamente o ponto mais alto do Positivismo, mas permaneceu ainda prisioneiro dos erros dessa escola, que consistiam em, primeiramente, não ver as fronteiras, os *limites da língua* jurídica – visto que Kelsen quis logicizar o Direito, traduzi-lo para uma lógica abstrata, uma lógica formal. E, em segundo lugar, *excluir a realidade* e querer considerar a jurisprudência como ‘pura’. Com isso, retira-se do Direito o seu próprio conteúdo.” (MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. Vários tradutores. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013. p. 14). Friedrich Müller tem crítica bastante contundente à *Teoria Pura do Direito* de Kelsen, reproduziremos alguns pontos, nestes, observem a epistemologia kantiana como pressuposto filosófico da teoria kelseniana: “O que é reconhecido na hermenêutica moderna como a coexistência prenhe de tensões, de elementos cognitivos e volitivos de uma concretização do direito por meio da jurisprudência e da doutrina, permanece separado com toda a pureza em Kelsen. A discussão científica é atribuída à área do conhecimento lógico na interpretação não autêntica; a interpretação autêntica (e. g., na sentença judicial) é concluída por um ato de geração da norma, que aparece como mero ato de vontade, cujas medidas não propõem nenhum problema de teoria jurídica ou genericamente de direito positivo, mas apenas um problema de política jurídica. [...] No ponto decisivo da *Teoria Pura do direito*, que trata da sua fecundidade para a concretização prática do direito, o dualismo abstrato, mantido sem quebra de convicção, volta-se contra o enfoque positivista. São momentos da decisão volitiva, que conclui a interpretação autêntica, os aspectos da justiça, as normas da moral, os juízos de valor social, sobre cuja vigência não se pode dizer nada do ponto de vista do direito positivo. O alcance da positividade consiste apenas em abandonar no âmbito de várias soluções logicamente possíveis a decisão volitiva à sentença judicial ou a um outro ato de geração de uma norma individual, a ser instituído ainda. O fato da norma ‘aplicanda’ ou o sistema de normas deixarem em aberto várias possibilidades, é compreendido por Kelsen como pressuposto da interpretação. O seu enfoque aqui esboçado permite compreender porque a teoria pura do direito não pode dar nenhuma contribuição para uma teoria aproveitável da interpretação. Kelsen deixa expressamente em aberto como a ‘vontade da norma’ deve ser concretamente determinada no caso de um sentido da norma linguisticamente não unívoco. Por intermédio de uma cadeia de postulados dualistas, os problemas materiais da concretização da norma são liminarmente eliminados. Em muitos casos pode-se defender lado a lado várias soluções, não só em ‘termos lógicos’, mas também em termos material-jurídicos. No entanto, o vazio de conteúdo da compreensão kelseniana da norma é mantido mesmo diante da polissemia de textos de normas. Também o positivismo reconhece que uma norma genérica formulada em linguagem permite quase sempre várias interpretações. Mas também aqui a separação de ser e dever-ser, do conhecimento e do ato volitivo, dos pontos de vista do direito e de pontos de vista da ‘política jurídica’ elimina toda e qualquer possibilidade de desenvolver meios concretos de interpretação e aplicação. Os critérios de aferição da decisão volitiva são empurrados na direção da dimensão metajurídica. Silencia-se sobre os critérios de aferição do conhecimento tanto no quadro da interpretação autêntica quanto no da interpretação não autêntica, a não ser que se considera a referência global ao procedimento ‘lógico’ como ponto arqui-médico suficiente para a verdade científica. Não só esta, mas também o direito são concretos. Com vistas ao caso individual prático, a teoria pura do direito fica devendo todo e qualquer auxílio para saber como determinar o quadro em si logicamente da ordem aplicanda da norma. *Ex negativo* evidencia-se mais uma vez o nexó entre epistemologia, compreensão da norma e questões práticas de direito, do qual trata a presente publicação. Como ciência no sentido de Kelsen, a teoria geral do direito não pretende contribuir em nada para a concretização de um determinado ordenamento jurídico positivo como ordenamento com determinados conteúdos.” (*Ibidem*. p. 44-45).

Ela é produzida apenas no processo de concretização”⁴⁴⁸ – está estruturada segundo “programa da norma” e “âmbito (área) da norma”.⁴⁴⁹ Como exposto, essa complexa construção normativa muito informa a análise que ora defendemos sobre os provimentos vinculantes.⁴⁵⁰

O “*programa da norma*”, ou do provimento, constitui o teor literal desse texto – *ente* –, são elementos linguísticos responsáveis pela abertura do campo compreensivo desse texto. Insistimos que a experiência hermenêutica da linguagem nos convida a pensar o que torna possível o dizer – isso não é o dizer, mas o sentido a partir do qual se diz. Por isso, a linguagem nasce como a “manifestação do *ente* em seu *ser*” e não como “nome”. A linguagem não é abstração conceitual. Quando há a abertura desse campo compreensivo “[...] que o programa da norma ‘escolheu para si’ como a ‘sua’ área de regulamentação ou que ele, em parte ‘criou’”⁴⁵¹, a tradição faz ouvir sua voz a partir da linguagem que vem à fala do texto através da interpretação: “o texto da prescrição deve ser tratado como limite da concretização [*normativa*].”⁴⁵² Linguagem, nesse sentido hermenêutico, não se submete a uma análise lógica, ela não é conceptiva: “Com isso os dualismos irrealistas do passado do direito, tais como ‘norma/caso’, ‘direito/realidade’ podem ser aposentados assim como a ilusão da ‘aplicação’ do direito enquanto subsunção puramente lógica ou silogismo ou enquanto a construção linguisticamente não realizável de um ‘limite do teor literal’ definível, coisificado na linguagem.”⁴⁵³ Mas a linguagem é uma experiência de explicitação de um

⁴⁴⁸ Cf.: *Ibidem*. p. 85. Então: “[...] a norma jurídica não está já contida no código legal. Este contém apenas as formas preliminares, os textos das normas. Eles se diferenciam sistematicamente da norma jurídica, que deve ser primeiramente produzida em cada processo individual de decisão, i. e., ‘trazida para fora’ [*hervorgebracht*].” (*Ibidem*. p. 123).

⁴⁴⁹ Cf.: *Ibidem*. p. 194-196. No Brasil, cf.: ABOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial*, cit. p. 95; e NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. *Op. cit.*, loc. cit.

⁴⁵⁰ “Por conseguinte, é fundamental que se compreenda corretamente a distinção entre texto e norma e que usemos o ferramental da hermenêutica para a aplicação do art. 927 em conformidade com a principiologia constitucional, para superarmos um aplicação silogística da lei e desalinhada com o caso concreto.” (STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *Op. cit.* p. 107).

⁴⁵¹ MÜLLER, Friedrich. *Op. cit.* p. 195.

⁴⁵² *Ibidem*. p. 85. No mesmo sentido, escreve Konrad Hesse: “Como o ‘programa da norma’ está, no essencial, contido no texto da norma a ser concretizada, ele deve ser compreendido em seu significado, decisivo para a resolução do problema, no caminho da interpretação do texto.” (HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. 20. ed. Porto Alegre: Fabris, 2008. p. 64). E Gadamer: “Disso podemos extrair que o que é verdadeiramente comum a todas as formas da hermenêutica é que o sentido de que se trata de compreender somente se concretiza e se completa na interpretação, mas que, ao mesmo tempo, essa ação interpretadora se mantém inteiramente atada ao sentido do texto. Nem o jurista nem o teólogo veem na tarefa da aplicação uma liberdade face ao texto.” (GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 493).

⁴⁵³ MÜLLER, Friedrich. *Op. cit.* p. 11.

contexto significante segundo o “*âmbito da norma*”⁴⁵⁴ e que demanda uma atualização interpretativa, uma “*apropriação*”⁴⁵⁵ de sentidos constituintes do enunciado da *norma*. É como ensina Gadamer: “A forma linguística e o conteúdo da tradição não podem ser separados na experiência hermenêutica.”⁴⁵⁶

O “*âmbito da norma*”, ou do provimento – *ser* –, é o contexto significante aberto pela linguagem e que será atualizado, desdobrado, por meio da interpretação: “Certamente pertence à pré-compreensão, como fator metodologicamente diferenciador, o enfoque indagativo pelo qual a interpretação é guiada [...]. A concretização do direito, impossível fora da linguagem, sempre é cocaracterizada por esse horizonte universal, pré-jurídico da compreensão.”⁴⁵⁷ Esse campo (pré-)compreensivo é de projeção: “O projetar do entender tem uma possibilidade própria de desenvolvimento. Chamamos *interpretação* o desenvolvimento do entender. Na interpretação, o entender, entendendo, apropria-se do seu entendido.”⁴⁵⁸

Melhor dizendo: quando Gadamer assinala que a compreensão de texto – “programa normativo” – passa pela percepção do que ele mesmo – o texto – diz, o filósofo se refere ao campo de projeção de sentidos (significatividade) – “*âmbito normativo*” – explicitado pela linguagem. Acontece que esta totalidade significativa – *ser* – não se encontra para além do texto que manifesta, mas quando ela se abre, as possibilidades interpretativas desse campo se projetam no próprio *ente*. Isso faz com que a abertura das possibilidades de sentido do *ente*, repercuta sobre o *ente*: “[...] o âmbito da norma [*Normbereich*] pertence constitutivamente a ela.”⁴⁵⁹⁻⁴⁶⁰

⁴⁵⁴ Com a precisão que lhe é habitual, expõe Gadamer: “Mais importante que tudo isso é algo que estamos apontando desde o princípio: que a linguagem não constitui o verdadeiro acontecer hermenêutico enquanto linguagem, enquanto gramática nem enquanto léxico, mas no vir à fala do que foi dito na tradição, que é ao mesmo tempo *apropriação* e interpretação. Por isso, é aqui, onde se pode dizer com toda razão, que esse *acontecer não é nossa ação na coisa, mas ação da própria coisa*.” (GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 672), (*grifo nosso*).

⁴⁵⁵ “Interpretar a realidade é, assim, um processo de *apropriação*. Como diz Heidegger, *Die jeweilige fattische Entdecktheit ist gleichsam immer ein Raub* (Todo ser-descoberto factual é sempre um como que roubo). Precisamos manter essa *res furtivae conosco*.” (STRECK, Lenio Luiz. O que é verdade? Ou tudo é relativo? E o que dizer a quem perdeu um olho? *Revista Consultor Jurídico* – Coluna Senso Incomum (online). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-out-02/senso-incomum-verdade-tudo-relativo-dizer-quem-perdeu-olho>>, acesso em: 20/08/2015). Nas palavras do filósofo: “O entender traz consigo a possibilidade da interpretação, isto é, da *apropriação do entendido*.” (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo, cit.* p. 453).

⁴⁵⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 640.

⁴⁵⁷ MÜLLER, Friedrich. *Op. cit.* p. 68.

⁴⁵⁸ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo, cit.* p. 421. Vale ainda destacar: “Toda interpretação se funda no entender. O que é como tal articulado na interpretação, e o que de antemão é delineado como articulável no entender em geral, é o sentido.” (*Ibidem.* p. 435).

⁴⁵⁹ MÜLLER, Friedrich. *Op. cit.* p. 123.

Por outro lado, quando essas possibilidades aparecem para o intérprete significa que ele já interpretou. A interpretação já é da ordem da enumeração de possibilidades de leitura do texto – ela move o processo de compreensão do compreensivo.⁴⁶¹ Assim, para que o intérprete possa atualizar uma possibilidade de sentido do texto (*como possibilidades*), já é preciso que esta se mostre como possível no campo de sentido que é o dele, texto (*possibilidades*). Esse “círculo hermenêutico” é *criativo* pois quanto mais a interpretação se desdobra, quanto mais ela conforma o campo compreensivo – *ser* – do texto – *ente* –, mais a compreensão se desvela, mais a compreensão se determina. É como explica Karl Larenz:⁴⁶²

A imagem do ‘círculo’ não será adequada senão na medida em que não se trata de que o movimento circular do compreender retorne pura e simplesmente ao seu ponto de partida – então, tratar-se-ia de uma tautologia –, mas de que eleva a um novo estágio a compreensão do texto. Se o significado de uma palavra aceita em primeira mão pelo intérprete não se adequa ao nexos do sentido do texto, tal como este vem a se revelar ao intérprete no decurso do processo interpretativo, então, o intérprete terá que rectificar sua suposição inicial; se os possíveis (aqui imagináveis) significados da palavra revelam uma conexão de sentido diversa daquela que inicialmente o intérprete tinha conjecturado, este rectifica então a sua conjectura. O processo de olhar para frente e para trás pode ter que repetir-se inúmeras vezes.

E Friedrich Müller:⁴⁶³

A ‘norma jurídica’ se transforma assim em um conceito complexo, composto de programa da norma e âmbito da norma. E ‘atividade concretizante’ não significa mais tornar mais concreta uma norma jurídica genérica, que já estaria contida no código legal, mas significa, a partir de uma ótica e uma reflexão realistas, construção da norma jurídica no caso decisório individual, sendo que os elementos do trabalho textual se tornam cada vez ‘mais concretos’, de uma fase para outra. Isso dinamiza ao mesmo tempo o trabalho dos juristas no eixo norma-caso, apreende esse trabalho de modo realista como um processo também temporal: texto da narrativa do caso e textos das normas na codificação, textos do programa da norma e do âmbito da norma, texto da norma jurídica e da norma decisória (parte dispositiva da decisão). Mas a dinamização próxima à realidade aprende também o eixo-norma-realidade: o âmbito da norma da norma co-constitui a norma jurídica.

⁴⁶⁰ Cf.: GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 405. Em Heidegger, está: “Na interpretação, o entender não se torna algo diverso, mas torna-se ele mesmo.” (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo, cit.* p. 421).

⁴⁶¹ “Ter-se-á de admitir que a compreensão, aqui, implica sempre a aplicação do sentido compreendido.” (GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 493).

⁴⁶² LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 286-287.

⁴⁶³ MÜLLER, Friedrich. *Op. cit.*, p. 123-124.

Ele é desenvolvido a partir do âmbito da coisa [*Sachbereich*] e do âmbito do caso, i. e., diferenciado e operacionalizado.

Este é o “caminho” que entendemos o inciso V do art. 489, §1º, NCPC, trilhar. De novo, o texto dos provimentos vinculantes não guarda um sentido abstrato, como se fosse uma “tutela antecipada de sentido”⁴⁶⁴ apta a solucionar quaisquer contingências “do mundo da vida” que aportem no Judiciário. Mas, como texto, o juiz deve interpretá-lo à luz do caso que tem em mãos. Interpretar significa: aquilo que a partir de um *campo compartilhado* de sentido se torna possível *atualizar*. A partir de um *campo compartilhado* de sentido formado (não apenas) pelos fundamentos determinantes dos provimentos vinculantes (S-S), o juiz deve *atualizar* um significado para o caso presente, que trará consigo (requisitará) uma *norma*.

Não negamos “as pedras que há nesse caminho” – “que no mais das vezes, invadido pela vegetação, termina subitamente no não-trilhado” –, acontece que não acreditamos em “provimentos vinculantes facilitadores”. Não vendemos facilidades (e nem compramos).

O inciso VI do mesmo artigo de lei, a nosso olhar, também informa a diferença (ontológica) entre texto normativo e norma. O verbete sumular, a jurisprudência ou o “precedente” (sic) não podem ser entendidos normas – senão este último e apenas para o caso concreto que decidira –, porque as normas são derivadas extremas da interpretação e, portanto, como *resultados* de uma atualização significativa, *concluem* o julgamento, não sendo mais possível falar em distinção ou superação. A norma faz coisa julgada.

Súmulas, jurisprudência ou “provimentos vinculantes”, ao contrário, são textos normativos que exigem do juiz uma interpretação que não se perca no puro formalismo de verbetes, ementários e dispositivos. *Para a hermenêutica, interpretar é sempre dizer mais do que já se disse*. Importante compreender isto: para que o tribunal editasse uma súmula, consolidasse jurisprudência ou decidisse na forma dos incisos I, III, V do art. 927, NCPC, foi preciso que ele se movimentasse em um horizonte de sentido que permanece velado no verbete, ementa e dispositivo. Daí que, enquanto o juiz se basear nesses construtos normativos para decidir e simplesmente lê-los como se fossem “escritos que se avalizam a si mesmos”⁴⁶⁵, não compreenderá o horizonte de sentido no interior do qual os tribunais se moveram e,

⁴⁶⁴ Cf.: ABBOUD, Georges. *Op. cit.* p. 43.

⁴⁶⁵ “E o fato de que pessoas pouco acostumadas à leitura nunca cheguem inteiramente à suspeita de que algo escrito possa ser falso, tem, como vimos, uma razão hermenêutica profunda, pois para eles todo escrito é uma espécie de documento que se avaliza a si mesmo.” (GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 574-575).

assim, não “dirá” mais do que o tribunal já disse – não haverá qualquer atualização de sentido, haja vista inexistir interpretação (hermenêutica).

Nos breves e precisos termos de Gadamer: “No enunciado se oculta com precisão metodológica o horizonte de sentido do que verdadeiramente tinha-se que dizer.”⁴⁶⁶ Por isso a interpretação só acontece plenamente ao passo que o juiz vá além dos enunciados para, a partir dos fundamentos das decisões, trazer à tona (dar voz) ao sentido do que o tribunal declarou e, então, confrontá-lo aos fundamentos do caso presente, de modo a poder distingui-lo ou superá-lo, nos termos do art. 489, §1º, VI, NCPC.

Neste momento, a leitura conjunta do art. 926, NCPC se faz imprescindível.⁴⁶⁷ Páginas atrás tivemos a oportunidade de discorrer brevemente sobre a teoria dworkiana do “direito como integridade” – “a integridade é a chave para a melhor interpretação construtiva de nossas práticas”⁴⁶⁸. Para rememorarmos:⁴⁶⁹

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento.

Integridade é a virtude interpretativa da prática jurídica e, por isso, atualizadora. Com Dworkin: “[...] o direito como integridade pede-lhes [aos juízes] que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso.”⁴⁷⁰ Coerência, tão-somente, exige que casos semelhantes sejam decididos da mesma maneira, uma jurisdição que repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel e precisamente possível pode ser considerada coerente.⁴⁷¹ Estabilidade decorre de uma prática jurídica íntegra e/ou estável, mas: “Em qualquer caso, a estabilidade crucial é a da integridade: na medida do possível, o sistema de direitos deve ser interpretado como a expressão de uma concepção coerente de justiça.”⁴⁷²

⁴⁶⁶ *Ibidem.* p. 679.

⁴⁶⁷ Art. 926, NCPC. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

⁴⁶⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, cit. p. 260.

⁴⁶⁹ *Ibidem.* p. 271.

⁴⁷⁰ *Ibidem.* p. 273.

⁴⁷¹ Cf.: *Ibidem.* p. 264.

⁴⁷² *Ibidem.* p. 441.

Na medida em que o art. 489, §1º, VI, NCPC, exige do juiz a observação dos enunciados de súmula, jurisprudência ou “precedente” (sic) invocado pela parte, não está prescrevendo nada além do dever de *integridade e coerência*. Seguir esses preceitos (e também a lei, a Constituição) fará com que casos semelhantes sejam decididos do mesmo modo, ou seja, coerentemente. Mas também a *integridade* é reconhecida em sua expressão *anti-pragmatista*, porque impede que os juízes sejam admitidos como “[...] arquitetos de um futuro melhor, livres da exigência inibidora de que, em princípio, devem agir coerentemente uns com os outros”⁴⁷³, afinal, a integridade “[...] faz com que o conteúdo do direito não dependa de convenções especiais ou de cruzadas independentes [...]”⁴⁷⁴

Lembremo-nos que o pragmatismo é essência do indesejável realismo jurídico. Com o apoio do jusfilósofo espanhol Garcia Figuera, Lenio Streck ressalta a concepção de direito desta corrente teórica derivar de um raciocínio jurídico psicológico (e não fenomenológico), exatamente porque os juristas renunciam à capacidade justificadora do sistema jurídico, cuja constituição, no caso brasileiro, também envolve as súmulas e decisões dos Tribunais Superiores, assim como a jurisprudência tribunalística.⁴⁷⁵

Mas o dispositivo em comento não se limita a essas exigências de coerência e integridade em sua compreensão anti-pragmatista. É verdade que ao tratar da distinção no caso em julgamento, ambas as exigências continuam referenciadas, se nos é permitido dizer, em um “sentido negativo”: o juiz deixa de seguir a súmula, a jurisprudência ou provimento vinculante, pois demonstra singularidade no caso *sub judice*. Todavia, também a expressão *anti-convencionalista* da *integridade* é tematizada, ao passo que a demonstração de superação do entendimento convencionalizado é reconhecida determinante para que aqueles preceitos normativos não informem a decisão (norma) do caso concreto.

Em suma, direito como integridade, como prática interpretativa, faz com que aplicar, distinguir e superar tenham lugar na interpretação, na atualização das possibilidades de leitura dos textos sumulares, jurisprudenciais e decisórios a partir do que eles próprios compreendem (*possibilidades*) e do que requisita o caso presente (*como possibilidades*).

⁴⁷³ *Ibidem*. p. 489.

⁴⁷⁴ *Idem*.

⁴⁷⁵ Cf.: STRECK, Lenio Luiz. O realismo ou “quando tudo pode ser inconstitucional”. *Revista Consultor Jurídico* – Coluna Senso Incomum (online). Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2014-jan-02/senso-incomum-realismo-ou-quando-tudo-inconstitucional#_ftnref2>, acesso em: 10/11/2015. Segundo Dworkin: “Uma vez mais, porém, um juiz que aceite o pragmatismo não mais poderá interpretar a prática jurídica em sua totalidade.” (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, cit. p. 273).

Lembremos que a compreensão desses preceitos normativos abre um campo de sentido, mas é só a interpretação que pode expor as possibilidades abertas por esse campo, e haverá ocasiões em que essas possibilidades se conformarão com os fundamentos fáticos-jurídicos constituidores do caso *sub judice*, demandando que o intérprete “siga” a súmula, a jurisprudência ou a decisão invocada. Porém, em outras circunstâncias, seja por uma questão de (in)coerência – os casos não são similares –, ou de integridade – o entendimento passado não é mais (ou nunca foi) expressão de justiça principiológica –, esses mesmos preceitos não serão seguidos.⁴⁷⁶

Assim, concordamos com Lenio Streck e Georges Abboud quando os autores reconhecem na coerência e na integridade a “*chave de leitura*” do sistema vinculatário arquitetado pelo Novo Código.⁴⁷⁷ Apenas diante desse paradigma do Direito, a nosso ver possibilitado pela filosofia hermenêutica-fenomenológica, é que poderemos ter a “esperança de uma realidade”⁴⁷⁸ (A. Suassuna) em que a autoridade desses provimentos não se revele autoritária e, assim, eles possam nos conduzir à “resposta adequada”, como se fossem “caminhos de princípios”.

⁴⁷⁶ “O convencionalismo exige que os juízes estudem os repertórios jurídicos e os registros parlamentares para descobrir que decisões foram tomadas pelas instituições às quais convencionalmente se atribui poder legislativo. Uma vez, porém, que um juiz tenha aceito o convencionalismo como guia, não terá novas ocasiões de interpretar o registro legislativo como um todo, ao tomar decisões sobre casos específicos.” (*Ibidem.* p. 272).

⁴⁷⁷ Cf.: STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. *Op. cit.* p. 123.

⁴⁷⁸ “O otimista é um tolo. O pessimista, um chato. Bom mesmo é ser um realista esperançoso.” (A. Suassuna)

CONCLUSÃO

Em 1990 o cineasta italiano Giuseppe Tornatore dirigiu o premiado “*Stanno tutti bene*”. A película narra o drama de um senhor siciliano que decide ir conhecer a realidade de seus filhos visitando-os em outras partes da Itália, onde cada um morava. Seguro de encontrar um ambiente familiar sereno, como de longe lhe parecia ser, o pai se depara com uma inquieta vida de seus filhos. Ao retornar à Sicília ciente da verdade, desabafa: “*Ho camminato assai... ed ho scoperto tante cose... per esempio, che la nostra terra non è bella di per se come dicono tutti... è bella perché standoci dentro le cose lontano sembrano migliori...*”⁴⁷⁹

É certo que uma prática jurídica identificada na promoção da justiça fundamenta-se na previsibilidade das decisões judiciais. Não há isonomia que se sustente enquanto a incoerência decisional simbolizar sem pudor os tribunais, em claro descompromisso Constitucional reconhecido, inclusive, por seus próprios integrantes:⁴⁸⁰

Nas praias de Turismo, pelo mundo afora, existe um brinquedo em que uma enorme boia, cheia de pessoas é arrastada por uma lancha. A função do piloto dessa lancha é fazer derrubar as pessoas montadas no dorso da boia. Para tanto, a lancha desloca-se em linha reta e, de repente, descreve curvas de quase noventa graus. O jogo só termina, quando todos os passageiros da boia estão dentro do mar. Pois bem, o STJ parece ter assumido o papel do piloto dessa lancha. Nosso papel tem sido derrubar os jurisdicionados.

Por isso, o tom da nossa crítica à jurisprudência fragmentada e pactuada nos tribunais brasileiros. Não obstante, como costumam dizer aqueles de quem, justamente, buscamos inspiração: “*For every complex problem there is an answer that is clear, simple and wrong.*”⁴⁸¹

Sem que visitemos o *stare decisis*, a partir de seus próprios autores, não há como conhecermos a legítima expressão dos precedentes judiciais. De longe, podemos imaginar que ao dispormos na lei a vinculação de determinadas decisões judiciais, estaremos incorporando uma cultura secular que se mostra assaz complexa, mas, na verdade, permaneceremos perdidos na resposta enganada.

⁴⁷⁹ Isto é: “Eu caminhei muito... e descobri muitas coisas... por exemplo, que nossa terra não é bela por si só como dizem todos... é bela porque permanecendo nela, as coisas de fora parecem melhor...” (trad. livre)

⁴⁸⁰ Voto do Ministro Humberto Gomes de Barros no AgRg no REsp n.º 382.736/SC, julgado em 09/10/2003, DJ 25/02/2004, STJ.

⁴⁸¹ Isto é: “Para cada problema complexo há uma solução que é clara, simples e errada.” (trad. livre) Trata-se de um ditado americano.

Não é um comando legal ou jurisdicional que institui o precedente. Mas a autoridade de determinadas decisões anteriores é reconhecida à proporção que seus fundamentos sejam maturados e estabilizados pela tradição jurídica. A procedência dos precedentes demanda uma depuração-histórica-hermenêutica de seus fundamentos. Isso porque o cuidado que os juízes ulteriores vivenciarão perante o precedente é condicionado ao esforço intelectual dispensado nas razões deste. Apesar de qualquer previsão dispositiva, é comum que um julgado carente de fundamentação compromissada seja negligenciado pelos tribunais.

Portanto, o objeto de um precedente é a princípio controvertido, sendo que sua aptidão vinculante apenas se conforma na aplicação reiterada (da *ratio*) desse julgado. Essa constituição faz-nos compreender que, no *common law*, é inviável que os Tribunais Superiores, desde o momento em que decidam um *leading case*, já imponham seu cumprimento para os demais órgãos jurisdicionais – essa (pretenciosa) disposição cede para a carência de uma “decantação-hermenêutica” da sua “força gravitacional”. Este é o ponto: o sentido (da vinculação) dos precedentes não é dado a partir de uma premissa, a priori; mas é na dinâmica de realização do precedente que ele acontece.

A interpretação hermenêutica dos precedentes, antes de reproduzir textos de jurisprudência, súmulas, provimentos vinculantes – e aqui desimporta a nomenclatura *dada* –, desenvolve o sentido que cada um daqueles apresenta no interior de um horizonte histórico ao passo que atualiza as suas possibilidades compreensivas da conformação entre o passado do texto e o presente da norma.

O Direito não pode se perder no impessoal. Parece delírio lembrar – e que bom que assim figure, ainda –, mas antes de processos, a ordem jurídica tem como matéria prima a vida, o homem. É oportuno resgatarmos as lições de Martin Heidegger no ponto em que o filósofo relaciona o impessoal ao mundo da indecisão, mesmo que o autor não dialogue diretamente com o Direito, parece-nos possível e esclarecedor ocuparmo-nos de sua filosofia para dizer que quando a complexidade da vida se abstrai em conceitos, em números (processuais), então, daí, não há mais o que se decidir, resta só a indecisão, pois já se decidiu sobre o “poder-ser factual do *Dasein* – as tarefas, as regras, as unidades de medida, a urgência

e a amplitude” do sentido dos textos normativos.⁴⁸² Substituiremos, portanto, o mundo da vida pelo da técnica, no qual as individualidades de cada caso serão, todas, esquecidas nas (in)decisões judiciais.

É na esperança de uma interpretação constitucional que nos voltamos para o NCPC e, especialmente, para os “Provimentos Judiciais Vinculantes” do art. 927. É a partir de um olhar hermenêutico-constitucional que pretendemos afastar a pecha da “impessoalidade” desses provimentos vinculantes. Portanto, não aceitamos nenhum discurso facilitador, é inconstitucional e claramente anti-hermenêutico sustentar que qualquer dos provimentos vinculantes servirá de norma (dogma) para qualquer caso, seja este presente ou futuro, real ou fictício, de pretensão homogênea ou heterogênea, enfim, qualquer caso.

⁴⁸² “Perdido em a-gente já fica cada vez decidido o imediato poder-ser factual do *Dasein* – as tarefas, as regras, as unidades de medida, a urgência e a amplitude do ser-no-mundo [...]” (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo, cit.* p. 735).

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: RT, 2014.

_____. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2011.

_____. Precedente Judicial versus Jurisprudência dotada de efeito vinculante: a ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, p. 491-552, 2012.

_____; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: RT, 2013.

_____; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do Novo Código de Processo Civil a partir do paradigma pós-positivismo. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 245, p. 351-377, jul./2015.

AIDAR BONDIOLI, Luis Guilherme. *Embargos de declaração* – Coleção Theotonio Negrão. In: José Roberto F. Gouveia (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2005.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALMEIDA, Custódio; FLICKINGER, Hans-Georg; ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000.

ALVES, Paulo César; RABELO, Míriam Cristina; SOUZA, Iara Maria. Hermenêutica-fenomenológica e compreensão nas ciências sociais. *Sociedade e Estado*. Brasília: UnB, v.29, n.1, p. 181-198, jan./abr. 2014.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. A sentença no processo civil. As diversas formas de terminação do processo em primeiro grau. *Revista de Processo*, v. 2, p. 13-94, São Paulo: RT, abr./jun., 1976.

_____. Recurso especial: fundamentação vinculada. In: _____. *Soluções práticas de direito*. São Paulo: RT, 2011. p. 669-712. v.4.

_____. *Tratado de direito processual civil*. São Paulo: RT, 1990. v.1.

ARISTÓTELES. *Metafísica*. Trad. Patricio Azcárate. 13. ed. Madrid: Espasa-Calpe, 1990.

AKANMIDU, Raphael A. The Morality of Precedent in Law. *Ratio Juris*, v. 14, n. 2, p. 244-251, June/2001.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Juízo de retratação e reexame obrigatório em segundo grau. In: *Temas de direito processual*. Sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: *Temas de direito processual*. Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

BARROSO, Luís Roberto. Ação popular e ação civil pública. Aspectos comuns e distintivos. *Revista de Direito Administrativo Aplicado*. Curitiba: Gênese, v. 1, n. 1, p. 63-71, abr/1994.

BHATTI, Amrin. *Using cases to illustrate, explain how and why the courts make use the doctrine of judicial precedent and statutory interpretation to resolve points of law*. Disponível em: <<http://www.peterjepson.com/law/Amrin%20LAS-3%20Essay.pdf>>, acesso em: 21/10/2015.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. 2. ed. São Paulo: Mandarim, 2000.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra. Trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. Na ação do consumidor, pode ser inútil a defesa do fornecedor. *Revista do Advogado da AASP*, n. 33, p. 81-82, dez./1990.

BRECHT, Bertolt. *O círculo de giz caucasiano*. 2. ed. Trad. Manuel Bandeira. São Paulo: Cosac Naify, 2010.

_____. A vida de Galileu. In: *Teatro Completo*. 3.ed. Trad. Roberto Schwartz. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. v.6.

BUENO, Cássio Scarpinella. De volta ao prequestionamento – duas reflexões sobre o RE 298.695-SP. In: Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, p. 61-86, 2005. v.8.

_____. Quem tem medo do prequestionamento? *Revista dialética de direito processual*. São Paulo: Dialética, v. 1, p. 23-53, 2003.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo código de processo civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 243, p. 333-362, mai./2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CARDOZO, Benjamin N. *The nature of judicial process*. New Haven: Yale University, 1921.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta*. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. v.2

_____. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra Ed., 1983.

CHIARLONI, Sergio. Funzione nomofilattica e valore del precedente. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, p. 225-243, 2012.

CORSALE, Massimo. *Certezza del diritto e crisi di legittimità*. Milano: Giuffrè, 1979.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4. ed. Oxford: Clarendon, 1991.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo código de processo civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 193, p. 255-280, mar./2011.

De WAAL, Cornelis. *Sobre pragmatismo*. Trad. Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Loyola, 2007.

DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; NUNES, Dierle; MOREIRA, Ana Luísa de Navarro. Recursos extraordinários, precedentes e a responsabilidade política dos tribunais. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 237, p. 473-493, nov./2014.

DIDIÉR JR., Fredie; ZANÉTI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil - processo coletivo*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2013. v. 4.

_____. *Estudos sobre improbidade administrativa em homenagem ao Prof. J.J. Calmon de Passos*. In: Alexandre Albagli Oliveira, Cristiano Chaves, Luciano Ghigone (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil - meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2012. v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

DUXBURY, Neil. *The nature and the authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University, 2008.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University, 1985.

EISENBERG, Melvin Aron. *La natura del common law*. Trad. Massimiliano Granieri. Milano: Giuffrè, 2010.

EVANS, Jim. Change in the doctrine of precedent during the nineteenth century. In: GOLDSTEIN, Laurence (Org.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon, p. 35-72, 1987.

FÁVERO, Altair Alberto; TAUCHEN, Gionara. Didática, hermenêutica e pluralidade em educação. *Revista Educação*. Porto Alegre: Edipucrs, v. 35, n. 1, p. 102-109, jan./abr. 2012.

FRANCIS, Joseph F. Three cases on possession – some further observations. *St. Louis Law Review*, v. 11, p. 11-24, 1928.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 4. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2002.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao realismo jurídico norte-americano*. Brasília: Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, 2013.

GOLDRING, John; MAHER, Laurence; MCKEOUGHT, Jill; PEARSON, Gail. *Consumer protection law*. 5. ed. Sydney: The Federation, 1998.

GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. *The Yale Law Journal*, v. 40, n. 2, p. 161-183, Dec./1930.

_____. *Precedent in English and Continental Law*. An Inaugural Lecture Before the University of Oxford. Londres: Stevens and Sons, 1934.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.

GRONDIN, Jean. *Introducción a la hermenêutica filosófica*. Trad. Ângela A. Pilári. Barcelona: Herder, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: _____; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. rev., atual. e ref. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v.2, Processo Coletivo (arts. 81 a 104 e 109 a 119).

_____. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975.

HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre o humanismo*. Trad. Rubens Eduardo Frias. 2. ed. rev. São Paulo: Centauro, 2005.

_____. *Ontologia: Hermenêutica da Facticidade*. Trad. Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2012.

_____. *Ser e tempo*. Tradução, organização, nota prévia, anexos e notas: Fausto Castilho. Campinas, SP: Unicamp; Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. 20. ed. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 2008.

HOBBSAWM, Eric J. *A era das revoluções: Europa 1789-1848*. 3. ed. Trad. Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.

HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado*. Trad. Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991.

HOLMES, Oliver Wendell Jr. The path of the law. *Harvard Law Review*, v. 10, p. 457-478, 1897.

HUSSERL, Edmund. *A ideia da fenomenologia*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1989.

INWOOD, M. J. *Dicionário Heidegger*. Trad. Luísa Buarque de Holanda; revisão técnica, Márcia Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

KAFKA, Franz. *O processo*. Trad. Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad., textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru, SP: EDIPRO, 2003.

_____. *Crítica da razão pura*. Trad. Lucimar A. Coghi Anselmi; Fulvio Lubisco. São Paulo: Martin Claret, 2009.

_____. *Prolegómenos a toda a metafísica futura*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2008.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: _____; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 57-208, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

_____. *Teoria pura do direito*. 8. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KLASS, Gregory. Intent to contract. *Virginia Law Review*, v. 95, p. 1437-1503, july/2009.

KNIFFEN, Margaret N. Overruling Supreme Court Precedents: anticipatory actions by United States Court of Appeals. *Fordham Law Review*, v. 51, n. 1, p. 53-89, 1982.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. Legal precedent: a theoretical and empirical analysis. *The journal of law and economics*, v. 19, p. 249-307, feb./1976.

LEE, Thomas R. Stare decisis in economic perspective: an economic analysis of the Supreme Court's doctrine of precedent. *North Carolina Law Review*, n. 78, p. 643-670, 2000.

MacCORMICK, D. Neil. Why cases have rationes and what these are. In: GOLDSTEIN, Laurence (Org.). *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon, p. 153-182, 1987.

_____; SUMMERS, Robert S. Further General Reflections and Conclusions. In: _____; _____ (Org.). *Interpreting Precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth, p. 531-550, 1997.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de processo civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 9. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2010.

MALPAS, Jeff. O aceno da linguagem: a transformação hermenêutica no pensamento de Heidegger. Trad. Alexander de Carvalho. *Ekstasis: revista de hermenêutica e fenomenologia*, v.1, n.1. Rio de Janeiro: UERJ, p. 143-164, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Recurso extraordinário e recurso especial*. São Paulo: RT, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: RT, 2013.

_____. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*. Curitiba, n. 49, p. 11-58, 2009.

_____; MITIDIERO, Daniel. Comentário ao art. 5º, inciso LXXIV. In: J. J. Gomes Canotilho; Gilmar Ferreira Mendes; Ingo Wolfgang Sarlet; Lenio Luiz Streck (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MARKMAN, Stephen. Precedent: tension between continuity in the law and the perpetuation of wrong decisions. *Texas Review of Law & Politics*, v. 8, n. 2, p. 283-288, Spring 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2012.

MEDINA, José Miguel Garcia. O que precisamos é uma jurisprudência íntegra. *Revista Consultor Jurídico – Coluna Processo novo* (online). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-12/processo-precisamos-jurisprudencia-integra>>, acesso em: 04/02/2015.

MELO, Rebeca Furtado de. Entre compreensão e interpretação: para uma hermenêutica filosófica no pensamento de Heidegger. *Ekstasis: revista de hermenêutica e fenomenologia*, v.2, n.1. Rio de Janeiro: UERJ, p. 84-99, 2013.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo código de processo civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 243, p. 283-331, mai./2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. Comentário ao artigo 5º, LIV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; _____. SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MILSON, S. F. C. Reason in the development of the common law. *Law Quarterly Review* (LQR). London: Sweet & Maxwell, v. 81, p. 496-517, 1965.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 245, p. 333-249, jul./2015.

MONNERAT, Fábio Victor da fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

MORUJÃO, Alexandre Fradique. Prefácio da tradução portuguesa. In: KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 5. ed. Trad. _____. Manuela Pinto dos Santos. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Vários tradutores. São Paulo: RT, 2013.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F.; BONDIOLI, Luis Guilherme A.; com a colaboração de João Francisco Naves da Fonseca. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 42. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson . Ação civil pública. *Revista de Processo*, v. 31, São Paulo: RT, p. 224-232, jul./1983.

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

_____; ABOUD, Georges. Noções fundamentais sobre pós-positivismo e direito. *Revista de Direito Privado*, v. 53, p. 11-20, São Paulo: RT, jan./mar., 2013.

_____. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 10. ed. rev., ampl. e atual. com as novas Súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Teoria geral dos recursos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2014.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as técnicas “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*, v. 199, p. 41-82, São Paulo: RT, set./2011.

_____. O Novo CPC consagra concepção dinâmica do contraditório. *Revista Consultor Jurídico (online)*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-08/dierle-nunes-cpc-consagra-concepcao-dinamica-contraditorio>>, acesso em: 11/10/2015.

_____. Comentários acerca da súmula impeditiva de recursos (Lei 11. 276/2006) e do julgamento liminar de ações repetitivas (Lei 11.277/2006): do duplo grau de jurisdição e do direito constitucional ao recurso (contraditório sucessivo) – aspectos normativos e pragmáticos. *Revista de Processo*, v. 137, p. 171-186, São Paulo: RT, jul./ 2006.

_____; LACERDA, Rafaela; MIRANDA, Newton Rodrigues. O uso do precedente judicial na prática judiciária brasileira: uma perspectiva crítica. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 62, p. 179-208, Belo Horizonte: UFMG, jan./jun. 2013.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; STRECK, Lenio Luiz. Algumas indicações sobre o método fenomenológico-hermenêutico. *Revista Consultor Jurídico – Coluna Diário de Classe (online)*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-26/diario-classe-indicacoes-metodo-fenomenologico-hermeneutico>>, acesso em: 20/01/2016.

PANUTTO, Peter. A preferência constitucional pelo controle concentrado de constitucionalidade e os precedentes judiciais vinculantes no Novo CPC. *Revista de Processo*, v. 242, p. 359-590, São Paulo: RT, abril/2015.

PORTO, Sérgio Gilberto. Common law, civil law e o precedente judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil*. Homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: RT, p. 761-776, 2005.

PRAKKEN, Henry; SARTOR, Giovanni. Modelling reasoning with precedents in a formal dialogue game. In: SARTOR, Giovanni; BRANTING, Karl (ed.). *Judicial applications of artificial intelligence*. Dordrecht: Kluwer Academic, p. 127-183, 1998.

PUGLIESE, William Soares. *Teoria dos precedentes e interpretação legislativa*. Dissertação de mestrado apresentada na Universidade Federal do Paraná em 2011.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RASMUSEN, Eric. Judicial legitimacy as a repeated game. *Journal of Law, Economics, and Organization*, n. 10, p. 63-83, April 1994. Disponível em: <<http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1042&context=rasmusen>>, acesso em: 27.05.2015.

REIS, Róbson Ramos dos. Nota sobre a origem da negação em *O que é metafísica? O que nos faz pensar*: PUCRJ, v. 23, p. 133-142, jun./2008.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. *Controle remoto e decisão judicial*. Quando se decide sem decidir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, v. 39, n. 3, p. 571-605, feb./1987.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *A (crise de) fundamentação das decisões judiciais e a construção da resposta ao caso concreto*. Dissertação de mestrado apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2014.

SCHROTH, Ulrich. Hermenêutica filosófica e jurídica. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (orgs.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Trad. Marcos Keel. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 381-408, 2002.

SIMPSON, A. W. B. The common law and legal theory. In: HORDER, Jeremy (ed.). *Oxford Essays in Jurisprudence*. Second Series. Oxford: Clarendon, p. 77-99, 1973.

_____. The common law and legal theory. In: HORDER, Jeremy (ed.). *Oxford Essays in Jurisprudence*. Second Series. Oxford: Clarendon, p. 77-99, 1973.

SILVA, Eliana Borges da. *O conceito de existência em Ser e Tempo*. Dissertação de mestrado apresentada na Universidade Federal de Goiás em 2010.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.

_____. *Uma breve introdução à filosofia*. 2. ed. Rio Grande do Sul: Unijuí, 2005.

_____. O incontornável como o inacessível: uma carta inédita de Martin Heidegger. *Revista Natureza Humana*, v. 1, n. 2, p. 231-250, São Paulo: DWW, dez./1999.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed., 2 tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. O que é verdade? Ou tudo é relativo? E o que dizer a quem perdeu um olho? *Revista Consultor Jurídico – Coluna Senso Incomum* (online). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-out-02/senso-incomum-verdade-tudo-relativo-dizer-quem-perdeu-olho>>, acesso em: 20/08/2015.

_____. O realismo ou “quando tudo pode ser inconstitucional”. *Revista Consultor Jurídico – Coluna Senso Incomum* (online). Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2014-jan-02/senso-incomum-realismo-ou-quando-tudo-inconstitucional#_ftnref2>, acesso em: 10/11/2015.

_____. O juiz que fez a coisa certa! Mídia e moral não são fontes do Direito. *Revista Consultor Jurídico – Coluna Senso Incomum* (online). Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-nov-19/senso-incomum-juiz-fez-coisa-certa-midia-moral-nao-sao-fontes-direito#sdfootnote3anc> >, acesso em: 20/11/2015

_____; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 3. ed. rev. atual. de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: MacCORMICK, D. Neil; _____ (Org.). *Interpreting Precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth, p. 355-370, 1997.

STRONG, S. I.; WILLIAMS, Liz. *Tort law. Text, cases, and materials*. 2. ed. Oxford: Oxford University, 2011.

TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Napoli: Editoriale Scientifica SRL, 2007.

TOLSTÓI, Lev. *A morte de Ivan Ilitch*. Trad. Boris Schnaiderman. São Paulo: Editora 34.

TRINDADE, André Karam. O dia em que o romance em cadeia virou cadeia sem romance. *Revista Consultor Jurídico – Coluna Diário de Classe* (online). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-17/diario-classe-dia-romance-cadeia-virou-cadeia-romance>>, acesso em: 06/01/2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Direitos transindividuais: conceito e legitimação para agir. *Revista Jurídica* (Guarapuava), Porto Alegre, v. 331, p. 9-26, 2005.

_____. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2002.

UNITED STATES COURTS. History – *Brown v. Board of Education Re-enactment*. Disponível em: <<http://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/history-brown-v-board-education-re-enactment>>, acesso em: 05/11/2015.

VASCONCELLOS, Marcos de; ROVER, Tadeu. Juízes pedem veto à artigo que traz regras para fundamentação de decisões. *Revista Consultor Jurídico* (online). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao>>, acesso em: 11/10/2015.

WAMBAUGH, Eugene. *The study of cases: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticizing and comparing authorities, and compiling digests*. Boston: Little, Brown & Co., 1892.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: _____ (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, p. 11-95, 2012.

WATANABE, Kazuo. Do processo individual de defesa do consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; _____; NERY JUNIOR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. rev., atual. e ref. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v.2, Processo Coletivo (arts. 81 a 104 e 109 a 119).