

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (IDP)
DOUTORADO EM DIREITO

GUILHERME PUPE DA NÓBREGA

JURISDI(SCRI)ÇÃO
A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL COMO ESTRATÉGIA E SUA (IN)VALIDIDADE
PERANTE O DIREITO

BRASÍLIA/DF

2021

GUILHERME PUPE DA NÓBREGA

JURISDI(SCRI)ÇÃO

A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL COMO ESTRATÉGIA E SUA (IN)VALIDIDADE
PERANTE O DIREITO

Tese de Doutorado, desenvolvida sob a orientação do Professor Doutor Georges Abboud e coorientação do Professor Doutor Jorge Amaury Maia Nunes, apresentada para obtenção de título de doutor em Direito Constitucional.

BRASÍLIA/DF

2021

GUILHERME PUPE DA NÓBREGA

JURISDI(SCRI)ÇÃO

A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL COMO ESTRATÉGIA E SUA (IN)VALIDADE
PERANTE O DIREITO

Qualificação de Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional do IDP, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito Constitucional.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Georges Abboud (orientador)
PUC-SP/IDP-DF

Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes
IDP-DF

Prof. Dr. Lenio Luiz Streck
UNISINOS-RS

Prof^a. Dra. Teresa Arruda Alvim
PUC-SP

Prof. Dr. Tércio Sampaio Ferraz Júnior
USP-SP

À memória de Jorge Amaury Maia Nunes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
PARTE I – UMA DIAGNOSE.....	18
1. O QUE É ISTO – DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL?.....	19
1.1 Positivismo legalista	19
1.2 Positivismo normativista – no contexto do Positivismo metodológico/conceitual	26
1.3 A reação de Dworkin – e a reação àquela reação	32
1.4 Um saldo crítico no contexto do “pós-positivismo”	36
1.5 Um fecho: a noção de discricionariedade judicial de que parto	42
2. A DISCRICIONARIEDADE OSTENSIVA – OU PERFORMATIVA: UMA PESQUISA EMPÍRICA	46
2.1 Parâmetros de pesquisa.....	47
2.2 Achados	49
2.3 Análise geral	57
2.3.1 O tema da dosimetria	61
2.3.2 O tema da “livre” valoração e admissão da produção de prova	65
2.3.3 O tema das tutelas provisórias	70
2.4 Um fecho: a discricionariedade judicial constatada empiricamente.....	73
3. O SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES COMO EXEMPLO DE DISCRICIONARIEDADE ESTRATÉGICA.....	75
3.1 O tema no <i>common law</i> : da segurança à insegurança.....	76
3.2 O tema no <i>civil law</i> : de juízes “boca da lei” a produtores do direito.....	82
3.3 O tema sob a perspectiva brasileira: os precedentes (persuasivos ou vinculantes) como tentativa de combate à imprevisibilidade.....	88
3.4 A discricionariedade reage: ou a apropriação judicial-discricionária do sistema de precedentes no Brasil	93
3.4.1 Independência judicial: “em relação à lei” ou “em razão da lei”?.....	93
3.4.2 Os precedentes como ferramenta estratégico-institucional de gestão judicial, mais que de segurança jurídica	101
3.4.3 A discricionariedade judicial alcança as reclamações constitucionais	122
3.5 Um fecho do Capítulo e da Parte I.....	133

PARTE II – A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL (FALSEADA) EM PERSPECTIVAS	135
4. DECIDIR NÃO É ESCOLHER: UMA PERSPECTIVA NEUROJURÍDICA.....	136
4.1 A assimilação científica da ignorância sobre o inconsciente: o que não sabemos que não sabemos e como isso influencia o que achamos saber?	136
4.2 Julgamentos morais intuitivos: o modelo sociointuicionista	145
4.3 Neurodireito: a discricionariedade como ocultamento de aportes morais e como disfarce de intuições inarticuláveis perante o/no sistema jurídico	151
4.4 Um fecho: discricionariedade como julgamento moral sociointuicionista.....	160
5. SIGNIFICAR NÃO É ESCOLHER: UMA PERSPECTIVA SEMIOLÓGICA.....	163
5.1 Algumas premissas teóricas dignas de revisita.....	164
5.1.1 Semiologia em Saussure	165
5.1.2 Semiótica em Peirce.....	166
5.1.3 Neopositivismo lógico	167
5.1.4 Filosofia da linguagem ordinária	168
5.1.5 Retórica.....	170
5.2 A assimilação da prática pela significação: ou um saldo crítico das premissas teóricas revisitadas	171
5.3 A semiologia do poder.....	175
5.4 Significação, desconstrução e reconstrução.....	180
5.5 Um fecho: a falácia discricionária, desconstruída semiologicamente	188
6. INTERPRETAR NÃO É ESCOLHER: UMA PERSPECTIVA FILOSÓFICO-HERMENÊUTICA	193
6.1 O surgimento da subjetividade e a filosofia da consciência	194
6.2 O giro ontológico-linguístico em favor de uma filosofia hermenêutica.....	196
6.3 Da filosofia hermenêutica à hermenêutica jurídica	200
6.4 A repriminção da filosofia da consciência e o ressurgimento do sujeito solipsista ...	204
6.5 Como combater hermeneuticamente a discricionariedade solipsista?.....	207
6.6 Um fecho: uma ode à hermenêutica	213
7. ALOPOIESE DISCRICIONÁRIA: UMA PERSPECTIVA SISTÊMICA	214
7.1 O direito enquanto sistema	214
7.2 Discricionariedade judicial: sistema jurídico ou psíquico?	218

7.3 O efeito degenerativo da discricionariedade judicial.....	222
7.4 Um fecho: corrupção sistêmica, quebra da autonomia e degeneração	226
PARTE III – UMA PROPOSTA	227
8. DOUTRINA E CONSTRANGIMENTO	229
8.1 A importância da doutrina	230
8.2 A crise da doutrina no Brasil	234
8.3 Um fecho: a doutrina deve resgatar-se para voltar a doutrinar.....	238
9. UMA TEORIA COGNITIVA DA DECISÃO JUDICIAL A PARTIR DO PROCESSO COMO VETOR DE REALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL	242
9.1 A deterioração do processo judicial como limitação do poder.....	242
9.2 Não é menos “efetiva” uma jurisdição democrática afiançadora do contraditório.....	246
9.3 Processo (e procedimento) como enriquecimento da cognição e como vetor de limites constitucionais ao arbítrio: alguns exemplos	252
9.3.1 Processos estruturais	255
9.3.2 Proceduralização	258
9.4 Um fecho: a cognição como instituto processual de democratização da jurisdição e de diluição de subjetivismos.....	262
CONCLUSÃO	264
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	266

RESUMO

Este trabalho trata da discricionariiedade judicial como fundamento e como estratégia. Apesar de a pesquisa ser ampla no tempo e no espaço, a realidade objetiva enfocada é a brasileira. Partindo da delimitação de um conceito de discricionariiedade judicial, na sequência se testa empiricamente sua recorrência no Brasil. Verificada essa ocorrência, são enfrentados e testados — sob perspectivas neurojurídica, semiológica, hermenêutica e sistêmica — os fundamentos justificadores da discricionariiedade judicial como matriz argumentativa e estratégica. Por fim, sendo a discricionariiedade situada como uma ideologia não jurídica, mas sendo ela inafastável, são abordadas formas de seu enfrentamento pelo direito: pela doutrina e por uma visão democrática da cognição judicial.

Palavras-chave: discricionariiedade judicial; estratégia; validade; direito.

ABSTRACT:

This work deals with judicial discretion as legal reasoning and as a discursive strategy. Although the research is broad in time and space, the reality focused on is the Brazilian one. Starting from the delimitation of a concept of judicial discretion, in the sequence its recurrence in Brazil is empirically tested. Once this occurrence is verified, the justification foundations of judicial discretion as an argumentative and strategic matrix are faced and tested — from a neuro-legal, semiological, hermeneutic and systemic perspective. Finally, since discretion is situated as a non-legal ideology, but being inescapable, ways of confronting it are addressed: through doctrine and through a democratic vision of judicial cognition.

Keywords: judicial discretion; strategy; validity; law.

INTRODUÇÃO

“Ó, discricionarietà! Quantos árbitrios se cometem em teu nome!” Essa frase de abertura é uma adaptação da conhecida fala de Manon Roland, viscondessa francesa que desempenhou importante papel no partido girondino durante a Revolução Francesa, dita pouco antes de ser morta pela guilhotina: “*Oh! Liberté, que de crimes sont commis en ton nom!*”¹

O aforismo é propício. “Discricionarietà judicial” é locução de conteúdo fluido, que ora tem designado a atividade judicial perante *hard cases*², ora o preenchimento de lacunas normativas³, ora, ainda, o arbítrio puro e simples⁴.

Em suma, é “categoria jurídica” — será? — que mais parece ser apropriada ao sabor do objetivo que mova o intérprete: seja para utilizá-la como instrumento, seja para contra ela erigir a mais vigorosa crítica. Exatamente por isso talvez não se trate propriamente de categoria jurídica, não exprimindo um conceito, mas, sim, de locução cujo sentido — a tautologia é inevitável — é discricionariamente preenchido por aquele que dele se vale, segundo o propósito que o mova.

Foi essa inquietação, experimentada ao longo de anos, que me moveu neste trabalho: o incômodo de enxergar na discricionarietà judicial fundamentação a nada fundamentar. Intuitivamente, algo sempre me pareceu errado — como quando nos deparamos com um sinal indicativo de crase aparentemente mal-empregado —, mas ainda precisava sofisticar um raciocínio que me permitisse elaborar uma visão propriamente científica a respeito da questão.

¹ LACROIX, Paul. *Histoire de France*: depuis les temps les plus reculés jusqu’à la révolution de 1789. Paris: Dufour et Mulat, éditeurs, 1850. p. 216.

² “O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o “poder discricionário” para decidir o caso de uma maneira ou de outra, (...)” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 127).

³ “(...) entendemos que a discricionarietà não é um fenômeno confinado à ação do Estado enquanto administrador, mas se revela, também, enquanto legislador ou juiz; é uma técnica de integração jurídica: um tema que transcende o Direito Administrativo e interessa a todo o Direito Público. (...) discricionarietà é a possibilidade jurídica criada por uma norma originária, para o exercício de uma definição integrativa do interesse público específico nela previsto, por uma nova norma ou ato concreto derivados.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionarietà*: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionarietà de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 20-21).

⁴ “As leis continuam a desempenhar na nossa vida jurídica, tal como dantes, um enorme papel: os juízes estão obrigados a elas recorrer sempre que se adequem a uma situação de facto. De outro modo deixariam as leis de ser ‘coagentes’ e falhariam a sua tarefa de direcção no seio da comunidade. Carecem assim e sempre de interpretação, e visto que esta deve convalidar o que o legislador (de modo racional, com consideração do escopo da regulação e das relações reguladas) pretendeu dizer (dispor), não pode o intérprete aqui proceder de modo arbitrário ou discricionário.” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução: José Lamego, 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 2-3).

Daí o mote desta pesquisa, cujo objeto de investigação — *situado na interface entre dogmática jurídica e filosofia do direito*⁵ — centrou-se em saber se é possível identificar, no modelo brasileiro, a discricionariedade judicial como conceito jurídico fundamental⁶ ou como conceito lógico-jurídico⁷ com aptidão para funcionar legítima e sistematicamente como parte integrante de fundamentação decisória; ou se, ao contrário, não funcionaria ela, a discricionariedade, apenas como manto semântico a encobrir atividade diversa, como colmatação de lacunas, recurso retórico-epistemológico a fundamentar decisionismos⁸, enfim, um subterfúgio que, reproduzindo um discurso de poder, pretenda fazer vezes de fundamento para uma pretensa — e automática — conformação da decisão ao direito.

Objetivamente, a pergunta que me instigou poderia ser assim sintetizada: é possível admitir a discricionariedade judicial como categoria jurídica passível de ser invocada em atendimento ao dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais? Essa é a questão de que defluem outras indagações: se sim, quais seriam os contornos desse conceito jurídico? Se não, o que então designa o que se convencionou apelidar de discricionariedade judicial enquanto fundamento decisório? Como lidar com ela?

Determinados conceitos não podem, a pretexto de dogmáticos, ser absorvidos de forma pouco criteriosa. Linguagem é poder e é matéria-prima que permite obrar para o bem e para o mal. O direito não pode ser subvertido de modo a fornecer categorias jurídicas que, na prática, patrocinem decisões não conformadas com ele e fundadas, em verdade, em razões situadas fora do sistema. Não pode a discricionariedade, por isso, prestar-se a *articular discursivamente o inconcebível juridicamente*.

Analisarei, portanto, se de fato há falar em uma discricionariedade judicial como categoria jurídica em nosso ordenamento — e, em caso positivo, suas possíveis diferentes definições —, ou, então, pretenderei desmascará-la como *topoi*, lugar comum, argumento-curinga.

⁵ Invoco Tércio Sampaio Ferraz Júnior, que, com apoio em Gustav Hugo, elucida que a dogmática busca responder à pergunta sobre o “que deve ser reconhecido como de direito?”, enquanto a filosofia do Direito responde a “é racional que o reconhecido como de direito assim o seja?” — a terceira faceta da ciência jurídica seria a da história do direito, que analisa “como aquilo que é reconhecido como de direito se tornou tal?” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003. p. 75).

⁶ “Em todo o sistema conceptual, existe um grupo de conceitos fundamentais, cuja amplitude cobre todo o território científico sobre o qual dito sistema repousa.” (VILANOVA, Lourival. *Sobre o conceito de direito: escritos jurídicos e filosóficos*. Brasília: Axis Mvndi/IBET, v. I, 2003. p. 10).

⁷ É a terminologia adotada por KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 146.

⁸ Decisionismo é aqui entendido como a conclusão judicial derivada de escolha puramente subjetiva, desgarrada de parâmetros que possam submetê-la a controle.

É falar: abraçarei a missão de constranger epistemologicamente⁹ o possível mau uso da discricionariedade, contribuindo para sua descontinuidade e para a ruptura de sua reafirmação como tendência de condicionamento e reforço de um hábito orgânico.¹⁰

Atenderei, enfim, ao convite de Calmon de Passos, que, diante da “força de que se revestem certos vocábulos para suscitar convicções que pretendem descartar qualquer reflexão e fundamentar comportamentos que desejam se isentar de toda valoração crítica”, os tacha de “perversa manipulação ideológica ou ingênua postura em face da realidade”, contra a qual “precisamos lutar e denunciá-la sempre que se fizer presente”.¹¹

Permito-me em alguma medida ir ainda um pouco mais além, buscando obsessivamente ser claro, mesmo que sob o risco de ser prolixo: a desconfiança que enfrentei neste trabalho — e cuja confirmação ou refutação persigo adiante — é a de que a chamada discricionariedade, na seara jurisdicional, não seria o que diz ser.

A decisão não deve se revestir de notas de conveniência ou de oportunidade; tampouco poderia a discricionariedade funcionar como veículo entre discursos, fazendo migrar para a linguagem jurídica valores morais ou ideologias, notadamente em período em que as próprias moralidade e política são difusas e postas em dúvida.¹²

A decisão é, sim — ou deveria ser —, o direito reconstruído a partir de sua história institucional no contexto da comunidade discursiva de um tempo e espaço. Verdadeiramente o oposto de uma avaliação subjetiva do magistrado, a trazer como perigoso efeito colateral uma abertura no sistema capaz de nele introduzir, sob signos presentes no discurso jurídico, fundamentos pessoais incontroláveis a desrealizar, degenerar o direito; torná-lo *alopoiético*.

Mais bem explicando, a discricionariedade seria uma tentativa de *desparadoxização* de um sistema jurídico que busca incessantemente simplificação e ocultação de seus paradoxos. Essa tentativa, porém, é frustrada, pois, em lugar de *desparadoxizar*, a discricionariedade, na verdade, escancararia o paradoxo de um sistema que não mais se autorrefere, mas cujos elementos (julgadores) passam a ser em si autorreferentes. A discricionariedade seria, pois, um cavalo de troia, que, sob o pálio da criação judicial do direito, inseriria no sistema jurídico —

⁹ A primeira referência que tenho da expressão, declaradamente inspirada em Bernd Rütters, é: STRECK, Lenio. O direito e o constrangimento epistemológico. *Revista Estado da Arte*, São Paulo, jul. 2020. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/direito-constrangimento-epistemologico-streck/>. Acesso em: 22 jul. 2020. Ainda: STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramentos/Casa do Direito, 2020. p. 61-67.

¹⁰ MENAND, Louis. *The metaphysical club: a story of ideas in america*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2001. p. 355.

¹¹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Ensaio e artigos*. Salvador: JusPodivm, 2014. v. I, p. 389.

¹² A discricionariedade, quando deriva da moral, troca “fluidez” por “fluidéz”, se compreendermos essa, a moral, segundo os fragmentos desordenados e descontextualizados denunciados por MACINTYRE, Alisdair. *After virtue: a study in moral theory*. 3. ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2007.

usando seus agentes como hospedeiros — idiossincrasias, subjetivismos, personalismos, preconceitos e ideologias inarticuláveis sistemicamente.

A bem de maior elucidação, e valendo-me da perspectiva do ceticismo estrutural, a discricionariedade judicial acabaria por flertar com uma *estratégia axiomática*. O que há, em contraposição ao regresso infinito e à petição de princípio, é a interrupção abrupta e autocrática da justificação¹³ “em um determinado ponto, o qual, ainda que pareça realizável em princípio, nos envolveria numa suspensão arbitrária do princípio da fundamentação suficiente”¹⁴ (fundacionismo epistêmico). O julgador, pois, se detém numa verdade ensimesmada, autoevidente por si só, cuja certeza própria careceria de qualquer fundamentação adicional.

Repito: a autorreferência, e a própria ideia de autonomia, se desloca do sistema jurídico para o julgador. Em princípio, e sob um olhar positivista clássico, até se poderia dizer que não haveria problema em tal deslocamento, em razão de o próprio julgador integrar o sistema jurídico. Acontece que essa autorreferência do julgador invoca não sua condição de parte integrante do sistema, mas sua dimensão subjetiva e pessoal; sua *persona* em suas dimensões morais, valorativas e ideológicas, essas sim estranhas e alheias ao sistema jurídico.

Em linha com o problema apresentado acima, o objetivo principal deste trabalho foi o de contribuir para descortinar a fundamentação das decisões judiciais e para combater sofismas que buscam ocultar, sob o apanágio de jurídicas, razões extrajurídicas.¹⁵ O recurso a ditos fundamentos não deve servir de subversão do direito a partir de sua manipulação, consubstanciada na criação de pretensas categorias jurídicas. A discricionariedade judicial não pode, ao fim e ao cabo, se prestar a instância final de argumentação. Não pode ela ter o condão

¹³ Essas três estratégias de argumentação compõem o Trilema de Agripa (EMPIRICUS, Sextus. *Outlines of scepticism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 40-43) ou de Münchhausen (ALBERT, Hans. *Tratado da razão crítica*. Tradução: Idalina Azevedo da Silva *et al.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976. p. 27), e fornecem aparato ao ceticismo para falsear toda pretensa justificação de um argumento ou de um conhecimento.

¹⁴ ALBERT, Hans. *Tratado da razão crítica*. Tradução: Idalina Azevedo da Silva *et al.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976. p. 27.

¹⁵ Num conhecido arroubo de sinceridade, o Superior Tribunal de Justiça produziu acórdão (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. *AgReg em ERESP n. 279.889/AL*. Diário de Justiça de 7.4.2003) do qual constou passagem que enuncia aquilo que talvez a discricionariedade judicial pretenda ocultar — ou resumir, mas sob signos jurídicos: “Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico — uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.”

de encerrar o debate sobre a legitimidade da decisão ao remeter as verdadeiras razões ao íntimo subjetivo do aplicador, insuscetível de controle ou, mesmo, de conhecimento.

Os escopos aspirados por este trabalho, por conseguinte, se voltam para: a) identificar, em nosso sistema, em que sentido a discricionariedade judicial é empregada e se é ela invocada como fundamento das decisões judiciais — e, se sim, em que contextos e com qual significado; b) refletir sobre se não haveria, em verdade, uma apropriação judicial da discricionariedade para pretender estreitar da decisão o controle sobre suas reais razões; c) fomentar uma visão crítica sobre os meios a que recorre o Judiciário para legitimação de suas decisões; d) identificar, no ordenamento brasileiro, se há mecanismos que buscam limitar esse subjetivismo judicial e medir a sua eficiência; e) projetar as consequências das respostas obtidas, notadamente à luz da pré-compreensão de que a atividade jurisdicional, quando produz decisões arbitrárias, se converte em instrumento que tende a replicar e a viabilizar a implementação de visões pessoais de mundo em detrimento do direito como sistema.

De modo algum quero parecer ingênuo ou que estou, aqui, a buscar uma utopia, então deixo desde logo claro: não advoguei, nas linhas que se seguem, em favor do retorno a um exegetismo, a um formalismo ou a uma sorte de hermetismo, infensos a qualquer tipo de ingerência interpretativa ou de indeterminabilidade do direito. A falácia de um distanciamento ou de uma visão objetiva de mundo não raro é reproduzida academicamente por trabalhos que se pretendem impessoais, a pretexto de soarem imparciais.

Em outras palavras, o reconhecimento de que a contaminação subjetiva é impossível de ser eliminada esteve sempre presente neste trabalho, o que deliberadamente repercutiu inclusive na forma com que optei por escrevê-lo, abraçando a primeira pessoa do singular e abolindo plurais majestáticos.

Quem escreve este texto, portanto, sou *eu*¹⁶, ainda que esse *eu* haja constante e inevitavelmente variado ao longo do trabalho em si. Digo, então, que este escrito, na verdade, resulta da soma de diversos *eus* no tempo e no espaço, mas cujo produto ainda assim é uma versão repleta de pontos cegos, mas que não deixa de ser válida, porque capaz de divisar, por

¹⁶ “Ninguém adota uma teoria por causa da sua verdade, mas por causa de uma apreciação estética: somos seduzidos por ela! Pela sua elegância, pelos seus resultados, por ela estar na moda, pela sua beleza, pela sua justiça, por elementos valorativos que nos encantam e estimulam o nosso engajamento. Assim, para sermos justos com uma teoria, ela tem de ser defendida em primeira pessoa, como uma espécie de teatro, pois a sua força está na capacidade de seduzir o auditório (persuadi-lo, para usar uma palavra de Perelman) e não de convencê-lo, dado que somente convencemos as pessoas que já acreditam nos nossos valores.” (COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 20-21).

estreita fresta, o que talvez seja um de seus pontos cegos, leitor: “O observador do observador não é um observador ‘melhor’: é somente um outro.”¹⁷

Retomando, não rechaço o impossível. Na manipulação da linguagem como matéria-prima, a norma frequentemente envereda por palavras polissêmicas, conceitos abertos a produzir terreno fértil para a contaminação subjetiva pelo aplicador.

O que tenho dificuldade em conceber, todavia, é que haja uma desregrada *liberdade de escolha* por tal ou qual significado, situada exclusivamente num plano íntimo, e que essa operação intelectual seja chancelada jurídico-sistemicamente. Esse relativismo produziria desconfiança sobre os *verdadeiros* fundamentos da decisão com aptidão para gerar insegurança jurídica e, em última análise, deslegitimar o próprio exercício da jurisdição.

Aliás, o que torna tolerável a incerteza sobre os resultados jurisdicionais é a certeza, ilusória que seja, de que eles emergirão da aplicação do direito, de regras preconcebidas. A despeito de dúvidas sobre quem se sagrará vencedor, há o alento de que a solução institucionalizada se dará segundo critérios. Ao se abandonar isso, abandona-se qualquer previsibilidade.

Insisto: não reproduzo uma visão positivo-legalista. Acontece que da admissão sistêmica de que os juízes produzem direito não decorre a conclusão de que o façam livremente, afinal, *nem sequer a criação legislativa do direito é livre*. A não vinculação cega ou formal à lei não quer dizer desvinculação do direito. A independência judicial se dá em razão da lei, e não em relação (inclusive) a ela.

A interpretação do direito, pois, parte de algo, e esse algo é preexistente e possui autonomia, de modo que a criação advinda dos julgadores não é propriamente nova, mas uma continuidade de um processo criativo. De fato, é exatamente por admitir que juízes produzem o direito que não consigo concordar que possam fazê-lo à sua (livre) maneira.

A decisão será tão forte quanto seu fundamento mais fraco. A discricionariedade judicial, quando aparentemente mascara razões extrajurídicas, não passa de elemento que, almejando fundamentar, não fundamenta. Serve de sofisma que na prática parece automaticamente desonerar o julgador de fundamentar, sobretudo em situações nas quais o ônus argumentativo seria mais agravado.

Diante disso, a discricionariedade seria um desserviço ao direito por acabar por frustrar sua capacidade de orientação de condutas sociais. Em resumo, *se, no contexto constitucional, o papel essencial do direito é limitar o poder; e se a discricionariedade judicial é, ao fim e ao*

¹⁷ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria dela societá*. 6. ed. Milano: Aldine Franco Angeli, 1994. p. 400.

cabo, incontrolabilidade conteudística do exercício de um poder; logo, a discricionariedade não pode ser direito.

Fosse possível pressupor a discricionariedade judicial como categoria jurídica — mais que elemento epistemológico, recurso retórico, dado pragmático etc. —, dessa sua juridicidade haveria de se inferir ser ela parte do sistema jurídico e, portanto, passível de definição. Se, porém, o conteúdo da discricionariedade remete, na realidade, a um processo de pura escolha do aplicador, o que se tem então é uma abertura no sistema que permite buscar fora dele a justificação das decisões, justificação essa que regressaria ao sistema *juridicizada* pela discricionariedade.

E eis aí parte importante da minha investigação: se a escolha discricionária é livre, trata-se de margem não pertencente ao direito (e tudo bem, posso admitir isso); mas, ao revés, se esse processo de escolha integrar o sistema jurídico, deve ele essencialmente ser limitado. O que é inassimilável, contudo, é que *um exercício de poder que se pretenda democrático seja inteiramente livre e, ao mesmo tempo, jurídico*: o direito, “antes de ser um agente conformador ou transformador da convivência social, é, quase que exclusivamente, um instrumento assegurado de determinado modelo dessa convivência (...)”.¹⁸

Ainda que a discricionariedade pudesse revelar um instituto conformador da realidade social a uma realidade jurídica, seguramente não parece ela representar um modelo desejável de convivência entre indivíduos e o poder. Isto é, *não se legitima o arbítrio ainda quando veículo de justiça. O arbítrio, quando quer que seja veiculado, se convola ele próprio em modelo de uma sociedade que não queremos: uma sociedade que admite o arbítrio, independentemente de sob que pretexto.*

Não ignoro que a academia, no passado recente, tem pretendido construir expectativas normativas sobre a atividade judicial, traçando parâmetros, cânones e critérios de regulação ou de limitação do subjetivismo. Parece-me cientificamente mais adequado e relevante, porém, empreender uma análise zetética, epistemológica, (em alguma medida) descritiva, cognitiva.

Dito de outro modo, creio que a discricionariedade não é capaz de ser acomodada sistemicamente porque aumenta exponencialmente o número de possibilidades no interior do próprio sistema. Se cada julgador já incrementa o sistema jurídico com inúmeras variáveis, a discricionariedade como escape potencializaria ainda mais essa possibilidade, tornando o sistema excessivamente complexo.

¹⁸ PASSOS, J. J. Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 51.

Se a discricionariedade, em certo sentido, entra em campo para racionalizar percepções, *insights*, seu sentido será seguramente variável, porque exprime idiosincrasias e particularidades tão peculiares quanto seus sujeitos. Se o propósito primordial do direito é conferir segurança, não é com ele consentâneo algo essencialmente relativo e pessoal. É, pois, mecanismo de autopreservação do sistema limitar essas possibilidades. Repito, a discricionariedade judicial, assim, integraria o ambiente — ou outros sistemas que com ele interagem —, mas não o sistema jurídico.

Exatamente por isso, o prisma aqui proposto se revela diverso do de tantas outras iniciativas de pesquisas recentes: minha premissa é a de que não é possível renegar ou controlar o subjetivismo. Limitar o espírito humano é engaiolar fumaça e, daí, meu ceticismo a respeito das tentativas de um regramento formalista da discricção. A lei do direito não revoga as leis da física ou da natureza, como também não revoga o espírito humano. Adaptando o provérbio iídiche¹⁹, a discricionariedade deve rir de nossas tentativas de regrá-la.

O que defendo, nada obstante, é que a irritação causada no sistema pela discricionariedade não deve conduzir à sua filtragem para que passe ela a integrá-lo. Essa assimilação do subjetivo deve se dar, isto sim, por outros meios: *e.g.*, um processo civil dialógico que amplie e difunda a cognição para muito além da forma com que ela tem sido tratada. Ou seja, embora a discricionariedade não seja categoria jurídica integrante do sistema, disso não decorre a impossibilidade de lidar com o subjetivismo judicial juridicamente, exatamente por ser ele inevitável, até porque muitas vezes inconsciente.

Feito o recorte acima, registro, sob o prisma metodológico, que, uma vez centrado o trabalho no modelo brasileiro, a bibliografia nacional, naturalmente, mereceu destaque a partir de pesquisa da expressão “discricionariedade judicial” — quando possível, foram utilizadas aspas, o recurso “adj” ou a ferramenta de “expressão exata”, de modo a restringir os resultados e a filtrar ocorrências que abarcassem a discricionariedade nas searas legislativa e administrativa — nas principais plataformas brasileiras (Rede Virtual de Bibliotecas²⁰, *e.g.*).

Também mereceram particular atenção teses de livre docência e de doutoramento e dissertações de mestrado aprovadas nos programas de pós-graduação *stricto sensu* das principais instituições de ensino superior do Brasil: Biblioteca Digital de Teses e Dissertações

¹⁹ “לאַכט גאַט און טראַכט מענטש דער” ou “*Der mentsh trakht un Got lakht*”. Em tradução livre: “o homem planeja, Deus ri”. (FURMAN, Israel. *רעדנסארטן און שפריכווערטער יידישע*. Hamenora Publishing House, 1968. p. 248.)

²⁰ A pesquisa, realizada em 22.3.2018, gerou 45 (quarenta e cinco) resultados: http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/1YFCXYXR85SNIBBQVDA4RDM3D9X44EP6RB9T9D2BVJDB232QIR-03732?func=short-0&set_number=000240.

da Universidade de São Paulo²¹, Attena – Repositório Digital da Universidade Federal de Pernambuco²² e Repositório Institucional da Universidade de Brasília²³, apenas para mencionar algumas. Não descuidei, porém, de investigar também obras estrangeiras, recorrendo a plataformas como Mendeley²⁴ e HeinOnline²⁵.

Na pesquisa bibliográfica, ainda importante registrar, não fiz discriminação entre livros, de maior densidade teórica, e periódicos, que, até mesmo por sua maior singeleza metodológica, ostentam vantagem por gozar de maior facilidade na disseminação de ideias, oferecendo recortes problemáticos mais restritos e um olhar bastante atual sobre o tema enfrentado. Especificamente sobre os veículos em que pesquisados periódicos publicados no Brasil, foram privilegiadas plataformas com fator de impacto Qualis/CAPES A1, A2, B1 e B2.²⁶

Com um pé na empiria, também pesquisei junto aos sítios eletrônicos de tribunais (Regionais Federais, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal) os principais sentidos e acepções assumidos pelo uso da discricionariedade, colhendo constatações posteriormente condensadas e analisadas em capítulo próprio.

Estruturalmente, o trabalho foi construído de seus subcapítulos para seus capítulos, agrupados em três grandes eixos temáticos (diagnose da discricionariedade, falseamento da discricionariedade e possibilidades de se lidar com a discricionariedade). Essa opção se deu de modo a facilitar a conjugação das ideias a serem desenvolvidas em matrizes com identidade temática. Adicionalmente, esse formato contribuiu para que o problema fosse enfrentado desde o primeiro capítulo e, ainda, para que os diferentes capítulos — e partes — pudessem dialogar entre si ao longo do desenvolvimento da hipótese. Ao final, os resultados da pesquisa foram condensados em sua conclusão, ainda que aportes conclusivos se espriem ao longo de todo o texto.

²¹ A pesquisa, realizada em 22.3.2019, gerou 8 (oito) resultados entre dissertações de mestrado e teses de doutorado e de livre docência: <http://www.teses.usp.br/>.

²² A pesquisa, realizada em 15.10.2019, gerou 54 (cinquenta e quatro) resultados entre dissertações de mestrado e teses de doutorado: <http://www.teses.usp.br/>.

²³ A pesquisa, realizada em 16.10.2019, gerou 13 (treze) resultados entre dissertações de mestrado e teses de doutorado: <http://repositorio.unb.br/>.

²⁴ A pesquisa, realizada em 22.3.2018, gerou 639 (seiscentos e trinta e nove) resultados: <https://www.mendeley.com/research-papers/?query=%22judicial%20discretion%22>.

²⁵ A pesquisa retornou inicialmente 61.992 (sessenta e um mil novecentos e noventa e dois) resultados. Para refinamento, foram utilizadas como ferramentas de filtragem “*Most cited law journals*”, “*articles section*” e textos publicados a partir de 2016, do que resultaram 105 (cento e cinco) artigos. Esse recorte temporal se baseou na ideia de que os artigos mais recentes forneceriam uma visão mais atual sobre problemas contemporâneos no trato do tema, ao mesmo tempo em que trariam em suas referências bibliográficas e em seus marcos teóricos os principais textos anteriores, otimizando o trabalho de pesquisa ao destacar, dentre os escritos mais antigos, aqueles consagrados como premissas para que se atingisse o estado da arte do debate.

²⁶ Disponível em: <http://qualis.capes.gov.br/>.

Crendo ter contemplado os parâmetros relevantes à elucidação das balizas deste trabalho, penitencio-me por uma introdução talvez longa para alguns padrões, justificando sua proporção, sem embargo, na necessidade de deixar claras as opções metodológicas que fiz e de bem meus problema e hipótese, o que, uma vez feito, dá lugar, imediatamente a seguir, ao desenvolvimento da pesquisa em si.

PARTE I – UMA DIAGNOSE

Esta parte I do trabalho recorta o objeto teórico sob investigação (discricionariedade judicial) recorrendo primordialmente a dados bibliográficos variados no tempo e no espaço. Uma vez delimitado o objeto, é verificada a recorrência prática, no Brasil, da discricionariedade como instituto, argumento, fundamento etc. Para tanto, recorri a pesquisa empírica e a hipótese acessória que admite a discricionariedade não somente como fundamento expresso, mas também, alternativamente, como postura (oculta) na aplicação de outros institutos.

1. O QUE É ISTO – DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL?²⁷

É difícil estabelecer o ponto de partida de uma empreitada ambiciosa como a que me propus. E esse apontamento que faço não é cosmético: tão importante quanto a trajetória e seu destino é o início da jornada. Situar adequadamente de onde começar o estudo da discricionariedade judicial não foi algo fácil, ainda mais se considerado o emaranhado teórico e as *tresleituras* que cercaram e cercam o positivismo jurídico. A decantação da pesquisa, nada obstante, acabou por tornar natural privilegiar visões às quais credito²⁸ as raízes histórico-teóricas da ideia de discricionariedade e o processo de seu desenvolvimento (ou desvirtuamento) até tornar-se ela o que se evidencia no contexto do que se convencionou apelidar de pós-positivismo.

Pois bem, a seguir começo este primeiro capítulo da primeira parte do trabalho. E começo buscando identificar, nas entranhas positivistas, o que se concebeu como discricionariedade judicial e como essa locução foi sendo lapidada — ou deturpada — ao longo do tempo.

1.1 POSITIVISMO LEGALISTA

O positivismo — cuja etimologia remonta ao império romano, mas que se populariza a partir de Bolonha, no século XIII²⁹, com o sentido de *posto, estatuído* — é uma “postura científica” em que as indagações sobre as razões de existir das coisas dão lugar à sua identificação essencial com o modo de sua existência, deslocando as investigações para as leis que regem fenômenos observáveis e mensuráveis.³⁰ Enfim, a renegação à metafísica é sucedida

²⁷ A inspiração do título é clara: “Dizia o antropólogo Darci Ribeiro que Deus é tão treteiro, faz as coisas tão recônditas e sofisticadas, que ainda precisamos de certo tipo de gente — os cientistas — para desvelar as obviedades do óbvio. É da ‘natureza’ do óbvio estar no anonimato. Está aí para ser des-velado. Desobnubilado. Dizer que algo está aí. Apontar para ele. E perguntar *o que isto é* ou *‘o que é isto’*. Essa é a tarefa de qualquer pesquisa. (...) É nesse sentido que, entre outras questões, a presente coleção busca desvendar os meandros paradigmáticos que obnubilam o pensamento dos juristas. Busca-se fazer com o direito, guardadas as perspectivas histórico-filosóficas, o que Heidegger buscou no campo filosófico com a pergunta: O que é isto — a filosofia? (*Was ist Das — die Philosophie*)”. (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. *E-book*, p. 75-92).

²⁸ Apoiado em STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 69.

²⁹ LOSANO, Mario G. *Sistemas e estrutura no direito: o século XX*. Tradução: Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2, p. 27.

³⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 34-35.

pela referência empírica e pela demonstração lógica como fiadores de um conhecimento que se pretenda científico.³¹

Coube inicialmente a Augusto Comte³² lançar as bases do positivismo — clássico ou sociológico³³ —, introduzindo na sociedade, enquanto seu objeto, uma precisão semelhante à matemática. No caso do direito³⁴, dissolvido como fenômeno social, o elemento observável ou mensurável foi inicialmente centrado na lei, desconsiderando-se, previamente ao direito posto — como resultado de interações humanas —, qualquer pseudodireito que o precedesse.³⁵ Por outro lado, aportes morais e valores, porque relativos e não demonstráveis cientificamente, não se situariam inicialmente no terreno do positivo, daí surgindo, em caráter embrionário, o ideal de que seriam eles irracionais e, portanto, cognoscitivamente ilegítimos.^{36 37}

Aprofundando o positivismo sob a perspectiva jurídica, que é o meu foco, a linha a separar direito positivo de qualquer outro “direito” — as aspas se justificam em razão de se negar a qualquer direito prévio a própria condição de direito — seria desenhada, na Alemanha do século XVII, pela Escola Histórica. Sob ela, Gustav Hugo, criticando o ideal de um direito autossuficiente, atrelou conhecimento racional a conceitos somente considerados jurídicos se assim identificados pelo Estado³⁸, passando a encarar o direito natural não como antítese, mas como uma filosofia do direito positivo. Savigny, de sua vez, desenvolveu mais profundamente as ideias de Hugo, assumindo o direito, fenômeno social que é, como produto (vivo) da

³¹ LOSANO, Mario G. *Sistemas e estrutura no direito: o século XX*. Tradução: Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2, p. 28.

³² COMTE, Augusto. *Cours de philosophie positive*. Paris: Rouen Frères (Bachelier), 1830-1842.

³³ LOSANO, Mario G. *Sistemas e estrutura no direito: o século XX*. Tradução: Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2, p. 28.

³⁴ Deliberadamente não mencion(ar)ei, a par dos positivismos clássico e jurídico, o positivismo lógico do Círculo de Viena, seja por uma questão cronológica (ele sucede o jurídico), seja por impertinência temática (sua importância virá, na verdade, como antecedente do giro linguístico, a ser abordado adiante).

³⁵ Essa redução, contudo, não remanesceria estanque, o que explica o fato de a variação do objeto — códigos, normas, regras, decisões judiciais — ter conduzido a diferentes “positivismos” (ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2020. p. 76).

³⁶ LOSANO, Mario G. *Sistemas e estrutura no direito: o século XX*. Tradução: Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2, p. 29-30.

³⁷ Lenio Streck, com apoio em Santiago Nino, sustenta que o positivismo ideológico — a classificação é de Bobbio e alcança o século XIX, divisando no direito imposição obrigatória estremada de juízos morais — na verdade não representaria uma cisão rígida entre direito e moral, mas, sim, uma corrente de pensamento igualmente valorativa firme na crença de um único princípio moral: observar o que o direito vigente determina (STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. *E-book*, p. 19-20; BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução: Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995. p. 233-238).

³⁸ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução: Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995. p. 45.

história³⁹, resultante de valores contingenciais espelhados como norma pelos representantes legislativos da sociedade de um determinado tempo.⁴⁰

A Escola Histórica, como matriz teórica de oposição ao jusnaturalismo, ainda conviveria, na França, com a Revolução Francesa, marco histórico decisivo que, nada obstante, revelou apenas o auge de um processo que já vinha sendo gestado ao menos desde o século XVII, quando se acentua um raciocínio abstrato na maneira de se enxergar o direito e a vida em geral. A chamada era do Direito Racional, de 1600 a 1800, já havia consagrado a influência dos sistemas racionais na teoria jurídica, é verdade; no entanto, “quando o pensamento europeu começa a distanciar-se da cosmovisão medieval, a teoria jurídica perde sua conexão metódica com suas bases”⁴¹, perda essa que abriria ainda mais campo para uma liberdade judicial em boa parte preenchida, no contexto do *ancien régime*, por influências da nobreza e do clero.⁴²

Pavimenta-se o caminho, então, para que a teoria de Montesquieu, rechaçando a superconcentração de poderes na mão de um só indivíduo, se combinasse com a de Rousseau, a advogar em favor de que a lei escrita fosse a expressão da vontade da nação. Se o ideal de que o poder central somente se fazia justificado ou legitimado pela vontade do povo representou um dos baluartes da Revolução, era dado inescapável que os juízes tinham de obedecer à lei⁴³, não?

Acontece que os juízes eram um segmento aristocrático apoiador dos nobres fundiários e das instituições sobreviventes do feudalismo e falhavam em distinguir, aplicar e produzir o direito⁴⁴, do que defluiu como muito natural uma alta carga de desconfiança de que a lei como expressão da vontade do povo pudesse ser esvaziada por decisões judiciais presumidamente arbitrárias e enviesadas. Não foi nenhuma surpresa, por conseguinte, que aquela desconfiança inspirasse a proclamação da absoluta supremacia do direito escrito, isto é, do “direito originado

³⁹ ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2020. p. 80.

⁴⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução: José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 10.

⁴¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003. p. 65-66.

⁴² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 172, p. 123, jun. 2009.

⁴³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 172, p. 123, jun. 2009.

⁴⁴ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009. p. 40-41.

do *corps législatif* por representantes do povo, enquanto [se] reduzia o judiciário⁴⁵ a desempenhar uma tarefa puramente mecânica de aplicação da lei aos casos concretos”.⁴⁶

É aí que se segue, em contraposição ao direito de inspiração quase consuetudinária da Escola Histórica, o período de apogeu das codificações — verdadeira causa imediata do positivismo jurídico⁴⁷ — e aquela que se tornaria a grande marca da tradição *civil law*: a pretensão de completude da legislação⁴⁸, bem ilustrada pelo *Landrecht* prussiano, aprovado em 1794 sob Frederico, o Grande, e que continha incríveis mais de 17 mil dispositivos⁴⁹, e pelo Código Napoleônico, mais econômico (2.281 artigos), mas que veio ornado com a proibição de sua interpretação por parte dos magistrados, conforme dispunha a Lei Revolucionária de 1790.⁵⁰

Àquela altura, pois, os Códigos se tornam o (principal) dado positivo do direito, assumindo verdadeira sacralização. O tempo e a prática, nada obstante, se encarregariam de minar o dogma da completude aos poucos, denunciando a impossibilidade de que as leis contivessem todas as respostas prontas. Não por acaso, nessa direção, os artigos 4^{o51} e 9^{o52} do próprio Código Napoleônico já cometiam o ato falho de insinuar admitir a incompletude da lei como premissa quando, visando a impedir que obscuridades, insuficiências ou lacunas

⁴⁵ Vale a anotação de que a separação de poderes de Montesquieu não contemplava um poder judiciário. Havia apenas um poder de julgar (que não deveria ser atribuído a ninguém e, sim, ser nulo e invisível). Formava-se um senado (grupo de pessoas de escol) para certos julgamentos, senado esse que, logo após a realização dos atos, era desconstituído.

⁴⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 20, p. 271, out. 2001. A mesma imposição, utópica, seria repetida pelo Código Civil italiano de 1942: “Na interpretação das normas, nenhum outro significado lhes pode ser atribuído além daquele que lhes é dado claramente pelo sentido efetivo das palavras, de acordo com a relação entre elas e a vontade do legislador (...)”

⁴⁷ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução: Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995. p. 54.

⁴⁸ Eis aqui o positivismo teórico na classificação de Bobbio. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução: Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995. p. 233-238; STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. E-book, p. 19-20.

⁴⁹ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009. p. 69.

⁵⁰ “Título II, Art. 10: Os tribunais judiciários não tomarão parte, direta ou indiretamente, no exercício do poder legislativo, nem impedirão ou suspenderão a execução das decisões do poder legislativo (...); Título II, Art. 12: (...) [Os tribunais judiciários] reportar-se-ão ao corpo legislativo sempre que assim considerarem necessário, a fim de interpretar ou editar uma nova lei (...) as funções judiciárias são distintas e sempre permanecerão separadas das funções administrativas. Sob pena de perda de seus cargos, os juízes de nenhuma maneira interferirão com a administração pública, nem convocarão os administradores à prestação de contas com respeito ao exercício de suas funções.” (CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 20, p. 272, out. 2001).

⁵¹ “O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada.” (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução: Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995. p. 74.)

⁵² “Quando a lei é clara, é necessário segui-la; quando é obscura, é necessário aprofundar suas disposições. Na falta da lei, é necessário consultar o uso ou a equidade. A equidade é o retorno à lei natural, no silêncio, na oposição ou na obscuridade das leis positivas.” (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução: Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995. p. 77.)

funcionassem como razão para uma abstenção do dever de julgar, positivassem, respectivamente, a vedação ao *non liquet* e a necessidade de os magistrados complementarem o direito quando ele fosse silente. Não deixou de ser curioso, ademais, que o referido artigo 9º, em particular, ainda houvesse assimilado alguma margem de criatividade judicial⁵³, como Bobbio extrai de discurso de Jean-Étienne-Marie Portalis, um dos autores do Código de Napoleão, por ocasião de sua apresentação ao Conselho de Estado:

Cabe, assim, ao juiz “penetrado pelo espírito geral das leis” decidir quanto a detalhes, aplicando os critérios estabelecidos pelas próprias leis. Assim, em todas as nações civilizadas, junto ao santuário das leis, se forma um conjunto de máximas, de decisões e de doutrina que constitui um verdadeiro suplemento desse santuário de leis. Parece desejável que todas as matérias fossem reguladas por leis, mas “na falta de um texto preciso sobre cada matéria, um uso antigo, constante e bem estabelecido, uma séria não interrompida de decisões similares, uma opinião ou uma máxima adotada, funcionam como lei”.⁵⁴

A despeito do discurso de Portalis, o artigo 4º acabou preponderando sobre o 9º de modo a desautorizar juízos situados para além-fora da lei. É dizer, para preservar o caráter sagrado da lei-código e para protegê-la contra uma destruição interpretativa⁵⁵, cunharam-se balizas — com inspiração longínqua nos glosadores — que dariam ensejo à Escola da Exegese:

O antigo regime caracterizara-se pelo enfraquecimento da Justiça, cuja dependência política projetava-se no arbítrio das decisões. A crítica dos pensadores iluministas e a necessidade de segurança da sociedade burguesa passou, então, a exigir a valorização dos preceitos legais no julgamento dos fatos. Daí se originou um respeito quase mítico pela lei, base, então, para o desenvolvimento da poderosa Escola da Exegese, de grande influência nos países em que dominou o espírito napoleônico. A redução do jurídico ao legal foi crescendo durante o século XIX, até culminar no chamado legalismo.⁵⁶

⁵³ Embora a autointegração seja uma nota essencial do positivismo legalista, é possível divisar no discurso de Portalis uma certa ambiguidade. Na passagem transcrita nesta página, traços de autointegração; em passagem seguinte da fala, sem embargo (“o arbítrio aparente da equidade é ainda melhor que o tumulto das paixões [das partes envolvidas no conflito]”), traços de heterocomposição (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução: Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995. p. 76).

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução: Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995. p. 75.

⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 36; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. *E-book*, posição 3026-3058.

⁵⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003. p. 74. No mesmo sentido: CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 20, p. 271, out. 2001.

Como havia previsto Savigny, a codificação acabou por interromper o desenvolvimento da tradição jurídica em favor de uma interpretação mecânica das leis.⁵⁷ O texto se confundia com norma; a norma, com a lei; e a lei, com o direito. A interpretação era sintática, imanentista⁵⁸, e, por isso, aquele recorte temporal-teórico seria apelidado de positivismo legalista⁵⁹ ou exegético⁶⁰, no contexto maior do positivismo ideológico de Bobbio.⁶¹

Enquanto isso, regressando à Alemanha, ganhava espaço uma outra vertente positivista, resistente à codificação — até por ser ela corrente produto da anterior e já mencionada Escola Histórica.⁶² O direito, a par dos costumes e da legislação, proviria, segundo os partidários dessa linha de pensamento, também de fonte científica⁶³, passível por isso de ser produzido por estudiosos eruditos integrantes da chamada Jurisprudência dos Conceitos⁶⁴, que enxergavam o sistema jurídico como pleno, fechado e independente da realidade social que regula.⁶⁵

Para os adeptos dessa visão, o direito seria uma unidade completa, formada por uma pirâmide em que o ápice forneceria conceitos amplos, dos quais seriam inferidos e deduzidos, rumo à base, conceitos mais específicos.⁶⁶ O traço positivista, aqui, avulta na construção

⁵⁷ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Tradução: Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995. p. 78.

⁵⁸ O que não se confunde com exclusivamente silogística. ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2020. p. 84.

⁵⁹ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2020. p. 80; CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta*. Coimbra: Portugal, 2010. v. 2, p. 181.

⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 36; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. *E-book*, posição 3058.

⁶¹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Tradução: Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995. p. 233-238; STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. *E-book*, p. 19-20.

⁶² A codificação aprisionaria o direito vivo e orgânico advogado por Savigny. O pandectismo, como releitura e atualização do Direito Romano, enxergou em Justiniano codificação suficiente a dispensar novas incursões limitadoras. (STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramentos/Casa do Direito, 2020. p. 143).

⁶³ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução: A. M. Botelho Hespanha. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015. p. 492.

⁶⁴ PUCHTA, Georg Friedrich. *Outlines of the science of jurisprudence*: an introduction to the systematic study of law. Edinburgh: T. & T. Clark, 38 George Street, 1887. Disponível em: <https://archive.org/details/cu31924017167333/page/n7/mode/2up?q=jurisprudence>. Acesso em 1º ago. 2019

⁶⁵ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução: A. M. Botelho Hespanha. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015. p. 494.

⁶⁶ “O conceito ‘supremo’ que ocupa o vértice da pirâmide, paira muito acima da base, embora seja isso que lhe permite — imaginemos a pirâmide como transparente — uma extensão de perspectiva maior. À medida que subimos da base para o vértice, vai-se estreitando a largura dos estratos; de estrato para estrato, perde a pirâmide em largura o que ganha em altura. Quanto maior a largura, ou seja, a abundância da matéria, tanto menor a altura, ou seja a capacidade de perspectiva — e vice-versa. A largura corresponde a compreensão e à altura a extensão (o âmbito da aplicação) do conceito ‘abstracto’. O ideal do sistema lógico é atingido quando no vértice se coloca o conceito mais geral possível, em que se venham a subsumir, como espécies e subespécies, todos os outros conceitos, de sorte a que de cada ponto da base possamos subir até ele, através de uma série de termos médios e sempre pelo caminho da eliminação do particular.” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução: José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 22-23).

conceitual do direito e na revelação de sua objetividade fundada em método científico rigoroso, lógico e sistemático, que, contudo, acabaria gradativamente também cedendo campo à codificação a partir da segunda metade do século XIX.⁶⁷

Seja como for, semelhantemente à Escola da Exegese — que identificava direito e lei —, a Jurisprudência dos Conceitos reduziu o direito a locuções definidoras. Ambas as vertentes limitavam a interpretação a um ato de conhecimento incapaz de transformar conteúdos, fosse de uma lei, fosse de um conceito.⁶⁸ Se aproximaria ela mais, assim, de uma espécie de revelação (*Auslegung*), consistente apenas na extração de sentidos preexistentes.⁶⁹

A título de fecho desta subepígrafe, vale aqui antecipar duas anotações. A primeira delas diz respeito a uma observação de Streck, apoiado no “segundo”⁷⁰ Ihering, no sentido de que a indeterminação e a abertura de conceitos (*sic*) observadas na Alemanha daquele período teriam como paralelo — mais grave, porque desdotado da preocupação com uma coerência lógica interna —, décadas mais tarde, o *pamprincipiologismo*, ambos invocando debilidades de conteúdo como *locus* para (um)a discricionariedade.⁷¹

A segunda anotação concerne à derrocada observada pelas antíteses que cada uma das posturas legalistas-formais mereceria: Escola da Exegese vs. Movimento do Direito Livre⁷²; Jurisprudência dos Conceitos vs. Jurisprudência dos Interesses⁷³; Jurisprudência Analítica⁷⁴ vs. realismos norte-americano e escandinavo.⁷⁵ Ou seja, paulatinamente, a teoria deslocaria o objeto do positivismo da lei para a decisão judicial e, ao fazê-lo, se desvincularia — mais ou

⁶⁷ Culminando no BGB alemão em 1900. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução: A. M. Botelho Hespanha. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015. p. 527-544.

⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramentos/Casa do Direito, 2020. p. 145.

⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramentos/Casa do Direito, 2020. p. 149; ABOUD, Georges. *processo constitucional brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2020. p. 83.

⁷⁰ Seriam “dois” os momentos teóricos de Rudolf von Ihering: o primeiro (ou o da “primeira fase” — LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução: José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 29), é partidário formalista da Jurisprudência dos Conceitos, se fazendo presente em *O Espírito do Direito Romano*. Rio de Janeiro: Alba, 1943; o segundo, crítico do formalismo por entendê-lo insuficiente, passaria a advogar em favor de uma visão mais pragmática, integrando a Jurisprudência dos Interesses e se fazendo notar em *A finalidade do direito*. Campinas: Bookseller, 2012. Nesse sentido: STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramentos/Casa do Direito, 2020. p. 148.

⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramentos/Casa do Direito, 2020. p. 147.

⁷² LOSANO, Mario G. *Sistemas e estrutura no direito: o século XX*. Tradução: Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, v. 2, 2010. p. 158 passim.

⁷³ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução: José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 63-77.

⁷⁴ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução: Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995. p. 91-118.

⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramentos/Casa do Direito, 2020. p. 278.

menos radicalmente — da legislação, passando a admitir, em diferentes graus, o que era impensável para os legalistas: divisar, por detrás das normas, valores e fins⁷⁶ que as inspiraram e que seriam por elas resguardados; assimilar o voluntarismo em lugar de uma razão pura⁷⁷ e uma atuação cada vez mais criativa da parte do intérprete.⁷⁸

1.2 POSITIVISMO NORMATIVISTA — NO CONTEXTO DO POSITIVISMO METODOLÓGICO/CONCEITUAL

O positivismo metodológico (ou conceitual), na classificação de Bobbio, refere-se à postura assumida no estudo teórico do direito pautada numa metodologia descritivo-empírica⁷⁹ — e é dentro dela que passa a ganhar maior sustentação a ideia de uma discricionariedade judicial.

Explico: por seu traço “marcadamente descritivo”, o positivismo metodológico conceberia mais facilmente decisões calçadas em fatores extrajurídicos por recepcioná-las como pura constatação científica. Assim, se há casos em que juízes decidem fora do direito ou até contra ele, isso não tornaria menos direito a decisão que proferem, haja vista ela própria integrar o sistema jurídico.⁸⁰

Permito-me aqui uma digressão, até para justificar o uso das aspas no parágrafo anterior: tenho dificuldade em admitir teorias puramente descritivas. A qualificação de dados fatos, por si só, tem o condão, para mim, de dar nomes às coisas, de torná-las presentes, reais. Digo isso por entender que as teorias positivo-metodológicas que assumem a discricionariedade como hipótese verificável acabam, explícita ou implicitamente, por introduzi-la/reforçá-la como categoria que, porque verificável e replicável, pode(ria) muito bem (vir a) ser considerada válida. Esclarecendo, uma coisa é dizer que há “decisões” (na verdade, ~decisões) que não observam ou que contrariam o direito; outra coisa é dizer que aquelas decisões, sem aspas, serão jurídicas (ou juridicamente válidas). Na primeira afirmação, é possível acentuar caráter

⁷⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 59.

⁷⁷ LOSANO, Mario G. *Sistemas e estrutura no direito: o século XX*. Tradução: Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2 p. 136 e 145.

⁷⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 78.

⁷⁹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução: Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995. p. 135, passim.

⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramentos/Casa do Direito, 2020. p. 287; STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. *E-book*, p. 19-20.

descritivo, mas, na segunda, é inafastável um viés prescritivo/normativo pelo simples fato de se reputar algo como parte integrante e pertencente a um dado sistema. Há um abismo entre uma coisa e outra — e encerro a digressão.

Retomando, é dentro do contexto do positivismo metodológico que surge, na primeira metade do século XX, um positivismo normativista, assim entendido por fazer migrar seu objeto primordial da lei para a norma, nessa incluídas as decisões judiciais como normas jurídicas individuais.

Fruto das críticas filosóficas ao racionalismo (Nietzsche e Schopenhauer) e da cada vez maior evidenciação do problema da indeterminação de sentido⁸¹, o positivismo normativista teve como um de seus baluartes Hans Kelsen, que, em face à relativização promovida pelo Movimento do Direito Livre e pela Jurisprudência dos Interesses, buscou “salvar”⁸² o positivismo admitindo a interpretação judicial como um ato de vontade (ou, ao menos, com alguma dimensão ineliminável de valores, moral etc.), mas separando *direito* de *ciência do direito*.⁸³

Buscando ser mais claro, Kelsen passa a sustentar que decisões voluntaristas, uma vez proferidas, se incorporaram ao direito como produto, tornando-se, mal ou bem, parte do objeto a ser estudado, descritivamente, pela ciência jurídica. De nada mais se cuida que não de constatação, pelo autor, da existência de decisões que não observam estritamente (ou ao menos não observam apenas) o direito, o que não as afasta da condição de parte integrante do direito enquanto objeto de uma teoria geral. Inanimada que é, a norma possui diferentes potenciais interpretativos⁸⁴, apenas um dos quais, efetivamente atribuído, se convola em dado (positivo) de realidade, se inserindo como/no direito.

Aliás, a propósito exatamente dessa tarefa de atribuição de sentido, essa indicação de uma entre as potenciais interpretações possíveis, dirá Kelsen que, na aplicação do direito por um órgão jurídico, “a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação

⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. *E-book*, posição 3041.

⁸² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 37.

⁸³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 245.

⁸⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 247.

cognoscitiva”.⁸⁵ E é exatamente aqui que ocorre, a meu ver, uma (outra) subversão de sua teoria.⁸⁶

Kelsen, em dadas passagens do famigerado oitavo capítulo de sua Teoria Pura, sugeriria, em minha visão — e em confronto com outros tantos trechos —, que a interpretação não seria ato de pura vontade, tampouco seria essa margem de vontade absolutamente livre: a vinculação do legislador sob o aspecto material “é uma vinculação muito mais reduzida do que a vinculação do juiz, em que aquele é, relativamente, muito mais livre na criação do Direito do que este. Mas também este último é um criador de Direito e também ele é, nesta função, relativamente livre”.⁸⁷

Noutro ponto da obra, dirá Kelsen, encarando as decisões como normas jurídicas individuais, que os tribunais criam direito, mas, dentro de uma ordem jurídica que institui um órgão legislativo ou reconhece o costume como fato produtor de direito, “fazem-no aplicando o Direito geral já de antemão criado pela lei ou pelo costume. A decisão judicial é a continuação, não o começo, do processo de criação jurídica”.⁸⁸

Maior vinculação ao aspecto material do direito, *liberdade relativa* e necessária observância de *continuação* são expressões que flertam com alguma sorte de balizamento. É falar que, em Kelsen, ainda que interpretação no nível da aplicação cuid(ass)e de escolha, essa se daria entre possibilidades significativo-normativas⁸⁹, bem presente que a limitação de possibilidades em si se revelaria limitação à vontade.

A isso ainda se devem somar as próprias ideias *kelsenianas* de pirâmide e de norma jurídica fundamental:⁹⁰ normas inferiores tiram seu fundamento de normas superiores, todas elas culminando na norma jurídica fundamental, “que é a única norma não produzida através de um acto de vontade, mas apenas mentalmente pressuposta”⁹¹, do que não se pode evitar concluir que o fundamento jurídico máximo, na teoria de Kelsen, não seria volitivo,⁹² pautando todos os demais.

⁸⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 249.

⁸⁶ Sobre tresleituras e “mal-entendidos” a respeito da teoria de Kelsen nos séculos XX e XXI, ver: STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme a minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. *Ebook*, posição 1443.

⁸⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 249.

⁸⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 178.

⁸⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 251; KELSEN, Hans. *¿Qué es la teoría pura del derecho?* Colonia del Carmen-MEX: Distribuciones Fontamara SA, 1997. p. 27-28. Disponível em: http://cv.uoc.edu/mat/03_001/Teodret3.htm. Acesso em: 10 out. 2020.

⁹⁰ No sentido de ser a produção judicial do direito limitada em alguma medida pelas normas gerais: KARAM, Munir. A sentença como fato criador de normas. In: PRADO, Luiz Regis; KARAM, Munir. *Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984. p. 139.

⁹¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 104.

⁹² Percepção que pode também ser extraída de outra obra do teórico: “A partir de uma perspectiva dinâmica, a norma individual criada pela decisão judicial é um estágio de um processo que começa com o estabelecimento da

Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a propósito, em sua leitura de Kelsen, não por acaso percebeu alguma parametrização limitadora em sua estrutura: “como o direito é uma ordem, está excluída da escolha qualquer norma que instaure uma desordem, gerando incerteza e insegurança”.⁹³

O que soa para mim, pois, é que, da parte de Kelsen, de fato haveria a admissão de que a interpretação pelo aplicador do direito congregaria mais que um simples silogismo ou o desvelar de uma razão imanente à norma, havendo componente inexpugnável de subjetivismo (e, até, dimensão irracional) que contaminaria o interpretar — como, aliás, tudo mais que deflúa da conduta humana.⁹⁴ Sua teoria, nada obstante, na verdade pretenderia “representar o Direito tal como ele é, e não como ele deve ser”⁹⁵, perguntando “pelo Direito real e possível, não pelo Direito ‘ideal’ ou ‘justo’. Neste sentido, é uma teoria do Direito radicalmente realista, recusando-se a fazer um juízo de valor sobre o Direito positivo”⁹⁶, e que assume como dado, inclusive, decisões arbitrárias. Ainda em outras palavras: *o reconhecimento kelseniano da discricionariedade se daria, a meu ver, por conseguinte, em compasso com sua teoria, de forma científica e, portanto, avalorada.*

Por tudo isso é que não recebo sem ressalvas a suposta aptidão de Kelsen para funcionar como fiador teórico de uma visão puramente discricionária⁹⁷, segundo a qual o julgar derivaria de mera (e desembaraçada, ilimitada) vontade. Em verdade, minha percepção é a de que o autor simplesmente abandona⁹⁸ o nível da aplicação do direito (reputando-o incontrolável) e edifica sua teoria pura sobre a ciência do direito, essa sim pautada por um rigor metodológico — o que tampouco deixa de ser paradoxal, na medida em que se enxerga no indivíduo-cientista uma capacidade de abstração de valores e subjetivismos inafastáveis do indivíduo-julgador.⁹⁹

primeira constituição, é continuado pela legislação e pelo costume, e conduz a decisões judiciais.” (KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 196).

⁹³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Por que ler Kelsen, hoje? In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 4. ed. São Paulo, 2001. p. XIX.

⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramentos/Casa do Direito, 2020. p. 287.

⁹⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 75.

⁹⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 75.

⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. E-book, p. 20-22.

⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 39.

⁹⁹ O ponto foi problematizado por COELHO, Luiz Fernando. Positivismo e neutralidade ideológica em Kelsen. In: PRADO, Luiz Regis; KARAM, Munir. *Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984. p. 46-62.

A teoria pura, assim, se ocupa “das normas jurídicas, não enquanto factos da consciência, mas apenas enquanto conteúdos significativos”.¹⁰⁰ Warat, a propósito, seria certo no ponto: “ninguém duvida que Kelsen investiu contra a metafísica, mas a sua luta foi parcial. Combateu o jusnaturalismo em nome da objetividade. Poder-se-ia, assim, dizer que Kelsen rebelou-se contra os efeitos da metafísica sobre a ciência, mas não sobre os indivíduos”.¹⁰¹

É verdade que a ciência do direito, em Kelsen, se põe distante, despindo-se de qualquer mote controlador¹⁰², o que a tornaria supostamente vulnerável, como teoria não ideológica, a uma apropriação ideológica. Isso, todavia, não representa, segundo penso, um vício ou uma chancela, da parte dele, a autocracias.

O mau uso de um instrumento não desloca para ele a mácula de uma má finalidade que se lhe atribua. Dito de outro modo, a pureza da teoria do direito, que a manteria asséptica, é qualidade que opera em mão dupla: se não critica arbitrariedades (ou a discricionariedade), também não as ratifica, divisando-as, apenas, como dado (positivo e potencial) de realidade. Ao contrário de patrocinar regimes autocráticos, pois, Kelsen preferiu — alguns dirão, de maneira aparentemente “extrema” ou “ingênuo”¹⁰³ — crer no poder político, apostando no relativismo como fuga, ao fim e ao cabo, de um “absolutismo metafísico”.¹⁰⁴

Outra constatação interessante reside no fato de que, ainda que se adote como premissa *kelseniana* a interpretação na aplicação do direito como ato de pura e livre vontade, fato é que o autor a situaria — interpretação — no terreno da política (do direito), e não no direito positivo ou na teoria jurídica: “a questão de saber qual é, entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a *correta*, não é sequer — segundo o próprio pressuposto de que se parte — uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito.”¹⁰⁵

A transcrição acima pode ainda ser considerada corroborada, noutra obra, pela afirmação, também de Kelsen, de que “a política é uma atividade baseada, em última análise,

¹⁰⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 95.

¹⁰¹ WARAT, Luis Alberto. A partir de Kelsen. In: PRADO, Luiz Regis; KARAM, Munir. *Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984. p. 101.

¹⁰² ABEL, Henrique. *Os fundamentos epistemológicos do direito no constitucionalismo contemporâneo*. 266 f. 2016. Dissertação (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, 2016. p. 92.

¹⁰³ ABEL, Henrique. *Os fundamentos epistemológicos do direito no constitucionalismo contemporâneo*. 266 f. 2016. Dissertação (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, 2016. p. 96-97.

¹⁰⁴ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 565.

¹⁰⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 249.

em juízos de valor subjetivos”.¹⁰⁶ De todo modo, o que se percebe é que decidir politicamente sobre o direito não é necessariamente decidir juridicamente. Embora decisões políticas possam ser tomadas sobre qualquer tipo de assunto (econômico, social etc.), elas não têm o condão de tornar questões políticas conformes ao direito (ou decisões juridicamente válidas). Ou seja, mesmo a perseverar um ideal de liberdade criativa-judicial em Kelsen, tenho para mim que se inseriria ela no campo político, não (ou ao menos não apenas) no jurídico, mantida em minha visão, ainda frente ao autor, a plausibilidade da tese sustentada neste trabalho de que escolhas, quando desregradas, somente o seriam fora dos domínios do direito.

Independentemente de prevalecer essa minha visão ou aquela que divisa em Kelsen uma discricionariedade pura, evidenciada inclusive a partir da possibilidade de ampliação da moldura pelo próprio julgador¹⁰⁷, fato é que, sobretudo a partir daquele autor — seja a leitura de sua teoria correta ou não — passa a haver, nos terrenos da dogmática, com maior vigor teórico, um triunfo da vontade do julgador sobre a vontade da lei; da subjetividade sobre a objetividade. *E é aqui que identifico a raiz teórica da discricionariedade como (supostamente) parte do direito, ainda que sob a perspectiva de uma “constatação científica”¹⁰⁸ acrítica.*

Após Kelsen, o primeiro grande positivista metodológico seria Herbert Hart¹⁰⁹, que perseverou numa teoria descritiva do direito por um observador neutro. Fazendo um paralelo com Kelsen, Hart também edificou sua visão de direito sobre um critério fundamental de validade, substituindo, contudo, a norma hipotética fundamental pela chamada regra de reconhecimento, que, diferentemente da primeira, seria demonstrável a partir de uma prática social que evidenciaria uma aceitação pela comunidade jurídica.

Inobstante essa visão absolutamente panorâmica, o mais importante para este trabalho, no que diz respeito a Hart, é que ele, ao segmentar normas primárias e secundárias, foi além para atribuir ao direito uma “textura aberta”. Reconheceu, assim, haver nas regras “orlas de incerteza”, “zonas de penumbra”, que separariam casos de simples solução — porque a norma disporia direta e claramente sobre o caminho adequado — de casos de difícil solução, de identificação mais complexa sobre qual norma posta seria a incidente.¹¹⁰ Nos casos simples, o resultado não desafiaria grandes elucubrações e derivaria de um verdadeiro silogismo; nos casos

¹⁰⁶ KELSEN, Hans. *O que é justiça?* 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 354.

¹⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. *E-book*, posição 3118; STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 38.

¹⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. *E-book*, p. 20-21.

¹⁰⁹ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2020. p. 99.

¹¹⁰ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução: A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 134, 147 e 336.

difíceis, ao contrário, Hart passou a sustentar um poder discricionário delegado aos juízes.¹¹¹ e
112

À vista de tudo o que exposto nesta seção, e como uma espécie de condensação do positivismo normativista-metodológico-conceitual, é possível, então, resumir como suas teses centrais que (i) a existência, vigência e validade do direito em uma sociedade depende das práticas dos membros dessa sociedade; (ii) a validade de uma norma independe de um juízo moral; e (iii) as normas de um ordenamento não contemplam todas as hipóteses de sua aplicação, de sorte que casos difíceis não serão solucionáveis pelas normas, mas pela discricionariedade judicial. “Tais questões, de um modo ou de outro, estão presentes em Kelsen e Hart, que constituem, assim, em dados aspectos, o ‘ovo da serpente do positivismo contemporâneo’”.¹¹³

1.3 A REAÇÃO DE DWORKIN — E A REAÇÃO ÀQUELA REAÇÃO

Ronald Dworkin, em resposta a Hart, teceu críticas contundentes, segmentando discricionariedade em suas acepções fraca e forte. A primeira consistiria numa aplicação não mecânica da lei,¹¹⁴ mas nem por isso ilimitada, vinculada que estaria por parâmetros gerais e sendo, por isso, admissível;¹¹⁵ a segunda, por outro lado, consistiria na dissociação decisória de qualquer padrão de autoridade superior.¹¹⁶

Ainda segundo Dworkin, Hart, ao identificar a discricionariedade judicial não com os padrões a que o juiz se reporta ou se limita, mas com os padrões que tipicamente emprega, se enquadra na noção de discricionariedade forte. Para o autor, esgotadas as regras em Hart, haveria uma abertura a padrões não derivados da autoridade da lei e que, por isso, não seriam cogentes: quando um juiz esgota as regras à sua disposição, ele possui o poder discricionário,

¹¹¹ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução: A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 314.

¹¹² STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramentos/Casa do Direito, 2020. p. 290.

¹¹³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. *E-book*, posição 10302.

¹¹⁴ “O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o ‘poder discricionário’ para decidir o caso de uma maneira ou de outra.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 127).

¹¹⁵ Não desconheço que a noção de discricionariedade fraca em Dworkin também contempla aquela em que a decisão é impassível de controle hierárquico por ausência de instância revisora; sem prejuízo, e no que mais pertinente a este trabalho, identifico a essência da discricionariedade fraca com um julgamento não silogístico.

¹¹⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 51-52.

no sentido “de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei. Ou, para dizer de outro modo: os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes.”¹¹⁷

Assentada a premissa de uma discricionariedade forte em Hart, Dworkin passa a sustentar a tese de que o esgotamento ou a insuficiência das regras não conduziria a padrões ditados judicialmente e sim a princípios, autoridade que, ao invés de extrajurídica, integraria o direito e produziria padrões igualmente obrigatórios e limitadores das decisões.¹¹⁸

De modo a preencher a lacuna deixada pelo exaurimento das possibilidades dadas pelas regras, Dworkin recorre aos princípios já de antemão contrapondo argumentos a uma virtual resistência positivista: (i) são eles, os princípios, sim, obrigatórios, isto é, ostentam força normativa; (ii) eles indicam direções, ainda que não prescrevam resultados particulares como fazem as regras; (iii) embora não possuam valor ou peso *a priori*, retiram sua força da consagração pela prática e pela história legislativa e judiciária; e (iv) há um dever moral, uma responsabilidade política por parte dos juízes de buscar, de descobrir o direito a que as partes façam jus, em lugar de livremente escolher como decidir¹¹⁹ — e esse último ponto é decisivo.

Com isso, Dworkin, a um só tempo, abalou três estruturas importantes do positivismo: (i) questionou uma separação rígida entre direito e moral, advogando, na verdade, em favor de uma interconexão; (ii) duvidou de um direito produto única e exclusivamente de fontes sociais, mediadas por uma regra suprema que funcionaria como critério de validade¹²⁰; e (iii) rejeitou a ideia de uma discricionariedade judicial como escape ao sistema diante de casos difíceis.¹²¹

No que concerne especificamente à discricionariedade, o autor ainda escancarou contradições positivistas ao afirmar, por exemplo, que, se “os tribunais tivessem o poder discricionário de modificar as regras estabelecidas, essas regras certamente não seriam obrigatórias para eles e, dessa forma, não haveria direito nos termos do modelo positivista.”¹²²

¹¹⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 55.

¹¹⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 57.

¹¹⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 56-58. Explorando a responsabilidade política em Dworkin: STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. *E-book*, p. 21-22; STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 47.

¹²⁰ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2020. p. 108 e 179.

¹²¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 70.

¹²² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 59.

Tomando como princípio haver uma margem de liberdade judicial estremada do direito como sistema, o que impediria essa margem de operar inclusive em favor da identificação de seus próprio limites? O que impediria uma avaliação discricionária sobre os espaços de discricionariedade? O que impediria o direito de ser reduzido a um grande *soft law*, em que as diretrizes são meramente persuasivas, mas nunca vinculantes? Conforme Dworkin aponta, nada. E é por dilemas como esses que ele, ao fim e ao cabo, assenta que o positivismo “nos remete a uma teoria do poder discricionário que não leva a lugar nenhum e nada nos diz”.¹²³

Todas essas críticas de Dworkin acabaram se revelando decisivas a ponto de impor releituras ao positivismo e de resultar em diferentes propostas de endereçamento de suas considerações. Popularizou-se, então, uma distinção, cunhada por Jules Coleman, entre duas facções de positivistas que se dividiram nas respostas àquele autor: os inclusivos e os exclusivos.

Os primeiros, positivistas inclusivos — entre eles o próprio Coleman¹²⁴ —, passaram a assimilar critérios morais como parâmetro de validade do direito, desde que a comunidade jurídica os houvesse convencionado. Dito de outra forma, elementos morais poderiam se tornar juridicamente obrigatórios se contidos em textos de normas jurídicas que assim dispusessem.¹²⁵ Já os segundos, positivistas exclusivos — capitaneados por Joseph Raz¹²⁶ —, perseveraram numa cisão rígida entre direito e moral, crendo que, dada a limitação do direito, a inexistência de uma solução jurídica clara franquearia espaço à discricionariedade judicial pura.¹²⁷ A bem de uma síntese, e sempre ambicionando maior clareza, “o positivismo inclusivo aceita[ria] a possibilidade de existirem casos em que o Direito seja determinado por fatores que transcendem as disposições regratórias objetivamente preestabelecidas por uma autoridade devidamente constituída”¹²⁸, enquanto o exclusivo não.

¹²³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 71-72.

¹²⁴ COLEMAN, Jules L. *The practice of principle: in defense of a pragmatist approach to legal theory*. New York: Oxford University Press, 2001.

¹²⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. *E-book*, p. 22-23.

¹²⁶ RAZ, Joseph. *Between authority and interpretation*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 166 et seq.; RAZ, Joseph. Legal principles and the limits of law. *Yale Law Journal*, New Haven, n. 81, p. 823, 1972.

¹²⁷ Essa personificação das teorias em Coleman e em Raz, ainda que reducionista, é feita pelo próprio Dworkin e aqui replicada: DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 266. Sem prejuízo, outros nomes importantes dos dois segmentos, dignos de menção, seriam, entre os inclusivos, Andrei Marmor, Aleksander Peczenik, David Lyons, Jeremy Waldron e Wilfrid Waluchow, e, entre os exclusivos, Brian Bix, Brian Leiter, Frederick Schauer e Scott J. Shapiro. A compilação é de ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2020. p. 111-168.

¹²⁸ ABEL, Henrique. *Positivismo jurídico e discricionariedade judicial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 35-36.

É verdade que, analisando superficialmente a descrição acima, o positivismo inclusivo até poderia se assemelhar em alguma medida com a teoria de Dworkin, identificação essa até admitida parcialmente pelo próprio autor.¹²⁹ Sem embargo, a par de a tese inclusiva ser bem mais limitada que o conceito de integridade em Dworkin¹³⁰, é possível divisar ainda outras distinções se recorrermos — curiosamente — a Andrei Marmor, um exclusivista. Segundo esse autor, conquanto os inclusivos e Dworkin partilhassem uma relação próxima entre validade jurídica e moral, o último o faria reputando ser esse um traço essencial do direito, derivado de sua natureza profundamente interpretativa, enquanto os primeiros sustentariam que aquela proximidade seria apenas contingencial, ou seja, não defluiria de uma condição essencial do direito, mas sim de casos excepcionais em que a solução decorresse das regras de reconhecimento convencionadas socialmente.¹³¹

Ainda na esteira da aparente proximidade entre positivismo inclusivo e Dworkin, convém anotar, entre nós, uma elegante sofisticação daquela corrente pela pena de Juliano Maranhão, que acabou cunhando um positivismo *lógico-inclusivo* que se debruçaria não sobre se o direito admitiria princípios morais, mas sim sobre a identificação objetiva das razões morais por detrás das escolhas operadas pelo/no direito. É dizer, os valores morais ostentariam normatividade e valem não por seus méritos, mas por derivarem de “processos racionais a partir das regras dotadas de autoridade, que, indiretamente, os endossam”.¹³²

Princípios morais e de políticas públicas que justificam a criação de uma norma, com determinado conteúdo, em dada interpretação, são “condições de inteligibilidade, não propriamente o conteúdo da norma, mas da norma como conteúdo de um ato racional e, portanto, do que se quis dizer com a norma (naquela interpretação)”.¹³³ As normas, assim, herdariam da moral sua força como razão na medida em que a explicitam, não deixando de ser jurídicas porque, como normas e parte integrante do ordenamento, possuiriam autoridade reconhecida. Os princípios seriam, pois, na acepção de Maranhão, razões implícitas nas regras do ordenamento e que “amarram” a construção de sua interpretação no tempo.

¹²⁹ Dworkin chega ao ponto de chamar Coleman, na verdade, de antipositivista, o que, segundo me parece, não é correto, já que, inobstante admitirem uma assimilação da moral pelo direito, os inclusivos se mantêm fiéis ao postulado positivista da convenção ao somente admitir o ingresso da moral no direito se introduzida ela pela via da regra de reconhecimento. (DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 268).

¹³⁰ ABEL, Henrique. *Positivismo jurídico e discricionariedade judicial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 36.

¹³¹ MARMOR, Andrei. Exclusive legal positivism. In: COLEMAN, Jules L. (ed.). *The Oxford handbook of jurisprudence & philosophy of law*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 105.

¹³² MARANHÃO, Juliano. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 29.

¹³³ MARANHÃO, Juliano. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 141.

O predicado do positivismo lógico-inclusivo de Juliano está em rechaçar a discricionariedade, renegando razões extrajurídicas, sem com isso deixar de solucionar a questão da adjudicação principiológica. Princípios ostentam força normativa não por uma superioridade moral ou por serem vinculantes, e sim por estarem de certa forma contidos implicitamente nas razões por detrás das regras, uniformizando sua construção interpretativa.

Em que pese, como dito, ser a hipótese de Maranhão de fato sofisticada, seu positivismo lógico-inclusivo, como bem constatou Streck¹³⁴, revelou-se insuficiente frente à discricionariedade, admitida pela teoria quando distintas interpretações, igualmente defensáveis em casos indeterminados ou incoerentes, pudessem ensejar escolha pelo decisor.

A par de ressalvas pontuais e honrosas como a de Maranhão¹³⁵, fato é que os positivistas, inclusivos ou exclusivos, seguiriam incidindo no erro de tratar a discricionariedade como um dado empírico constatável, natural e não problematizado.¹³⁶

1.4 UM SALDO CRÍTICO NO CONTEXTO DO “PÓS-POSITIVISMO”

Analisando em perspectiva o caminho brevemente resumido acima, alguns pontos chamam atenção. O primeiro deles diz respeito à impressão de que o positivismo pós *kelseniano* fundiu metalinguagem e linguagem-objeto¹³⁷, isto é, refez a confusão que havia sido desfeita por Kelsen quando pretendeu ele, para o fim de purificar uma teoria do direito, estremá-la de sua prática. Warat, no ponto, é contundente: as problemáticas inseridas na Teoria Pura do Direito “foram paulatinamente perdendo toda a sua singularidade argumentativa, através de lentos mecanismos redefinitórios, elaborados por uma extensa cadeia de discursos, onde as principais crenças e estereotipações da dogmática jurídica clássica continuaram vigentes, porém mascaradas”.¹³⁸

Ao assim proceder, a sequência do positivismo acabou por reunir num mesmo horizonte discricionariedade (linguagem-objeto) e elementos teóricos (metalinguagem) supostamente capazes de justificá-la, abrindo mão, ao longo desse processo, de uma teoria da decisão judicial

¹³⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramentos/Casa do Direito, 2020. p. 309.

¹³⁵ Outra ressalva digna monta no positivismo presuntivo de SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule based decision – making in law and in life*. Oxford: Clarendon Press, 2002.

¹³⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. *E-book*, p. 23-24.

¹³⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. *E-book*, p. 23-25.

¹³⁸ WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 226

precisamente por enxergar a discricionariedade como dado inescapável (e incontrolável) de realidade.¹³⁹ *Em verdade, a subversão da teoria de Kelsen iria além, transformando decisão voluntária, como dado empírico, em prescrição normativo-teórica admissível em dadas hipóteses.*

A insurgência de Dworkin contra esses aspectos positivistas foi de fato vigorosa e desnudou a insuficiência de suas matrizes teóricas, mas preparou terreno para novas visões que, em que pese não tenham logrado contornar as críticas *dworkinianas*, funcionariam como plataforma para desvirtuações subsequentes. E ilustro o que digo lançando como hipótese que, talvez, uma das raízes preponderantes para o desenvolvimento da discricionariedade até o que ela viria a se tornar deva ser creditada ao positivismo inclusivo pós-Dworkin.

Esclareço: ao assimilar a moral, mas se estremando de Dworkin, o positivismo inclusivo a renegou como fruto da interpretação jurídica e da histórica institucional do direito para situá-la como resultante do direito aplicado, é falar, como passível de invocação pelas decisões judiciais a partir de regras integrantes do sistema. Por mais paradoxal que possa soar, enquanto Dworkin alocou a moral numa interpretação ampla, promovendo uma relação entre continente e contido fruto de anos de desenvolvimento do direito, os inclusivistas, de certo modo, a identificariam — moral — como uma interpretação contingencial, em dado momento e espaço, conferida por uma decisão judicial que divisasse critérios morais presentes em convenções *juridicizadas* pelo direito.

A moral, por conseguinte, sai de um papel limitador, geral e exógeno, vindo de cima, para uma mola propulsora, contingencial e endógena, porque vinda de dentro — ainda que fruto de uma ressonância do direito-moral sobre o julgador. Dito de outro modo, *a exemplo do que os positivistas inclusivos buscaram fazer ao admitir a introdução da moral no direito pela via da regra de reconhecimento, a discricionariedade parece fazê-lo, de igual modo, pela via da fundamentação das decisões judiciais, convertendo-se em postura que assume como princípio moral o compromisso unicamente com a própria moralidade subjetiva.* E a tudo isso se some o fato de que a moral passaria gradativamente a funcionar não só como critério de validade do conteúdo da norma, mas também como fator persuasivo em favor de dadas leituras normativas.¹⁴⁰

¹³⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramentos/Casa do Direito, 2020. p. 310-311.

¹⁴⁰ Robert Alexy, na esteira de Hart, passa a entender que a pretensão de correção no processo de tomada de decisão judicial nos casos difíceis envolveria critérios de justiça e, por isso, razões morais. ALEXY, Robert. The dual nature of Law. *Ratio Juris*, v. 23, n. 2, p. 168-171, jun. 2020; ALEXY, Robert. The nature of arguments about the nature of law. In: LUKAS H. Meyer, Stanley L. Paulson & Thomas Winfried Menko Pogge (eds.). *Rights, culture, and the law: themes from the legal and political philosophy of Joseph Raz*. Oxford University Press, 2003. p. 3-

O saldo do positivismo, assim, assimilaria na razão teórica (verdadeiro/falso) a razão prática (certo/errado) ao perceber que, diante da insuficiência das leis como dado, haveria uma sempre presente margem de algo novo a ser incorporado ao direito pela decisão. Esse produto positivista consagraria, portanto, dentro da razão teórica, a máxima de que decidir discricionariamente é decidir juridicamente — eis que admitida pelo direito a discricionariedade.¹⁴¹ Um direito sem lacunas no qual se subsumir os fatos passa, constrangido com a indeterminabilidade do direito, a assumir uma *colmatação judicial-voluntarista* das lacunas como sendo algo integrante do direito.¹⁴²

Fazendo-me mais objetivo — *e eis aqui um componente importante de minha hipótese mais geral* —, a fusão operada entre ciência do direito e direito-objeto faria com que a discricionariedade passasse gradativamente a também se servir — discricionariamente — de um ferramental teórico capaz de suportá-la, de torná-la, mais que meramente um fato avalorado (seja na prática, seja em nível metalinguístico), um instituto jurídico válido propiciador de uma moralização do direito. O único problema é: mas, afinal, “como detectar o ingresso dos fatores morais no Direito? De que modo isso é controlado?”¹⁴³ Este o ponto no qual a ausência de uma teoria da decisão judicial nos desampara.

Evidente, portanto, que o que se convencionou chamar de pós-positivismo — seja ele um “estado de poluição semântica e anemia significativa”¹⁴⁴, seja ele “corrente teórica multifacetada”¹⁴⁵ que inclusive congregaria autores infensos à discricionariedade¹⁴⁶ — convive com a falsa ilusão de superação de alguns dos aspectos do(s) positivismo(s) que o(s) antecedeu(eram). Esses aspectos, porém, e em verdade, apenas aparentam ter sofrido uma repaginação, valendo-se exatamente das críticas que lhe foram sendo feitas ao longo dos tempos. Não digo aqui que os positivismos pré-Dworkin seguem vivos e bem, não. Destaco

16; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. *E-book*, posição 10990.

¹⁴¹ ARANGO, Rodolfo. *¿Hay respuestas correctas em el Derecho?* 2. ed. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2016. p. 50.

¹⁴² É a vulnerabilidade teórica que Lenio Streck chamará de calcanhar de Aquiles do positivismo: STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme a minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. *Ebook*, posição 1464; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. *E-book*, posição 10509.

¹⁴³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 49.

¹⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme a minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. *Ebook*, posição 2101.

¹⁴⁵ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2020. p. 198.

¹⁴⁶ MACCORMICK, Neil. *Retórica e estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008; MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. São Paulo: RT, 2008.

apenas, isto sim, que, *conquanto muitas bandeiras teóricas do(s) positivismo(s) tenham sofrido derrocada, outras seguem, reinventadas no imaginário jurídico atual.*

O estratagema não cuidou de algo novo. Em caráter ilustrativo, em Dworkin, mesmo essa apropriação das críticas pelas correntes criticadas¹⁴⁷ se evidencia a partir dos princípios como limite à discricionariedade¹⁴⁸, convolados, no pós-positivismo, em plataforma de reinvenção da própria discricionariedade (princípios como conceitos abertos e ponderação).¹⁴⁹ O resultado é de fato paradoxal: *um amálgama de aportes teóricos que, sob o signo de pós-positivismo, congrega releituras de aspectos positivistas e visões críticas ao próprio positivismo.* Nesse sentido, enquanto o desprestígio intelectual do positivismo no meio acadêmico brasileiro sugere que teria ele se tornado uma doutrina morta, ao mesmo tempo se verifica que “algumas das concepções mais problemáticas do positivismo jurídico continuam manifestando-se tanto na prática judicial quanto no ‘senso comum teórico’ dos juristas (inclusive ocultas, muitas vezes, sob o manto de posturas pretensamente ‘pós-positivistas’)”.¹⁵⁰

O fenômeno não passou ao largo de oportuno diagnóstico de Henrique Abel, para quem a prática acabou por afiliar-se “a um ‘pós-positivismo’ de conveniência, de fundamentos teóricos paupérrimos e pouco claros, derivados de um verdadeiro ‘mix-teórico’ desprovido de qualquer erudição, consistência, robustez argumentativa ou filiação intelectual clara”.¹⁵¹ Não destoia, ainda, a visão de Lenio Streck, que constata ocorrer, na verdade, um sincretismo *ad hoc*: “quando interessa ao *establishment* dogmático (aos detentores da fala), lança-se mão da filosofia da consciência; quando já não há como ‘segurar’ esse ‘estado de natureza hermenêutico’ decorrente dessa ‘livre convicção’, ‘livre convencimento’, ‘íntima convicção’ (e

¹⁴⁷ É possível em alguma medida divisar isso a partir do pós-escrito de Hart em resposta a Dworkin, quando aquele, invocando o critério moral sustentado por Dworkin como diretriz de aplicação dos princípios, aduz ser esse tal juízo moral, na realidade, verdadeiro exercício do poder discricionário: “Deve observar-se que alguns teorizadores, nomeadamente Raz, sustentam que, seja qual for eventualmente o estatuto dos juízos morais, sempre que o direito exija que os tribunais apliquem padrões morais para determinar o direito, ele confere desse modo aos tribunais um poder discricionário e dá-lhes directivas para o usarem de acordo com o seu melhor juízo moral, ao criarem o que é um direito novo; não converte desse modo a moral em direito preexistente.” (HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução: A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 316.)

¹⁴⁸ Essa é uma das premissas da Crítica Hermenêutica do Direito de Streck: STRECK, Lenio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 57.

¹⁴⁹ MARGRAF, Alencar Frederico; FREITAS, Rafaela Gonçalves de. Discricionariedade na utilização dos princípios e suas consequências. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 98, nov./dez. 2016. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/22896>. Acesso em: 13 fev. 2017; ABOUD, Georges; ROSSI, Júlio César. Riscos da ponderação à brasileira. *Revista de Processo*, v. 269, p. 109-138, jul./2017.

¹⁵⁰ ABEL, Henrique. *Positivismo jurídico e discricionariedade judicial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 4.

¹⁵¹ ABEL, Henrique. *Positivismo jurídico e discricionariedade judicial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 33.

suas decorrências, como o pamprincipiologismo, o axiologismo, o pragmaticismo, etc.), apela-se ao mito do dado... E tudo começa de novo, como um eterno retorno...!”¹⁵²

Na esteira daqueles dois autores, conclui-se que, de modo geral, e no Brasil, em particular, o panorama acima findou por revelar um verdadeiro entulhamento teórico. Ora alimentamos um exegetismo da letra fria da lei, relegando à irracionalidade qualquer razão fora do texto e reforçando o mito de suas razões imanentes; ora a lei é somente ponto de partida contendo cláusulas gerais que admitem desenvoltura interpretativa por parte do julgador.¹⁵³ Convivem paradoxalmente nuances positivo-herméticas e realismo.¹⁵⁴ Texto e norma podem se fundir ou se afastar¹⁵⁵, bem assim o direito e a moral.¹⁵⁶ Ponderação e proporcionalidade são

¹⁵² STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme a minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. *E-book*, posição 2451.

¹⁵³ STRECK, Lenio Luiz. O Brasil revive a Escola do Direito Livre! E dá-lhe pedalada na lei! *Revista Consultor Jurídico*, 25 jun. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-25/senso-incomum-brasil-revive-escola-direito-livre-lhe-pedalada-lei> Acesso em: 8 ago. 2020; STRECK, Lenio Luiz. O indulto e a Escola do Direito Livre: o STF que vai de zero a cem! *Revista Consultor Jurídico*, 15 mar. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-15/senso-incomum-indulto-escola-direito-livre-stf-zero-cem>. Acesso em: 8 ago. 2020.

¹⁵⁴ “Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja”. É o conhecido voto proferido pelo Ministro Humberto Gomes de Barros no AgRg no ERESP n. 279.889/AL e objeto de análise em STRECK, Lenio Luiz. Devemos nos importar sim com o que diz a doutrina. *Revista Consultor Jurídico*, jan. 2006. Disponível em: <https://bit.ly/3cQaduB>. Acesso em: 8 ago. 2020.

¹⁵⁵ “(...) em *terrae brasilis*, a mixagem das posturas objetivistas e subjetivistas fazem com que um mesmo tribunal assumia posições exegéticas — pelas quais ‘a lei vale tudo’ — e posições voluntaristas — em que a lei é ignorada.” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. *E-book*, posição 10700).

¹⁵⁶ Sobre a desvirtuação dos princípios como avenida de moralização do direito: “Os princípios são, por ‘princípio’, indeterminados. Sua natureza indeterminada abre espaço para a avaliação moral, por parte do aplicador, dos critérios a serem adotados na construção das decisões. A carga moral da decisão, em si, não é um problema quando se admite que a amoralidade, no sentido de completa neutralidade, não é e nem nunca foi possível. Todo observador, para observar, precisa traçar uma distinção, assumindo uma posição no mundo. Com um juiz, obviamente, não poderia ser diferente. Contudo, quando os argumentos são orientados por critérios do tipo ‘bom’ ou ‘mau’ há o risco de que os fundamentos da decisão sejam naturalizados, tornando-se quase inquestionáveis. O papel do observador é subestimado devido à ‘bondade intrínseca’ dos seus valores. O conteúdo moral da decisão é, então, comunicado como algo natural e necessário. A artificialidade e a contingência dos valores são ocultadas para que a decisão possa ser imposta como vinculante para todos os envolvidos. E esse ocultamento pressupõe não tanto o caráter absoluto e universal dos valores (...), mas sim a autoridade daquele que decide. Nesse caso, do juiz, que está obrigado a decidir para que a sua decisão se torne obrigatória. O judiciário corre, assim, o risco de se transformar em uma instância autoritária — uma espécie de ‘superego da sociedade’, nas palavras de Ingeborg Maus.” (GUIMARÃES, Guilherme Francisco Alfredo Cintra. *O uso criativo dos paradoxos do direito na aplicação de princípios constitucionais: abertura, autoritarismo e pragmatismo na jurisdição constitucional brasileira*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2007. p. 13-14.)

capazes de afiançar visões distintas, reavivando em Alexy a Jurisprudência dos Interesses¹⁵⁷ — ou seria a dos Valores?¹⁵⁸ Somos uma miscigenação de institutos de tradição *civil* e *common law*, com enunciados assumindo lugar da lei para dar respostas antes das perguntas.¹⁵⁹ Somos uma quimera — ou um repertório infinito de formas de pensar, invocadas de forma voluntarista ao sabor de como se queira decidir.

Nessa infusão de sentidos e visões, iludimo-nos de modo a crer que essa variedade significaria riqueza, quando, na realidade, se traduz ela em paradoxos sistêmicos que cobram seu preço. A sistematização desse caos elege seu Deus: o relativismo, por vezes revelado como fundamento explícito (o malsinado “caso a caso”), por vezes revelado como estratégia nos meandros de alegorias jurídicas. *A discricionariedade é (uma) personificação desse relativismo, dele sendo, a um só tempo, causa e efeito.*

Aliás, sobre ela, discricionariedade, o triunfo das críticas ao positivismo não logrou eliminá-la da prática judiciária (nem mesmo da mentalidade dos juristas). Foi ela uma das facetas positivistas que, não tendo morrido, fortaleceu-se: o acomodamento em relação à suposta morte do positivismo jurídico consagrou como sendo pós-positivistas uma série de “mitos, lugares-comuns e chavões que nada mais são do que novas indumentárias para a velha figura da discricionariedade, dentre os quais se pode citar a concepção de que o juiz deve decidir de acordo com ‘seus sentimentos’, prestando contas apenas à ‘sua consciência’”.¹⁶⁰

Por essas e outras é que se notou — insisto, particularmente em nosso modelo brasileiro —, que a “discricionariedade tem assumido contornos dramáticos, principalmente diante das várias mixagens de posturas objetivistas e subjetivistas, ao fazer com que um mesmo tribunal ora assumira uma posição objetivista, onde a lei vale tudo, ora assumira uma posição subjetivista, onde a lei não vale absolutamente nada”.¹⁶¹ De certo modo, pode-se dizer que o pragmatismo

¹⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. Porque a ponderação e a subsunção são inconsistentes. *Revista Consultor Jurídico*, 26 abr. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-abr-26/observatorio-constitucional-porque-ponderacao-subsuncao-sao-inconsistentes>. Acesso em: 14 nov. 2021; ABOUD, Georges; ROSSI, Júlio César. Riscos da ponderação à brasileira. *Revista de Processo*, v. 269, p. 109-138, jul./2017.

¹⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 78-82.

¹⁵⁹ Defendendo que a Jurisprudência dos Conceitos é reprimada no Brasil atual, sendo veiculada não pela academia, mas pelos enunciados emanados dos tribunais: STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramentos/Casa do Direito, 2020. p. 149.

¹⁶⁰ ABEL, Henrique. *Positivismo jurídico e discricionariedade judicial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 2-3.

¹⁶¹ LIMA, Danilo Pereira. Discricionariedade judicial e resposta correta: a teoria da decisão em tempos de pós-positivismo. *Nomos – Revista do Programa de Pós-Graduação em direito – UFC*, v. 34, n. 2, p. 141, jul./dez. 2014.

judiciário no Brasil assimilou as teorias de autores como Dworkin e Alexy¹⁶²¹⁶³, bem assim seu “vocabulário técnico (‘princípios’, ‘ponderação’, análise das particularidades do ‘caso concreto’, etc), para utilizá-las como instrumental de justificação de uma discricionariedade judicial ainda mais ampla e irrestrita do que aquela que se verificava no modelo positivista”.¹⁶⁴

A discricionariedade, por assim dizer, é galgada a saída “honrosa” na encruzilhada de um positivismo já superado e de um pós-positivismo ainda muito difuso e heterogêneo, e por isso mesmo ainda não adequadamente assimilado. É a discricionariedade, pois, “reapropriada pelas teorias argumentativas, só que sob o manto de uma racionalidade argumentativa com a pretensão de dar solução ao problema de uma pós-metódica”.¹⁶⁵

Concluindo esta seção, e à guisa de um resumo: tenho para mim que a discricionariedade, antes herança do positivismo, se descolou daquela matriz teórica para assumir “vida própria na práxis judiciária brasileira, — inclusive sob o manto de ativismos pretensamente ‘pós-positivistas’”,¹⁶⁶ mais se prestando como ferramenta apropriada ao sabor do uso que se lhe queira dar que, propriamente, uma categoria jurídica.¹⁶⁷

1.5 UM FECHO: A NOÇÃO DE DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL DE QUE PARTO

Dworkin já vaticinava — a ilustração se dá com base em Raz — a muito possível conversão da discricionariedade em sentido fraco na discricionariedade em sentido forte, isto é, uma propensão a que as decisões sobre casos difíceis acabassem redundando numa substituição da incerteza acerca do direito pela certeza a respeito da liberdade na aplicação do direito.¹⁶⁸ Tomando como base essa afirmação, penso que a discricionariedade fraca, em

¹⁶² Identificando o juízo de ponderação em Alexy com uma discricionariedade tolerável: GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 207.

¹⁶³ A teoria de Alexy, em verdade, conquanto almejasse originalmente controlar e limitar a discricionariedade, acabou por pressupô-la, insistindo no esquema sujeito-objeto a partir de uma hierarquização axiológica subjetiva a resultar no paradoxo de que o enfrentamento da discricionariedade se daria por meio de... discricionariedade. FIGUEROA, Alonso García. La tesis del caso especial y el positivismo jurídico. *Doxa*, n. 22, p. 207-220, 1999; STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 263-264; BARBA, Rafael Giorgio Dalla. *Nas fronteiras da argumentação: a discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 138.

¹⁶⁴ ABEL, Henrique. *Positivismo jurídico e discricionariedade judicial: a filosofia do direito na encruzilhada do constitucionalismo contemporâneo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 147.

¹⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. *Revista Direito e Práxis*, v. 4, n. 7, p. 347, 2013.

¹⁶⁶ ABEL, Henrique. *Positivismo jurídico e discricionariedade judicial: a filosofia do direito na encruzilhada do constitucionalismo contemporâneo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 163.

¹⁶⁷ “O tratamento precário conferido pela doutrina ao tema da discricionariedade decorre, em grande parcela, da circunstância de nem a menos saberem, os que dela tratam, do que estão a tratar.” (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 191).

¹⁶⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 111.

Dworkin, nem sequer seria discricionariedade na acepção que aqui adoto e critico — um recurso ao discernimento como ferramenta decisória me parece algo inerente a qualquer decisão, ainda quando produto de um silogismo.

Este trabalho, por conseguinte, se assenta, pois, num conceito de discricionariedade judicial que espelha como resultado algo mais próximo à concepção de Hart e à espécie forte de Dworkin¹⁶⁹, ou seja, a tomada de decisão sem submissão, ou com subordinação mínima, a parâmetros oriundos de autoridades instituídas, que não a tomadora da decisão. Uma discricionariedade que assume uma margem não ocupada pela “razão” e por isso invadida pela vontade.¹⁷⁰ Um “poder arbitrário ‘delegado’ — antidemocraticamente — em favor do juiz para ‘preencher’ os espaços da ‘zona de penumbra’ do modelo de regras”¹⁷¹, não se podendo esquecer que essa “‘zona de incerteza’ (ou as especificidades em que ocorrem os ‘casos difíceis’) pode ser fruto de uma construção ideológica desse mesmo juiz, que, *ad libitum*, aumenta o espaço de incerteza e, em consequência, seu espaço de discricionariedade”¹⁷².

Como algo mais próximo de uma ideologia autocrática, a discricionariedade, esse verdadeiro estratagema discursivo, pode se arrimar em fundamentos teóricos distintos, como pode produzir resultados diversos. Pode incidir tanto em casos “fáceis” quanto em casos “difíceis”. Pode ser expressa ou velada. Pode pretender acelerar mudanças sociais ou travá-las¹⁷³, espelhando mais visões pessoais de mundo e de justiça, travestidas de impressões sobre expectativas sociais, do que, propriamente, percepções do corpo coletivo.¹⁷⁴ E é esse seu modo de ser que traduz seus efeitos mais deletérios: a imprevisibilidade e a pretensão de imunidade frente à impossibilidade de um controle conteudístico.¹⁷⁵

Vale, a essa altura, já ao cabo deste primeiro capítulo, a ressalva singela, mas que veicula advertência importante, de que a discricionariedade judicial aqui estudada nada tem a ver com

¹⁶⁹ Ainda que o próprio Dworkin reconheça haver diversas modalidades de discricionariedade. (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 61).

¹⁷⁰ LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: o século XX*. São Paulo: Martins Fontes, v. 2, 2010. p. 143.

¹⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramentos/Casa do Direito, 2020. p. 76; STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 71.

¹⁷² STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramentos; Casa do Direito, 2020. p. 76; STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 70.

¹⁷³ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 56.

¹⁷⁴ WOLFE, Christopher. *Judicial activism: bulwark of freedom or precarious security?* New York: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1997. p. 2 e 26.

¹⁷⁵ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 238; STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 78.

a discricionariedade administrativa.^{176 e 177} Nessa, o administrador possui margem outorgada expressamente pela lei — e não uma margem que decorreria naturalmente, por vagezas ou aberturas — para eleger meios adequados à consecução de objetivos previstos em lei, submetendo-se à legalidade. Trata-se de instituto que inclusive viabiliza mudanças de governo, que, de ideologias distintas, certamente possuirão formas e prioridades distintas de buscar realizar o interesse público. Já naquela discricionariedade judicial de origem positivista, o julgador efetivamente produz o direito diante de situações para as quais não haveria solução clara — e justamente por inexistir direito regente da situação, haveria ampla desenvoltura nessa produção. Resumidamente: na seara administrativa, a discricionariedade é atribuída pela lei; já na seara judicial a discricionariedade decorre circunstancialmente da lei própria.¹⁷⁸

Inobstante tudo isso, e apenas fechando o registro sobre o ponto, há três aspectos que poderiam relacionar ambas as “discricionariedades”, ainda que elas absolutamente não se confundam. Primeiro, a discricionariedade administrativa serviu, em primeiro lugar, de limite à atuação judicial, imunizando determinadas dimensões dos atos administrativos contra a intromissão judicial. Segundo, atualmente, a discricionariedade administrativa tem cedido cada vez mais em favor da possibilidade de sindicância judicial, a bem da legalidade¹⁷⁹. E terceiro,

¹⁷⁶ Para aprofundamento da distinção entre discricionariedade judicial e administrativa, que não é foco deste trabalho: ABOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: RT, 2014; ENTERRÍA, Eduardo García. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*. *Revista de Administración Pública*, n. 38, 1962; GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014; e WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 2016; STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 71.

¹⁷⁷ Inobstante as indicações contidas na nota de rodapé anterior, cito, em especial, Sérgio Nojiri: “De bom grado, aconselhamos a inutilização do conceito de discricionariedade no âmbito judicial. É que esta denominação em nada se equivale à similar acepção utilizada no âmbito do Direito Administrativo. Não deveriam duas realidades distintas serem conhecidas pelo mesmo nome, lembrando que esta recomendação não se faz apenas por mero capricho estético, mas como uma necessidade de cunho científico.” (NOJIRI, Sérgio. *Discricionariedade judicial em decisão que concede ou denega liminar em mandado de segurança*. *Revista de Processo*, v. 81, p. 263, jan./mar. 1996.)

¹⁷⁸ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 190.

¹⁷⁹ Ilustrativas dessa afirmação foram as razões de veto ao § 1º do art. 28 do Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, acrescido pelo art. 1º do projeto que culminaria na Lei n. 13.655/2018, que sugeria o seguinte: “§ 1º Não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em jurisprudência ou doutrina, ainda que não pacificadas, em orientação geral ou, ainda, em interpretação razoável, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita por órgãos de controle ou judiciais.” Diante da aprovação da norma, o dispositivo foi vetado sob os seguintes argumentos: “A busca pela pacificação de entendimentos é essencial para a segurança jurídica. O dispositivo proposto admite a desconsideração de responsabilidade do agente público por decisão ou opinião baseada em interpretação jurisprudencial ou doutrinária não pacificada ou mesmo minoritária. Deste modo, a propositura atribui discricionariedade ao administrador em agir com base em sua própria convicção, o que se traduz em insegurança jurídica.” (BRASIL. Presidência da República. *Mensagem n. 212, de 2018*. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm. Acesso em: 14 nov. 2021).

essa tendência à sindicância judicial de atos administrativos discricionários não reforça (antes, vai contra) a ideia de discricionariade judicial que substitua a administração. É falar, o que se esvazia não é discricionariade administrativa como espécie, mas discricionariade como gênero: o fundamento para uma incursão judicial é o direito, o que evidencia (i) a submissão ao ordenamento mesmo quando há margens de aparente liberdade; e (ii) a fragilidade da discricionariade judicial como argumento em face do paradoxo de que o Judiciário admita sindicabilidade da discricionariade administrativa, mas repute imune sua própria “discricionariade”, isto é, entenda o fundamento como uma imunização ao controle, porém somente quando o predicado diga respeito à administração, não ao Judiciário.

Encerro finalmente este capítulo com um derradeiro apontamento, bastante conveniente: embora a discricionariade de maneira geral se revele um problema essencialmente — ou exclusivamente — filosófico,¹⁸⁰ na medida em que se relaciona às formas de compreensão e de interpretação do direito e do mundo, deflui ela, como dito acima e como será aprofundado ao longo deste estudo, de uma miríade de retalhos teóricos não necessariamente coerentes.

Quero com isso dizer que, ao abordar o objeto a que me propus e as bases que a discricionariade lança para si, embrenharei diferentes perspectivas, filosóficas e não filosóficas, que, por vezes, podem sugerir alguma dissonância entre si. Eu o faço, entretanto, com a observação de que essa difusão deve ser creditada mais a dificuldades e paradoxos próprios do objeto de pesquisa — e que escancaram suas fragilidades — que a uma confusão metodológica (ao menos consciente) de minha parte.

Uma vez delimitado o recorte que atribuí ao meu objeto de pesquisa, buscarei, nos dois capítulos seguintes, identificar sua ocorrência num contexto prático.

¹⁸⁰ ARANGO, Rodolfo. *¿Hay respuestas correctas em el derecho?* 2. ed. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2016. p. 70-71; TASSINARI, Clarissa. Ensaio sobre filosofia, teoria do direito e atuação do Judiciário. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 141.

2. A DISCRICIONARIEDADE OSTENSIVA — OU PERFORMATIVA: UMA PESQUISA EMPÍRICA

Como visto no capítulo anterior, o contexto pós-positivista ainda convive com a discricionariedade. De fato, mais que conviver, há quem sustente ir a discricionariedade, particularmente no Brasil, ainda mais além do que informado por Hart e pela crítica de Dworkin, eis que em “qualquer ‘espaço’ de sentido — vagezas, ambiguidades, cláusulas ‘abertas’ etc. —, o imaginário dos juristas vê um infundável terreno para o exercício da subjetividade do intérprete”.¹⁸¹

Buscando oxigenar o estudo teórico da discricionariedade com a práxis mais próxima de mim — isto é, deixando de analisar o direito somente como ciência, mas também enriquecendo minha análise com o direito praticado como linguagem e tecnologia social num determinado contexto de tempo e espaço —, reputei válido confrontar o recorte que conferi à discricionariedade no capítulo anterior com o seu possível uso no Brasil, no que pude identificar (ao menos) duas facetas que evidenciam a consagração desse artifício em nosso modelo.

Na primeira faceta, a discricionariedade, como fundamento, é escancarada, ostensiva, expressa. Ou seja, e em linha com John Austin, a discricionariedade aqui seria performativa¹⁸² — Georges Abboud¹⁸³ adota o termo “performática”, com mesmo sentido —, assim entendida quando usada explicitamente como fundamento bastante e suficiente em si, mas que não passa de um recurso a fórmulas vazias, sem relação com a facticidade do caso que deveria solucionar e incapaz de se evidenciar como verdadeira ou falsa.

Já na segunda faceta identificada, a discricionariedade é velada, oculta, não sendo adotada como designação expressa do decidir. Ao contrário da primeira, nessa segunda perspectiva, o que se percebe é uma *postura* no trato com institutos jurídicos; uma abordagem do direito que mira preferências e critérios outros que não as soluções e caminhos postos pelo sistema. Mais claramente: presente a premissa de que decidir é um ato de responsabilidade

¹⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2. ed. Belo Horizonte: Letramentos/Casa do Direito, 2020. p. 80; STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 74-75.

¹⁸² AUSTIN, J. L. *How to do things with words*: The William James Lectures delivered at Harvard University in 1955. London: Oxford University Press, 1962. p. 4.

¹⁸³ ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial*: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: RT, 2014. p. 315.

política (estatal)¹⁸⁴ e de que escolher é um ato de razão prática (agir estratégico)^{185 e 186}, a discricionariedade velada consistiria num baralhar em que o agir estratégico é adotado no exercício e para um *mais conveniente* desempenho da função estatal.

Neste capítulo 2 do trabalho, explorarei a primeira faceta referida acima¹⁸⁷, fazendo-o por meio de pesquisa empírica¹⁸⁸ somente viabilizada em razão, precisamente, da utilização explícita da discricionariedade como fundamento de decisões judiciais. Não quero com isso dizer que somente seriam discricionárias decisões que contenham tal ou qual expressão, decididamente não — o só fato de haver uma segunda faceta explorada no capítulo seguinte bastaria para prejudicar essa suposição. O que proponho, isto sim, é conferir maior densidade metodológica ao trabalho, valendo-me do exame de uma das faces da discricionariedade que se mostra mais facilmente aferível segundo critérios empíricos.

2.1 PARÂMETROS DE PESQUISA

Por conveniência metodológica, restringi a amostragem de minha pesquisa empírica aos cinco tribunais regionais federais, ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, todos do Brasil.

Explico as escolhas: a pesquisa junto à base de dados dos tribunais regionais federais foi e ainda é facilitada pela possibilidade de sua concentração no domínio <https://www.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>, que permite consulta simultânea às bases de jurisprudência de todas aquelas cortes. Diversamente, nos sítios eletrônicos de tribunais estaduais, percebi uma grande heterogeneidade nos sistemas de pesquisa de jurisprudência, ilustrada, por exemplo, pelos fatos de (i) o Tribunal de Justiça do Estado do Amapá não admitir operadores de pesquisa (E, ADJ, \$, PROX etc.), (ii) o Tribunal de Justiça do Estado do Pará

¹⁸⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 56-58. Explorando a responsabilidade política em Dworkin: STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. *E-book*, p. 21-22.; STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 47.

¹⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramentos/Casa do Direito, 2020. p. 388.

¹⁸⁶ Tratando do modelo estratégico de comportamento judicial, Ernani de Carvalho descreve que os juízes “compreendem que a sua capacidade para atingir certos objetivos depende, por sua vez, da capacidade de levar em consideração as preferências de outros atores políticos, das escolhas que esperam que eles façam e do contexto institucional que operam”. (CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 23, p. 123, nov. 2004).

¹⁸⁷ A segunda faceta será objeto do capítulo 3.

¹⁸⁸ Os dados brutos e tratados da pesquisa estão disponíveis neste link: <https://docs.google.com/spreadsheets/d/1D3rJxeVQ-qwoVzr9zcybsoDbT0LsjhGT/edit?usp=sharing&oid=111034227922856480287&rtpof=true&sd=true>

admitir operadores limitados e (iii) o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios admitir todos os operadores usados na pesquisa que empreendi perante os tribunais regionais federais.

Assim, para além da questão do tempo maior que seria exigido para a pesquisa, a contemplação dos tribunais de justiça de Estados traria consigo o risco de que adaptações nos verbetes produzissem desvios na comparação entre os resultados de cada corte. Seja como for, a exclusão dos referidos tribunais acabou sendo em alguma medida minimizada pela inclusão do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, destinatários de ao menos parcela dos casos em que o fundamento “discricionariedade” possa ter sido usado pelas cortes locais e posteriormente questionado perante aquelas cortes superiores.

De igual modo, forçoso esclarecer que não me concentrei em órgãos da Justiça especializada, por seu caráter contingencial e mais reduzido. Dito de outro modo, exceção feita à Justiça do Trabalho, concluí que as Justiças Eleitoral e Militar possuem um acervo mais limitado em relação comparativa com o Superior Tribunal de Justiça. Em razão da riqueza em termos de direito material da Justiça comum e o caráter mais pontual e direcional da Justiça especializada, privilegiei a primeira, sendo o recorte mais uma vez atenuado pelo fato de ao menos parte das decisões da Justiça especializada poderem ser contempladas com a inclusão do Supremo Tribunal Federal, onde acabam por desaguar muitos recursos originados da Justiça especializada.

Feitas essas considerações, observo que a pesquisa se realizou nos domínios <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>, <https://scon.stj.jus.br/SCON/> e, como antecipado, <https://www.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>. Os verbetes utilizados foram: “discricionariedade do magistrado” (discricionari\$ adj2 magistrado), “discricionariedade do juiz” (discricionari\$ adj2 juiz) e “discricionariedade judicial” (discricionari\$ adj2 judicial), pesquisados unicamente em acórdãos, de maior representatividade que decisões unipessoais. Ademais, não houve recorte temporal quanto à origem das decisões, mas sim quanto ao seu limite, que foi o dia 22.11.2019, quando concluída a fase de coleta dos dados.

Os resultados brutos demonstraram algumas poucas ocorrências em que as referências aos termos pesquisados não diziam respeito ao objeto de pesquisa, na verdade renegando a discricionariedade como fundamento possível (por exemplo, afastando a possibilidade de que a discricionariedade judicial fosse chancelada como argumento válido). Essas ocorrências foram separadas e serão objeto de considerações, mas foram descartadas para posterior tabulação dos resultados em que a discricionariedade se deu no sentido em que analisada neste trabalho, isto é, adotada como fundamento válido pelos julgados.

Bem a propósito, no que concerne à tabulação, observou ela campos como “tribunal”, “órgão interno”, “número do processo”, “relator”, “área do direito preponderante” e “tema”, sendo organizada em planilhas anexas a este trabalho e que serviram de matéria-prima para a confecção de gráficos segmentados da seguinte forma: (i) evolução quantitativa global, no tempo, do uso da discricionariedade como fundamento, sem discriminação de temas ou tribunais; (ii) evolução quantitativa no tempo, por tribunal, do uso da discricionariedade como fundamento, sem discriminação de temas; (iii) separação dos resultados globais acerca do uso da discricionariedade como fundamento por temas principais, sem discriminação de tribunais; (iv) separação dos resultados, por tribunal, acerca do uso da discricionariedade como fundamento em temas principais; (v) evolução quantitativa no tempo, por tribunal, do uso da discricionariedade como fundamento com relação aos principais temas.¹⁸⁹

2.2 ACHADOS

A pesquisa realizada segundo os moldes descritos no item 2.1 retornou 1.584 resultados, com decisões proferidas entre 1966 e 2019 que observaram a seguinte evolução no tempo:

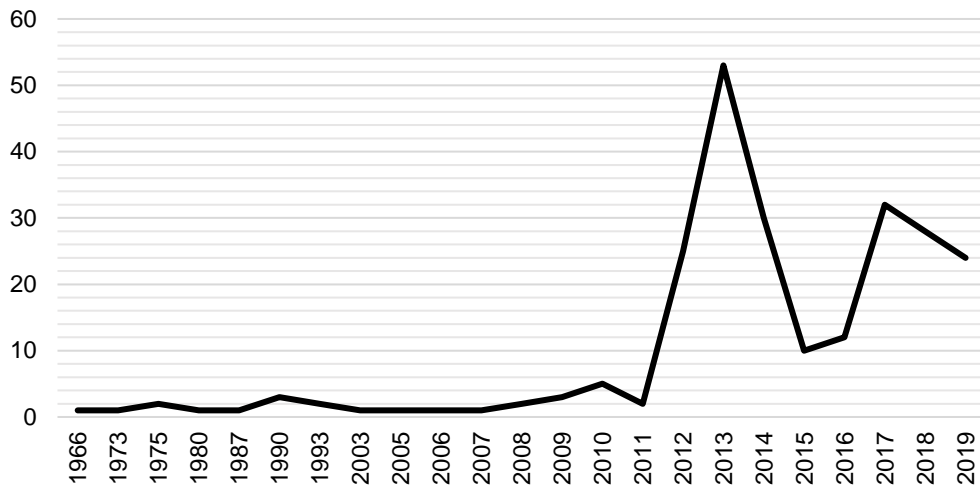


¹⁸⁹ Confesso que cheguei a pensar, para melhores critérios comparativos, em abandonar números absolutos e adotar percentuais de decisões invocando a discricionariedade (acórdãos fundamentados em discricionariedade / acórdãos totais), mas a falta de uma base segura contendo os números de acórdãos por tribunais em todos os anos em que houve resultados da minha pesquisa inviabilizou essa ideia.

Como se nota no gráfico acima, o uso da discricionariedade judicial como fundamento tem experimentado viés de alta, o que pode ser explicado não somente por sua maior difusão ao longo dos anos, mas também pelo incremento no número absoluto de processos observado indistintamente no Brasil. Há, é verdade, um desnível entre os anos de 2017 e 2018, que poderia sugerir uma reversão da tendência, mas, a meu ver, a queda se justifica pelo pico de alta observado em 2017, com o viés de crescimento sendo retomado em 2019 — ano nem sequer pesquisado por inteiro, eis que os trabalhos de coleta foram encerrados em novembro. Nos tribunais, analisados separadamente, a evolução no tempo, traduzida graficamente, foi a seguinte:

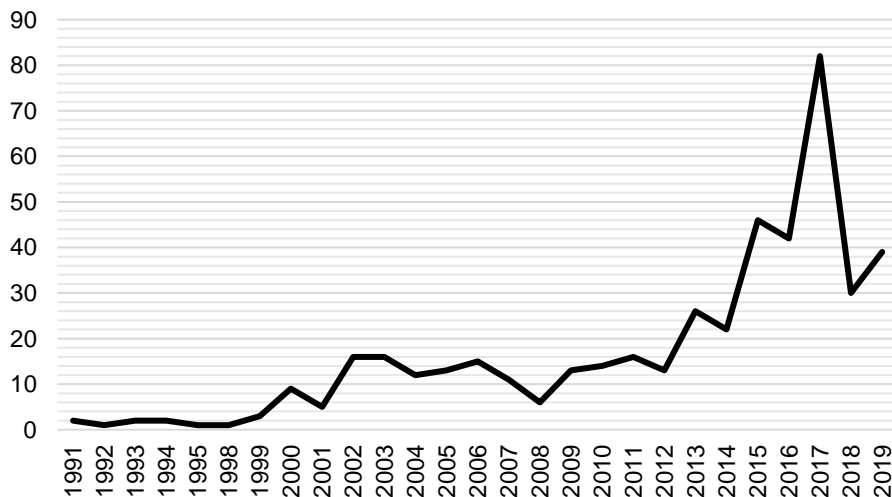
Evolução quantitativa no tempo

Todos os temas no Supremo Tribunal Federal



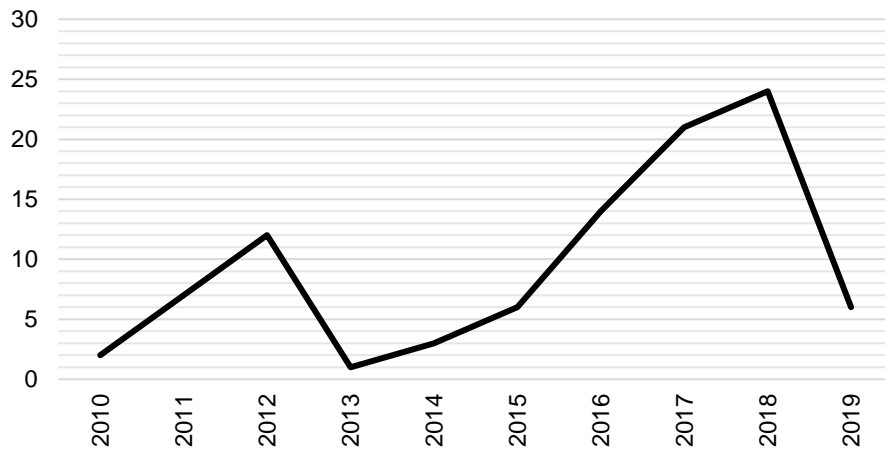
Evolução quantitativa no tempo

Todos os temas no Superior Tribunal de Justiça



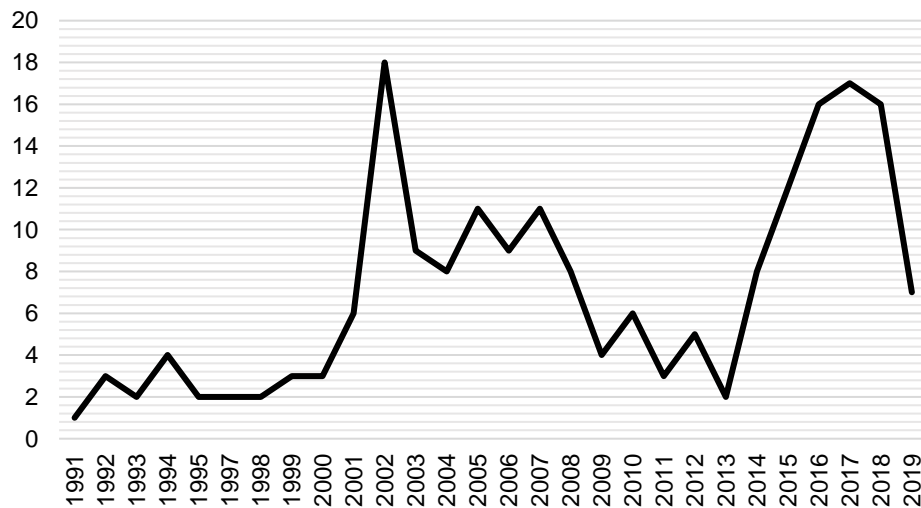
Evolução quantitativa no tempo

Todos os temas no Tribunal Regional Federal da 1ª Região



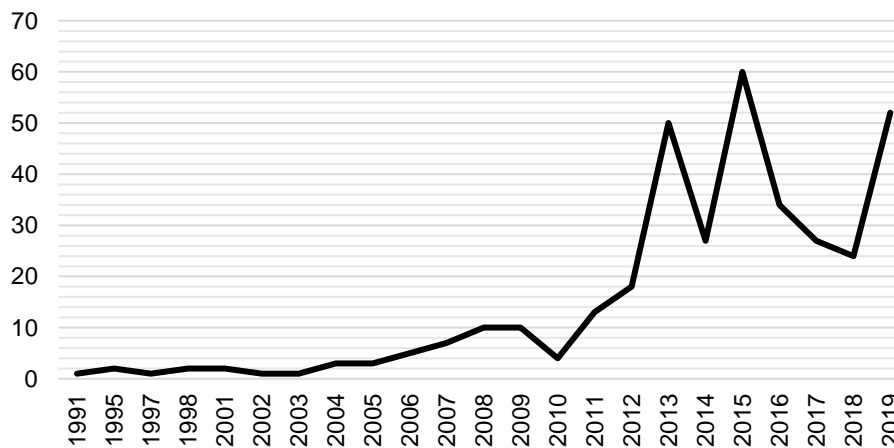
Evolução quantitativa no tempo

Todos os temas no Tribunal Regional Federal da 2ª Região



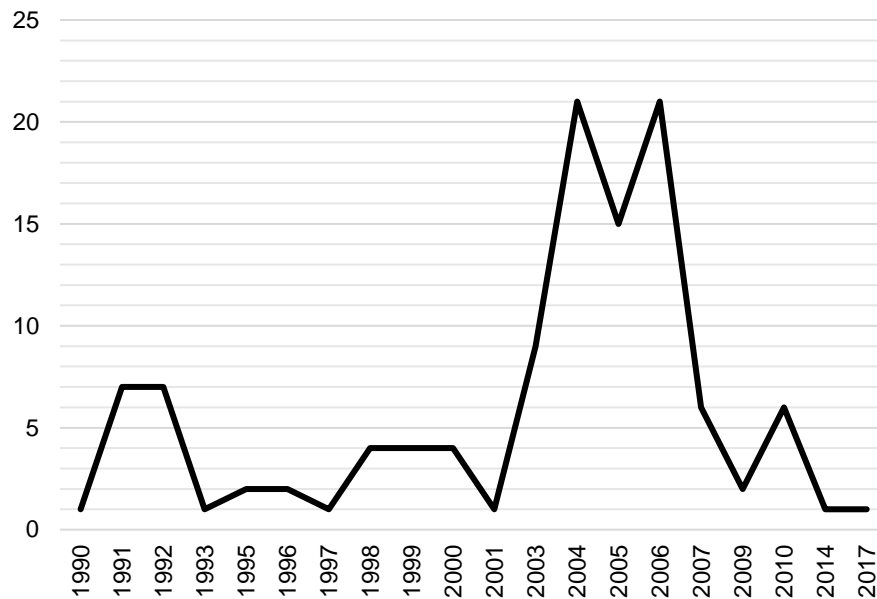
Evolução quantitativa no tempo

Todos os temas no Tribunal Regional Federal da 3ª Região



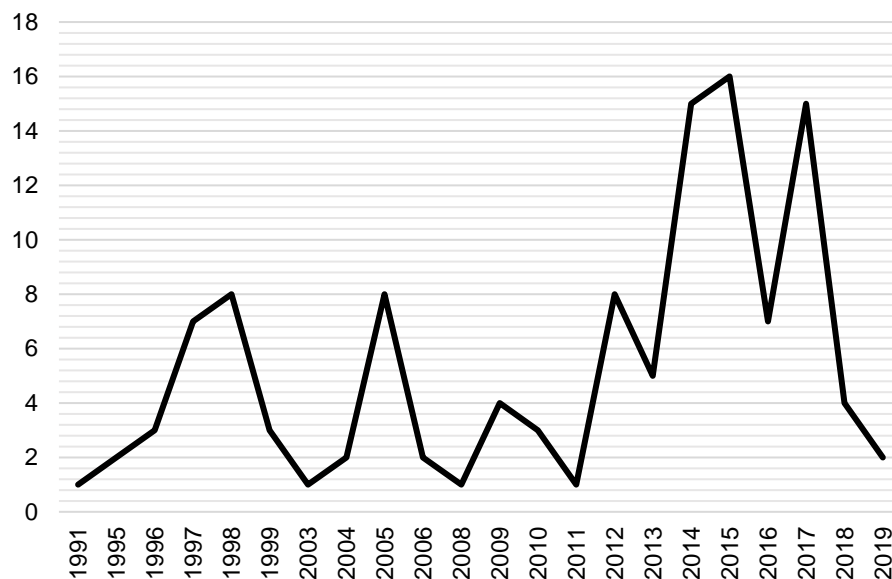
Evolução quantitativa no tempo

Todos os temas no Tribunal Regional Federal da 4ª Região

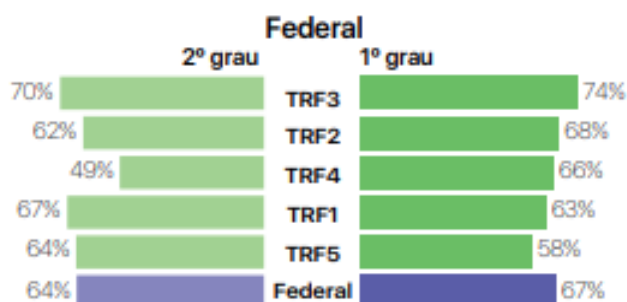


Evolução quantitativa no tempo

Todos os temas no Tribunal Regional Federal da 5ª Região

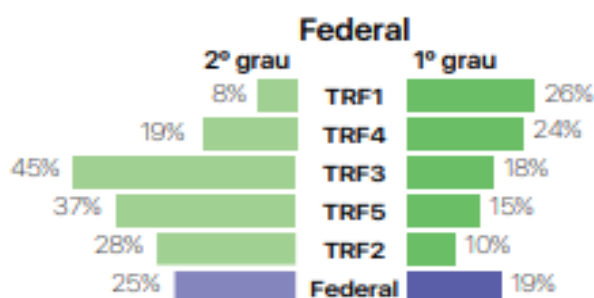


Comparando os gráficos acima, interessante notar alguns pontos, sobretudo quando comparados os resultados com informações presentes no relatório Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça. O primeiro desses pontos é a taxa de congestionamento, nos tribunais regionais federais, no ano de 2019:



Confrontando os gráficos de uso da discricionariedade com a taxa de congestionamento, percebe-se que o Tribunal Regional Federal com a maior taxa — o da 3ª Região — é o que mais evoluiu quantitativamente no uso da discricionariedade como fundamento. Por outro lado, o Tribunal Regional Federal com a menor taxa — o da 4ª Região — experimentou maior involução quantitativa no uso da discricionariedade. Aparentemente, pois, seria o caso de se aventar que, quanto maior o número de casos pendentes, maior a tendência do tribunal de utilizar a discricionariedade como fundamento, na medida em que, desonerando-se de uma fundamentação exauriente, o expediente seria mais econômico em termos de tempo, o que não deixa de ser uma hipótese merecedora de investigação apartada.¹⁹⁰

Outro ponto interessante diz respeito ao fato de que, quanto maior o uso da discricionariedade como fundamento, maior a taxa de recorribilidade externa do tribunal no ano de 2019 (mais uma vez, utilizando-me do relatório Justiça em Números):



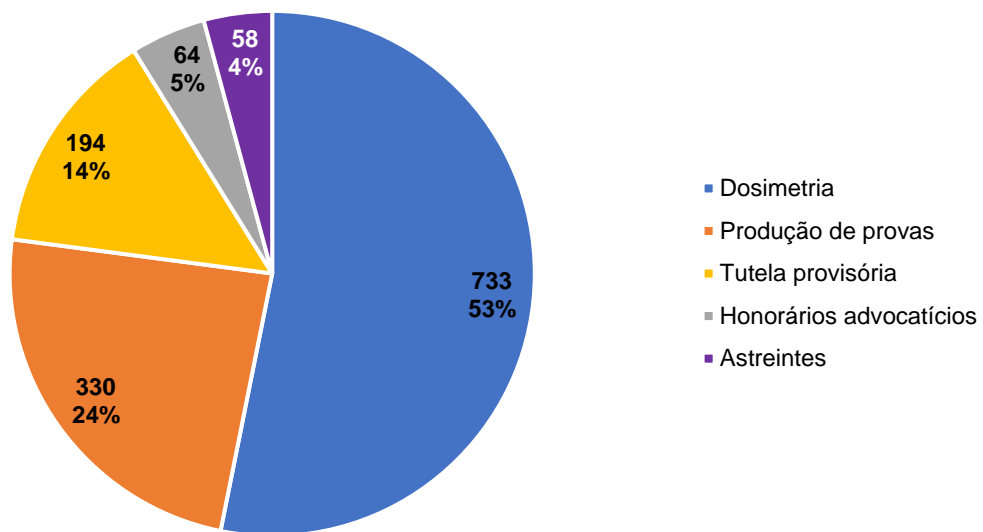
Dessa constatação, a hipótese que surge — com a ressalva de que as decisões fundadas em discricionariedade respondem por apenas parcela da amostragem de recorribilidade — é sobre a insuficiência da discricionariedade como fundamento, fomentando recursos possivelmente em razão de sua ilegitimidade e por seu caráter lacônico.

¹⁹⁰ Contra essa suspeita, é verdade, se poderia dizer que o maior número absoluto de ocorrências no Tribunal Regional Federal da 3ª Região se justificaria em razão de responder ele por um maior número total de feitos, mas essa justificativa não explicaria a “coincidência” de o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com menor taxa de congestionamento, apresentar número inferior de ocorrências envolvendo discricionariedade. Seja como for, a inviabilidade de uma pesquisa em termos percentuais (decisões invocando discricionariedade/total de decisões) deixa o ponto em aberto.

Já no que concerne aos temas de maior incidência da discricionariedade como fundamento (87,06% dos resultados), os principais achados, por ordem de predominância, foram dosimetria da pena, produção de provas (particularmente a dispensa da produção), aferição dos requisitos para concessão ou denegação de tutelas provisórias (cautelares e satisfativas), critérios para quantificação de honorários advocatícios sucumbenciais e parâmetros para fixação, revisão ou eliminação de preceito cominatório periódico (*astreintes*):

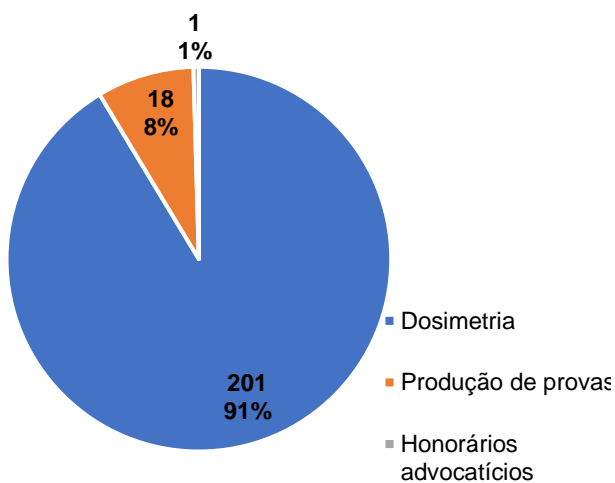
Proporção de temas global

Principais temas em todos os tribunais



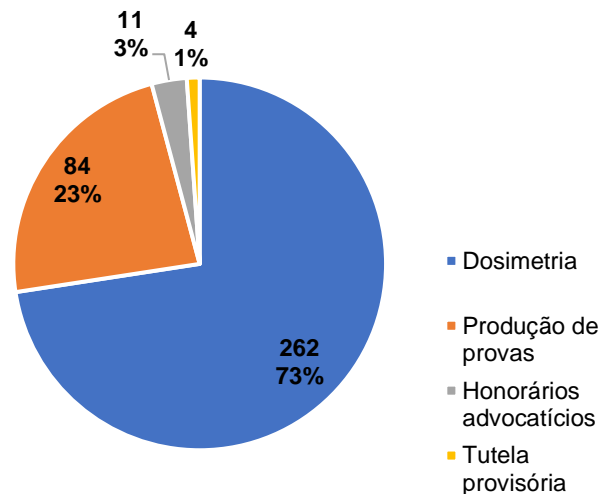
Proporção de temas

Principais temas no STF



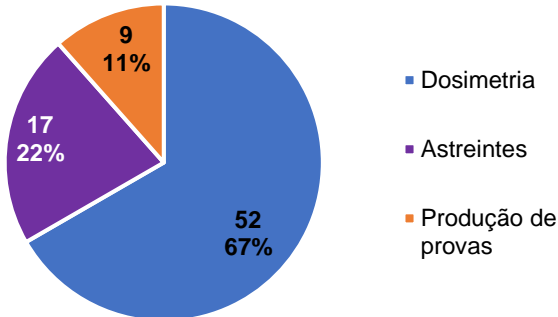
Proporção de temas

Principais temas no STJ



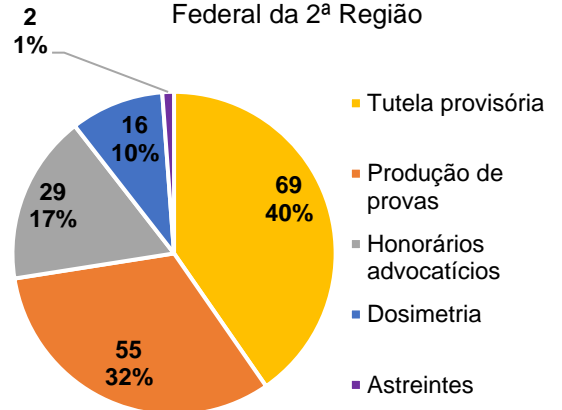
Proporção de temas

Principais temas no Tribunal Regional Federal da 1ª Região



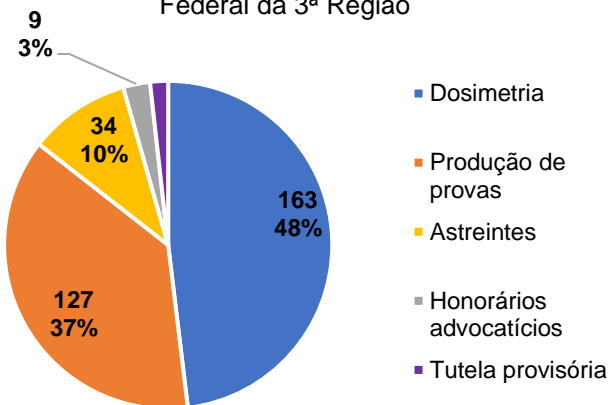
Proporção de temas

Principais temas no Tribunal Regional Federal da 2ª Região



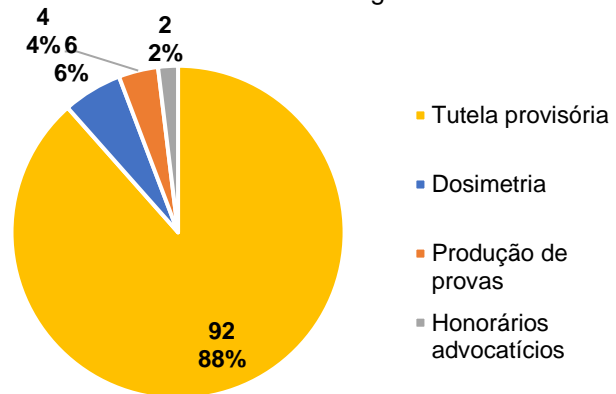
Proporção de temas

Principais temas no Tribunal Regional Federal da 3ª Região



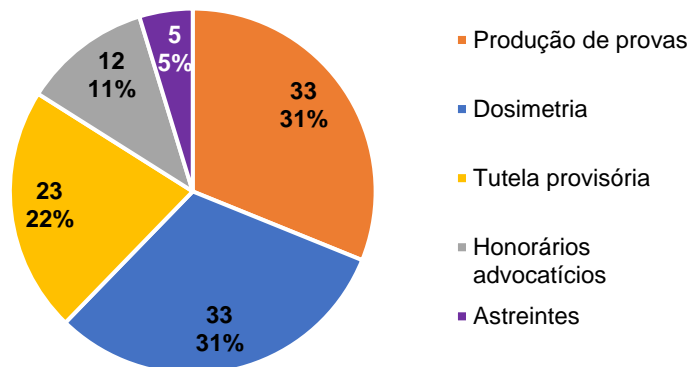
Proporção de temas

Principais temas no Tribunal Regional Federal da 4ª Região



Proporção de temas

Principais temas no Tribunal Regional Federal da 5ª Região



Como se nota na distribuição acima, há temas com maior propensão ao uso da discricionariedade como fundamento — a dosimetria de sanções, como antecipado, ganha destaque —, muito embora tribunais específicos observem maior predominância em determinados temas que noutros — os Tribunais Regionais Federais da 2ª e da 4ª Região destoam ao acenar com maioria dos resultados no tema de tutela provisória em lugar da dosimetria.

Outro dado a se considerar é que grande parte dos temas destacados envolve quantificações que podem — algumas delas — observar critérios legais de mínimo e máximo, como penas criminais e honorários sucumbenciais, mas que, dentro dessas balizas, trazem consigo a ausência de regras objetivas de fundamentação. Em outras palavras, não há diretrizes precisas que funcionem em favor do julgador para justificar honorários de 11% em lugar de 12% do valor da causa; ou multa periódica de R\$ 1 mil em lugar de R\$ 2 mil; ou sanção penal de três anos em lugar de dois anos.

Não ignoro que cada um desses exemplos obedece a subsídios legais — artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil; potencial coercitivo da técnica de execução indireta frente ao devedor e ao valor da obrigação que se busca fazer cumprir; e artigo 59 do Código Penal. Acontece que mesmo esses subsídios seriam vagos e demandariam uma desoneração argumentativa da parte dos julgadores para sua elucidação diante do caso concreto. Por isso, creio que — e eis mais uma hipótese — a discricionariedade como fundamento, em hipóteses tais, se apresenta como uma *petição de princípio*. Uma substituição, por uma nova premissa, do dever de demonstração de uma conclusão (“como devo demonstrar isto?” daria lugar a “não preciso demonstrar isto, pois isso é demonstrável por si”). Enfim, uma espécie de falácia do espantinho, mas que altera não um contra-argumento, e sim o problema a ser resolvido, que, de súbito, deixa de ser um problema.

No que toca aos temas da tutela provisória e da produção de provas, lado outro, tenho para mim que, quanto ao primeiro, se evidencia no uso da discricionariedade o problema dos conceitos abertos (plausibilidade do direito e perigo da demora) como uma suposta delegação legislativa ao arbítrio judicial e, quanto ao segundo, uma leitura desvirtuada do princípio do “livre convencimento”, a supostamente autorizar que o julgador controle os subsídios necessários à formação de sua própria convicção. De toda sorte, esses temas, por sua maior recorrência, terão seus fundamentos mais detidamente enfrentados na próxima subepígrafe.

A par dos temas acima, outros, de menor recorrência, também são dignos de nota, como a opção discricionária pela reunião ou não de ações conexas¹⁹¹, regime inicial de cumprimento de pena¹⁹², providências cautelares processuais penais¹⁹³, pressupostos para suspensão condicional da pena¹⁹⁴, suspensão ou trancamento da ação penal¹⁹⁵, limitação do chamado litisconsórcio multitudinário¹⁹⁶, sobrestamento ou não de recursos especiais em razão da afetação do tema como repetitivo¹⁹⁷, o juízo de admissibilidade do recurso especial¹⁹⁸, julgamento monocrático de recursos¹⁹⁹, exigência ou não de caução, e sua modalidade, como condição para providência cautelar ou execução provisória²⁰⁰, percentual de faturamento de empresa sobre o qual incidir penhora²⁰¹, postergação da apreciação de pedido liminar²⁰² e julgamento antecipado do mérito²⁰³, entre outros.

2.3 ANÁLISE GERAL

Examinando com cuidado todas as informações condensadas nos itens anteriores como achados, preciso registrar que a pesquisa empírica em questão enriqueceu muito este trabalho ao afiançar metodologicamente o que antes para mim eram somente impressões.

Talvez a principal dessas constatações se refira ao fato de que, sendo plurívoco o próprio significado de discricionariedade, não há sobre ele uma uniformidade de tratamento judicial. Ao contrário, não se mostraram nada raros paradoxos do tipo “discricionariedade regrada”²⁰⁴, “discricionariedade motivada”²⁰⁵, “limites discricionários”²⁰⁶, “certo grau de discricionariedade”²⁰⁷, “prudente discricionarismo”²⁰⁸, “discricionariedade mitigada”²⁰⁹, “discricionariedade juridicamente vinculada”²¹⁰ e “discricionariedade razoável e

¹⁹¹ STF, Inq 4.130 QO, DJ de 3.2.2016.

¹⁹² STF, HC 116.432, DJ de 9.4.2014.

¹⁹³ STJ, RHC 112.356, 12.9.2019.

¹⁹⁴ STJ, AgRg no REsp 1.457.006, DJ de 2.10.2019.

¹⁹⁵ STJ, HC 131.937, DJ de 19.4.2012.

¹⁹⁶ STJ, REsp 337.488, DJ de 21.3.2006.

¹⁹⁷ STJ, AgInt no REsp 1.813.211, DJ de 21.11.2019.

¹⁹⁸ STJ, AgRg no REsp 1.263.232, DJ de 9.9.2011.

¹⁹⁹ TRF1, 0020381-78.2002.4.01.3400, DJ de 16.11.2012.

²⁰⁰ TRF1, 0028872-83.2016.4.01.3400, DJ de 16.8.2018.

²⁰¹ TRF2, 0013348-68.2015.4.02.0000, DJ de 31.5.2016.

²⁰² TRF3, 0024009-50.2013.4.03.0000, DJ de 4.12.2013.

²⁰³ TRF5, 2001.83.00.018880-7, DJ de 15.12.2015.

²⁰⁴ STF, TPA 5, DJ de 21.3.2019.

²⁰⁵ STF, HC 135.269, DJ de 17.9.2018.

²⁰⁶ STF, RHC 110.727, DJ de 10.5.2012.

²⁰⁷ STF, HC 131.887, DJ de 7.3.2016.

²⁰⁸ STF, RE 71.165, DJ de 5.10.1973.

²⁰⁹ STJ, REsp 629.074, DJ de 10.4.2006.

²¹⁰ STJ, HC 284.307, DJ de 26.8.2014.

proporcional.”²¹¹ Verifica-se que, embora muitos julgados assumam a discricionariedade como uma imunização, a qualquer controle, de certos espaços decisórios, uma parcela considerável dos resultados, incorrendo numa contradição essencial, relativiza ou condiciona essa “liberdade”.

Ao menos duas consequências emergem da constatação acima, permitindo observações adicionais: (i) a existência de julgados divergentes sobre as margens de discricionariedade com relações aos mesmos temas e (ii) a admissão (mais ou menos excepcional) de um controle recursal da discricionariedade exercida por órgãos inferiores — o que de certo modo falseia o dogma de que discricionariedade importaria imunidade a controle.

Com relação à primeira consequência — divergência de entendimentos sobre espaços de discricionariedade —, ilustro a afirmação a partir do tema de maior ocorrência: dosimetria de pena. No ponto, decisões há que assentam que (i) “dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial”, eis que o “Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena”²¹²; (ii) “a legislação penal pátria não fixou frações exatas para eventual aumento e diminuição da sanção nos casos de concurso entre agravantes e atenuantes”, de sorte que “o *quantum* de eventual diminuição é matéria adstrita à discricionariedade do magistrado”²¹³; e (iii) “o juízo possui discricionariedade (...) para dosar o *quantum* a ser aumentado em face de cada uma das 08 circunstâncias judiciais previstas no art. 59 que apontar como desfavorável ao acusado”.²¹⁴

Ao mesmo tempo, com aquelas decisões convivem julgados que (i) aceitam a abertura da discricionariedade a controle quando, no que concerne à dosimetria, “há flagrante teratologia, ilegalidade ou abuso de poder”²¹⁵; (ii) afirmam que, mesmo “sendo discricionário ao juiz a fixação do *quantum* a ser atribuído à causa de aumento de pena (...), não se exime o juiz da tarefa de indicar elementos concretamente aferíveis e distintos dos elementos da própria causa, que deem suporte à sua valoração negativa”²¹⁶; (iii) aduzem que, “presentes todos os requisitos, deve o juiz aplicar a redução da pena dentro dos parâmetros legais (...), pois não se trata de radicar a questão no âmbito da discricionariedade do magistrado, porquanto, em face do preenchimento dos requisitos, nasce para o réu direito subjetivo inafastável à redução da pena”²¹⁷; (iv) pontuam que ocorre “violação do princípio da estrita legalidade em matéria penal,

²¹¹ TRF5, 0000930-34.2010.4.05.8102, DJ de 3.10.2019.

²¹² STF, HC 131.887, DJ de 7.3.2016.

²¹³ STJ, AgRg no REsp 1.625.971, DJ de 20.4.2017.

²¹⁴ TRF5, 0000930-34.2010.4.05.8102, DJ de 3.10.2019.

²¹⁵ STF, HC 147.104 AgR, DJ de 20.10.2017.

²¹⁶ STJ, HC 275.072, DJ de 3.2.2014.

²¹⁷ TRF3, 0004572-07.2013.4.03.6181, DJ de 17.10.2017.

albergado no art. 5º, XXXIX, da CF e no art 2º do CP, resultando em sentença evidentemente viciada, já que a eleição de pena diversa daquela prevista em lei escapa da discricionariedade judicial, cujo poder não chega a tanto”²¹⁸; e (v) assentam que “não se encontra sob a discricção do juiz (art. 155, CPP) a aplicabilidade de causas de aumento de pena, caso estejam comprovadas as circunstâncias que as justifiquem, visto que o agravamento da sanção é medida político-criminal estabelecida pelo legislador e o seu afastamento configura infração ao princípio constitucional da separação dos Poderes (art. 2º da Constituição Federal)”²¹⁹.

Ainda a título ilustrativo da divergência de entendimentos sobre a incidência da discricionariedade nos mesmos temas, convém mencionar, para além do exemplo da dosimetria, a existência de decisões afirmando ser o juízo de admissibilidade recursal discricionário²²⁰ e decisões sustentando o contrário²²¹; julgados reputando discricionária a concessão de liminar em mandado de segurança²²² e julgados afastando esse entendimento.²²³

Paralelamente a essa discrepância sobre os espaços de discricionariedade, há ainda — e eis aqui a segunda consequência — a admissão judicial de um controle, ainda que por vezes excepcional, sobre o exercício da discricionariedade por órgãos inferiores. Nesse particular, vale destacar, quanto à dosimetria, decisões admitindo controle fundado na proporcionalidade e na razoabilidade²²⁴, além de um crivo “da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrarias”²²⁵, “sem prejuízo ainda da sindicância em casos de flagrante teratologia, ilegalidade ou abuso de poder”²²⁶.

Não é diferente no que tange ao livre convencimento e à livre admissibilidade da prova, reputados discricionários, mas sujeitos a revisão quando ofendida a ampla defesa e o contraditório²²⁷, e no que concerne aos pedidos liminares, cuja concessão se diz “afeta ao poder discricionário do juiz, [todavia] sujeita a instância revisional quando a decisão caracterizar evidente ilegalidade, ou assumir aspectos absurdos, desde que satisfeitos seus pressupostos”²²⁸.

Semelhantemente às ressalvas acima, é possível identificar, mesmo no que diz respeito a temas em que a discricionariedade incide frequentemente, casos em que os tribunais — o

²¹⁸ TRF3, 0000447-19.2007.4.03.6112, DJ de 6.11.2009.

²¹⁹ TRF3, 0000031-55.2015.4.03.6117, DJ de 5.11.2018.

²²⁰ STJ, AgRg no REsp 1.263.232, DJ de 9.9.2011.

²²¹ TRF3, 0022981-18.2011.4.03.0000, DJ de 23.5.2018.

²²² TRF4, 91.04.10994-5, DJ de 9.9.1991.

²²³ STJ, EREsp 471.513, DJ de 7.8.2006.

²²⁴ TRF5, 0000930-34.2010.4.05.8102, DJ de 3.10.2019.

²²⁵ TRF5, 0001849-69.2016.4.05.0000, DJ de 11.10.2017.

²²⁶ STF, HC 147.104 AgR, DJ de 20.10.2017.

²²⁷ TRF1, 0002998-43.2010.4.01.3809, DJ de 26.11.2018.

²²⁸ TRF4, 90.04.18975-0, DJ de 13.11.1991.

paralelo com o *abuse of discretion standard*²²⁹ é inevitável — flexibilizam a pretensa imunidade de que se revestiria a decisão discricionária: reavaliação de provas, em contraponto à suposta livre admissibilidade e apreciação²³⁰; valores fixados a título de honorários sucumbenciais, quando irrisórios ou exorbitantes;²³¹ e valores fixados a título de preceito cominatório periódico, quando desproporcionais.²³²

É dizer que a controlabilidade, ainda que excepcional e com ressalvas, esvazia a própria ideia de discricionariedade. *Se discricionariedade, nos espaços em que incide, representa, por essência, imunidade ao controle, conclusão necessária é que o Judiciário, quando controla o uso da discricionariedade, esvazia seu símbolo de blindagem, desvelando-a ainda mais como o engodo epistêmico que de fato é.*

Emblemático, ademais, que as próprias ressalvas desenhadas judicialmente como hipóteses de flexibilização da imunidade discricionária recorram a conceitos abertos para tanto (proporcionalidade, razoabilidade, teratologia, manifesta ilegalidade etc.). Ou seja, a mesma discricionariedade que se alimenta de termos amplos para incidir é relativizada, excepcionalmente, por condições tão ou mais amplas.

Sintetizando, o quadro a que se chega é de uma discricionariedade polivalente, ela em si um conceito aberto. Uma discricionariedade com espaços mais ou menos identificáveis judicialmente, mas cujos “limites” são desenhados ou alterados pelo próprio agente limitado. Uma discricionariedade em princípio imune a controle, mas que tem esse mesmo controle vulnerável a uma relativização discricionária (*abuse of discretion standard*). Uma discricionariedade que cede quando se convola, ela própria, em limite ao poder daquele que a avalie; uma discricionariedade, enfim — a tautologia é novamente inevitável —, que se revela discricionária. Tudo isso escancara o que foi muito bem sintetizado por Calmon de Passos com apoio em Hannah Arendt, no sentido de que, refém de sua utilidade decisória, a discricionariedade se torna despida de significado:

²²⁹ Trata-se de diretriz que ganhou força na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana sobretudo a partir do caso *General Electric Co. v. Joiner* 522 US 136 (1997), em que, num desdobramento do conhecido caso *Daubert*, o Tribunal admitiu a possibilidade de as cortes de apelação revisarem julgamentos em que houvesse um desvirtuamento arbitrário das margens de manobra reconhecidas ao juiz, por exemplo, na aferição da separação entre a admissão de prova pericial e *junk science*. O *standard* ecoaria ainda em: *Rabkin v. Oregon Health Sciences Univ.*, 350 F.3d 967, 977 (9th Cir. 2003); *In re Korean Air Lines Co., Ltd.*, 642 F.3d 685, 698 n.11 (9th Cir. 2011); *McCullough v. Johnson, Rodenburg & Lauinger, LLC*, 637 F.3d 939, 953 (9th Cir. 2011); *Valdivia v. Schwarzenegger*, 599 F.3d 984, 988 (9th Cir. 2010) (citing *SEC v. Coldicutt*, 258 F.3d 939, 941 (9th Cir. 2001)); *Harman v. Apfel*, 211 F.3d 1172, 1175 (9th Cir. 2000); *Kode v. Carlson*, 596 F.3d 608, 612-13 (9th Cir. 2010) (*per curiam*); e *Grant v. City of Long Beach*, 315 F.3d 1081, 1091 (9th Cir. 2002), amended by 334 F.3d 795 (9th Cir. 2003) (*order*).

²³⁰ STJ, AgRg no REsp 1.832.692, DJ de 12.2.2020.

²³¹ STJ, AgInt no AREsp 1.743.063, DJ de 12.2.2021.

²³² STJ, AgInt no REsp 1.846.874, DJ de 8.10.2020.

HANNAH ARENDT, com lucidez e sensibilidade, já nos advertira sobre ser imprescindível distinguirmos *utilidade* de *significância*. Mostrou que em termos de utilidade os fins justificam os meios, porque é em atenção ao produto final que as ferramentas são projetadas e os utensílios são inventados (vale dizer, os *instrumentos*) e é o produto final que organiza o próprio processo de trabalho, tudo sendo julgado, durante ele, em termos de adequação e serventia em relação ao fim desejado, e nada mais. Agindo assim, lembra ela, descartamos o pensar sobre uma distinção que é fundamental, a que existe entre *utilidade* e *significância*, expressa na linguagem pela diferença entre *para quê* e *em nome de quê*. Resultado disso é perdermo-nos na cadeia interminável de meios e fins, sem jamais chegarmos a algum princípio que possa justificar a categoria de meios e fins, isto é, a categoria da própria utilidade. O *para quê* torna-se o conteúdo do *em nome de quê*. Em outras palavras, a utilidade, quando promovida a significância, gera a ausência de significado.²³³

Eis o ponto: a discricionariedade busca extrair sua significância de sua aparente utilidade. Ocorre que (i) sua utilidade somente serve ao poder, ainda quando resulte em ganhos colaterais para quem quer que seja, e (ii) seu potencial viabilizador de decisões somente busca ocultar um juízo crítico não somente a seu respeito como meio, mas quanto aos fins que patrocina, prestando, assim, ao fim e ao cabo, um desserviço ao direito como sistema.

Encerrada a análise de índole mais geral, propus-me a enfrentar de modo mais aprofundado os resultados apresentados acima, fazendo-o a partir dos três temas de maior recorrência: dosimetria, valoração e produção de provas e tutela provisória.

2.3.1 O tema da dosimetria

É bastante fácil perceber o destaque da dosimetria como tema de maior incidência da discricionariedade entre os resultados da pesquisa empírica conduzida. Não deixa de ser curioso que os números alcançados confirmem suspeita já compartilhada desde muito antes por Dworkin²³⁴ e, entre nós, por Barbosa Moreira²³⁵ e por Gabriel Campos, esse último para quem:

No Brasil, infelizmente, não é dada a devida atenção ao problema da falta de previsibilidade de resultados das sentenças criminais. Por aqui, parece que a

²³³ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Ensaios e artigos*. Salvador: JusPodivm, 2014. v. I, p. 393-394.

²³⁴ “por exemplo, quando pronunciam sentenças com base em leis penais que preveem uma pena mínima ou máxima. Em tais casos, os juízes acreditam que ninguém tem direito a uma decisão específica; entendem que sua tarefa consiste em, após o exame de todos os elementos, escolher a decisão que, no conjunto, seja a melhor.” (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 112).

²³⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 66.

discricionabilidade judicial e a individualização — e não a consistência — são vistas como as maiores virtudes da atividade de aplicação da pena, relegando para o segundo plano preocupações com as disparidades que decorrem da dosimetria penal.²³⁶

Buscando aprofundar-me sobre o tema, pude notar que o delicado problema da dosimetria de sanções não é uma exclusividade brasileira, parecendo haver, na verdade, uma generalizada tensão entre o princípio da individualização da pena e a necessidade de consistência entre decisões judiciais.²³⁷

Traçando uma brevíssima comparação ilustrativa de minha afirmação acima, foi possível observar que, em países de *common law*, um sistema de penas indeterminadas, caracterizado por um foco na função de reabilitação, conferiu no passado larga autonomia aos juízes para estabelecimento de sanções, predominando ao longo da maior parte do século XX.

Esse olhar ampliado sobre o indivíduo — resultante da análise sobre critérios para sua ressocialização —, contudo, produziu sanções muito díspares, de modo que, a partir de 1960, na Inglaterra, o Tribunal de Apelação passou a adotar os *guideline judgments*, traçando parâmetros para subsidiar a dosimetria das penas com um viés maior de retribuição, priorizando o crime cometido sobre seu autor.²³⁸

Os Estados Unidos viveriam o mesmo processo a partir de 1975²³⁹, por meio da idealização das *sentencing guidelines*, que tinham o mesmo objetivo de mitigar arbitrariedades²⁴⁰, com o foco migrando da reabilitação para a retribuição como traço preponderante na pena. Em que pese as diretrizes tenham sido em princípio instaladas pelo Estado de Minnesota em 1980, não demoraria para que o Governo Federal também o fizesse, com a edição, em 1984, pelo Congresso norte-americano, do *Sentencing Reform Act*, por meio

²³⁶ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Aplicação da pena e o problema da discricionabilidade judicial*: breve estudo comparativo entre a dosimetria penal brasileira e o modelo de sentencing guidelines norte-americano e inglês. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 36.

²³⁷ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Aplicação da pena e o problema da discricionabilidade judicial*: breve estudo comparativo entre a dosimetria penal brasileira e o modelo de sentencing guidelines norte-americano e inglês. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 35.

²³⁸ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Aplicação da pena e o problema da discricionabilidade judicial*: breve estudo comparativo entre a dosimetria penal brasileira e o modelo de sentencing guidelines norte-americano e inglês. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 42-46.

²³⁹ Estudos empíricos tiveram papel fundamental naquele período ao demonstrar a disparidade decisória em matéria criminal: AUSTIN, William; WILLIAMS III, Thomas A. A survey of judges' responses to simulated legal cases: research note on sentencing disparity. *Journal of Criminal Law & Criminology*, n. 68, p. 306, 1977.; BARTOLOMEO, John *et al.* Sentence Decisionmaking: The Logic of Sentence Decisions and the Extent and Sources of Sentence Disparity. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 72, n. 2, 1981.

²⁴⁰ A inspiração original para a criação da Comissão viria de FRANKEL, Marvin. Lawlessness in sentencing. *In: University of Cincinnati Law Review*, n. 41, v. 1, 1972; ainda dele, conferir: FRANKEL, Marvin. *Criminal Sentences: Law without order*. New York: Hill and Wang, 1973.

do qual restou criada a *US Sentencing Commission*, com a função de estabelecer diretrizes para decisões judiciais, entre as quais parâmetros objetivos de dosimetria da pena.²⁴¹

Ocorre que a *Sentencing Commission* não era composta por magistrados nem fundava seus trabalhos em pesquisas cuidadosas, além de frequentemente ser ignorada por novas leis que estabeleciam mínimos e máximos de penas de forma dissociada dos trabalhos da comissão. Com tudo isso ainda conviveria a criação, pelos Estados, de outras comissões, com seus próprios critérios e parâmetros. É verdade que a criação da comissão propiciou um crescimento importante no treinamento de magistrados. Curiosamente, porém, essa maior instrução seria de contribuição duvidosa, já que as lições enfocavam as diretrizes fixadas pela própria comissão, e não o ato de sentenciar.²⁴²

Desse modo, a conscientização sobre a atividade decisória acabou, na verdade, sendo atrofiada, cedendo lugar à memorização de limites máximos e mínimos. A mudança se centrou não sobre a prática decisória, mas sobre a visão acerca do ato de decidir. Prova disso é que, após decisão de 2005 da Suprema Corte (*United States v. Booker*) conferir às regras da comissão caráter apenas de recomendação²⁴³ — não vinculante —, pouco ou nada mudou em termos práticos, assimilada que foi a forma automatizada de se decidir sobre pena.²⁴⁴

Ainda no contexto norte-americano e na esteira do enviesamento decisório que tocou a dosimetria, Nancy Gertner, juíza aposentada em 2011 do *U.S. District Court for the District of Massachusetts*, buscou, sob as luzes da neurociência, reavaliar todas as decisões criminais que proferiu ao longo de três décadas de carreira, concluindo que ao menos 80% delas seriam injustas e desproporcionais, fruto de um sistema decisório que ignora um olhar atento sobre a operação cognitiva levada a cabo pelo julgador. Ao contrário, abandonando a dimensão de ressocialização das sanções, o sistema buscaria focar a retribuição e evitar penas muito discrepantes, no que acabou por se retroalimentar, alcançando uma homogeneidade opaca, porém não menos injusta — decisões até poderiam não destoar entre si, embora todas elas pudessem estar potencialmente erradas, fundadas em parâmetros ilógicos e desarrazoados.²⁴⁵

Essa justiça ilusória almejada por meio de um falso ideal de consistência foi ainda abonada em 2016 por pesquisa que evidenciou que o algoritmo COMPAS (*Correctional*

²⁴¹ GERTNER, Nancy. Neuroscience and sentencing. In: *Fordham L. Rev.* n. 85, p. 533-536, 2016.

²⁴² GERTNER, Nancy. Neuroscience and sentencing. In: *Fordham L. Rev.* n. 85, p. 533-536, 2016.

²⁴³ Igualmente persuasivo o caráter das *guidelines* nos Estados de Alabama, Missouri, Ohio, Tennessee, Wisconsin e, ainda, no Distrito de Columbia. Em Minnesota, as *guidelines* se conservam como obrigatórias. CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Aplicação da pena e o problema da discricionariedade judicial: breve estudo comparativo entre a dosimetria penal brasileira e o modelo de sentencing guidelines norte-americano e inglês*. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 50.

²⁴⁴ GERTNER, Nancy. Neuroscience and sentencing. In: *Fordham L. Rev.* n. 85, p. 536-539, 2016.

²⁴⁵ GERTNER, Nancy. Neuroscience and sentencing. In: *Fordham L. Rev.* n. 85, p. 533-536, 2016.

Offender Management Profiling for Alternative Sanctions) — adotado pelos Estados de Wisconsin, California, New York e parte da Flórida, entre outros, para prever potencial reincidência de criminosos como forma de subsidiar a dosimetria da pena — não apenas errava em 80% dos casos, como se revelou propenso a atribuir maiores riscos a indivíduos negros que brancos.^{246 e 247}

Em suma, notou-se que, nos contextos inglês e norte-americano, o alto grau de autonomia anteriormente conferido aos juízes na tarefa de dosimetria da pena cedeu lugar a iniciativas que buscaram de algum modo objetivar a empreitada e viabilizar maior consistência e previsibilidade, produzindo, porém, resultados de eficácia duvidosa nos aspectos qualitativo das decisões e de individualização das sanções.

Já no Brasil, embora os Códigos Penais de 1830 e de 1890 tenham, no passado, previsto penas intermediárias — estabelecidas entre máximos e mínimos — como forma de mais bem auxiliar julgadores²⁴⁸, o que se tem, atualmente, é um artigo 59 do Código Penal permeado por oito variáveis a serem consideradas na dosimetria (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima). O problema é que esses critérios, mercê de sua amplitude e vagueza²⁴⁹, foram convolados, de limites à discricionariedade, em plataforma para sua maior incidência²⁵⁰, razão pela qual surgiram até mesmo vozes advogando em favor da supressão de parte dos parâmetros que se atrelassem a condições pessoais do apenado.²⁵¹

²⁴⁶ O algoritmo COMPAS leva em conta questionário de 137 perguntas respondidas pelo indivíduo avaliado. Na pesquisa em questão, foram analisadas 7 mil classificações, comparando-se em seguida, entre 2013 e 2014, quantos dentre os avaliados efetivamente reincidiram em condutas delitivas. Os resultados evidenciaram 44,9% negros classificados como de alto risco, mas que não reincidiram, e 47,7% de brancos classificados como de baixo risco, mas que ainda assim reincidiram. (ANGWIN, J. *et al.* Machine Bias. *ProPublica*, New York, 23 maio 2016. Disponível em: <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>. Acesso em: 14 nov. 2021).

²⁴⁷ Tanto o problema do enviesamento é uma realidade a alcançar a inteligência artificial que iniciativas diversas têm buscado parametrizar eticamente seu uso a fim de mitigar discriminações e desvios: COMISSÃO EUROPEIA. Carta Europeia de Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais e seu ambiente. Estrasburgo, 3 dez. 2018. Disponível em: https://rm.coe.int/carta-etica-traduzida-para-portugues-revista/168093b7e0#_ftn12. Acesso em: 5 out. 2021; BALAYN, Agathe Balayn, GÜRSES, Sede. Beyond Debiasing: Regulating AI and its inequalities. *European Digital Rights (EDRi)*, 2021; no Brasil, Resolução n. 332, de 21 de agosto de 2020 e Portaria n. 271, de 4 de dezembro de 2020, ambas do Conselho Nacional de Justiça.

²⁴⁸ BOSCHI, José Antonio Paganella. Individualização da pena. In: CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 123.

²⁴⁹ A título ilustrativo, merece menção pesquisa de Salo de Carvalho em que são apresentados distintos julgados atribuindo sentidos discrepantes à noção de “culpabilidade”: CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 180.

²⁵⁰ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Aplicação da pena o problema da discricionariedade judicial: breve estudo comparativo entre a dosimetria penal brasileira e o modelo de sentencing guidelines norte-americano e inglês*. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 81.

²⁵¹ “A exclusão das circunstâncias de caráter pessoal do rol do *caput* do art. 59 é uma demanda de relevante parte da doutrina e também é proposta no PLS 236/12 (art. 73). Essa demanda é necessária e coerente com um dos

É absolutamente natural, até em razão do princípio da individualização da pena, que a opção legislativa privilegie parâmetros abertos capazes de acomodar a construção de uma ponte com o caso concreto sob exame. A questão é que a sobredita abertura deveria operar de modo a onerar argumentativamente o julgador à luz da hipótese em análise, e não como uma espécie de salvo conduto para seu livre preenchimento.

Tenho para mim, assim, que, em linha com o diagnóstico feito por Nancy Gertner, os resultados da pesquisa empírica apresentados acima talvez se justifiquem por uma abordagem judicial incorreta do tema da dosimetria; por um abandono da cognição que faz com que, no caráter contingencial da *individualização* da pena, hoje, no Brasil, prepondere *o indivíduo do juiz sobre o indivíduo do apenado*, com os tribunais — particularmente os de segundo grau — abstando-se de seu papel de correção de disparidades e inconsistências sob o fundamento de uma discricionariedade assegurada ao juízo sancionador.

2.3.2 O tema da “livre” valoração e admissão da produção de provas

Leon Festinger, em obra de 1957, nos apresentou sua teoria da dissonância cognitiva. Segundo ele, quando somos confrontados com decisões a tomar, experimentamos um natural desconforto psíquico resultante da tensão entre os aspectos positivos e negativos de nossas opções. Diante dessa inconsistência e dessa discrepância entre alternativas, e sendo premente a tomada de uma decisão, seríamos naturalmente instados a criar uma coerência decisória, engajando-nos — consciente ou inconscientemente — numa estratégia de distensionamento que exaltaria aspectos positivos e renegaria aspectos negativos da opção eleita, além de desconsiderar aspectos positivos e de superestimar aspectos negativos da opção não eleita.²⁵²

Por conseguinte, “a existência de dissonância origina pressões para reduzi-la e para evitar o seu recrudescimento”, o que inclui “mudanças de comportamento, mudanças de cognição e busca de novas informações”²⁵³. Resumindo: o indivíduo ajusta pensamentos e atitudes como forma de buscar uma coerência entre cognições ou crenças contraditórias, tudo

princípios básicos que norteiam o Direito Penal moderno e que serve de base também para as demais presentes sugestões no âmbito da aplicação da pena: o agente deve ser punido por aquilo que faz e não por aquilo que é. Apenas um sistema punitivo calcado nessa premissa faz respeitar os princípios da legalidade e da culpabilidade, que retêm vigência não só na seara dos pressupostos de incriminação, senão também no âmbito da aplicação da pena.” GRECO, Luís *et al.* *Reforma da Parte Geral do Código Penal: uma proposta alternativa para debate*. São Paulo: Marcial Pons, 2017. p. 43-44.

²⁵² FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Tradução: Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975. p. 13.

²⁵³ FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Tradução: Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975. p. 22-23.

de modo a esvaziar uma tensão psíquica que lhe gera incômodo ou angústia.²⁵⁴ Em lugar de nos municiarmos de subsídios para moldar nossas crenças, são nossas crenças, adredemente concebidas, que subjagam nossos comportamentos e nossas ideias²⁵⁵: “quanto mais comprometido se está com uma ideia ou crença, mais difícil é abandoná-la, mesmo que surjam evidências fortes em sentido contrário.”²⁵⁶

A teoria da dissonância cognitiva mereceria aplicação no direito processual — mais especificamente, processual penal — por meio do trabalho de Bernd Schünemann, que dela extraiu, com respaldo empírico, o que apelidou de “efeito perseverança” (ou “inércia”; ou, ainda, “mecanismo de autoafirmação da hipótese preestabelecida”), assim considerado um olhar judicial viciado que tende a privilegiar, na coleta condicionada e seletiva de informações e de provas, elementos que corroborem pré-compreensões, menosprezando dados que as infirmem. Exemplificativamente, notou Schünemann que, quanto maior conhecimento dos juízes acerca da investigação que antecedeu o processo criminal, menor era o interesse pelas perguntas que a defesa fazia à testemunha. De modo semelhante, também constatou ele uma discrepância no número de condenações e de absolvições, conforme o juiz julgador houvesse ou não conhecido do inquérito policial preliminar.²⁵⁷

Em sentido próximo ao percebido por Schünemann, é igualmente possível notar o viés de confirmação — tratarei de vieses cognitivos em geral mais adiante — em matéria de valoração fático-probatória se admitirmos que magistrados, ao sopesar narrativas, versões e provas, podem possuir uma maior inclinação para categorizar acontecimentos segundo precedentes e jurisprudência já firmados ou de acordo com a descrição normativa dada por determinado dispositivo que desde o início ronda as pré-compreensões do juiz sobre o caso.²⁵⁸

No ponto, Nicola Gennaioli e Andrei Shleifer, valendo-se de Richard Posner²⁵⁹, assentam a existência de uma discricionariedade *factual* judicial, que a seu ver, se origina de duas concausas: um enviesamento, por mim já tratado acima, segundo o qual “juízes

²⁵⁴ ANDRADE, Flávio da Silva. A dissonância cognitiva e seus reflexos na tomada da decisão judicial criminal. In: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 1655, set./dez. 2019.

²⁵⁵ FESTINGER, Leon. *Teoria da dissonância cognitiva*. Tradução: Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975. p. 70-80.

²⁵⁶ ANDRADE, Flávio da Silva. A dissonância cognitiva e seus reflexos na tomada da decisão judicial criminal. In: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 3, p. 1658, set./dez. 2019.

²⁵⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 11, p. 35, set./dez. 2012.

²⁵⁸ GENNAIOLI, Nicola; SHLEIFER, Andrei. Judicial fact discretion. *Journal of Legal Studies*, v. 37, n. 1, p. 1-3, 2008.

²⁵⁹ POSNER, Richard. Judicial Behavior and Performance: an Economic Approach. In: *Florida State University Law Review*, 32, p. 1274, 2005.

interpretam evidências ou desconsideram verdades inconvenientes através das lentes de suas experiências, crenças e ideologias”²⁶⁰, mas também — vale aqui o destaque — uma resistência e uma repulsa à reforma de seus julgados por órgãos superiores, esse último fator influente na acomodação dos fatos a juízos previamente moldados.²⁶¹

Dito de outro modo, seria muito mais fácil simplificar fatos e enquadrá-los a julgados anteriores e a dispositivos legais mais à mão que exaurir narrativas em favor de uma verdade processualmente verossímil para, somente então, se buscar a solução arquitetada juridicamente. A par da influência cognitiva oriunda do viés de confirmação, que militaria em favor de uma leitura dos fatos condizente com caminhos decisórios já conhecidos, também restaria desestimulada, ao mesmo tempo, qualquer busca adicional por elementos que desmerecessem aquela visão inicial, onerando argumentativamente o tomador de decisão — asserções essas que têm ainda o condão adicional de evidenciar a contradição essencial em que se enreda a ideia de “livre convencimento” e quejandos, que não partem de lugar nenhum (ou de um grau zero de sentido) para merecerem a alcunha de “livres”.²⁶²

Objetivamente, se o enviesamento tende a ser duplo quando conferimos grande peso ao que chancela nossas pré-compreensões e descartamos tudo o que as renega, o pernicioso efeito colateral resultante disso está em que a incerteza decorrente de uma discricionariedade sobre os fatos, a par de fomentar insegurança jurídica, incrementa a litigiosidade, já que, ainda quando haja entre as partes alguma margem de concordância sobre os acontecimentos, a imprevisibilidade gerada pela moldagem decorrente da visão do juiz confere até mesmo àquele que ostente uma posição desfavorável chances de sagrar-se exitoso²⁶³, notadamente quando adote um comportamento estratégico frente às pré-compreensões do julgador.

As matrizes teóricas acima²⁶⁴ fornecem subsídios importantes para a análise dos achados resultantes da pesquisa empírica empreendida neste trabalho. Isso porque, segundo penso, o uso

²⁶⁰ GENNAIOLI, Nicola; SHLEIFER, Andrei. Judicial fact discretion. *Journal of Legal Studies*, v. 37, n. 1, p. 4, 2008.

²⁶¹ Também diagnosticando essa resistência: COHEN, Félix Solomon. *Ethical systems and legal ideals: an essay on the foundations of legal criticism*. Westport: Greenwood Press, 1933. p. 242-243; POSNER, Richard A. *Como deciden los jueces*. Madri: Marcial Pons, 2011. p. 22-27, 102-107.

²⁶² “O próprio mundo desmente que possamos ‘apreciá-lo livremente’.” (STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramentos; Casa do Direito, 2020. p. 405).

²⁶³ GENNAIOLI, Nicola; SHLEIFER, Andrei. Judicial fact discretion. *Journal of Legal Studies*, v. 37, n. 1, p. 24, 2008.

²⁶⁴ É inevitável reconhecer a influência sobre a Lei n. 13.964/2019, especialmente no que diz respeito à mudança promovida no Código de Processo Penal: “Art. 3º-C. (...) § 3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para pensamento em apartado.”

banalizado e disseminado da discricionariedade como fundamento justificador do indeferimento generalizado de provas e da não sindicância da valoração probatória levada a cabo pelos juízos de primeiro grau parece fazer vezes de um salvo-conduto pretensamente legitimador da perseverança e da inércia denunciadas por Schünemann — ou viés de confirmação, se se preferir.

Mais bem explicando, é como se a discricionariedade albergasse o abandono da instrução por reputá-la um risco de ressurgimento de tensões cognitivas quando dela adviessem elementos contrários à narrativa preconcebida pelo julgador. Ou como se pudesse ela, a discricionariedade, servir à moldagem da valoração probatória a pré-compreensões já sedimentadas. Em outros termos, *é como se a produção e valoração discricionária das provas tivesse o condão de substituir o saber condicionado pelos fatos por fatos condicionados pelo saber.*²⁶⁵ Esse *locus* em que estaria inserida a discricionariedade em matéria probatória, bem a propósito, foi bem descrito, novamente, por Calmon de Passos:

Destarte, sendo o direito impotente para mudar o que foi (realidade) direcionando todo o seu poder para o que deve ser (futuro) tem potencialmente a capacidade de determinar o que deve ser em total descompasso com o que foi e que deveria, teoricamente, condicionar o que deve ser. O direito, por isso, tem o poder de desconfirmar e desconhecer o passado, a par de sua periculosidade no determinar o futuro em descompasso com o passado. Quando se fala em efetividade no âmbito de outros saberes, o passado é condicionante; não há discricionariedade nem arbitrariedade possíveis. A conclusão é serva do passado real. No jurídico, tudo é diferente. O próprio fato passado, que se pretende colocar como suposto da conseqüência jurídica, ele próprio, é construído pelo e no processo de produção da decisão, sem que o efetivamente acontecido antes tenha qualquer força determinante decisiva.²⁶⁶

Constata-se, na esteira do excerto acima, que a falência da verdade real personificou já há tempos a desmitificação de uma realidade objetiva apreensível processualmente. O que se busca num processo judicial, então, é uma verdade plausível, construída cognitivamente sob o signo de um devido processo legal em que se assegure uma participação dos interessados animada pelo contraditório.

Disso decorre que, conquanto não se possa condicionar a jurisdição ao ideal de uma realidade objetiva, igualmente não pode haver uma construção arbitrária de uma realidade, tampouco um descompromisso completo com qualquer verdade alternativa que milite em desfavor de uma narrativa preconcebida. Se é certo que a jurisdição prescinde da verdade real,

²⁶⁵ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Ensaios e artigos*. Salvador: JusPodivm, 2014. v. I, p. 390.

²⁶⁶ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Ensaios e artigos*. Salvador: JusPodivm, 2014. v. I, p. 390-391.

é igualmente certo que a versão alternativa que funcionará como premissa de incidência normativa haverá de congrega em sua construção elementos e subsídios para bem além do íntimo do julgador.

Em diagnóstico certo, Michele Taruffo²⁶⁷ salientou que o sistema tarifado de valoração da prova, hermético e automatizado, cedeu lugar ao longo da história ao livre (*sic*)²⁶⁸ convencimento motivado, segundo o qual “a eficácia de cada prova para a determinação dos fatos seja estabelecida caso a caso, seguindo critérios não predeterminados, discricionários e flexíveis, baseados essencialmente em pressupostos racionais”.²⁶⁹ Essa mudança, nada obstante, jamais representou uma carta branca para o julgador²⁷⁰, reconhecendo-se que o uso “degenerativo que às vezes se faz desse princípio abre caminho para a legitimação da arbitrariedade subjetiva do juiz ou, no melhor dos casos, a uma discricionariedade que não se submete a critérios e pressupostos”.²⁷¹

Ainda no ponto, Ravi Peixoto aborda criticamente a visão de que provar algo consistiria em convencer ou persuadir o juiz da (in)existência daquele algo. Segundo o autor, essa perspectiva, centralizada na figura do julgador, privilegiaria suas condições pessoais em detrimento de elementos relacionados à prova ou ao fato probando, favorecendo malsinados raciocínios do tipo: se é o juiz o destinatário da prova, e se é ele a ser convencido, deteria então ele próprio a gerência sobre o próprio processo cognitivo, possuindo total autonomia sobre quando considerar ou não algo provado ou sobre quando entender necessárias ou não provas outras.²⁷² A alternativa, dirá Jordi Ferrer-Bentrán²⁷³ — em sentido muito próximo ladeado por

²⁶⁷ Valho-me do referido autor a partir da passagem transcrita, mas não sem registrar o fato de que, noutros escritos, Taruffo flerta com uma admissão da discricionariedade.

²⁶⁸ A ideia de “livre” convencimento motivado sempre souo para mim um paradoxo. Havendo necessidade de fundamentação, livre não é; e a fundamentação se presta exatamente a instrumentalizar a possibilidade de controle, de modo que se há controle, não há liberdade. Nessa linha, e exaltando a supressão do vocábulo “livre” do Código de Processo Civil brasileiro de 2015, ver: STRECK, Lenio Luiz. Art. 370. In: STRECK, Lenio Luiz *et al.* (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 570-575.

²⁶⁹ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2011. p. 387.

²⁷⁰ Ilustrativamente, as Ordenações Filipinas, ainda ao final do século XVI, consagrou, no Título 66 do Livro III, que “Todo Julgador, quando o feito fôr concluso sobre a diffinitiva, verá e examinará com boa diligencia todo o processo, assi o libello, como a contestação, artigos, depoimentos, a elles feitos, inquirições, e as razões allegadas de huma e outra parte; e assi dê a sentença diffinitiva, segundo o que achar allegado e provado de huma parte e da outra, **ainda que lhe a consciencia dicte outra cousa**, e elle saiba a verdade ser em contrario do que no feito fôr provado (...).” (Grifei.) Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p667.htm>. Acesso em: 15 nov. 2021.

²⁷¹ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2011. p. 398. No mesmo sentido: BAYON, Juan Carlos. Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano. *Revista Jurídica Mario Alario D Filippo*, v. 2, n. 4, p. 7, 2010.

²⁷² PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios no direito processual brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 37-38.

²⁷³ “(...) ainda existe uma grande lacuna na teoria geral da prova, bem como nas teorias do garantismo penal e processual. Todas essas concepções, de alcances distintos (mas evidentemente relacionadas entre si), são bastante incompletas se não abordarem o problema de como determinar os graus de suficiência probatória para cada fase

Gilmar Mendes²⁷⁴, Lenio Streck²⁷⁵ e o próprio Ravi Peixoto²⁷⁶ —, será uma concepção objetiva do direito probatório, calcada em *standards* de valoração racional que orientem valoração e produção de provas.²⁷⁷

Em arremate, o propósito com que recorro aos aportes acima se presta a embasar uma hipótese que pretende explicar a recorrência dos achados a relacionar discricionariedade e dispensa de produção de provas ou sua valoração acrítica. Afirmo, portanto, nessa esteira, que, em matéria de prova, a discricionariedade busca afiançar e blindar o efeito perseverança, conformando os fatos à realidade estabelecida de modo solipsista pelo julgador, ao fim e ao cabo subvertendo o convencimento motivado em favor da reafirmação de preconceções e, colateralmente, do esvaziamento do contraditório e do devido processo legal.

2.3.3 O tema das tutelas provisórias

Na esteira da ideia já antes exposta, que relaciona conceitos abertos e discricionariedade, importantes clássicos do direito brasileiro afirmaram, no passado, a irrecorribilidade do (in)deferimento de medida liminar em mandado de segurança, sendo a providência uma “faculdade” judicial — nesse sentido, Castro Nunes²⁷⁸, Alcides de Mendonça Lima²⁷⁹, José

do procedimento e para cada tipo de processo. E essa falta de teorização, quando transformada para a legislação, face à ausência de *standards* de prova, converte-se no calcanhar de Aquiles de um desenho processual que pretenda limitar arbitrariedades e fomentar o controle das decisões probatórias.” (FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*. Tradução: Vitor de Paula Ramos. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 241).

²⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Critérios de valoração racional da prova e standard probatório para pronúncia no júri. *Revista Consultor Jurídico*, 6 abr. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-06/observatorio-constitucional-criterios-valoracao-racional-prova-standard-probatorio>. Acesso em: 7 out. 2021.

²⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial*. Florianópolis: Tirant lo Blanche, 2018. p. 41; STRECK, Lenio Luiz. O que é isto: livre convencimento motivado e livre apreciação da prova? In: NUNES, Dierle; LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio Luiz (coords.). *O fim do livre convencimento motivado*. Florianópolis: Tirant lo Blanche, 2018. p. 21.

²⁷⁶ “(...) situação caótica é a existente no direito brasileiro atual, no qual os *standards* probatórios simplesmente não existem, ou, se existem, atuam em uma esfera completamente subjetiva e incontrolável do julgador dos fatos. (...) A inexistência de um *standard* probatório qualquer, ou um que remeta a estados mentais do julgador, torna a decisão fática praticamente inacessível à impugnação. Afinal, se o estandar probatório é fixado pelo juiz ou formulado com a remessa a estados mentais discricionários do julgador, a impugnação tente ao fracasso.” (PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios no direito processual brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 91).

²⁷⁷ PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios no direito processual brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 40 et seq.

²⁷⁸ NUNES, Castro. *Do mandado de segurança*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. p. 348.

²⁷⁹ LIMA, Alcides de Mendonça. Efeitos do agravo de petição no despacho concessivo de medida liminar em mandado de segurança. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, ano 78, v. 178, p. 465, 1982.

Cretella Júnior²⁸⁰, Hely Lopes Meirelles²⁸¹, Ulderico Lopes dos Santos²⁸² e Othon Sidou²⁸³, apenas para citar alguns.

O entendimento doutrinário repercutiu no âmbito jurisdicional, tendo o Supremo Tribunal Federal, pelos menos a partir de 1991 — por influência de construção antes havida em sede de cautelar em controle concentrado²⁸⁴ —, passado a reputar irrecorrível a decisão concessiva ou denegatória de pedido liminar em mandado de segurança,²⁸⁵ até que o entendimento se convolasse em jurisprudência consolidada em enunciado (n. 622) de súmula.²⁸⁶

Em sentido muito semelhante, adicionalmente, os julgados que resultariam no enunciado n. 735 daquele mesmo Tribunal, no sentido de reputar incabível recurso extraordinário contra decisões liminares, assentaram como fundamento situar-se a análise “na esfera de avaliação subjetiva do magistrado”.²⁸⁷ Com base nessa jurisprudência consolidada e nos verbetes mencionados, não tardaria que outros tribunais ecoassem aquela posição²⁸⁸ e, mais, que o fizessem para além do mandado de segurança, alcançando tutelas liminares em geral, como bem ilustra o enunciado n. 58 da súmula do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.²⁸⁹

É verdade que, com a sobrevinda da Lei n. 8.952/1994, que incluiu a figura da antecipação de tutela no Código de Processo Civil, e da Lei n. 12.016/2009, que passou a admitir expressamente o cabimento de recurso contra decisão liminar em mandado de segurança, aqueles dois enunciados — tanto o do Supremo quanto o do Tribunal Estadual do Rio de Janeiro — decairiam. Igualmente verdade, porém, que as decisões sobre tutelas provisórias em geral, como denunciam os achados da pesquisa empírica acima, remanesceriam pretensamente impassíveis de controle, agora sob o signo da discricionariedade. Isto é, quiçá

²⁸⁰ CRETILLA JÚNIOR, José. *Comentários às leis de mandado de segurança*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 189-191.

²⁸¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, e ação civil pública*. 11. ed. São Paulo, 1987. p. 50.

²⁸² SANTOS, Ulderico Pires dos. *O Mandado de segurança na doutrina e na jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 246.

²⁸³ SIDOU, J. M. Othon. *Habeas-data, mandado de injunção, habeas corpus, mandado de segurança, ação popular: as garantias ativas dos direitos coletivos, segundo a nova Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 230.

²⁸⁴ Ao menos desde o mesmo ano de 1991, o Supremo Tribunal Federal passou a assimilar providências cautelares em controle concentrado, para suspensão liminar de normas impugnadas, adaptando o instituto para impor-lhe como uma de suas condições a “conveniência política”. Conferir, nesse sentido: STF, Plenário, ADI 409 MC, DJ de 15.3.1991.

²⁸⁵ STF, Pleno, MS 21.206 AgRg/DF, j. 26.4.1991.

²⁸⁶ STF, Súmula 622, DJ de 13.10.2003.

²⁸⁷ STF, Primeira Turma, RE 232.387, DJ de 17.5.2002.

²⁸⁸ STJ, 3ª Seção, AgRg MS 11.296/DF, j. 28.2.2007.

²⁸⁹ TJRJ, Súmula da Jurisprudência Predominante n. 2001.146.00007. Julgamento em 4.11.2002. Relator: Desembargador Amaury Arruda de Souza. Votação unânime. Registro do Acórdão em 26.11.2002.

por seu enraizamento por décadas no seio do Judiciário, a imunidade das decisões liminares segue ainda hoje persistindo, embora haja esforços sensíveis no sentido de se desmistificar o ideal, como ilustra a seguinte passagem da pena de Tereza Arruda Alvim e Bruno Dantas:

Todas as decisões liminares têm como base empírica (= quadro fático subjacente) situação que se encaixa em descrição, feita pela lei e pela doutrina, usando esta técnica: fala-se em perigo de ineficácia, perspectiva de dano iminente, aparência de bom direito, prejuízo irreparável ou de difícil reparabilidade, *fumus boni iuris*, *periculum in mora*. Essas expressões são comunissimamente empregadas pela lei e usadas pelos autores para descrever as situações fáticas que devem ensejar a concessão dessa ou daquela medida liminar. (...) o perigo representado por essas afirmações no sentido de que o juiz agiria discricionariamente é o de que se entenda que essas decisões estariam fora do controle das partes, salvo se exorbitado o âmbito da legalidade (...).²⁹⁰

Anos antes, Betina Rizzato Lara já fizera a mesma advertência, pontuando ainda que a maior desenvoltura a cargo do magistrado sobre meios de efetivação de medidas processuais de urgência — como é o caso do poder geral de cautela — não se confundiria com o dever de deferir ou de indeferir o pleito quando presentes ou ausentes os requisitos necessários a tanto:

Quando, portanto, o juiz deparar com conceitos indeterminados e verificar, após a realização da tarefa interpretativa, que a situação concreta se enquadra no modelo previsto na norma, ele deverá obrigatoriamente conceder a liminar. O juiz não tem, segundo nosso entendimento, a discricionariedade de escolher entre conceder ou não a liminar se verificar que os pressupostos para a sua concessão estão presentes. Não há, nestes casos, aquele tipo de discricionariedade em que é facultado ao aplicador da norma agir ou omitir, tomar ou não uma medida. Ele terá sempre a obrigação de conceder a liminar se concluir pela existência dos requisitos e a obrigação de indeferi-la se estes requisitos estiverem ausentes.²⁹¹

Em linha com os excertos acima, reforçaria Sérgio Nojiri que, apesar de os requisitos da concessão liminar “estarem vertidos em conceitos juridicamente indeterminados na lei, a sua aferição não deve ser dirigida por *standards* subjetivos do Magistrado, pelo contrário, devem ser verificados objetivamente, não havendo espaço para a discricionariedade judicial”.²⁹²

Convém a ênfase: o fato de serem vagos ou imprecisos não submete a aferição dos requisitos das tutelas de urgência ao mero arbítrio do juiz nem é capaz de tornar irrecurável a

²⁹⁰ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 248.

²⁹¹ LARA, Betina Rizzato. *Liminares no processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1994. p. 58-59.

²⁹² NOJIRI, Sérgio. Discricionariedade judicial em decisão que concede ou denega liminar em mandado de segurança. *Revista de Processo*, v. 81, p. 257, jan./mar. 1996.

decisão. “A conveniência de uma liminar é decorrência de opção da lei e não do juiz, pelo que se deve concluir, em matéria de jurisdição (realização da vontade concreta da lei): ‘não existe no Estado de Direito, lugar para decisões fruto de poder arbitrário’.”²⁹³ Descabe, assim, situar a aferição de pedidos daquela natureza sob o jugo de “maior ou menor liberalidade pessoal do julgador, ou porque simpatize ou não simpatize com as teses ou com as ideias preconizadas pelo impetrante (...)”.²⁹⁴

Não releva que a descrição dos requisitos para concessão ou denegação de tutela provisória se utilize de conceitos abertos. Ao fim e ao cabo, a exemplo da epígrafe anterior em que tratei de valoração probatória, o que se exigirá do julgador é alguma medida de cognição, um juízo de probabilidade, uma ponderação de riscos que preencha ou desfalque os pressupostos condicionantes da medida pretendida.

Uma de duas: ou o magistrado entende configurados os dois pressupostos, e tem o dever “de conceder a liminar (infringindo a lei se não o conceder), ou não os entende configurados ambos, e tem igualmente o dever de denegar a liminar (infringindo a lei, da mesma sorte, caso não a denegue). A decisão não é discricionária, mas vinculada”.²⁹⁵ Felizmente, dos resultados da pesquisa empreendida neste trabalho foi possível extrair decisões que insinuam uma mudança nesse sentido.²⁹⁶

2.4 UM FECHO: A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL CONSTATADA EMPIRICAMENTE

O trabalho empírico a que me propus cumpriu seu intento e comprovou a ocorrência do uso da discricionariedade judicial como fundamento decisório com uma conotação, via de regra, imunizadora ao controle.

Restou atestada a existência das chamadas *zona de autarquia* a que alude José Rodrigo Rodriguez para designar um “espaço institucional em que as decisões não estão fundadas em um padrão de racionalidade qualquer, ou seja, em que as decisões são tomadas sem fundamentação”.²⁹⁷ Lacunas em que opera um discurso instrumentalizador de dominação e que

²⁹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. As liminares e a tutela de urgência. *Revista da EMERJ*, v. 5, n. 17, p. 41, 2002.

²⁹⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. Liminar na segurança individual. *Revista da AJUFE*, mar/jun. 1992.

²⁹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Recorribilidade das decisões interlocutórias no processo do mandado de segurança. *In: Revista de Processo*, v. 72, p. 11-12.

²⁹⁶ TRF2, 0020159-45.1995.4.02.0000, DJ de 17.10.1996; TRF2, 0007800-91.2017.4.02.0000, DJ de 13.6.2018.

²⁹⁷ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 69-70.

emprega falsos ou singelos fundamentos que buscam substituir um “decido assim porque eu quero” ou um “decido desta forma porque é a melhor coisa a se fazer”.²⁹⁸

Por outro lado, os resultados encontrados nesta pesquisa evidenciaram ainda outros aspectos da discricionariedade, entre os quais sua volatilidade e sua suscetibilidade à moldagem que se lhe queira atribuir, a denotar que a discricionariedade observa algum dinamismo e mutações que tornam arbitrário o seu próprio preenchimento de sentido.

Para além, sobretudo quando se percebe a alta recorrência da discricionariedade em temas como dosimetria, honorários e preceito cominatório, nota-se que o fundamento encontra terreno fértil em espaços de indeterminabilidade do direito, oferecendo decisões *prêt-à-porter* onde não há “soluções prontas”.

De todo modo, extraio como elemento principal deste capítulo o fato de que a necessidade de enfrentamento da discricionariedade judicial como instituto deixa de representar uma discussão insípida limitada à ciência do direito. Ao contrário, trata-se de instituto já incorporado e disseminado na prática, o que somente reforça a imperiosidade de seu exame mais apurado.

Encerrado o capítulo empírico destinado à abordagem da discricionariedade expressa ou performática, cumpro a promessa de endereçar, na seção seguinte, uma segunda faceta da discricionariedade na práxis brasileira, divisada sob uma perspectiva “*pragmática acional não dogmática*”.²⁹⁹ Dessa forma, busco verificar seu manuseio — não expresso — no contexto de *uma prática que reúne fórmulas bem-sucedidas, enfocando-a como estratégia institucional extraprocessual voltada a uma otimização e a um maior rendimento de produção de decisões enquanto normas jurídicas*. Faço-o, ademais, a partir de um recorte próprio: os precedentes judiciais — vinculantes e persuasivos.

²⁹⁸ RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 70.

²⁹⁹ RODRIGUES, Adriano Duarte. *As dimensões da pragmática na comunicação*. Rio de Janeiro: Diadorim, 1995. p. 65; COSTA, Eduardo Jose Fonseca da. *Levando a imparcialidade a sério*: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 110.

3. O SISTEMA BRASILEIRO DE PRECEDENTES COMO EXEMPLO DE DISCRICIONARIEDADE ESTRATÉGICA

Se no capítulo anterior a discricionariiedade era aferível concretamente, com demonstrabilidade empírica, neste capítulo pretendo abordar a discricionariiedade como *postura*, como *comportamento estratégico* voltado a uma agenda própria e particular dos tribunais não necessariamente identificada com a realização objetiva do direito.

Para me desincumbir do propósito acima, precisei fazer escolhas³⁰⁰ e, mais uma vez, delimitar escopos. Com apoio em densa bibliografia, elegi como potencial *locus* de incidência daquela postura discricionária uma discutível malversação dos precedentes — vinculantes e persuasivos — em favor de uma autopreservação e de um maior controle na gestão da jurisdição.

Ao assim agir, inevitavelmente me comprometi com uma hipótese acessória: a de que o sistema de precedentes judiciais atualmente adotado no Brasil foi e é desvirtuado. Nem é, a meu ver, sistêmico nem é, na acepção histórica do instituto, de precedentes. Em verdade, prossigo, tenho que em nossa realidade esse instituto, que em princípio se prestaria a propiciar maior previsibilidade, ora é desafiado por um ideal de independência judicial que sobre ele preponderaria, ora se convola não em mecanismo de segurança jurídica, mas sim de estratégia institucional para lidar com o grande número de processos que abarrotam o Judiciário.

De modo a demonstrar essa hipótese acessória para o fim de introduzir na discussão macro a verificabilidade da discricionariiedade como *postura* — faceta distinta de seu uso ostensivo como fundamento —, busco, nos dois primeiros subcapítulos abaixo, traçar breves panoramas das tradições³⁰¹ do *civil law* e do *common law* com o intuito de evidenciar suas aproximações no contexto moderno e sua preocupação comum com a segurança e a previsibilidade. No terceiro subcapítulo, trato do contexto brasileiro e de suas peculiaridades, com foco nos antecedentes normativos mais recentes. Finalmente, no quarto e último subcapítulo, dividido em duas subseções, esgrimo a debilidade dos precedentes para

³⁰⁰ São muitos os terrenos que acenam como oportunos para a identificação da discricionariiedade velada: manobra de pauta pela presidência de colegiados; pedidos (antecipados) de vista; modulação de efeitos de julgados; o uso do ambiente virtual de julgamentos etc.

³⁰¹ Com apoio em Merryman e Pérez-Perdomo, em lugar de “sistema” (“conjunto de instituições legais, processos e normas vigentes”), prefiro “tradição” (“conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da natureza do direito e do seu papel na sociedade e na organização política, sobre a forma adequada da organização e operação do sistema legal e, finalmente, sobre como o direito deve ser produzido, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado”). (MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009. p. 21 e 23).

constranger e fazer ceder um ideal particular de independência judicial e seu uso discricionário como artifício para facilitar e acelerar julgamentos, sem um crivo prático e atento a distinções ou a novos argumentos para fomento a revisita.

3.1 O TEMA NO *COMMON LAW*: DA SEGURANÇA À INSEGURANÇA³⁰²

O marco histórico inicial³⁰³ do direito inglês remonta ao ano de 1066, quando os normandos, liderados por Willian I, “o Conquistador”, derrotaram os anglo-saxões em *Hastings*, estabelecendo uma dominação das ilhas britânicas.³⁰⁴ À centralização do governo somou-se uma padronização, um “direito comum” construído a partir das experiências de juízes itinerantes e implementado por meio de *writs* (ou mandados reais).

Ao longo desse processo, que consumiu cerca de dois séculos, foi sendo moldado o princípio do *stare decisis et non quieta movere* (ou “mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido”)³⁰⁵, muito embora somente a partir do século XVI³⁰⁶, por influência da teoria declaratória da jurisdição de Willian Blackstone³⁰⁷, até o século XIX, já à sombra da teoria constitutiva de Bentham e Austin³⁰⁸, haja de fato se consolidado, na Inglaterra, os conceitos de *rules of precedent* e de *binding*, além de uma teoria moderna de precedentes vinculantes³⁰⁹.

³⁰² Em que pese a tradição do *civil law* seja mais antiga que a do *common law* — remonta-se a origem daquela às Doze Tábuas, de 450 a.C. —, optei por abordar essa última em primeiro lugar haja vista o foco do capítulo em questão ser o precedente judicial, instituto mais arraigado e desenvolvido pela *common law*.

³⁰³ É verdade que o direito inglês já observava práticas jurídicas próprias, inclusive escritas, sob o reinado anglo-saxão, especialmente em Alfred, o Grande (871-900), mas uma organização feudal estruturada, baseada primordialmente no costume, somente atinge complexidade real com Willian I. (ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An introduce to comparative law*. 3. ed. Oxford: Clarendon Press, 2011. p. 182).

³⁰⁴ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An introduce to comparative law*. 3. ed. Oxford: Clarendon Press, 2011. p. 182; MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009. p. 24.

³⁰⁵ ELLIOT, Catherine; QUINN, Francis. *English legal system*. 7. ed. Dorchester: Pearson Education Limited, 2006. p. 9.

³⁰⁶ Há referência a caso de 1584 em que a King’s bench assentou que “as coisas que tão frequentemente são julgadas devem ser deixadas em paz” (CHAMBERLAIN, Daniel Henry. *The doctrine of stare decisis: it reasons and it extent*. New York: Baker, Voorhis & Co Publishers, 1885. p. 5-6).

³⁰⁷ A teoria declaratória consignou que os juízes não criam o Direito, mas sim que o demonstram segundo o que ele é. Não cabe à magistratura, pois, decidir com base em critérios pessoais, mas de acordo com os costumes e o direito conhecido. Nessa linha, os precedentes não representariam “escolha” entre possibilidades, mas a resposta correta a ser seguida e somente passível de ser rejeitada se superada porque evidenciada como incorreta, dando lugar a um novo precedente (EVANS, Jim. Change in the doctrine of precedent during the 19th century. In: GOLDSTEIN, Laurence L. (ed.). *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 36).

³⁰⁸ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedente*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 114 et seq.; BENTHAM, Jeremy. Truth versus Ashhurst; or law as it is, contrasted with what is said to be. In: *The Works of Jeremy Bentham* (published under the superintendence of his executor, John Bowring). Edimburgh: Willian Tait, 1843. v. 5, p. 231-238; AUSTIN, John. *Lectures on jurisprudence, or the philosophy of positive law*. 5. ed. London: John Murray, 1911. v. 2, p. 634.

³⁰⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 77.

Daquele período, merecem ser colhidas manifestações do *Chief Justice of the Court of King's Bench*, Willian Murray, *1st Earl of Mansfield*, nas quais se curvou ele aos precedentes ainda quando os desaprovasse.³¹⁰ Também dignos de menção os casos *Fletcher vs. Soudes*, de 1827, *Beamish vs. Beamish*, de 1861, e, finalmente, *London Tramways v. London County Council*, de 1898, por meio dos quais a *House of Lords* consolidou o reconhecimento de sua submissão às próprias decisões.³¹¹ A merecer transcrição destacada, a posição de Park J., no caso *Mirehouse vs. King's Bench*, de 1833:

O nosso sistema de *common law* consiste na aplicação, a novos casos, de regras legais que extraímos de princípios jurídicos e de precedentes judiciais; e, com o escopo de obter uniformidade, consistência e certeza, devemos aplicar tais regras, onde elas não se afigurem irrazoáveis e inconvenientes, a todos os casos que surgirem; e não temos a liberdade de rejeitá-las e de desprezar a analogia nos casos em que elas ainda não foram judicialmente aplicadas, somente porque entendamos que as referidas regras não sejam regras razoáveis e convenientes quanto desejaríamos que fossem. Parece-me de grande importância ter presente esse princípio de julgamento, não meramente para a solução de um caso particular, mas para o interesse do direito como ciência.³¹²

Antes daquele momento histórico, conforme denunciou Neil Duxbury, simplesmente inexistia no sistema inglês a crença numa subserviência a decisões anteriores, o que o levou a crer que o *common law* dispensaria uma doutrina dos precedentes para funcionar.³¹³ A conjectura não foi sem razão. À vista daquele percurso histórico, surge como questionamento natural perquirir sobre os motivos de o sistema inglês manusear precedentes, mas somente atribuir-lhes eficácia vinculante com maior vigor a partir do século XIX.

Em resposta-hipótese, Macêdo³¹⁴ e Cross e Harris³¹⁵, em diferentes obras, apontam que o *stare decisis*, cujo prestígio evidentemente reside em grande parte numa eficiente disseminação dos precedentes, apenas a partir daquele período passou a encontrar meios de

³¹⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 81-82.

³¹¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 77; CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 1991. p. 102-103; EVANS, Jim. Change in the doctrine of precedent during the nineteenth century. In: GOLDSTEIN, Laurence L. (ed.). *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 54-58.

³¹² CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 1991. p. 26.

³¹³ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedente*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 32-34. No mesmo sentido: EVANS, Jim. Change in the doctrine of precedent during the nineteenth century. In: GOLDSTEIN, Laurence L. (ed.). *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 35-36; NELSON, Caleb. *Stare decisis and demonstrable erroneous precedents*. In: *Virginia Law Review*, v. 87, n. 1, p. 28, 2001.

³¹⁴ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 53.

³¹⁵ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 1991. p. 24-25.

publicidade das decisões suficientemente desenvolvidos para propiciar sua alavancagem como instituto. Adicionalmente, o *Judicature Act* (1873-1875) também teria fornecido um rearranjo organizacional conveniente ao recrudescimento da vinculação³¹⁶, embora convivesse com período no qual editadas diversas leis que, por influência de Bentham, também buscariam concomitantemente prover maior certeza jurídica.³¹⁷

Suposição não excludente é também aventada no sentido de a segunda metade do século XIX, na Inglaterra, não por acaso coincidir com a Escola da Exegese na Europa Continental. Naquele momento, o positivismo faz convergir os sistemas em prol de uma tradição ocidental de limitação à criação judicial do Direito, como anota Macêdo:

(...) a tradição ocidental — tanto o *common law* como o *civil law* — preocupava-se em ampliar a objetividade, sistematicidade e coerência, em uma busca por segurança jurídica, e foram utilizados nas duas grandes tradições instrumentos completamente distintos, porém ambos teorizados a partir do racionalismo: de um lado os precedentes obrigatórios e de outro a codificação. Tem-se nesses instrumentos a pretensão de estatizar a produção do direito e, por mais paradoxal que possa parecer, tanto com a adoção do *stare decisis* como da codificação buscou-se afirmar que o Direito era criado pelo legislador: os precedentes eram tidos por vinculativos, pois declaravam uma norma jurídica que devia ser seguida, sendo a única forma de extingui-la ou modificá-la a atuação do legislador, seja ela boa ou ruim, justa ou injusta. Trata-se de dado cultural muito relevante para a adoção do *stare decisis*.³¹⁸

Acontece que o próprio sistema capitalista não é capaz de operar sem um “direito calculável”³¹⁹ — aliás, nenhum sistema, em minha visão. Não é possível planejamento nem “cálculo a longo prazo, atividades imprescindíveis para a existência de mercado competitivo baseado em princípios *impessoais*, se a justiça depender de pressupostos mágicos (...) ou da discricionariedade de juízes que decidem de acordo com seu próprio arbítrio”.³²⁰ “O controle racional da própria conduta requer a consciência de como a ação humana será avaliada, ou seja,

³¹⁶ PLUCKNET, Theodore. *A concise history of the common law*. Indianapolis: Liberty Fund, 2010. p. 350.

³¹⁷ Bentham, na sua teoria utilitarista, em que pese não advogasse contra o *common law*, defendia a codificação como uma forma de gerar maior segurança jurídica. Sua influência resultaria, entre 1882 e 1925, no *Bill of Exchange Act*, no *Partnership Act*, no *Sale of Goods Act*, no *Marine Insurance Act* e no *Law of Property Act*. Curioso ainda notar que o próprio Bentham também escreveria, em 1811, ao Presidente Madison, dos Estados Unidos, indicando as vantagens de um *common law* codificado. Embora recebesse negativa presidencial, suas ideias repercutiriam em codificações nos Estados de Nova York e de Massachussets (ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An introduce to comparative law*. 3. ed. Oxford: Clarendon Press, 2011. p. 242).

³¹⁸ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 54-55.

³¹⁹ WEBER, Max. *A gênese do capitalismo moderno: organização e comentários*: Jessé Souza. São Paulo: Ática, 2006. p. 95.

³²⁰ SOUZA, Jessé. In: WEBER, Max. *A gênese do capitalismo moderno: organização e comentários*: Jessé Souza. São Paulo: Ática, 2006. p. 95.

implica previsibilidade dos resultados das ações e dos eventos. A ausência de previsibilidade retira qualquer possibilidade de conduta metódica no exercício da profissão.”³²¹

Daí por que concordo com a tese de que esse clamor por segurança também foi tributário da pavimentação de um caminho em que o *stare decisis* despontaria como “elemento de balanceamento da falta de sistematicidade do *common law*”³²², contribuindo “notavelmente para a previsibilidade e, assim, para a atenuação da falta de racionalidade jurídica formal do direito inglês nos termos weberianos”.³²³ “O direito formalmente irracional, não controlado pelo intelecto, avesso a padrões gerais e insensível aos argumentos das partes, é o direito da época em que as decisões derivam de revelações feitas mediante o oráculo.”³²⁴

O próprio modelo inglês, porém, foi abrandando ao longo dos anos a autoridade dos precedentes por meio da técnica de distinção (*distinguishing*)³²⁵, chegando ao ponto de, em 1966, se editar resolução, intitulada *Practice Statement of Judicial Precedent*, reconhecendo que “a adesão muito rígida ao precedente pode trazer injustiças em certos casos, e ainda restringir indevidamente o desenvolvimento apropriado do direito”³²⁶, propondo-se, ao cabo, “modificar a praxe atual, de modo a considerar os precedentes das *House of Lords* como normalmente vinculantes, podendo os seus membros afastarem-se de um precedente desta Corte, quando pareça que isso seja o certo a fazer (...)”.³²⁷

Embora essa resolução sugira grande subjetivismo e amplitude, a Corte se valeu muito pouco daquela prerrogativa, contabilizando, até hoje, cerca de 21 casos em que recorreu a ela.³²⁸ Ainda assim, foi possível identificar críticas ao modelo secular inglês em ao menos 2 julgados — *Anderson vs. Ryan*, de 1985, e *R. vs. Lambert*, de 1998 —, em que a mudança de

³²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 28. Valho-me do referido autor a partir das passagens transcritas, mas não sem registrar o fato de que, noutros escritos, flerta ele com uma admissão da discricionariedade, notadamente no que diz respeito à formação dos precedentes.

³²² MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 43.

³²³ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 43.

³²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 34.

³²⁵ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge University Press: New York, 2008. p. 151.

³²⁶ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 1991. p. 104; MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 55.

³²⁷ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 1991. p. 104; MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 55; ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An introduce to comparative law*. 3. ed. Oxford: Clarendon Press, 2011. p. 261-262.

³²⁸ São eles descritos por SLAPPER, Gary; KELLY, David. *The English legal system*. 8. ed. Oxon: Routledge-Cavendish, 2006. p. 82-85 e 209-210.

entendimento se deu em curtíssimo período de tempo, gerando insegurança e respaldando as afirmações (i) de Neil Duxbury, de que o sistema de precedentes não garantiria certeza ou previsibilidade, dada a ampla flexibilidade permitida aos juízes (“a incerteza relacionada aos precedentes é a mãe de uma maior litigância”³²⁹), e (ii) de Taruffo, no sentido de que a força dos precedentes é “sempre reversível, revogável, anulável, *defeasible*, porque o segundo juiz pode desatender o precedente, quando considerar oportuno fazê-lo, a fim de formular uma solução mais justa para o caso que deve decidir”.³³⁰

Juízes se afastarem de um precedente “quando pareça que isso seja o certo a fazer”; a falta de garantia de previsibilidade dada a “ampla flexibilidade permitida aos juízes”; a possibilidade de o juiz desatender o precedente “quando considerar oportuno fazê-lo”. Essas passagens, colhidas de transcrições mais acima, convergem para a impressão de que, mesmo no histórico sistema inglês, haveria margem considerável para uma desenvoltura judicial ou, se se preferir, para uma *discricionária aplicação dos precedentes*.

Curiosamente, como parte do esforço para atenuação dessa impressão, foram designadas, em 1965, as *Law Commissions*, que possuíram como algumas de suas funções “revisar toda lei que inspire preocupação, visando ao desenvolvimento de sua sistematicidade, reforma, codificação, eliminação de anomalia, rejeição de disposições obsoletas e desnecessárias, redução de diplomas esparsos e, de maneira geral, modernização da lei”.³³¹

Atualmente, na Inglaterra, parte do movimento que busca imprimir maior segurança e previsibilidade ao sistema tem recorrido ao *statute law* para tanto, o que não deixa de ser irônico se considerada, mais recentemente, a influência sofrida pelo Brasil do sistema de precedentes, com o mesmo propósito. Não ignoro o fato de que sistemas de *common law* podem conviver em larga medida com a lei escrita³³². O que reputo curioso, nada obstante, é a aparência de que opções sistemáticas distintas, em face de um mesmo problema, intercambiem suas propostas de soluções.

Guinando para o modelo norte-americano, nos Estados Unidos o sistema de precedentes e o *stare decisis* também são de difusão mais recente do que se supõe. Como anotam Fowler e

³²⁹ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge University Press: New York, 2008. p. 163.

³³⁰ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Tradução: Chiara de Teffé. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-ejurisprudencia> Acesso em: 4 maio 2019.

³³¹ *Law Commissions Act 1965, Section 3*, disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1965/22/section/3> Acesso em: 4 maio 2019.

³³² David Dudley Fiel, advogado norte-americano, minutarista em 1865, sob a influência de Bentham, Código Civil adotado até hoje — ainda que com alterações e sem o mesmo papel que o diploma desempenha no *civil law* — pelas Dakotas do Norte e do Sul, por Idaho, Montana e, ainda, pela Califórnia (ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An introduce to comparative law*. 3. ed. Oxford: Clarendon Press, 2011. p. 242-243).

Jeon em substancial trabalho que analisou mais de trinta mil decisões proferidas entre 1754 e 2002, foi somente a partir do século XIX que as *opinions* passaram com maior vigor a se sofisticar mediante invocação de precedentes.³³³ Coincidentemente, é também nesse período, em 1881, que Oliver Wendel Holmes escreveria *The Common Law*, de que constaria célebre passagem a pôr em dúvida a segurança idealizada pela aplicação do direito — e que reverberaria na jurisprudência sociológica de Roscoe Pound³³⁴ e no realismo da década de 30 do século seguinte³³⁵:

A vida do direito não tem sido lógica: tem sido experiência. As necessidades emanadas dos tempos, a moral e as teorias políticas prevalecentes e as intuições sobre políticas públicas, consciente ou inconscientemente — até mesmo os preconceitos que juízes dividem com colegas —, têm tido mais a ver que o silogismo na determinação das regras segundo as quais homens devem ser governados.³³⁶

Essa adoção também não se deu sem críticas, anotando Marmor que o juiz tendencioso ou preconceituoso não teria grande dificuldade em apontar particularidades no caso sob exame a justificar o tratamento que queira dar, dada a ilimitada fonte de *distinguishing*.³³⁷ Taruffo, em idêntico sentido, aduziu de sua vez que:

No sistema americano, a força do precedente existe, mas em grau menor: os juízes americanos aplicam os precedentes com grande discricionariedade, ou seja – por assim dizer –, quando não encontram razões suficientes para não o fazer. O *stare decisis* continua a existir, portanto, e por isso os juízes normalmente explicam por que não pretendem seguir o precedente: parece, todavia, claro que o precedente tem eficácia só quando o segundo juiz dele compartilha.³³⁸

Em face à pesquisa de Fowler e Jeon, citada acima, as considerações de Marmor e de Taruffo poderiam soar paradoxais num primeiro momento: afinal, como conciliar esse “desprestígio” aos precedentes com o fato de cerca de 90% das decisões, nos Estados Unidos,

³³³ FOWLER, James H.; JEON, Sangick. The authority of Supreme Court Precedent: a network analysis. *Social Networks*, v. 30, n. 1, p. 16-30, jan. 2008. Disponível em: <https://bit.ly/3cj3RDT>. Acesso em: 4 maio 2019.

³³⁴ POUND, Roscoe. The need of a sociological jurisprudence. In: *The Green Bag*, v. XIX. Boston: The Boston Book Company Stanhope Press, 1907.

³³⁵ LLEWELLYN, Karl. *The Bramble Bush: on our law and its study*. New York: Oceana, 1951.

³³⁶ HOLMES JÚNIOR, Oliver Wendel. *The common law*. Chicago: American Bar Association, 2009 (originally published: Boston: Little, Brown & Co., 1881). p. 1, tradução livre.

³³⁷ MARMOR, Andrei. Should like cases be treated alike? *Legal Theory*. v. 11, n. 27, p. 31-32, 2005. Disponível em: <https://bit.ly/3oC8tLe>. Acesso em: 4 maio 2019.

³³⁸ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Tradução: Chiara de Teffé. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-ejurisprudencia> Acesso em: 4 maio 2019.

os invocarem? Os mesmos Fowler e Jeon respondem ao ressaltar que, não raro, os juízes que recorrem ao *distinguishing* ou ao *overruling* mencionam os precedentes que pretendem afastar ou superar e que isso, ao revés de pôr em xeque o sistema em si, o reforça.³³⁹ Seria do próprio sistema de precedentes, portanto, admitir hipóteses em que eles não são seguidos, porque de fato nem sempre serão. Hipóteses tais, porém, farão recair sobre os julgadores ônus argumentativo de que deverão se desincumbir na fundamentação de suas decisões.

Em abono a esse raciocínio, Zweigert e Kötz anotam que o dinamismo do desenvolvimento social e econômico dos Estados Unidos instou inicialmente a Suprema Corte, diante do soleníssimo processo legislativo para aprovação de emendas constitucionais, a não mais se ater tão restritamente às suas próprias decisões, realidade essa admitida posteriormente também pelos demais tribunais.³⁴⁰

A pretexto de fecho, o que se pretendeu com este subcapítulo foi traçar um brevíssimo histórico sobre as origens e escopos dos precedentes no contexto de *common law*, parecendo-me claro que, ao longo do caminho, a preocupação com a previsibilidade ora fundamentou a necessidade de seu desenvolvimento, ora baseou críticas contra o que poderia representar sua subversão.

3.2 O TEMA NO *CIVIL LAW*: DE JUÍZES “BOCA DA LEI”³⁴¹ A PRODUTORES DO DIREITO

Se o sistema do *common law* inglês se caracteriza pela inexistência de rupturas sistemáticas — um *continuum* histórico —³⁴², o *civil law*, de outro lado, é comumente dividido em dois momentos.

O primeiro desses dois períodos remonta ao século XI, quando descobertos textos jurídicos romanos do século VI (entre os anos de 529 a 533)³⁴³ consolidando o trabalho dos jurisconsultos no contexto da codificação de Justiniano — um deles o *Digesto*, em latim, ou

³³⁹ FOWLER, James H.; JEON, Sangick. The authority of Supreme Court Precedent: a network analysis. *Social Networks*, v. 30, n. 1, p. 16-30, jan. 2008. Disponível em: <https://bit.ly/3cj3RDT>. Acesso em: 4 maio 2019.

³⁴⁰ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An introduce to comparative law*. 3. ed. Oxford: Clarendon Press, 2011. p. 261.

³⁴¹ A alusão que faço aqui à expressão “boca da lei” se dá mais no sentido de seu desvirtuamento (cuja origem se dá em Jacques-Joseph Garat-Mailla) que no seu sentido original (eminentemente descritivo, tendo por objeto o sistema inglês) adotado por Montesquieu. No ponto, conferir: CANIVET, Guy. *Activisme judiciaire et prudence interprétative. Introduction générale in la création du droit par le juge. Archives de philosophie du droit, tome 50*. Paris: Dalloz, 2007. p. 7-32.

³⁴² CAENEGEM, R. C. *Judges, legislators and professors: chapters in European legal history*. (Goodhart lectures, 1984-1985). Nova Iorque: Cambridge University Press, 2006. p. 8.

³⁴³ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009. p. 24.

Pandectas, em grego.³⁴⁴ Esse achado promove um verdadeiro renascimento do Direito a partir do reestudo daqueles documentos (formadores do *Corpus juris civilis*), principalmente no âmbito da milenar Universidade de Bolonha³⁴⁵, que introduz a dogmaticidade na ciência europeia do Direito, desenvolvida em grande medida pela resenha crítica e sistematizadora dos escritos — apelidada de *Littera Boloniensis*³⁴⁶ — pelos glosadores.

O segundo marco histórico é representado pela Revolução Francesa, auge de um processo que vinha sendo gestado ao menos desde o século XVII, quando se acentua um raciocínio abstrato na maneira de os franceses enxergarem o direito e a vida em geral. A chamada era do Direito Racional, que vai de 1600 a 1800, consagrara a influência dos sistemas racionais na teoria jurídica. “No entanto, quando o pensamento europeu começa a distanciar-se da cosmovisão medieval, a teoria jurídica perde sua conexão metódica com suas bases.”³⁴⁷ Essa perda de referências abre ainda mais campo para uma liberdade judicial, em boa parte preenchida, no contexto do *ancien régime*, por influências da nobreza e do clero.³⁴⁸

Pavimenta-se o caminho, então, para que a teoria de Montesquieu, rechaçando uma superconcentração de poderes na mão de um só indivíduo, se combinasse com a de Rousseau, advogando em favor de que a lei escrita fosse a expressão da vontade da Nação. Se o ideal de que o poder central somente se fazia justificado ou legitimado pela vontade do povo representou um dos baluartes da Revolução, era dado inescapável que os juízes tinham de obedecer à lei.³⁴⁹ É essa também a percepção de Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

O antigo regime caracterizara-se pelo enfraquecimento da Justiça, cuja dependência política projetava-se no arbítrio das decisões. A crítica dos pensadores iluministas e a necessidade de segurança da sociedade burguesa passou, então, a exigir a valorização dos preceitos legais no julgamento dos fatos. Daí se originou um respeito quase mítico pela lei, base, então, para o desenvolvimento da poderosa Escola da Exegese, de grande influência nos

³⁴⁴ O interesse pelo *Corpus Juris Civilis* já havia resultado na publicação de compilação em grego (*Basilica*) no século IX, sem, contudo, a mesma influência do *Digesto* (MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009. p. 31).

³⁴⁵ CAENEGEM, R. C. *Judges, legislators and professors: chapters in European legal history*. (Goodhart lectures, 1984-1985). Nova Iorque: Cambridge University Press, 2006. p. 41; e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e dos precedentes: common law e civil law. *Revista dos Tribunais*. v. 893, p. 34, mar. 2010; no mesmo sentido: DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 35.

³⁴⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003. p. 62.

³⁴⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003. p. 65-66.

³⁴⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 172, p. 123, jun. 2009.

³⁴⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 172, p. 123, jun. 2009.

países em que dominou o espírito napoleônico. A redução do jurídico ao legal foi crescendo durante o século XIX, até culminar no chamado legalismo.³⁵⁰

Os juízes eram um segmento aristocrático, apoiador dos nobres fundiários e das instituições sobreviventes do feudalismo, e falhavam em distinguir, aplicar e produzir o direito.³⁵¹ Não foi, portanto, nenhuma surpresa a alta carga de desconfiança a promover uma guinada em favor da lei como expressão da vontade do povo, prevalecente sobre decisões judiciais presumidamente arbitrárias e enviesadas. Daí a proclamação da absoluta supremacia “do direito escrito; do direito originado do *corps législatif* por representantes do povo, enquanto [se] reduzia o judiciário a desempenhar uma tarefa puramente mecânica de aplicação da lei aos casos concretos”.³⁵²

É então que se segue o período de apogeu das codificações e a grande marca da tradição *civil law*: a pretensão de completude da legislação. Bem ilustra o momento o *Landrecht* prussiano, aprovado em 1794 sob Frederico, o Grande, e que continha incríveis mais de 17 mil dispositivos.³⁵³ O Código Napoleônico foi mais econômico (2.281 artigos), mas veio ornado com a proibição de sua interpretação por parte dos magistrados, conforme dispunha a Lei Revolucionária de 1790:

Título II, Art. 10: Os tribunais judiciários não tomarão parte, direta ou indiretamente, no exercício do poder legislativo, nem impedirão ou suspenderão a execução das decisões do poder legislativo (...);

Título II, Art. 12: (...) [Os tribunais judiciários] reportar-se-ão ao corpo legislativo sempre que assim considerarem necessário, a fim de interpretar ou editar uma nova lei (...) as funções judiciárias são distintas e sempre permanecerão separadas das funções administrativas. Sob pena de perda de seus cargos, os juízes de nenhuma maneira interferirão com a administração pública, nem convocarão os administradores à prestação de contas com respeito ao exercício de suas funções.³⁵⁴

³⁵⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003. p. 74. No mesmo sentido: CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 20, p. 271, out. 2001.

³⁵¹ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009. p. 40-41.

³⁵² CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 20, p. 271, out. 2001. A mesma imposição, utópica, seria repetida pelo Código Civil italiano de 1942: “Na interpretação das normas, nenhum outro significado lhes pode ser atribuído além daquele que lhes é dado claramente pelo sentido efetivo das palavras, de acordo com a relação entre elas e a vontade do legislador. (...)”.

³⁵³ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009. p. 69.

³⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 20, p. 272, out. 2001.

A legislatura, porém, se viu confrontada com o risco de ter de dirimir diversas questões que lhe seriam encaminhadas pelos juízes a respeito de interpretações da lei. Para fazer frente a essa atribuição, constituiu um órgão específico — “*auprès du corps législatif*” — a fim de proteger a supremacia do legislativo sobre o judiciário: o Tribunal de Cassação, a quem competiria simplesmente cassar decisões fundadas em interpretações incorretas das normas, recambiando os processos aos juízos para novos provimentos.

Ocorre que, por meio de uma evolução gradual e inevitável, o Tribunal foi pouco a pouco deixando de simplesmente cassar decisões para, indo além, pronunciar a interpretação correta a incidir no caso concreto. Isso fez com que o órgão viesse a ser assimilado pelo judiciário, convolvendo-se em Corte de Cassação, hoje ápice das cortes ordinárias na França.

Ao final do século XIX, a Alemanha, recém-unificada, aprendeu com o exemplo francês, admitindo abertamente — na prática isso já era inafastável — a interpretação judicial para adotar cortes de revisão, que tinham a competência de cassar decisões incorretas, indicar a decisão correta e, assim, revisar decisões e interpretações.³⁵⁵

A passagem do Tribunal de Cassação às cortes de revisão evidenciou, pois, o óbvio: a abertura interpretativa e a impossibilidade de anulá-la. A questão é que a revisão intestina de decisões pelo judiciário pressuporia, naturalmente, dissonâncias interpretativas, capazes de reavivar a questão da insegurança.

A filosofia da linguagem, o giro linguístico da primeira metade do século XX passado e o desenvolvimento da semiótica repercutiram na hermenêutica jurídica. Como consequência, foi sendo amadurecido o reconhecimento de que o texto da lei encerra signos cujo significado é construído — quando menos, também — pelo intérprete. O texto em si não contém ontologicamente a norma jurídica, que resulta aperfeiçoada na interpretação.³⁵⁶

Não se aplica algo pronto e acabado a fatos compreensíveis como concluídos. A norma, portanto, se revela núcleo concretizado no caso individual na norma de decisão e com isso “quase sempre também tornado nítido, diferenciado, materialmente enriquecido e desenvolvido dentro dos limites do que é admissível no Estado de Direito (determinados sobretudo pela função limitadora do texto da norma)”.³⁵⁷ Perdem força, via de consequência, as teorias

³⁵⁵ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009. p. 71.

³⁵⁶ TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1980. p. 102.

³⁵⁷ MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 62.

cognitivas que defendiam ser a interpretação a verificação empírica e descritiva do significado objetivo dos textos normativos ou da intenção do legislador.³⁵⁸

A atividade interpretativa passa a ser ainda mais catalisada quando à proliferação legislativa se contrapõem, cada vez mais, a necessidade de atualização dos significados de normas obsoletas e o recurso normativo aos conceitos abertos, “técnica extremamente operativa, porque capacita o juiz a tornar sua decisão mais rente aos casos concretos, bem como proporciona uma duração maior ao texto da lei”. Produz-se, com isso, terreno fértil para uma atividade criativa de “recheio” de termos vagos.³⁵⁹

O dilema, nada obstante, está em que essa “abertura” conferida à lei passa a ter o condão de funcionar não como um recurso do próprio sistema para sua manutenção, sendo, ao contrário, apropriado pelos julgadores para implementação de uma visão pessoal de mundo.

Um conceito vago não é (ou não deveria ser) destinado ao juiz, mas ao Judiciário. Isso implica dizer que lacunas daquela natureza não podem ser entendidas como liberdade para que “cada juiz adapte o direito ao caso concreto à sua maneira pessoal. Esta liberdade, isto sim, é engendrada pelo sistema para que o Judiciário, como um todo, adapte o direito às alterações da sociedade ou às alterações de casos concretos”.³⁶⁰ Essa dificuldade, contudo, não é nada nova:

(...) as teorias semânticas da legislação (positivismo) sempre reconheceram o problema das vagezas da lei. Por isso é que Kelsen, fatalisticamente, rendeu-se ao decisionismo, pelo qual é possível decidir até mesmo fora da moldura; já outro positivista, Herbert Hart, apostou na discricionariedade dos juízes para resolver esse problema da abertura semântica. Observemos como a dogmática jurídica conseguiu fazer um mix com as teses dos três maiores positivistas: de Kelsen, o decisionismo; de Hart, a discricionariedade; de Ross, o positivismo fático, um realismo que se afina até hoje com o ideário dos *Critical Legal Studies*. Resultado disso? Um elevado grau de discricionariedade, que fatalmente descamba para a arbitrariedade. E quem sustenta isso é o paradigma da filosofia da consciência, em que o sujeito solipsista (*Selbstsüchtiger*) produz o seu próprio objeto de conhecimento e, ao mesmo tempo, atribui-lhe sentido.³⁶¹

A questão foi ainda mais agravada recentemente, no contexto do *civil law*, sob o pálio de corrente teórica apelidada de “neoconstitucionalismo”, cunhada a partir da falência do ideal *rousseauuniano* de infalibilidade da lei. As “tirantias legislativas e majoritárias podem ser tão

³⁵⁸ GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Tradução: Marina Gascón e Miguel Carbonell. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999. p. 13-14.

³⁵⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 172, p. 128, jun. 2009.

³⁶⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 172, p. 128, jun. 2009.

³⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes em Terrae Brasilis: necessitamos de uma “teoria para a elaboração de precedentes”? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 78, p. 219, maio/jun. 2009.

opressivas quanto a tirania do executivo”.³⁶² Há, então, uma mudança de paradigmas em que se reconhece força normativa à Constituição e se desenvolve uma dogmática baseada em princípios e regras, o que repercute sobremaneira na hermenêutica e na aplicação do direito. A quebra estrutural das codificações decorrente da vulgarização da crítica ao positivismo e da inflação legislativa “faz surgir uma ‘elite’ judicial que ‘cria’ seus próprios códigos e procedimentos, ao arrepio do direito legislado, inadvertidamente, sem a consulta das partes ou referência à constituição”³⁶³, postura essa a resultar no arbítrio e no subjetivismo.

Uma das formas mais evidentes de exteriorização daquela matriz de pensamento, por exemplo, se revela com o controle de constitucionalidade incidental, em que a atividade jurisdicional não se limita à declaração de nulidade de lei afrontosa à Carta, recorrendo ao argumento da dissociação entre texto e norma para afastar interpretações inconstitucionais e declarar resultados constitucionais derivados de uma particular interpretação da lei. Hoje, no Brasil, por exemplo, “todo e qualquer juiz, com base na elaboração teórica de que a validade da lei se subordina aos direitos fundamentais, passou a reter o poder de conferir significados aos direitos fundamentais”.³⁶⁴

Esses impactos do *judicial review*, sentidos com maior vigor na realidade brasileira a partir da exposição de motivos do Decreto n. 848/1890³⁶⁵, seguida pela Constituição de 1891³⁶⁶ e ³⁶⁷, propiciaram campo para o desenvolvimento de um papel constitutivo e para a superação definitiva de uma teoria declaratória: a lei deixou de ser parâmetro de controle para se tornar objeto controlado, o que parece ter criado um caminho sem volta, em que aquela premissa de

³⁶² CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 20, p. 273, out. 2001.

³⁶³ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 113.

³⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 55-56. Repito: valho-me do referido autor a partir das passagens transcritas, mas não sem registrar o fato de que, noutros escritos, flerta ele com uma admissão da discricionariedade, notadamente no que diz respeito à formação dos precedentes.

³⁶⁵ “De poder subordinado, qual era, transforma-se [o Judiciário] em poder soberano, apto na elevada esfera da sua autoridade para interpor a benéfica influência do seu critério decisivo, a fim de manter o equilíbrio, a regularidade e a própria independência dos outros poderes, assegurando ao mesmo tempo o livre exercício dos direitos do cidadão.” (Decreto n. 848/1890. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-848-11-outubro-1890-499488-exposicao-demotivos-pe.doc>. Acesso em: 2 fev. 2020.)

³⁶⁶ CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. *Constituição Federal brasileira, 1891: comentada*. Brasília: Senado Federal, 2002. p. 222.

³⁶⁷ Caso concreto interessantíssimo ilustraria bem a mudança: Alcides Mendonça Lima, então juiz recém-empossado, se recusara a aplicar norma baixada pelo então Presidente do Rio Grande do Sul, por considerá-la inconstitucional. A desobediência deu ensejo à instauração de processo-crime contra o magistrado, que, defendido por Rui Barbosa, seria absolvido pelo Supremo Tribunal Federal ao argumento de que seria legítimo o controle difuso (NEQUETE, Lenine. *O poder judiciário no Brasil a partir da independência*. Porto Alegre: Sulina, 1973. v. 2. p. 40).

raciocínio transcende o controle concentrado para transmudar-se em verdadeira tônica da aplicação judicial do direito.

Acontece que um sistema que se pretenda racional é incapaz de conviver com a contingência das idiosincrasias e, tampouco, com a possibilidade de juízes extraírem da lei em sentido *lato* normas distintas daquelas depreendidas pelas Cortes funcionalmente competentes para sua definição definitiva. O ranço da pretensa independência judicial, tão caro aos magistrados do *civil law*, não pode ser desmedido ou subvertido, isto é, o personalismo não pode inviabilizar o associativismo, a coesão social e instituições fortes de modo a que o juiz se enxergue não “como alguém que simplesmente colabora para a adequada distribuição da justiça no país”, mas “como um indivíduo que tem liberdade para fazer o que quer”.³⁶⁸

3.3 O TEMA SOB A PERSPECTIVA BRASILEIRA: OS PRECEDENTES (PERSUASIVOS OU VINCULANTES) COMO TENTATIVA DE COMBATE À IMPREVISIBILIDADE

No Brasil — cujo modelo é pertencente à tradição de *civil law* e, por isso, foi necessariamente influenciado pelo histórico declinado no subcapítulo anterior —, há muito vem sendo trilhado caminho que busca em alguma medida combater a tenacidade de decisões judiciais divergentes.

Mesmo antes da colonização, no século XII, em Portugal, tinham lugar as chamadas “façanhas”, decisões que, por força da Lei das Sete Partidas (Liv. III, ley XIV), e devido à sua consagração, mereceriam ser replicadas³⁶⁹. O instituto, não por acaso, é tido por alguns³⁷⁰ como precursor dos “assentos”, que apareceriam séculos mais tarde, em 1518, e que encontrariam aplicação no Brasil imperial por força das Ordenações Manuelinas, de 1512-1514 (Liv. V, Tit.

³⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*: justificativa do novo CPC. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 91.

³⁶⁹ Ainda que, anteriormente às Ordenações do Reino, a fundamentação das decisões tenha chegado a ser proibida, o que naturalmente dificultava (se não inviabilizava) o conhecimento de fundamentos capazes de serem replicados em decisões posteriores (SILVA, Paula Costa e. L’Uniformazione della giurisprudenza nel diritto portoghese. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, v. 67, n. 2. p. 410, 2012; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 119-121.

³⁷⁰ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Direito judiciário brasileiro*. São Paulo: Freitas Bastos, 1960. p. 442; SOUSA, Joaquim José Caetano Pereira e. *Segundas linhas sobre o processo civil, ou antes addicções às primeiras, do bacharel Joaquim José Caetano Pereira e Sousa*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1855; NEVES, A. Castanheira. *O instituto dos assentos e a função dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 1983. p. 6.

LVIII, § 1)³⁷¹, e Filipinas³⁷² (Liv. I, Tit. V, § 5), de 1603, em parte como resposta crítica às incertezas e à imprevisibilidade.³⁷³

Curiosamente, por conta de sua proliferação, os “assentos” passariam a ter sua edição limitada à Casa de Suplicação por meio da Lei da Boa Razão, de 1769³⁷⁴, e sofreriam derrocada³⁷⁵ a partir da Revolução Francesa, de 1789, enxergados como uma subversão judicial do poder legiferante do parlamento³⁷⁶.

No Brasil, os assentos deixariam de ser adotados com a criação do Supremo Tribunal de Justiça pela Lei de 18 de setembro de 1828 — ou, formalmente, com a sobrevivência da Constituição de 1891³⁷⁷ —, embora somente desaparecessem em definitivo em Portugal anos mais tarde, quando declarados parcialmente³⁷⁸ inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional, resultando na edição do Decreto-Lei n. 329-A, de 12.12.1995, e na alteração do então vigente Código de Processo Civil (CPC) para que fosse revogado o artigo 768.³⁷⁹ Interessante notar a percepção doutrinária da época, a enxergar no instituto “mal menor” justificado por propiciar “certo grau de certeza” frente a uma “legislação extremamente insuficiente” e “um Direito subsidiário batido pelas mil interpretações divergentes dos comentadores.”³⁸⁰

Com o passar dos anos, todavia, a proliferação de processos reacenderia as discussões sobre o fortalecimento de mecanismos de uniformização jurisprudencial, inserindo-se nesse

³⁷¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004. p. 131.

³⁷² Nas Ordenações Filipinas, bem a propósito, havia disposição expressa a prever como vinculante as decisões do Rei que preenchessem lacunas: Ord. Fil., Liv. III, Tit. LXIV, § 2º: “E acontecendo caso, ao qual por nenhum dos ditos modos fosse provido, mandamos que o notifiquem a Nós, para determinarmos; porque não sómente taes determinações são desembargo daquelle feito que se trata, mas são Leis para desembargarem outros semelhantes”.

³⁷³ HESPANHA, Antonio Manuel. *História das instituições, épocas medieval e moderna*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 512-513.

³⁷⁴ Embora originalmente fossem limitados à Casa de Suplicação, os assentos viriam a poder ser editados pelas Relações Ultramarinas de Goa, Bahia e Rio de Janeiro, para, depois, novamente serem limitados à Casa de Suplicação.

³⁷⁵ Criticando os precedentes vinculantes em períodos históricos em Portugal: VALASCO, Álvaro. *Decisionum, consultationum, ac rerum iudicatarum in regno lusitaniae*. Olyssipone: Georgij Rodriguez Typogr., 1601. t. II, cons. CXLVIII, 26-27. p. 127; CABEDO, Jorge de. *Practicarum observationum sive decisionum Supremi Senatus Regni Lusitaniae*. Antuerpiae: Ioannem Mevrsivm, 1635. dec. CCXII, 3-4. p. 208; PORTUGAL, Domingos Antunes. *Tractatus de donationibus jurium et bonorum regiae coronae*, Lugdunum, 1726. t. I, lib. II, cap. X, n. 42. p. 178. Apesar disso, o estilo n. 26 da Casa de Suplicação atribuiria às suas decisões a condição de exemplo para casos semelhantes: SILVA, José Justino de Andrade e. *Collecção chronologica da legislação portugueza compilada e annotada*. 1603-1612. Lisboa: Imprensa de J. J. A. Silva, 1854. p. 358.

³⁷⁶ ALMEIDA, Carolina Sampaio. A relevância dos precedentes judiciais como mecanismo de efetividade processual. *Revista dos Tribunais*, v. 922, p. 343-384, ago. 2012.

³⁷⁷ É bem verdade que o Decreto legislativo n. 2.684, de 23 de outubro de 1875, autorizaria, no período, o Supremo Tribunal de Justiça a tomar assentos; a prerrogativa, contudo, não seria exercida.

³⁷⁸ Eram inconstitucionais na medida em que vinculassem Executivo e Legislativo, mas constitucionais se vinculando o Judiciário.

³⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 96-99.

³⁸⁰ CRUZ, Guilherme Braga da. O Direito subsidiário na história do direito português. In: CRUZ, Guilherme Braga da. *Obras esparsas, estudos de história do direito: direito moderno*, Coimbra: Coimbra Editora, 1981. v. 2, p. 383.

contexto o Decreto n. 16.273/1923, de cujo artigo 103, § 3º, constariam os “prejulgados”, uma espécie de repositório que as cortes deveriam manter e organizar as ementas de julgados de suas câmaras, mantidos no artigo 861 do Código de Processo Civil de 1939. A emenda constitucional de 3 de setembro de 1926, de sua vez, alteraria a Constituição de 1891 para admitir como hipótese de cabimento do recurso de revista a divergência jurisprudencial.

Posteriormente, Haroldo Valadão redigiria, em nome do Instituto dos Advogados Brasileiros, projeto para a Constituição de 1946³⁸¹ e anteprojeto da Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas de 1963, neles incluindo a uniformização da jurisprudência e, particularmente nesse último, atribuição de efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal de Justiça, embora não haja logrado êxito em nenhuma das investidas³⁸² ao fundamento de que a iniciativa atentaria contra a independência judicial.³⁸³

Em 1964, em meio às discussões sobre o que viria a ser o Código de Processo Civil de 1973, Alfredo Buzaid proporia o revigoramento do instituto dos assentos, encontrando resistência novamente sob o argumento de uma intromissão legislativa indevida nos poderes judiciais.³⁸⁴ Em lugar de sua proposta, seria prestigiada a súmula de jurisprudência dominante³⁸⁵, tal qual idealizada pelo Ministro Victor Nunes Leal³⁸⁶ e presente no regimento interno do Supremo Tribunal Federal desde 30 de agosto de 1963.³⁸⁷ Essa mudança, contudo, não deve ser menosprezada. O instituto sumular, sem paralelo no mundo³⁸⁸ — a proximidade estrutural maior é com os assentos portugueses³⁸⁹ —, foi verdadeiramente revolucionário ao

³⁸¹ VALADÃO, Haroldo. Súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: FRANÇA, R. Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 71, p. 333.

³⁸² STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 110.

³⁸³ SOUZA, Carlos Aureliano Motta de. *O papel constitucional do STF: uma nova aproximação sobre o efeito vinculante*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 86.

³⁸⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 226.

³⁸⁵ A comparação com a compilação dos assentos é inevitável: PORTUGAL, *Collecção Chronologica dos Assentos das Casas da Supplicação e do Cível*. Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1791. 2 t.; ou, ainda, com os estilos (*stylus curiaem*): JUSTO, Antonio Santos. O direito brasileiro: raízes históricas. *Revista de Direito Comparado LusoBrasileiro*, Rio de Janeiro, v. 20, p. 4, 2001.

³⁸⁶ Nas palavras do Ministro, a função das súmulas seria “introduzir um sistema oficial de referência dos precedentes judiciais; distinguir a jurisprudência firme da que se achasse em vias de fixação; atribuir à jurisprudência firme consequências processuais específicas para abreviar o julgamento dos casos que se repetissem e exterminar as protelações deliberadas.” (MUSCARI, Marco Antônio Botto. *Súmula vinculante*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 37).

³⁸⁷ COSTA, Sílvio Nazareno. *Súmula vinculante e reforma do judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 115.

³⁸⁸ O direito mexicano e o *Ufficio del Massimaro* italiano se identificam com a súmulas brasileiras, é verdade, mas guardam distinções importantes (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Súmulas, praticidade e justiça: um olhar crítico sobre o direito sumular e a individualização do direito à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi. In: COELHO, Sacha Calmon Navarro (coord.). *Segurança jurídica: irretroatividade das decisões prejudiciais aos contribuintes*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 72-73).

³⁸⁹ Ambos veiculam “interpretação do direito em abstrato, consolidando uma nova norma judicial dotada de uma pretensão de validade geral no sistema jurídico em questão e sustentada pela autoridade, que é própria das decisões

admitir a edição de verbetes genéricos e abstratos, que, dali em diante, somente agregariam gradativamente mais força normativa, contrapondo-se, nada obstante, aos precedentes de *common law*, de feição puramente casuística.

Mais à frente, outros tantos instrumentos sobreviriam: a Emenda Constitucional n. 16 de 1965 à Carta de 1946, introduzindo o controle de constitucionalidade concentrado e abstrato; a manutenção do recurso de revista e a criação do incidente de uniformização de jurisprudência (artigos 476 a 479 do CPC/1973); a eficácia vinculante da decisão que julgasse a representação do Procurador-Geral da República para interpretação de lei ou ato normativo federal (Emenda Constitucional n. 7 de 1977 à Carta de 1967/1969); e a eficácia vinculante das ações de controle concentrado (Emenda Constitucional n. 3 de 1993 à Carta de 1988)³⁹⁰, como mecanismo de redução da sobrecarga do Supremo Tribunal Federal. Sobre esse último ponto, aliás, importante destacar o julgamento da Questão de Ordem na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 1 (DJ de 16.6.1995) — que mirou exatamente a emenda em questão —, cujo relator, Ministro Moreira Alves, autor do voto-condutor, esgrimiou as críticas a respeito do instrumento, rechaçando atentado à independência judicial (afinal, o órgão autor do precedente vinculante integra o Judiciário) e a vulneração à separação de Poderes (Judiciário não estaria a legislar, eis que o controle pressuporia a preexistência de lei emanada do Legislativo).

Indo além, ainda surgiriam no modelo brasileiro a inadmissibilidade recursal com base em jurisprudência dominante (artigo 21 e parágrafos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal; artigo 38 da Lei n. 8.038/1990; e a Lei n. 9.756/1998, que promoveria alterações importantes nos artigos 481, parágrafo único, e 557, §§ 1º-A e 1º, do CPC/1973³⁹¹; a Emenda Constitucional n. 45/2004, que introduziu a repercussão geral e a súmula vinculante; a Lei n. 11.277/2006, que introduziu o artigo 285-A no CPC/1973 para admitir a improcedência liminar com base em decisões anteriores do mesmo juízo; e a Lei n. 11.418/2006, que regulamentou a repercussão geral e introduziu, também no CPC/1973, a sistemática dos recursos repetitivos (artigos 543-A, 543-B e 543-C).

dos tribunais de última instância (...)” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Súmulas, praticidade e justiça: um olhar crítico sobre o direito sumular e a individualização do direito à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi. In: COELHO, Sacha Calmon Navarro (coord.). *Segurança jurídica: irretroatividade das decisões prejudiciais aos contribuintes*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 82).

³⁹⁰ A emenda em si limitou-se à ação declaratória de constitucionalidade, sendo adotada interpretação extensiva que alcançou a ação direta de inconstitucionalidade.

³⁹¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 226-227.

Mais recentemente, o Código de Processo Civil de 2015, convergindo com uma tendência de vários outros sistemas da tradição do *civil law*³⁹², deu um grande passo adiante na valorização e na sistematização dos precedentes no contexto brasileiro, prevendo expressamente em seus artigos 927 e 988, IV, e § 5º, II, a atribuição de efeito vinculante a determinados julgados. A propósito do ponto, convém pinçar trecho da exposição de motivos do então anteprojeto, que viria a culminar na Lei n. 13.105/2015:

O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas. Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de “surpresas”, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta. Se, por um lado, o princípio do livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, e neste sentido mereceu ser prestigiado pelo novo Código, por outro, compreendido em seu mais estendido alcance, acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à própria ideia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito. A dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário. Se todos têm que agir em conformidade com a lei, ter-se-ia, *ipso facto*, respeitada a isonomia. Essa relação de causalidade, todavia, fica comprometida como decorrência do desvirtuamento da liberdade que tem o juiz de decidir com base em seu entendimento sobre o sentido real da norma.³⁹³

Todo esse manancial normativo no âmbito do sistema brasileiro, se de um lado evidenciou uma preocupação constante com o trato judicial uniforme do direito, também favoreceu, lado outro, as percepções de que a história da regência do tema se desenvolveu a reboque da necessidade de endereçamento da sobrecarga dos tribunais e de que o problema se revelaria bem mais complexo — ou dinâmico e mutante —, porque sempre se faria posteriormente exigível um ajuste ou um incremento dos instrumentos prestigiadores da uniformização.

³⁹² FUNKEN, Katja. *The best of both worlds: the trend towards convergence of the civil law and the common law system*. Rochester, New York: SSRN. jul. 2003. Disponível em: <https://bit.ly/3FDAhWt>. Acesso em: 3 maio 2019; ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, n. 208, jun. 2012; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Súmula vinculante: figura do common law? In: *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 44, out. 2011. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao044/teresa_wambier.html. Acesso em: 22 nov. 2021.

³⁹³ BRASIL. Anteprojeto de Código de Processo Civil. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. Disponível em: <https://bit.ly/3cycfQ8>. Acesso em: 4 fev. 2020.

3.4 A DISCRICIONARIEDADE REAGE: OU A APROPRIAÇÃO JUDICIAL-DISCRICIONÁRIA DO SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL

Em tese, o sistema de precedentes, como dito até aqui, se prestaria a definir um dever jurídico direcionado aos juízes e demais profissionais de levarem em conta aquilo que já foi decidido anteriormente nos tribunais; isto é, haveria um constrangimento sistêmico erigido que, de algum modo, limitaria possibilidades e, via de consequência, margens de uma idealizada discricionariedade. Em minha visão, contudo, o peculiar sistema de precedentes brasileiro deparou com ao menos dois desafios a esse propósito.

O primeiro deles decorre de o instituto, por sua generalidade e abstração, propiciar um recomeço cognitivo, merecendo uma interpretação e uma aplicação pela magistratura de abordagem semelhante (se não igual) à da lei. Nesse contexto, os juízes brasileiros, ciosos de sua “independência”, se veem mais vinculados a visões particulares sobre o que para eles seria correto segundo o que extraem do ordenamento do que a julgados emanados de Cortes superiores, direcionadores do tratamento jurisprudencial dado à questão para fins de uniformização.

Com aquela primeira realidade, sem embargo, convive uma segunda, aparentemente antagônica — e, aqui, o segundo desafio. Quando prestigiados, os precedentes brasileiros têm sido em considerável medida utilizados como ferramenta não de promoção da segurança jurídica, mas de gestão de processos. Isso tem favorecido, por exemplo, afetações e julgamentos por vezes precoces, a fim de que se obstaculize subida de recursos, ao mesmo tempo em que se dificulta a distinção de casos peculiares.

3.4.1 Independência judicial: “em relação à lei” ou “em razão da lei”?

Sobre o primeiro dos desafios experimentados pelos precedentes no Brasil — um ideal extremado de independência judicial —, vale fazer menção a trecho do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, que dispunha (C. 7.45.13) que:

Nenhum juiz ou árbitro pense ter o dever de seguir as decisões proferidas em consultas que entenda não estarem corretas, e, muito menos, as sentenças dos eminentíssimos prefeitos ou de outros juízes superiores (de fato, se alguma coisa não foi bem decidida, esse erro não deve ser imposto a outros juízes, pois deve-se julgar não com base nos exemplos, mas nas leis), nem mesmo se forem sentenças proferidas pela respeitadíssima prefeitura ou por qualquer

máximo magistrado: determinamos que todos os juízes se deixem guiar pelos caminhos da verdade e da lei e da justiça.³⁹⁴

Como visto, o colapso da pretensão de completude da lei, as glosas, o giro linguístico e a admissão da produção judicial do direito, entre outros marcos, galvanizaram o dogma de que, no contexto do *civil law*, a magistratura somente deveria fidelidade à própria consciência.

O sistema existe, é verdade; mas o sistema que existe é aquele que é percebido. Não há um sistema ontológico, essencial. O que há é a leitura que cada intérprete passa a construir a respeito da ordem vigente.

Premissas teóricas foram sendo estabelecidas de modo a transmutar aquele ideal em um dado de realidade do próprio sistema. Prova desse cultivo e dessa catalisação do ideal é o fato de toda essa independência, por um lado, ter inspirado, ao longo dos séculos, a necessidade de sofisticação de meios de uniformização, ao mesmo tempo em que sempre se convertia em bandeira a contrapor resistência às criações e efetivações daqueles mesmos meios de uniformização.

Essa verdadeira pressuposição brasileira criou, pois, “um quadro de ‘anarquia interpretativa’”, a desrespeitar a história institucional da solução de um caso dentro de um mesmo tribunal. “Cada juiz e órgão do tribunal julgam a partir de um ‘marco zero’ interpretativo, sem respeito à integridade e ao passado de análise daquele caso; permitindo a geração de tantos entendimentos quantos sejam os juízes.”³⁹⁵

Ilustrativa desse contexto é a pesquisa realizada em 2018 pela Associação dos Magistrados Brasileiros,³⁹⁶ que contou com 3.851 respostas dadas por 3.373 juízes em atividade e 443 inativos, dos quais 3.261 juízes de primeiro grau, 515 de segundo grau e 22 ministros, sendo 2 deles do Supremo Tribunal Federal e 9 do Superior Tribunal de Justiça. No trabalho, uma das afirmações feitas foi a de que “O(a) magistrado(a) deveria poder decidir sem se pautar necessariamente pelo sistema de súmulas e precedentes vinculantes”. Como resultado, com ela concordaram 51,8% (contra 48,2%) dos juízes de primeiro grau, 51,3% (contra 48,7%) dos juízes de segundo grau, 66,6% (contra 33,3%) dos inativos e 55% (contra 45%) dos ministros.

³⁹⁴ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Vocabulário jurídico com apêndice*, São Paulo: Saraiva, 1883. t. 1, p. 16; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 83-89.

³⁹⁵ NUNES, Dierle *et al.* Breves considerações da politização do Judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 189, n. 43, nov. 2010.

³⁹⁶ VIANNA, Luiz Werneck *et al.* Quem somos: a magistratura que queremos. *Associação dos Magistrados Brasileiros*, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf. Acesso em: 4 fev. 2020.

Outra afirmação feita foi a de que “O sistema de súmulas e precedentes vinculantes afeta a independência do(a) magistrado(a) em sua interpretação das leis e em sua aplicação”. Com ela, concordaram 51,5% (contra 48,4%) dos juízes de primeiro grau, 56,5% (contra 43,6%) dos juízes de segundo grau, 63,9% (contra 36%) dos inativos e 40% (contra 60%) dos ministros.

Bem em linha com o levantamento acima, corrobora seus resultados um exemplo prático bastante peculiar: a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) n. 4.510, ajuizada pelas Associações dos Magistrados Brasileiros e dos Juízes Federais, que, sob o fundamento da independência judicial, dirigiu-se contra a Resolução n. 106/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que, regulamentando os critérios de promoção por merecimento, estabeleceu a disciplina judiciária, consubstanciada na observância de precedentes dos tribunais superiores, como parâmetro a ser levado em consideração para ascensão na carreira.³⁹⁷

A pesquisa e a ação acima referidas ajudam a explicar em parte algumas das posturas judiciais brasileiras no trato com os precedentes. Neil Duxbury, no cenário do *common law*, afirmou que os precedentes enquanto regra funcionariam não por possuir uma sanção atrelada, mas por seu reconhecimento de validade. De acordo com o autor, “um sistema pode ser reconhecido como dotado de autoridade legal porque os juízes o reconhecem como componente de um padrão de decisão judicial correto”.³⁹⁸

No Brasil, todavia, como se notou mais acima, o modelo em si não ostenta legitimidade perante juízes, que, ao menos em parcela considerável, o reputam inconstitucional por vulnerar sua independência. E o pior é que a forma como idealizado nosso sistema não contribui para a superação dessas resistências: a consagração das decisões como meio para que elas se tornem precedentes dá lugar a precedentes impostos como tal por força de autoridade “hierárquica” e previsão legal — imposição, nada obstante, desprovida de sanção.³⁹⁹

Caso concreto, específico e peculiar, também ajuda a demonstrar, exemplificativamente, o que estou a dizer: trata-se de acórdão unânime emanado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, que, sob a égide do CPC/1973, a despeito da firmação de precedente

³⁹⁷ QUINTAS, Fabio Lima; SOUZA, Cristiano Brilhante de. Independência judicial e vinculação a precedentes: a aplicação de precedentes como critério de promoção de magistrados por merecimento. *RDU*, Porto Alegre, v. 15, n. 84, p. 83-85, nov./dez. 2018.

³⁹⁸ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge University Press: New York, 2008. p. 151.

³⁹⁹ Em que pese a observância da jurisprudência seja considerada como critério para promoção de merecimento na estrutura de carreira da magistratura (artigo 5º, *d e e*, da Resolução n. 106, de 6.4.2010, do Conselho Nacional de Justiça), trabalho acadêmico importante demonstrou que os tribunais brasileiros, na prática, não têm se valido de mecanismos eficazes para essa aferição: QUINTAS, Fabio Lima; SOUZA, Cristiano Brilhante de. Independência judicial e vinculação a precedentes: a aplicação de precedentes como critério de promoção de magistrados por merecimento. *RDU*, Porto Alegre, v. 15, n. 84, p. 85-91, nov./dez. 2018.

pelo Superior Tribunal de Justiça sob o rito dos repetitivos, simplesmente concluiu em sentido diametralmente oposto, e o fez de modo deliberado:

O agravo deve ser instruído, obrigatoriamente, não só com as peças previstas no art. 525, inc. I, do CPC, mas também com aquelas facultativas, inc. II do mesmo texto legal, que permitam ao Tribunal a adequada e satisfatória compreensão da controvérsia, sob pena de negativa de seguimento. Ressalte-se, ainda, que, com respeitosa vênua ao entendimento adotado pelo e. STJ (REsp. 1.102.467/RJ, rito do art. 543-C), é ônus da parte trazer aos autos todas as peças obrigatórias, assim como aquelas necessárias para compreensão da questão litigiosa, competindo ao agravante fiscalizar a formação do instrumento. Por isso, o recurso não admite sua conversão em diligência, a fim de que a parte traga os documentos faltantes em momento posterior à sua interposição.⁴⁰⁰

Outro exemplo é ainda dado pelas divergências ocorridas no passado no âmbito do Supremo Tribunal Federal relativas à possibilidade de prisão a partir do julgamento em segunda instância, enquanto ainda prevalecia entendimento do Plenário pela possibilidade.⁴⁰¹

Enfim, todos esses exemplos fortalecem a impressão de que a “independência judicial”, por assim dizer, acaba por reagir, e os precedentes, de remédio, correm o risco de serem convertidos em instrumentos a perpetuar o problema. Explico: desde os assentos, passando pelas súmulas de jurisprudência dominante, pela súmula vinculante e pelas teses de repercussão geral, de recursos repetitivos, de incidente de resolução de demandas repetitivas e de incidente de assunção de competência, o entendimento consolidado, exatamente por não vivermos uma tradição de *common law*, não é identificado a partir do caso concreto, mas, sim, editado por meio de um enunciado abstrato e genérico.

Acontece que esses enunciados, tais quais as leis, possuem como matéria-prima signos — e signos comportam interpretações. Não existe “texto em si mesmo. Do texto sairá sempre uma norma e esta será sempre o produto da interpretação do texto”⁴⁰², com a construção de seu sentido.

“Se a *ratio decidendi* é uma norma do tipo regra, então segue-se que a operação básica necessária para sua aplicação em um caso futuro será a subsunção.”⁴⁰³ O ciclo que se forma é,

⁴⁰⁰ TJDF, 20150020022462AGI, Sexta Turma Cível, julgado em 25.3.2015.

⁴⁰¹ Conferir decisão liminar proferida pelo Ministro Marco Aurélio em 19.12.2018 na relatoria da ADC 54, posteriormente suspensa pelo Ministro Presidente Dias Toffoli em 28.12.2019, e Segundo Agravo Regimental no HC 151.430, DJ de 3.9.2019.

⁴⁰² CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da; REIS, Mauricio Martins. Por uma teoria dos precedentes obrigatórios conformada dialeticamente ao controle concreto de constitucionalidade. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 235, set. 2014, p. 273-274.

⁴⁰³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 468.

pois, bastante curioso: *texto produz norma legal, que, interpretada, produz norma-precedente, que, fatalmente, também será interpretada.*

Os precedentes no Brasil, assim — muito diferentemente do *common law* —, teriam sido desenhados como ponto de chegada a definir entendimento sobre dado tema, inclusive, por vezes, com eficácia vinculante; mas têm eles, na verdade, representado um novíssimo ponto de partida. No ponto, Teresa Arruda Alvim assentou que:

(...) a mecânica dos sistemas de *common law* não consiste “simplesmente” em seguir precedentes. Também estes precisam ser interpretados, assim como, para nós, a lei é, necessariamente, objeto de interpretação. Parece que muito há em comum nestes processos interpretativos.⁴⁰⁴

A mesma relação é feita por Lenio Streck e Igor Raatz:

Com efeito, diferentemente do *common law*, em que os precedentes não costumam ser pensados para resolver casos futuros, de modo que sua força vinculante será aquilatada somente no confronto com um novo caso, no Brasil os “precedentes” nascem (são fabricados) para resolver os casos futuros e, com isso, evitar novas interpretações a respeito da lei. Afinal, o sentido atribuído aos textos normativos pela “Corte de Precedentes” adquire, pela sua autoridade, força vinculante e, ironicamente, essa “decisão” não dependerá de novas interpretações. Dito de outro modo, o precedente será aplicado por “subsunção”, bastando aos juízes nos casos futuros subsumirem os fatos ao “precedente”. Nisso fica bastante evidente a mixagem filosófica presente na teoria dos precedentes à brasileira e a sua incapacidade para lidar com o problema da discricionariedade judicial. (...) Primeiro, porque não há nenhum controle quanto ao conteúdo da decisão que assumirá o papel de precedente, estando aí evidente uma postura subjetivista. Segundo, que o precedente, caso aplicado de forma subsuntiva, representará um retorno ao exegetismo, porém não mais com um juiz “boca da lei”, mas como uma nova figura: o juiz “boca de precedente”, o que representa uma espécie de objetivismo ingênuo. Isso tudo soa muito estranho, pois é justamente com a constatação de que texto e norma não estão colados que inicia toda a fundamentação da teoria dos precedentes à brasileira. Então, somente podemos crer que, para os seus defensores, o precedente não é um texto. Já é a norma definitiva. Contendo todas as hipóteses de aplicação.⁴⁰⁵

A distinção entre os processos de formação de precedentes novamente repercute. No *common law*, consagração e aplicação do precedente se confundem, dando-se num mesmo momento por meio de reconstrução que opera através de um olhar preponderantemente voltado

⁴⁰⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Interpretação da lei e dos precedentes: common law e civil law*. *Revista dos Tribunais*, v. 893, p. 33, mar. 2010.

⁴⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. A teoria dos precedentes à brasileira. Entre o solipsismo judicial e o positivismo jurisprudencialista ou “de como o mundo (não) é um brechó”. *Revista de Processo*, v. 262, p. 380, dez. 2016.

para o passado⁴⁰⁶ — não de acordo com sentimentos pessoais, mas segundo o direito historicamente construído⁴⁰⁷ — até sua conformação ao caso presente. Já no *civil law*, mais especificamente no Brasil, a afirmação do precedente se dá com olhar eminentemente prospectivo, em parte contaminado pela necessidade de se estabelecer paradigma a resolver uma infinidade de casos semelhantes. A despeito de sua eficácia normativa atribuída legalmente, a interpretação e a consagração — ou não — do precedente se dão *a posteriori*, por magistrados que vislumbram em sua própria independência estatuta constitucional superior em relação a uma eficácia vinculante — de constitucionalidade duvidosa, alguns dizem⁴⁰⁸ — estabelecida em lei infraconstitucional. Novamente Streck e Raatz bem apreenderam antes o que aqui estou a dizer:

A teoria dos precedentes à brasileira não consegue lidar com o problema da discricionariedade judicial, pois deixa de tematizá-la adequadamente na medida em que vem a ignorar a questão da livre atribuição de sentido aos textos normativos quando da formação dos precedentes. Vale dizer, primeiramente, a “Corte de Precedentes” cria o precedente e, no máximo, trabalha com a questão da fundamentação das decisões numa perspectiva apofântica, cindindo fundamentação e decisão. A problemática da interpretação e, portanto, de uma teoria da decisão, é deixada de lado, numa perspectiva – como já referido anteriormente – bastante semelhante à matriz kelseniana desenvolvida no capítulo VIII da sua Teoria Pura do Direito. Num segundo momento, opera-se uma fusão entre subjetivismo e objetivismo (mantendo-se um forte aspecto positivista) na medida em que o valor do precedente não estará no seu conteúdo, mas, sim, no seu pedigree.⁴⁰⁹

Em meu juízo — trata-se aqui de mera elucubração —, há uma crença aparente por parte da magistratura (ou ao menos um argumento retórico) de que juízes independentes e desenvolvidos propiciariam maior carga de segurança jurídica que o prestígio a entendimentos uniformes na aplicação do direito, o que é bastante questionável. Enfim, o que quero dizer é que essa sindicância judicial dos precedentes, por conseguinte, se dá por interpretações dos

⁴⁰⁶ “Em relação à discricionariedade judicial, os juízes da *common law* tradicionalmente possuem poderes inerentes ao exercício da sua função para aplicar a equidade: eles podem moldar o resultado de um caso às exigências dos fatos, atenuar a norma onde necessário para promover a justiça substancial, bem como interpretar e reinterpretar a norma para fazer com que ela responda às mudanças sociais. Estes poderes não devem ser vistos como uma ameaça à certeza jurídica; de fato, a certeza deve ser alcançada através da doutrina do *stare decisis*, ela própria uma doutrina judicial.” (MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009. p. 85.)

⁴⁰⁷ ELLIOT, Catherine; QUINN, Francis. *English legal system*. 7. ed. Dorchester: Pearson Education Limites, 2006. p. 16.

⁴⁰⁸ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16. ed. São Paulo, RT, 2016. p. 1963.

⁴⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. A teoria dos precedentes à brasileira. Entre o solipsismo judicial e o positivismo jurisprudencialista ou “de como o mundo (não) é um brechó”. *Revista de Processo*, v. 262, p. 379, dez. 2016.

próprios precedentes pelos juízes, notadamente os de primeiro grau, mais próximos de uma riqueza de fatos que se contrapõe à abstração das teses aprovadas a título de precedentes vinculantes ou de jurisprudência dominante. Bem resumindo essa tensão entre o que os precedentes deveriam ser e os riscos daquilo que podem se tornar, Michele Taruffo arremata o ponto:

Os precedentes poderiam funcionar como as estruturas dissipativas das quais se fala nas teorias da complexidade, ou seja, como momentos de formação de áreas de ordem no interior do desordenado fluir do caos da jurisprudência. Eles poderiam, de fato, constituir importantes fatores de racionalização, de uniformidade de tipo flexível, de previsibilidade e de igualdade de tratamento, na incontrolável quantidade e variedade dos casos que vêm sendo decididos pelas cortes. Para que isso ocorra, porém, é necessário que eles não sejam mais um elemento de desordem e de variação casual ligada às especificidades dos casos concretos: é necessário que se trate de precedentes em sentido próprio, isto é, que apresentem as características distintivas de “raridade”, autoridade e universalidade em função das quais possam emergir do caos indistinto da praxe judiciária.⁴¹⁰

Por todas essas razões, entendo que a leitura aqui exposta (e criticada) de independência judicial, na verdade, soa como uma subversão. A desenvoltura para formação de convicção tanto é limitada que exige fundamentação necessariamente jurídica. Não tem lugar, assim, uma visão tal de liberdade que redunde numa independência não em razão da lei, mas da lei mesma.

O tal “livre convencimento”, tão cultuado, nada mais designa originalmente que a possibilidade, em contraposição ao sistema tarifado, de valoração fático-probatória sem critérios apriorísticos⁴¹¹. Incidência ou não de precedente, ao revés, é matéria de direito⁴¹². Aquela máxima, nada obstante, parecer ter sido apropriada como fiadora argumentativa de uma ideologia que privilegia uma visão individualista em detrimento de um sistema funcional. *Liberdade para formação de convicção mira a impessoalidade⁴¹³ na aplicação do direito, não a pessoalidade — seja quanto ao jurisdicionado, seja quanto ao julgador.*

É claro que não se concebe uma apreensão dos espíritos. A própria admissão, linhas acima, da criatividade judicial rechaça, por lógica, a inexistência de uma margem de subjetividade inafastável, assimilada desde a superação do esquema sujeito-objeto. O que estou

⁴¹⁰ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Tradução: Chiara de Teffé. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia> Acesso em: 4 maio 2019.

⁴¹¹ AROCA, Juan Montero. Princípios sobre a prova. *Revista IOB*, vol. 45, 107, p. 112-113.

⁴¹² COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. Vinculação a precedentes e livre convencimento judicial. *In: Revista de Processo*, v. 266, p. 459, abr. 2017.

⁴¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 57.

a defender, todavia, é que os precedentes, persuasivos ou vinculantes, têm o propósito de limitar possibilidades, não de catalisá-las. A possibilidade de interpretação e de participação na construção de sentidos não isenta o aplicador:

de formular, a partir do debate do processual e em ambiente compartilhado, a melhor concepção desses conceitos a partir da melhor compreensão das regras e dos princípios extraídos da moralidade política de determinada comunidade. Não há que se falar em discricionariedade forte nos casos em que os direitos forem controversos, senão em um sentido duplamente fraco, exigindo-se que o magistrado estruture principiologicamente a sua decisão à luz daquilo que melhor se ajusta à comunidade em que inserido e respeitante à autoridade que ele tem de proferir a última palavra em um caso particular levando a sério o que o âmbito processual forneceu de subsídios.⁴¹⁴

As decisões, por outro lado, não podem ser encaradas como atos de escolha entre alternativas possíveis. “Escolher o direito é escolher que não temos mais escolhas — temos decisões.”⁴¹⁵ Enquanto escolha é ato pessoal que guarda compromisso somente com o arbítrio de quem escolhe, as decisões judiciais, de sua vez, observam “compromisso da comunidade política (de princípios) que passa pela reconstrução da história institucional do Direito e pela colocação dos casos julgados na cadeia das decisões passadas que integram aquela história”.⁴¹⁶ É bem verdade que, mesmo no contexto de precedentes, deve ser possível, contingencialmente, fomentar superações de entendimentos e realizar distinções que discriminem hipóteses específicas. Ambas as situações, contudo, incrementariam o ônus argumentativo por parte do tomador de decisão, mas têm observado, no Brasil, tratamento diverso.

Demonstro a afirmação que concluiu o parágrafo anterior a partir do Código de Processo Civil brasileiro de 2015, do qual constaram, em seus artigos 926 e 927, a necessidade de os tribunais uniformizarem sua jurisprudência de modo a mantê-la estável e coerente e a imperiosa observância, entre outros, das súmulas de jurisprudência dominante do STF e do STJ e das orientações do plenário ou do colegiado especial a que os órgãos jurisdicionais estivessem vinculados, sempre com a indispensável fundamentação exauriente sobre sua incidência ou seu afastamento. Ainda durante a *vacatio legis* daquele diploma, sem embargo, a Escola Nacional

⁴¹⁴ NUNES, Dierle *et al.* Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 263, p. 343, jan. 2017.

⁴¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial*. Florianópolis: Tirant lo Blanche, 2018. p. 29.

⁴¹⁶ NUNES, Dierle *et al.* Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 263, p. 359.

de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados editaria enunciados propondo interpretações a respeito dos novos dispositivos.⁴¹⁷

Um daqueles enunciados, o de número 11, dispôs que a “fundamentação exauriente somente alcança os precedentes vinculantes, seja para fundamentar a incidência ou a não aplicação”, mas não os persuasivos, como são as súmulas de jurisprudência dominante ou as orientações de plenários e colegiados especiais. Mais que mera proposição sem efeito normativo, a proposta mereceu aplicação posteriormente por tribunal de segundo grau.⁴¹⁸

Ou seja, e eis aqui a ilustração: em oposição à literalidade de um Código que buscou prestigiar o sistema de precedentes e a previsibilidade, a magistratura, ainda antes da entrada em vigor da lei, e, depois, por meio de julgados — ainda que porventura isolados —, entendeu inexistir dever de fundamentação aprofundada para atração ou afastamento de precedentes persuasivos. Sob a perspectiva especialmente do rechaço, acabou por se facilitar, em lugar de se constranger, a insurgência pautada em posicionamentos particulares.

Essas considerações todas induzem a crença de que de fato haveria um embaraço à implementação dos precedentes no Brasil como mecanismo de uniformização de entendimentos judiciais por parte de um trunfo argumentativo que tem encontrado repetição e aplicação: *se do sistema extraio que o sistema é aquilo que dele extraio, não será possível admitir sistemicamente meu compromisso com entendimento emanado do sistema que vá contra aquilo que dele extraio.*

3.4.2 Os precedentes como ferramenta estratégico-institucional de gestão judicial, mais que de segurança jurídica

Em aparente contraste com a epígrafe anterior — e abordando o que para mim seria um segundo desafio enfrentado pelo sistema de precedentes no Brasil —, nesta seção busco demonstrar que os precedentes também têm sido utilizados, discricionariamente, como mecanismo mais em sintonia com um combate ao congestionamento em favor da retomada de uma agenda decisória própria dos tribunais do que, propriamente, como forma de prover previsibilidade.

⁴¹⁷ ENFAM divulga 62 enunciados sobre a aplicação do novo CPC. *Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados*. Brasília, 1º nov. 2015. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2020.

⁴¹⁸ Acórdão 1048625, 07052821620178070000, Relator: Diaulas Costa Ribeiro, 8ª Turma Cível, julgado em: 31.8.2017, DJE de 27.9.2017; Acórdão 960549, 20140111792179APC, Relator: Josapha Francisco dos Santos, 5ª Turma Cível, julgado em: 17.8.2016, DJE de 23.8.2016, p. 247/253.

Dito de outra forma, e repetindo o que exposto mais acima, privilegio adiante uma perspectiva “*pragmática acional não dogmática*”⁴¹⁹, no sentido de verificar o manuseio discricionário dos precedentes como fórmula bem-sucedida integrante de uma estratégia institucional extraprocessual voltada a uma otimização e a um maior rendimento de produção de decisões enquanto normas jurídicas.

3.4.2.1 A “monocratização” das decisões sobre recursos: um exemplo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça

A fim de iniciar um olhar a respeito do uso discricionário dos precedentes, invoco à partida o artigo 557, §§ 1º-A e 1º, do Código de Processo Civil (CPC) de 1973, que no passado autorizou decisões singulares a respeito de recursos em conformidade com (para provimento) ou em contrariedade a (para desprovimento) jurisprudência dominante. O Código de Processo Civil de 2015, todavia, buscou combater o subjetivismo subjacente à norma, que na prática deixava em aberto em que consistiria a tal “jurisprudência dominante” (seria ela do julgador?; do colegiado?; do tribunal?; quantos acórdãos a formariam?; o entendimento deveria estar sumulado?).

Daí o artigo 932, IV e V, do diploma de 2015, que objetivou os parâmetros autorizadores de decisão insulada: súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; ou entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência. Na prática, portanto, as normas impediam provimento singular que não fundado em parâmetros claros.

A mudança, embora conferisse maior previsibilidade, criou um efeito colateral indesejado para os tribunais, porque necessariamente deslocaria para os colegiados recursos não mais passíveis de serem decididos unicamente por seus relatores. Foi então que o Superior Tribunal de Justiça, ainda no período da *vacatio legis* do Código de Processo Civil de 2015, alterou seu regimento interno (Emenda Regimental n. 24/2016) para manter a possibilidade de provimento ou desprovimento monocrático com base em jurisprudência dominante.

Adicionalmente, o Tribunal editou a Súmula n. 568, simbolicamente publicada (DJ de 17.3.2016) um dia antes da entrada em vigor do Código de 2015, reforçando que o “relator,

⁴¹⁹ RODRIGUES, Adriano Duarte. *As dimensões da pragmática na comunicação*. Rio de Janeiro: Diadorim, 1995. p. 65; COSTA, Eduardo Jose Fonseca da. *Levando a imparcialidade a sério*: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 110.

monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema” — o Supremo Tribunal Federal replicaria a prática por meio da Emenda Regimental n. 54/2020.

Dito de outro modo, o Superior Tribunal de Justiça não apenas seguiu admitindo a subjetividade da decisão monocrática fundada em “jurisprudência dominante”, como, conforme dito mais acima, abriria flanco para que o já mencionado enunciado n. 11 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados eximisse a fundamentação em jurisprudência dominante, eis que não pautada em precedente vinculante, de um exame exauriente, tudo em nome da maior facilidade e celeridade para se decidir recursos.

Mais estranho ainda é notar que o artigo 332 do Código de Processo Civil de 2015, seguindo a proposta original dos artigos 932, IV e V, do mesmo diploma, também buscou objetivar, em contraposição ao artigo 285-A do Código de 1973, as hipóteses autorizadoras da improcedência liminar do pedido, substituindo a preexistência de decisões contrárias proferidas pelo juízo em casos idênticos (algo absolutamente aberto e anteriormente constante do artigo 285-A do CPC de 1973) por contrariedade a enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, a acórdão desses tribunais em casos repetitivos, a entendimento firmado em incidentes de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência e a enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. Essa mudança, contudo, diferentemente daquela direcionada aos tribunais e que encontrou esvaziamento pelo Superior Tribunal de Justiça, não sofreu contestações, talvez por não produzir constrangimentos para aquela Corte.

Indo além, e ainda paradoxalmente, o mesmo Superior Tribunal de Justiça, em sede de agravo interno contra decisão de inadmissibilidade de recurso especial fundada no argumento de consonância do acórdão recorrido com a jurisprudência da Corte (Súmula 83), construiu tese de que a parte, ao se insurgir contra o não seguimento de seu apelo, deveria demonstrar a inaplicabilidade do entendimento ou a existência de divergência, ainda que invocando apenas precedente persuasivo, fundamentando esse entendimento, ademais, numa aplicação analógica do artigo 489, § 1º, às partes:

(...) A utilização da Súmula n. 83/STJ para a negativa de admissibilidade do especial na origem, associada à citação, como exemplo da jurisprudência formada, de acórdão proferido pela mesma Turma do STJ que irá apreciar o recurso especial, deve ser combatida com o enfrentamento dos fundamentos determinantes do julgado apontado como precedente, ou com a demonstração de que não se aplica ao caso concreto, ou de que há julgados contemporâneos ou posteriores do STJ em sentido diverso, e não com a mera afirmação de que

não há precedentes suficientes para caracterizar a orientação firmada do Tribunal. Situação que caracteriza a ausência de impugnação específica aos fundamentos da decisão recorrida (art. 932, III, do CPC/2015).

2. Isto porque a existência de precedentes persuasivos autoriza, na forma do art. 927, IV, do CPC/2015 c/c a Súmula n. 568/STJ que: “O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema”. Tal a eficácia mínima dos precedentes persuasivos que vinculam horizontalmente, por seus fundamentos determinantes, os ministros relatores de determinado órgão colegiado à jurisprudência nele formada, atendendo às exigências de uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência, conforme o art. 926, do CPC/2015.

3. Sendo assim, o recurso somente é viável se houver a possibilidade de distinção em relação ao precedente firmado ou superação do entendimento fixado no precedente (seja vinculante, seja persuasivo) através do enfrentamento de seus fundamentos determinantes, argumentos que devem ser trazidos pelo recorrente. Interpretação do art. 489, § 1º, do CPC/2015 que, *mutatis mutandis*, se traduz também em obrigação para as partes.⁴²⁰

Isso significa, portanto, que o tribunal não precisaria fundamentar de forma exauriente a aplicação ou o afastamento de precedente persuasivo para fins de julgamento monocrático de recurso, mas a parte deveria fundamentar apelo contra a inadmissibilidade de seu recurso, quando fundada em jurisprudência dominante, realizando distinção de seu caso ou apontando que o entendimento em questão, vinculante ou persuasivo, estaria superado. A toda evidência, a norma legal, direcionada aos juízes, é subvertida para ser sublimada quando onera a prestação jurisdicional, mas prestigiada quando dificulta a interposição de recursos pela parte.

3.4.2.2 A “monocratização” das decisões sobre recursos: um exemplo no âmbito do Supremo Tribunal Federal

No relatório VIII⁴²¹ do *Projeto Supremo em Números*, da FGV Direito Rio, Thomaz Pereira, Diego Werneck Arguelhes e Guilherme da Franca Couto Fernandes de Almeida apontaram a tendência, percebida nas últimas décadas, de uma cada vez maior predominância de decisões monocráticas sobre julgados colegiados no Supremo Tribunal Federal, chegando-se, entre 1992 e 2013, a uma razão de disparidade de 93%-7%⁴²².

⁴²⁰ AgInt no AREsp 871.076, Segunda Turma, DJ de 19.8.2016.

⁴²¹ PEREIRA, Thomaz; ARGUELHES, Diego Werneck; ALMEIDA, Guilherme da F. C. *VIII Relatório Supremo em Números: quem decide no Supremo?* Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/29679>. Acesso em: 10 out. 2021.

⁴²² ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A. *A monocratização do STF*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-monocratizacao-do-stf-03082015>. Acesso em: 10 out. 2021.

Seguindo aquela tendência, Luís Roberto Barroso e Frederico Montedonio Rego realizaram um diagnóstico da falência da repercussão geral⁴²³, apontando como um de seus motivos o quórum qualificado para sua apreciação, o reconhecimento tácito resultante da abstenção de votação e seu caráter residual. Em outras palavras, os autores pontuaram que a burocracia exigida para rejeição da repercussão geral fez migrar para decisões monocráticas, fundadas em filtros processuais e em incidência de súmulas, a verdadeira aferição de relevância no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

A solução, então, segundo os autores, seria autorizar a análise monocrática da presença ou ausência de repercussão geral no caso concreto com prevalência prejudicial sobre as demais questões processuais de admissibilidade. Tal análise traria como resultado positivo uma economia em termos de fundamentação, que poderia ser sumária, no exame da repercussão geral, em vez de exauriente, como deveria se dar no crivo da inadmissibilidade recursal por outras razões.⁴²⁴

A proposta em campo doutrinário foi levada adiante por Luís Roberto Barroso, na condição de Ministro do Supremo Tribunal Federal, por meio de sugestão de alteração do regimento interno da Corte, nos seguintes termos:

Art. 326 (...)

§ 1º Poderá o relator negar repercussão geral com eficácia apenas para o caso concreto.

§ 2º Se houver recurso, a decisão do relator de restringir a eficácia da ausência de repercussão geral ao caso concreto deverá ser confirmada por dois terços dos ministros para prevalecer.

⁴²³ “Mantida essa média [de apreciação de temas afetados como repercussão geral], o Tribunal demoraria mais de oito anos para exaurir um estoque de 285 temas, e isso, apenas, se nenhum novo caso tiver repercussão geral reconhecida. Além disso, criou-se um novo problema: no final de 2016, havia no mínimo 1,5 milhão de processos sobrestados nas instâncias de origem aguardando as decisões a serem tomadas pelo STF nos cerca de 300 feitos pendentes afetados ao regime da repercussão geral¹⁷, casos esses que, na sistemática anterior à criação do filtro, estariam tramitando. Esse número não inclui os processos sobrestados pelos tribunais de origem por iniciativa própria ao identificar controvérsia repetitiva (CPC/2015, art. 1.036, § 1º), sobre os quais as estatísticas nacionais ainda estão em construção¹⁸. Considerando-se que as decisões tomadas em regime de repercussão geral até o final de 2016 haviam solucionado ‘apenas’ 151.505 processos nas instâncias de origem, o saldo revela-se amplamente negativo: a razão é de dez processos sobrestados para cada um resolvido por julgamento de mérito de repercussão geral. Como se nota, a repercussão geral é um filtro de relevância que não tem impedido a chegada de 100 mil casos por ano ao STF, nem desobrigado a Corte de proferir, aproximadamente, o mesmo número de decisões no mesmo intervalo. O alívio de processos verificado até 2011 foi temporário e ilusório: a diminuição dos feitos remetidos ao STF não significa que eles tenham deixado de existir, mas apenas que continuam aguardando julgamento em algum escaninho, ainda que virtual, longe da Praça dos Três Poderes. É inegável, portanto, que a sistemática, tal como praticada até hoje, fracassou.” (BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedonio. Como salvar o sistema de repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, p. 695-713, dez. 2017.

⁴²⁴ BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedonio. Como salvar o sistema de repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, p. 695-713, dez. 2017.

§ 3º Caso a proposta do relator não seja confirmada por dois terços dos ministros, o feito será redistribuído, na forma do art. 324, § 3º, deste Regimento Interno, sem que isso implique reconhecimento automático da repercussão geral da questão constitucional discutida no caso.

§ 4º Na hipótese do § 3º, o novo relator sorteado prosseguirá no exame de admissibilidade do recurso, na forma dos arts. 323 e 324 deste Regimento Interno.⁴²⁵

Essa mudança foi aprovada⁴²⁶ sem ajustes importantes, passando a integrar o regimento interno do Tribunal como Emenda n. 54 de 1º.7.2020⁴²⁷, atribuindo nova redação ao artigo 326 para autorizar a inadmissão monocrática de recurso extraordinário por inexistência de repercussão geral. A partir daí, o então novo dispositivo seria imediatamente aplicado — e celebrado como forma de a Corte controlar sua própria agenda decisória —, como ilustra aresto que manteve decisão singular do Ministro Alexandre de Moraes e que lançou mão da referida norma regimental:

E os inúmeros recursos que atravessam os atuais filtros são, em sua esmagadora maioria, indeferidos no SUPREMO por meio da aplicação de um variado repertório de óbices processuais, o que acaba por ofuscar a percepção quanto à inexpressividade de grande parte desses casos. Em vez de dar primazia ao filtro de relevância, de matriz constitucional, a CORTE dedica grande atenção à análise de uma miríade de pressupostos de admissibilidade, o que desvia o foco de seu fundamental propósito em sede recursal extraordinária – dar a última palavra em discussões constitucionais relevantes. Agora, com os parágrafos do art. 326 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, dá-se mais um passo nessa evolução, com o fito de alargar o espectro de casos cuja repercussão geral será apreciada. Em face da propensão a que, do universo de todos os recursos distribuídos ao STF, predominem os casos triviais, sem repercussão geral, os dispositivos privilegiam a hipótese de rejeição da relevância.⁴²⁸

Em síntese, originada de defesa doutrinária, mudança regimental com aplicabilidade já em franca escalada conferiu preponderância à repercussão geral como filtro para inadmissibilidade de recursos extraordinários, admitindo-se que o óbice seja pronunciado monocraticamente e com fundamentação sumaríssima, desonerando argumentativamente julgadores da invocação de outros impedimentos processuais que potencialmente já fariam vezes de uma camuflada arguição de relevância. Tudo isso, importante destacar, se deu declaradamente como forma de desafogar o Supremo Tribunal Federal e como meio de

⁴²⁵ <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoAtasSessoesAdministrativas/anexo/Proposta8509.pdf>

⁴²⁶ <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RIAtadeJulgamento.pdf>

⁴²⁷ <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RIEmenda.pdf>

⁴²⁸ STF, Pleno, ARE 1.273.640 AgR/DF, DJ de 24.9.2020.

restabelecer um controle próprio de sua agenda — traços esses de matiz discricionário no que se refere à gestão jurisdicional.

Paralelamente, e à guisa de fecho, convém anotar breve comentário sobre o Tema 1.155 de repercussão geral, originado de afetação do ARE 1.325.815 pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do qual se busca discutir a inadmissibilidade de recurso extraordinário por ofensa reflexa à Constituição e/ou para reexame do quadro fático-probatório. Em semelhante linha com a alteração regimental antes apontada, trata-se de mais outra iniciativa que, identificando o desatendimento a pressupostos de admissibilidade diversos com a própria inexistência de relevância, inviabiliza a subida de recursos à Corte via agravo em recurso extraordinário e reduz o ônus argumentativo de fundamentação na admissibilidade em segundo grau, ao mesmo tempo em que se assegura a possibilidade de decisão monocrática pela ausência de repercussão geral, no Supremo Tribunal Federal, quanto àqueles apelos que porventura logrem ser alçados a exame.

3.4.2.3 A replicação em repetitivos, pelo Superior Tribunal de Justiça, de entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado

Exemplo adicional de apropriação discricionária dos precedentes como ferramenta de gestão foi dado pelo acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp n. 1.814.919/DF (DJ de 4.8.2020), em que aquela Corte, expressamente, na esteira de julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal em ação de controle concentrado, julgou o mesmo tema sob o prisma da legislação federal, fazendo-o porque a eficácia *erga omnes* ostentada pelo controle concentrado não impediria, em controle difuso, que a matéria seguisse sendo alçada ao Superior Tribunal de Justiça:

2. O julgamento da ADI n. 6.025/DF pelo STF – cujo acórdão ainda não foi publicado –, (...) não impede que o STJ fixe tese sob a sistemática dos recursos repetitivos. Isso porque a Suprema Corte apreciou a matéria apenas sob o enfoque constitucional (...). Em suma, a decisão do STF de não declarar inconstitucional a norma não resolve a questão da interpretação do dispositivo sob o prisma da legislação infraconstitucional (...).

3. Conforme informações prestadas pelo Núcleo de Gerenciamento de Precedentes deste Tribunal (e-STJ, fls. 157-163), continuam a chegar em quantidade exorbitante no STJ recursos especiais versando sobre essa matéria, (...) sendo imperativo que esta Corte Superior exerça sua função primordial de uniformizar a interpretação da lei federal no Brasil, evitando que prossigam as controvérsias sobre matéria de tão alto relevo e repercussão no cotidiano da população.

4. O precedente vinculante firmado sob a sistemática dos recursos repetitivos permite o uso de algumas ferramentas extremamente úteis a fim de agilizar os processos similares que corram nas instâncias inferiores, o que nem sempre ocorre com o julgamento proferido em ação direta de inconstitucionalidade – ADI, a despeito do teor do parágrafo único do art. 28 da Lei n. 9.868/1999. Exemplos dessas ferramentas que permitem a concretização do princípio da razoável duração do processo (art. 5º, inc. LXXVIII, da CF/1988) são: a) o art. 332 do CPC, que elenca a contrariedade a precedente firmado em julgamento de recursos repetitivos dentre as hipóteses em que o juiz deve dispensar a citação do réu e julgar liminarmente improcedente o pedido; b) os arts. 1.030, 1.039 e 1.040 do CPC, segundo os quais a existência de uma tese vinculante fixada sob a sistemática dos recursos repetitivos traz um óbice fundamental à subida ao STJ de recursos especiais semelhantes, além de permitir a imediata baixa dos processos que estejam nesta corte e nos tribunais locais às instâncias inferiores. Assim, é de suma importância que o STJ firme uma tese com caráter vinculante a fim de pacificar a presente controvérsia, o que também contou com a concordância do MP.

Esclarecendo, no que talvez seja um dos julgados mais honestos sobre a adoção estratégica dos precedentes firmados em repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça expressamente assentou a conveniência de se afetar determinado tema, uma vez já julgado pelo Supremo Tribunal Federal, para produzir entendimento vinculante a fim de se obstar a subida de novos recursos sobre a mesma questão.

Se o artifício busca contornar uma lacuna deixada pela repercussão geral no que tange à esfera de competências do Superior Tribunal de Justiça, soa ele como uma solução contingencial e temporária, eis que não por acaso iminente a introdução da relevância — parente próxima da repercussão geral — como requisito de admissibilidade do recurso especial.⁴²⁹

3.4.2.4 A transcendência dos motivos determinantes em controle concentrado de constitucionalidade

Outro ponto importante capaz de contribuir para o prisma aqui explorado no sentido da aptidão do sistema de precedentes para funcionar como mecanismo de gestão judicial de processos orbita a transcendência dos motivos determinantes. Sobre ela, é sabido que o § 2º do artigo 102, acrescentado à Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional n. 45/2004, aliado ao parágrafo único do artigo 28 da Lei n. 9.868/1999, atribuiu às decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade, ainda

⁴²⁹ Trata-se da PEC n. 10/2017, ao tempo do fechamento deste trabalho já aprovada na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, para tendo regressado à Câmara em razão de emendas no âmbito da casa revisora.

quando cuidem de interpretação conforme a Constituição ou de declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, eficácia contra todos e *efeito vinculante* em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, distrital, estadual e municipal.

Os institutos do *gesetzeskraft* alemão, do *binding precedent* inglês ou da força obrigatória geral portuguesa já teriam o condão ilustrativo de denunciar que a eficácia vinculante das decisões em controle concentrado não é uma prerrogativa exclusiva de nosso ordenamento.⁴³⁰ Vem de há muito, sem embargo, a discussão, em nosso País, sobre as balizas objetivas a confinar o exato conteúdo do que contemplado pela aludida eficácia vinculante.⁴³¹

Nesse particular, consagrou-se o entendimento de que as razões *obiter dicta* não são, absolutamente, alcançadas pelo efeito vinculante e não se prestam a ser invocadas como precedente — muito embora, mais recentemente, se lhes tenha reconhecido, cada vez mais, potencial persuasivo.⁴³²

A discussão se centrou então, ao revés, na indagação sobre se o efeito vinculante oriundo do precedente se cingiria ao que albergado pela coisa julgada material (parte dispositiva da decisão) ou se se espraiaria para a *holding*, a *ratio decidendi*, isto é, na metodologia de identificação de Rupert Cross⁴³³, para a soma dos fatos relevantes aos fundamentos jurídicos determinantes, assim considerados todos os argumentos indispensáveis à construção do raciocínio a culminar no julgamento da tese, objetivamente considerada.

Avançando sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento⁴³⁴ a identificar a *holding* oriunda do precedente firmado em controle concentrado de constitucionalidade com o que abrangido pelo instituto da coisa julgada. Em outras palavras, no entender da Corte, a eficácia *erga omnes* e vinculante, na aludida hipótese de controle

⁴³⁰NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 1965-1966.

⁴³¹Vale a transcrição do excerto completo: “Tem-se, pois, um sistema de precedentes vinculantes que é criado para assegurar que casos iguais recebam decisões iguais. Impende, porém, verificar o que, exatamente, tem eficácia vinculante em uma decisão que tenha força de precedente. Em outros termos, é preciso responder à seguinte pergunta: o que vincula no precedente vinculante?” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 441).

⁴³²“O *obiter dictum*, assim considerado, não se presta a ser invocado como precedente vinculante em caso análogo, mas pode perfeitamente ser referido como argumento de persuasão” (TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004. p. 177). Do que não discrepa Marinoni: “(...) há questões que nada têm a ver com o caso que está sendo julgado e questões que, embora não necessitem ser apreciadas para se chegar à conclusão, têm íntima relação com o caso *sub judice*. (...) A *obiter dictum* que se aproxima da *ratio decidendi*, embora não tenha efeito obrigatório, tem efeito persuasivo bastante forte” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010. p. 235 e 238).

⁴³³CROSS, Rupert. *Precedent in English law*. Oxford: Clarendon Press, 1961. p. 75-80.

⁴³⁴Há julgados remotos, é verdade, admitindo a transcendência dos motivos determinantes (Rcl n. 1.880 e 1.987, ambas de relatoria do Min. Maurício Corrêa e julgadas em 2004), mas cuidam-se de arestos isolados, antecedentes à pacificação da questão pelo STF.

concentrado, haveria de cingir-se à parte dispositiva da decisão, deixando de alcançar, lado outro, a *ratio decidendi*, ou os tais *fundamentos determinantes* para o alcance da conclusão.

Inobstante simples pesquisa no âmbito do Supremo Tribunal Federal se revele pródiga em julgados nesse sentido⁴³⁵, merece menção expressa a Rcl 3.094⁴³⁶, no bojo da qual a discussão encontrou maior aprofundamento, contando com voto do Ministro Gilmar Mendes em defesa da transcendência dos motivos determinantes e do cabimento de reclamação para fazer valer a eficácia vinculante da decisão em controle concentrado no bojo da qual a discussão encontrou maior aprofundamento, acentuados os ganhos práticos da ideia:

Essa solução tem um inegável efeito prático, na medida em que dispensa a utilização da via específica do processo objetivo para (re)afirmar a constitucionalidade da norma de teor idêntico ou semelhante àquela que já foi objeto de controle por parte desta Corte.

Apesar de vencida a tese naquele momento, a discussão foi fomentada pela sobrevinda do Código de Processo Civil de 2015, que trouxe no *caput* de seu artigo 927 norma a prever que os juízos e tribunais observarão precedentes judiciais, entre os quais assim consideradas, na forma do inciso I, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade. Rejuvenesceu-se, assim, frente ao Código, a indagação sobre em que extensão se daria a vinculação imposta pela decisão exarada em sede de controle concentrado. Quanto ao ponto, aduziu José Miguel Garcia Medina não existir dúvida de que o artigo 927 alcançaria a *ratio decidendi* dos precedentes judiciais, não se limitando ao dispositivo da decisão:

Ao dispor sobre a produção jurisprudencial a ser observada pelos juízes e pelos tribunais, o CPC/2015 arrolou, no art. 927, *caput*, figuras bastante díspares entre si. Há algo que as une, a nosso ver, e que consiste naquilo que, realmente, deve ser “observado” pelo julgador, ao proferir a decisão em respeito a precedente, súmula e jurisprudência dominante, e que (...) reunimos sob a expressão *ratio decidendi*, que vem a ser, como afirmamos em outro estudo, “os argumentos principais sem os quais a decisão não teria o mesmo resultado”, ou seja, os argumentos que podem ser considerados imprescindíveis.⁴³⁷

⁴³⁵ STF, Rcl 21.858, Primeira Turma, DJe de 28.10.2015; STF, Rcl 4.454 AgR, Primeira Turma, DJe de 17.3.2015; STF, Rcl 18.788 AgR, Segunda Turma, DJe de 22.9.2015.

⁴³⁶ STF, Rcl 3.014/SP, Rel. Min. Ayres Britto, Pleno, DJ de 21.5.2010.

⁴³⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016. p. 1325.

O tema voltou à análise na sessão do Supremo Tribunal Federal do dia 30 de junho de 2016, por ocasião do julgamento das ADIs 4.697 e 4.762, quando o Ministro Gilmar Mendes novamente levou a Plenário seus argumentos em defesa da tese de que, uma vez declarada a (in)constitucionalidade em controle concentrado, seria possível, pela via da reclamação, exercer controle difuso aplicando o precedente judicial firmado, apontando a incoerência sistêmica de se exigir a edição de súmula vinculante para que os fundamentos da tese anteriormente firmada em ações diretas de inconstitucionalidade passassem a possuir eficácia vinculante.

O dado adicional a inspirar o destaque conferido àquela sessão de julgamento, todavia, ficou por conta da intervenção do Ministro Roberto Barroso, que invocou o Código de Processo Civil de 2015 como argumento a fomentar o debate:

Vossa Excelência [Ministro Gilmar] foi um dos que defendeu a ideia da eficácia transcendente. O Supremo chegou a aderir a essa posição, depois retrocedeu em relação a essa posição. Mas agora o novo Código recoloca a discussão, porque o artigo 988 diz que uma das hipóteses de cabimento da reclamação é a observância de acórdãos proferidos em ação direta de inconstitucionalidade. Aí vem, Ministro Gilmar, o § 4º e diz que as hipóteses dos incisos tal e tal, quer dizer, de cabimento de reclamação pela não observância da decisão em ADI, “compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam”. Portanto, o que produz a vinculação é a tese jurídica (...).⁴³⁸

É certo que tudo o que dito até aqui não tem a pretensão de fazer pressupor que já haveria campo para a superação do entendimento do Supremo Tribunal Federal pela tese restritiva da eficácia vinculante — mesmo porque há ponderados argumentos em sentido contrário.⁴³⁹ Inegavelmente, contudo, o debate, oxigenado pelo Código de Processo Civil de 2015, parece tornar fértil o terreno para que diferentes ações diretas de inconstitucionalidade sobre mesmos temas passem a ser enfrentadas em sede de reclamação, julgadas pelas turmas e admitindo decisões monocráticas.

⁴³⁸ O vídeo do julgamento está disponível em <https://youtu.be/CHzC0WyMk4> com a parte citada iniciando à 1:53:57. STF, ADI 4.697/DF, rel. min. Edson Fachin, Plenário, julgado em 6.10.2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12660374>. Acesso em: 12 nov. 2021.

⁴³⁹ Por todos: “Para assegurarmos uma aplicação do art. 927 em conformidade com a Constituição é importante salientar que não se pode admitir que o CPC tenha acolhido a vinculação dos motivos determinantes da sentença constitucional. A parte dispositiva da decisão é o comando final da sentença que acolhe ou rejeita a pretensão de direito material do autor. (...) Atualmente, não se pode atribuir automático efeito vinculante para um dos motivos da sentença, por mais importante que isso seja, porque não há previsão legal para tanto.” (STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. Art. 927. In: STRECK, Lenio Luiz *et al.* *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1203.)

3.4.2.5 A eficácia erga omnes automática de decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal

Indo além no escopo de ilustrar o manuseio do sistema de precedentes como ferramenta de gestão de processos judiciais, vale mencionar julgado do Supremo Tribunal Federal em que se reconheceu a mutação constitucional do artigo 52, X, da Constituição, dispensando-se deliberação do Senado Federal para atribuição de efeitos *erga omnes* a decisão proferida em controle difuso de constitucionalidade. Sobre o ponto, o *Informativo 886* do Supremo Tribunal Federal⁴⁴⁰ trouxe a notícia do julgamento das ADIs 3.406 e 3.470, que se insurgiam contra dispositivos da Lei n. 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro que proibiam a extração do asbesto/amianto em todo território daquela unidade da Federação.

Embora o resultado haja sido pela improcedência dos pedidos deduzidos nas aludidas ações, o que chamou mais atenção foi o registro da declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, do artigo 2º da Lei Federal n. 9.055/1995.

O sobredito artigo 2º já havia sido alvo da famigerada ADI 4.066, cujo julgamento, em 24 de agosto de 2017, a despeito de contar com maioria formada em favor da inconstitucionalidade (5x4, impedidos os Ministros Roberto Barroso e Dias Toffoli e ausente o Ministro Gilmar Mendes), não resultou na extirpação da norma do ordenamento, por não ter restado alcançada maioria absoluta exigida pelo artigo 97 da Constituição. Sem embargo, na mesma sessão de julgamento, por ocasião da apreciação da ADI 3.937, o Supremo Tribunal Federal, de forma engenhosa, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei Federal n. 9.055/1995, muito embora sem efeito vinculante ou eficácia *erga omnes* nesse particular.

Decorre exatamente daí a relevância dos acórdãos proferidos nas ADIs 3.406 e 3.470: o Supremo Tribunal Federal, a despeito de já haver anteriormente declarado incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei n. 9.055/1995, fê-lo novamente, agora sim, com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, nos moldes de um controle concentrado.

A mudança pode ser em boa medida atribuída ao fato de o Ministro Gilmar Mendes, ausente no julgamento da ADI 3.937 e de há muito defensor da tese⁴⁴¹, estar presente no

⁴⁴⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Informativo 886*, Brasília, 27 nov a 1º dez 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo886.htm>. Acesso em 10 out. 2021.

⁴⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional (Estudos em homenagem a Anna Maria Villela). In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004.

juízo das ADIs 3.406 e 3.470, reforçando a afirmação o fato de os registros darem conta de ter sido ele a inaugurar a corrente vencedora no âmbito do colegiado:

A partir da manifestação do ministro Gilmar Mendes, o Colegiado entendeu ser necessário, a fim de evitar anomias e fragmentação da unidade, equalizar a decisão que se toma tanto em sede de controle abstrato quanto em sede de controle incidental. O ministro Gilmar Mendes observou que o art. 535 (2) do Código de Processo Civil reforça esse entendimento. Asseverou se estar fazendo uma releitura do disposto no art. 52, X (3), da CF, no sentido de que a Corte comunica ao Senado a decisão de declaração de inconstitucionalidade, para que ele faça a publicação, intensifique a publicidade.

Não é exagero dizer que a decisão pode representar o marco de uma mudança de paradigma no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, mudança essa que, em verdade, remonta a capítulos históricos que valem ser rememorados.

A indigitada norma inserta no artigo 52, X, da atual Carta, sem paralelo conhecido no mundo⁴⁴², tem origem remota no artigo 91, IV, da Constituição de 1934, fruto de emenda coletiva cujo primeiro signatário foi Prado Kelly e que trouxe como justificativa a instrumentalização da extensão dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade a outros interessados, fosse na sua modalidade difusa, fosse na sua modalidade concentrada — ainda incipiente na figura da representação interventiva (artigo 12, § 2º).⁴⁴³

Desaparecida na Constituição de 1937, a norma constaria novamente da Constituição de 1946, após intenso debate na assembleia Constituinte, consoante importante registro transcrito no acórdão do Supremo Tribunal Federal que julgou a Reclamação n. 4.335, relator o Ministro Gilmar Mendes.

Ocorre que o Senado passou a encarar a edição da resolução a atribuir eficácia *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal como uma discricionariedade, de modo que com o passar dos anos, essa foi se tornando uma competência cada vez mais atrofiada, com efeito colateral perverso noticiado por Nagib Slaibi Filho:

E aí ocorria situação que se mostrava terrivelmente gravosa: a despeito de reconhecer a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, não só incidentalmente como através do controle concentrado, o Supremo Tribunal

⁴⁴² O mais próximo que é possível mencionar é a redação original da Constituição Portuguesa de 1976, que atribuía à Comissão Constitucional — órgão de natureza não jurisdicional — a competência para suspensão da norma declarada inconstitucional. Sem embargo, a disposição foi posteriormente alterada (art. 281, item 3) para atribuir a competência ao Tribunal Constitucional.

⁴⁴³ AFONSO, José Roberto Rodrigues; NÓBREGA, Marcos. Comentário ao artigo 52, X. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1061.

Federal se via obrigado a fazer a comunicação ao Senado Federal, que, por sua vez, se omitia – não importam aqui os motivos tópicos – de suspender a execução da norma impugnada. Assim, milhares de demandas, através de recurso extraordinário e até mesmo através da medida cautelar referida no art. 800, parágrafo único, do Código de Processo Civil, continuavam chegando na Suprema Corte e por ela deviam ser individualmente julgadas, ainda que se tratassem de ações repetidas, geralmente sobre tributos ou atos da Administração Pública, em que somente mudavam as partes. O papel do Supremo Tribunal Federal era, assim, meramente declaratório da constitucionalidade, cabendo ao Senado atribuir carga *erga omnes* à eficácia da norma impugnada.⁴⁴⁴

A questão não passou despercebida por Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, que, na doutrina, quiçá haja sido o pioneiro insurgente, ainda sob a vigência da Constituição de 1946, a sustentar a posição de que a função da resolução do Senado seria de apenas tornar pública a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal:

Se o Senado não agir, nem por isso ficará afetada a eficácia da decisão, a qual continuará a produzir todos os seus efeitos regulares que, de fato, independem de qualquer dos poderes. O objetivo do art. 45, IV da Constituição é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos. Dizer que o Senado “suspende a execução” da lei inconstitucional é, positivamente, impropriedade técnica, uma vez que o ato, sendo “inexistente” ou “ineficaz”, não pode ter suspensa a sua execução.⁴⁴⁵

Reação também viria por parte do Supremo Tribunal Federal, que, em 1961, em decisões singulares proferidas nas Representações 466 e 467, relatores, respectivamente, os Ministros Ary Franco e Victor Nunes Leal, invocou o artigo 4º da Lei n. 2.271/1954 — que aplicava à representação o rito do mandado de segurança — para determinar, liminarmente, a suspensão dos atos impugnados, independentemente de resolução do Senado.

Na esteira do escólio doutrinário e dos dois julgados mencionados acima, houve a tentativa, durante a tramitação da proposição que culminaria na Emenda Constitucional n. 16/1965, de se atribuir às decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade a eficácia *erga omnes*, conforme parecer, da lavra do Deputado Tarso Dutra, aprovado na Comissão mista.⁴⁴⁶ Essa mudança específica, porém, não restou aprovada,

⁴⁴⁴ SLAIBI FILHO, Nagib. Breve história do controle de constitucionalidade. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*, Porto Alegre, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/3FupM7M>. Acesso em: 11 out. 2021.

⁴⁴⁵ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *Controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949. p. 145-146.

⁴⁴⁶ A redação sugerida para o artigo 64 era a seguinte: “Incumbe ao Presidente do Senado Federal, perdida a eficácia de lei ou ato de natureza normativa (art. 101, § 3º), fazer publicar no Diário Oficial e na Coleção das leis, a conclusão do julgado que lhe for comunicado.” *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1067.

sendo mantida intacta a redação do artigo 64 da Constituição de 1946⁴⁴⁷ — que ainda viria a ser replicada pelo artigo 45, IV, da Constituição de 1967, e pelo artigo 42, VII, da Emenda Constitucional n. 1/1969.

Em 1966, o Supremo Tribunal Federal daria um passo além na celeuma, assentando, no julgamento colegiado do MS 16.519, que a resolução do Senado não representaria ato legislativo — do contrário, exigiria participação da Câmara e sanção —, mas, isto sim, mera complementação da decisão judicial, para ampliar seus efeitos. O relevo do julgado se justifica em razão da premissa que restou fixada e que fomentaria anos depois a tese de suspensão pela Corte constitucional: se a resolução do Senado não ostentava caráter legislativo, não configuraria usurpação de competência a atribuição *erga omnes* pelo Supremo Tribunal Federal.

Posteriormente, em 1975, sobreveio novo julgado emblemático emanado do Pleno do Supremo Tribunal Federal: a Medida Cautelar na Representação 993, relator o Ministro Thompson Flores, que iniciou a maioria com voto pela suspensão liminar do ato impugnado, no que foi acompanhado, entre outros, pelo Ministro Rodrigues Alckmin, que assim se manifestou:

Senhor Presidente, com a devida vênua, acompanho o eminente relator, entendendo que há um poder geral de acautelamento inerente ao próprio exercício da função jurisdicional: nenhum juiz deve proferir uma sentença ou ser compelido a fazê-lo ciente de que esta não deva produzir seus efeitos, ou dificilmente venha a produzi-los. Daí esse poder acautelador e geral, que é inerente ao próprio exercício da função, um dos tipos fundamentais de tutela jurídica, como a execução, como o processo de conhecimento.

Ilustrando a posição da minoria, o Ministro Eloy da Rocha aduziu ser descabida a decisão liminar, dado que a atividade jurisdicional do Supremo Tribunal Federal se exauriria com a declaração de inconstitucionalidade; e mais: como não seria possível ao Tribunal, no julgamento definitivo, inibir com eficácia *erga omnes* os efeitos do ato impugnado, seria inviável lançar mão do artifício em decisão liminar precária:

Na ação direta de inconstitucionalidade, para declaração de inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo federal ou estadual, a prestação jurisdicional se exaure nessa declaração. Em caso concreto, seja em qualquer ação, seja na ação de mandado de segurança quando se argúi e reconhece a inconstitucionalidade de lei ou de ato do poder público, a sentença nunca suspende, em tese, a execução da lei ou do ato. A sentença assegura o

⁴⁴⁷ AFONSO, José Roberto Rodrigues; NÓBREGA, Marcos. Comentário ao artigo 52, X. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1061.

direito subjetivo violado ou ameaçado, declarando a inconstitucionalidade da lei ou do ato, que, em consequência, não terão aplicação, tão só, em relação ao titular do direito.

A despeito desses argumentos, prevaleceu, como antecipado, o entendimento pela possibilidade de suspensão liminar, pelo próprio Supremo Tribunal Federal, dos efeitos do ato impugnado, o que abriu um importante precedente.

Com a decisão plenária acima referenciada, foi aberto caminho para que, anos depois, em 1977, viesse a lume mais outro importantíssimo episódio da história aqui desvelada, consubstanciado em Processo Administrativo (n. 4.477-72) em que se buscou superar a divergência de interpretação entre o artigo 180 do Regimento Interno do Tribunal e o artigo 42, VIII, da Emenda Constitucional n. 1/1969.

Em suma, havia a dúvida sobre se remanesce para a Corte a obrigação de comunicação ao Senado tanto em controle concentrado quanto difuso ou, ao revés, se a Emenda em questão, ao fazer alusão a “lei ou decreto, declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”, teria limitado a exigência ao controle concentrado. Ao apreciar o tema, o Ministro relator, Moreira Alves, assim lançou a conclusão de seu voto-condutor:

Em conclusão, e circunscrevendo-me apenas ao objeto da consulta (sou dos que entendem que a comunicação do Senado só se faz em se tratando de declaração de inconstitucionalidade incidente, e, não, quando decorrente de ação direta...*omissis*), (...) sou de parecer de que só se deverá fazer a comunicação, a que alude a parte final do artigo 180 do Regimento Interno, quando se tratar de declaração de inconstitucionalidade de lei (que abrange o elemento das figuras compreendidas no artigo 46 da Emenda Constitucional n. 1-69) ou de decreto, e, não, de quaisquer outros atos normativos.⁴⁴⁸

Corroborando o entendimento pela desnecessidade da comunicação em sede de controle concentrado, o Ministro Rodrigues Alckmin pontuou que:

(...) como a função jurisdicional, no caso concreto, não pode estender a eficácia da declaração de inconstitucionalidade à generalidade dos casos, limitada que está à espécie em apreciação, o Supremo Tribunal Federal comunica o julgado ao Senado Federal, que, nos termos do art. 42, VIII da Constituição Federal, suspende a execução da lei ou decreto declarados inconstitucionais. Já nos casos de ação direta, a função jurisdicional, apreciando a Representação, se estende à decretação da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em tese. Não vejo, pois, seja necessária a intervenção do Senado, cabível somente quando, por ser a inconstitucionalidade, reconhecida no julgamento de caso concreto, a decisão judicial não possa exercer seus efeitos fora da demanda em que proferida.

⁴⁴⁸ Processo Administrativo n. 4.477-72, DJ de 16 de maio de 1977. p. 3123, disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastaSTF/Curiosidades/1977_maio_16.pdf.

A hermenêutica serviu, pois, a um propósito pragmático. Em face à inapetência do Senado, o Supremo Tribunal Federal adotou interpretação restrita do artigo 42, VIII, da Constituição de 1969, para limitá-lo às hipóteses de controle difuso.

A Constituição de 1988, em sua redação original, não expressou de forma clara os ares da mudança levada a cabo pelo Supremo Tribunal Federal, conservando em seu corpo, no artigo 52, X, resolução oriunda do Senado como condição para atribuição de eficácia *erga omnes* a decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade.

Foi somente com a Emenda Constitucional n. 3/1993, que acrescentou o § 2º ao artigo 102, que as decisões definitivas, em ação declaratória de constitucionalidade, passaram a ostentar eficácia *erga omnes*: as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, “nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.”⁴⁴⁹

A propósito da ação declaratória de constitucionalidade, curioso notar que não houve a previsão constitucional de cabimento de medida cautelar. Isso, todavia, não foi óbice a que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC 4, em 1998, passasse a reconhecer a possibilidade, com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, ainda que à falta de previsão legal:

4. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzem eficácia contra todos e até efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, nos termos do art. 102, § 2º, da C.F. 5. Em Ação dessa natureza, pode a Corte conceder medida cautelar que assegure, temporariamente, tal força e eficácia à futura decisão de mérito. E assim é, mesmo sem expressa previsão constitucional de medida cautelar na A.D.C., pois o poder de acautelar é imanente ao de julgar.

A lacuna normativa somente viria a ser colmatada posteriormente, com o artigo 21 da Lei n. 9.868/1999⁴⁵⁰, mesmo diploma que positivaria a eficácia *erga omnes* das decisões cautelar e definitiva em sede de ação direta de inconstitucionalidade, fixando o controverso paradigma da possibilidade de a legislação infraconstitucional estabelecer efeito vinculante.

À ampliação do controle concentrado na Constituição de 1988, notadamente mercê do elastecimento do rol de legitimados, somou-se o cada vez maior fortalecimento de uma cultura

⁴⁴⁹ A correção na redação para inclusão também das ações diretas de inconstitucionalidade somente viria com a Emenda Constitucional n. 45/2004.

⁴⁵⁰ Como dito na nota de rodapé anterior, a Constituição era silente a respeito da eficácia *erga omnes* da decisão.

de precedentes. Ganhou corpo assim, na doutrina de Gilmar Mendes⁴⁵¹, a tese de uma abstração do controle difuso.

Em defesa dessa posição, calha mencionar os casos de inconstitucionalidade da proibição de progressão de regime em crimes hediondos (HC 82.959) e de Mira Estrela (RE 197.917) para ilustrar hipóteses em que, em controle difuso, os efeitos da pronúncia da inconstitucionalidade obedeceram a limitações que deveriam, em princípio, ser impostas por Resolução do Senado.

Ainda corroborando a tese, seria possível invocar a prática adotada pelos órgãos fracionários do Supremo Tribunal Federal, em relativização do artigo 176, § 1º, do Regimento Interno da Corte, de não mais levar a Pleno arguições de inconstitucionalidade a respeito das quais já houvesse pronunciamento pelo colegiado maior,⁴⁵² além da possibilidade de decisões monocráticas a negar pronto seguimento aos recursos extraordinários que conflitassem com a jurisprudência dominante do Tribunal (Lei n. 8.038/1990 e artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil de 1973) — artifício de que se valeu, mesmo, em ação direta de inconstitucionalidade (ADI 4.071).

Com esteio nesses argumentos, Gilmar Mendes, como dito anteriormente, teria, no exercício da judicatura, a oportunidade de defender a posição, merecendo destaque a já citada Reclamação 4.335, ajuizada precisamente contra decisões que teriam deixado de observar o julgado proferido no já mencionado HC 82.959.

No referido feito, ao voto do relator, o próprio Ministro Gilmar Mendes, seguiu-se posição concordante do Ministro Eros Grau. Após, em antecipação de voto, o Ministro Sepúlveda Pertence inaugurou a corrente contrária, para não conhecer da reclamação, mas conceder *habeas corpus* de ofício, no que foi seguido pelos Ministros Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

A reclamação acabou conhecida e julgada procedente em sessão de 2014, mas com base não nos argumentos do voto do Ministro Gilmar Mendes, e sim nos fundamentos lançados em sagaz voto-vista do Ministro Teori Zavaski, que, reconhecendo de ofício fato superveniente consubstanciado na edição da Súmula Vinculante n. 26, acolheu reclamação que, ao tempo de seu ajuizamento, seria descabida — não votaram os Ministros Luiz Fux e Dias Toffoli, sucessores, respectivamente, dos Ministros Eros Grau e Sepúlveda Pertence. Pouco mais de três anos depois, e oxigenado por quórum que contou com cinco Ministros diferentes dos que

⁴⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1113-1123.

⁴⁵² RE 190.728, RE 191.898, AI-AgRg 168.149 e AI-AgRg 167.444.

julgaram a Reclamação 4.335, o Supremo voltaria ao tema, por ocasião do julgamento das já mencionadas ADIs 3.406 e 3.470, noticiado no *Informativo 886*.

Seria em tese possível aventar que, atualmente, o controle difuso em sede de repercussão geral já ostentaria eficácia contra todos, precedente judicial vinculante que é; acontece que o controle difuso pode ser exercido em qualquer caso, sendo certo que, nos julgados acima, o foi em ações diretas de inconstitucionalidade que miravam outros dispositivos. A ser assim, o entendimento tem o condão de abrir flanco para que decisões do Supremo Tribunal Federal, em casos diversos e nos quais se declare inconstitucional disposição por via de controle difuso, possam admitir efeitos contra todos, o que na prática ampliaria, por jurisprudência, o rol de precedentes judiciais.

3.4.2.6 O enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, ilustrado a partir de sua aplicação em ações de improbidade administrativa

Em derradeira ilustração sobre o uso discricionário de precedentes, começo esta subepígrafe afirmando parecer-me já ter sido assimilado o fato de que a aplicação do direito não deve se resumir a um silogismo dedutivo. Há muito já foi falseado o dogma da completude da lei, de modo que, hoje, interpretação e significação convivem com teorias mais estruturadas e tributárias da ideia de que a contextualização e a simbiose entre diversos elementos (entre os quais fato, norma, cultura e história institucional) exercem (ou deveriam exercer) papel decisivo na produção jurisdicional do Direito.

Se a afirmação acima pode soar um truísmo, pode igualmente parecer surpreendente que dela decorra exatamente o paradoxo que me fornece mote para esta subepígrafe: se é lugar comum que a distinção *fato-direito* não opera — ao menos não sempre — de maneira clara, por que motivo o sistema, em determinados aspectos, ainda recorre, discricionariamente, àquela falácia como máxima insuperável?

Em tese de doutoramento seminal, Danilo Knijnik⁴⁵³ analisou a questão sob o ponto de vista do recurso especial e das competências extraordinárias dos tribunais, propondo uma teoria tricotômica que enlaçaria o problema da distinção *fato-direito* com vetores (i) hermenêutico, (ii) processual e (iii) dogmático.

Embora o autor assinta que a diferenciação ostenta grande complexidade, seu grande

⁴⁵³ KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e questão de fato: por uma teoria tricotômica*. 2002. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

contributo, a meu ver, foi identificá-la — diferenciação — com a questão da competência dos tribunais e, ainda, de separar questões puramente de direito, puramente de fato e, ainda, questões mistas. É falar que hipóteses há em que fatos, provas e normas não integram dimensões distintas — a remissão à teoria de Miguel Reale é inevitável —, mas, sim, que se sobrepõem ou integram uma mesma dimensão.

Editado inicialmente como marco deferente à competência recursal extraordinária do Superior Tribunal de Justiça, o enunciado 7, popularizado que foi, talvez tenha sido expoente maior do que se passou a apelidar de jurisprudência defensiva, direito sumular e quejandos, todos subterfúgios que considero, em verdade, orbitar uma discricionariedade para fins de gestão processual. Fato é, contudo, que, com o tempo, sua própria incidência encontrou exceções a partir da distinção entre reexame fático probatório e reavaliação jurídica de provas (AgInt no REsp 1.743.546, DJ de 1º.7.2020), possibilidade de revisão de valores fixados a título de indenização ou de honorários sucumbenciais quando irrisórios ou exorbitantes (AgInt no AREsp 1.335.013, DJ de 1º.7.2020) e, ainda, quando a dosimetria de sanções se revelasse absolutamente desproporcional (AgInt no AREsp 818.503, DJ de 17.10.2019).

Como o passar do tempo, cunhei para mim a percepção de que a incidência da Súmula 7 tem aparentado cariz discricionário. O enunciado, atualmente, mais me parece ter sido guindado às funções de instrumento de gestão jurisdicional para atendimento de metas e enfrentamento de passivos recursais consideráveis ou, ainda, como uma espécie extraoficial de repercussão geral ou de *certiorari*, se se preferir: “*Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion*”.⁴⁵⁴

Por isso, não foi com surpresa que recebi os resultados de pesquisa levada a cabo no âmbito do Instituto Brasiliense de Direito Público, coordenada pelo Prof. Rafael Carneiro, dando conta da disparidade, no recorte temático da improbidade administrativa, de incidência do enunciado 7 e de sua variação relator a relator, turma a turma (da Primeira Seção) e, o que é mais interessante, recorrente a recorrente.

Muito resumidamente, a Segunda Turma é cerca de duas vezes mais tendente a aplicar a súmula (39% dos casos) que a Primeira (18% dos casos). Entre relatores, há dois Ministros que invocam o verbete em 51,9% e em 46,6% dos casos que relatam sobre improbidade, enquanto outros dois Ministros, nos casos em que funcionaram como relatores, nunca se valeram do

⁴⁵⁴ Trata-se da Regra 10 da Suprema Corte norte-americana. Disponível em: https://www.law.cornell.edu/rules/supct/rule_10#:~:text=Writ%20of%20Certiorari,Rule%2010..granted%20only%20for%20compelling%20reasons. Acesso em: 10 out. 2021.

enunciado.⁴⁵⁵ Bastante curioso, ainda, que o verbete seja aplicado em 11,54% e em 20,24% das decisões quando o recurso especial é interposto pela Administração ou pelo Ministério Público, respectivamente, e em 31,58% e em 34,39% quando o manejo se dá por pessoas jurídicas privadas ou por agentes públicos réus, também respectivamente.⁴⁵⁶

Não creio, honestamente, tratar-se de uma coincidência. Será mesmo que o dobro dos recursos especiais em improbidade recebidos pela Segunda Turma, em relação à Primeira, demanda reexame fático-probatório? Seria esse o caso também de metade dos recursos relatados por dado Ministro, enquanto outro julgador jamais teria deparado com apelos com aquele escopo? Decididamente, não.

Essa discrepância, naturalmente, repercutiu, instando a Seção do Distrito Federal da Ordem dos Advogados do Brasil a remeter ofício ao Superior Tribunal de Justiça pedindo por maior objetividade e clareza nos critérios de admissibilidade recursal:

Pelos advogados militantes, tanto nessa matéria como em qualquer outra, as informações trazidas a esse Conselho dizem respeito a uma forte aplicação de jurisprudência defensiva, bem como à divergência de sua incidência a depender da parte recorrente. Conforme narrado pela advocacia e comprovado pelo estudo realizado, o tema é especialmente notado a partir da aplicação do Enunciado da Súmula nº 7 dessa C. Corte com frequência menor aos recursos interpostos pelo Ministério Público, do que naqueles interpostos pelos réus nas ações de improbidade e nas ações penais.

Eis que surge, todavia, uma indagação: será possível objetivar a incidência da Súmula 7? A perseverar a tese que tenho desenvolvido no sentido de uma aplicação discricionária, visando em parte a critérios de gestão, conveniência ou oportunidade, penso que não, de modo que encaro a pesquisa e o ofício acima referidos menos como potencialmente eficazes de influenciar de fato a admissibilidade recursal e mais como instrumentos de constrangimento epistemológico⁴⁵⁷, que buscam em verdade desnudar o caráter simbólico do enunciado para revelar-lhe a verdadeira vocação — o que absolutamente não desmerece pesquisa e ofício; antes, os enaltece.

Estou, pois, com Knijink, a partir da leitura que lhe empresta Henrique Araújo Costa ao

⁴⁵⁵ CARNEIRO, Rafael Araripe. STJ em números: improbidade administrativa. *Jota*, São Paulo, 6 jun. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stj-em-numeros-improbidade-administrativa-06062020>. Acesso em: 10 out. 2021.

⁴⁵⁶ CARNEIRO, Rafael Araripe. O STJ e as partes: faz diferença quem recorre? *Jota*, São Paulo, 21 jun. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-stj-e-as-partes-faz-diferenca-quem-recorre-21062020>. Acesso em: 10 out. 2021.

⁴⁵⁷ Como já disse, a primeira referência que temos da expressão, declaradamente inspirada em Bernd Rüthers, é de Lenio Streck em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/direito-constrangimento-epistemologico-streck/>; ainda: STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramentos; Casa do Direito, 2020. p. 61-67.

acusar a inviabilidade de um *standard* geral de admissibilidade separador de *fato-direito* que conduz à conclusão de que *nenhuma contribuição séria chegaria a uma fórmula que sintetizasse com clareza absoluta essas questões, mesmo porque para tanto seria necessário um verdadeiro glossário de termos dessa síntese. “O que se tem na verdade são opções por procedimentalidade, quais sejam, a admissibilidade ou a vedação do conhecimento do recurso e todo esse jogo não pode ser reduzido a fórmulas, nem a métodos e, muito menos a súmulas.”*⁴⁵⁸

Daí a proposta de Knijnik, que elegantemente — o aspecto paradoxal me parece proposital — sugere como redação alternativa para o enunciado 7 texto que, se de um lado admite o próprio caráter contingencial, de outro elege o aspecto sistêmico do Direito como orientador e balanceador da análise, para fins de admissibilidade, da gradação que oscila entre direito e norma (tendo as questões mistas no meio):

Não se conhecerá do recurso especial tendo por objeto questões preponderantemente fáticas. As questões mistas, entretanto, poderão ou não ser revisadas “*in jure*”, desde que certos requisitos se façam presentes, quais sejam (1) a existência de dúvida quanto à observância da margem de decisão e (2) a possibilidade, ao ensejo de revisá-la, de proceder-se a um desenvolvimento posterior do direito, circunscrevendo seu âmbito de aplicação. Nessa definição, poderá o intérprete servir-se de critérios indicadores alternativos — efeito exemplificativo, repetibilidade, transcendência e relevância.⁴⁵⁹

Se a proposta acima, mais de apelo dogmático que prático, pode sofrer natural resistência, não é menos verdade que ela traz consigo o predicado de dar às coisas nome mais próximo do que de fato são, e não do que deveriam aparentar ser. Seja como for, ainda na pendência de propostas que visam a inserir também em recurso especial a relevância como pressuposto de admissibilidade, as súmulas, particularmente a de n. 7, têm feito as vezes de filtro (discricionário) de relevância.

3.4.3 A discricionariedade judicial alcança as reclamações constitucionais

Se, por um lado, a apreensão gestora-discricionária dos precedentes no modelo brasileiro buscou objetivar o julgamento de teses em detrimento de demandas subjetivas individualizadas, isso não se deu sem que a insegurança propiciada pela resistência da *práxis*

⁴⁵⁸ COSTA, Henrique Araújo. *Reexame de prova em recurso especial*. 2006. 244 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 45. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6962>. Acesso em 10 out. 2021.

⁴⁵⁹ KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e questão de fato: por uma teoria tricotômica*. 2002. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002. p. 280.

— judicial e advocatícia — buscasse uma alternativa sobre o controle da observância dos próprios precedentes.

Como resultado da introdução, entre 2006 e 2007, da repercussão geral e dos recursos repetitivos, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, percebendo o incremento no número de reclamações, firmaram posição pelo seu descabimento contra decisão que aplicasse, correta ou incorretamente, precedente (STJ, AgRg na Rcl 10.805/RS, Segunda Seção, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 4.2.2013; STF, AI 760.358 QO, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 19.11.2009). Até mesmo antes, o STJ já havia se orientado na direção de não admitir reclamação como sucedâneo recursal (Rcl 184/SP, Primeira Seção, DJ de 25.10.1993).

Em importante julgado, proferido na Rcl 10.793/SP em 13.4.2011, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, lançaria as bases de entendimento que se desenvolveria mais adiante, assentando que a competência da Corte sobre casos concretos se encerraria com o julgamento de repercussão geral, a partir de quando a aplicação ou não do entendimento aos casos concretos seguintes deveria centrar-se nas instâncias ordinárias até mesmo para “desafogar o Supremo Tribunal Federal”:

O instituto da repercussão geral sobreveio como instrumento para desafogar o Supremo Tribunal Federal e racionalizar a sua atividade jurisdicional, restringindo o conhecimento dos recursos extraordinários àqueles que apresentem questão constitucional de tal relevância que sua solução seja do interesse da sociedade e não apenas das partes. Daí porque se tem falado na objetivação do julgamento dos recursos extraordinários a partir da implantação do requisito da repercussão geral. (...) A cassação ou revisão das decisões dos Juízes de primeiro grau, contrárias à orientação firmada em sede de repercussão geral, deve ser feita pelo Tribunal a que estiverem vinculados, pela via recursal ordinária, normalmente mediante agravo de instrumento, apelação, agravo de petição, recurso ordinário ou recurso de revista, conforme a natureza da decisão recorrida. Caso contrário, o instituto da repercussão geral, ao invés de desafogar esta Corte e liberá-la para a discussão das grandes questões constitucionais, passaria a assoberbá-la com a solução dos casos concretos, inclusive com análise de fatos e provas, trabalho que é próprio e exclusivo dos Tribunais de segunda instância.

(...) conquanto o decidido nos recursos extraordinários submetidos ao regime da repercussão geral vincule os outros órgãos do Poder Judiciário, sua aplicação aos demais casos concretos, em observância a essa nova sistemática instituída pela EC 45/2004 e regulamentada pela Lei 11.418/2006, não deverá ser buscada, diretamente, nesta Suprema Corte. (...)

Por todas essas razões, observa-se que o instrumento da reclamação não pode ser utilizado a fim de que, *per saltum*, seja aplicado o entendimento firmado no RE 600.885-RG/RS a processo em curso no primeiro grau de jurisdição.

Estava posto, ainda que implicitamente, o posicionamento no sentido de se exigir o prévio exaurimento das instâncias ordinárias como condição para conhecimento de reclamação, em linha com o que a lei regulamentadora já havia feito com a reclamação contra inobservância de enunciado de súmula vinculante pela Administração, impondo-se prévio esgotamento das instâncias administrativas (artigo 7º, § 1º, da Lei 11.417/2006).

Eis que sobrevém o Código de Processo Civil de 2015, cuja redação original trazia no artigo 988, IV, o cabimento de reclamação com vistas a “garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência”. Dada a vagueza da disposição, era duvidosa a necessidade de prévio exaurimento ou não das instâncias ordinárias.

Foi acionada, então, ainda na *vacatio legis* do Código, proposta de mudança legislativa autuada perante a Câmara dos Deputados como Projeto de Lei n. 2.384/2015, de cuja redação original constaria a alteração do inciso IV do artigo 988 e a introdução de um inciso II no § 5º:

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: (...)

§ 5º É inadmissível a reclamação: (...)

II – proposta perante o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça para garantir a observância de precedente de repercussão geral ou de recurso especial em questão repetitiva.

Da justificativa apresentada na referida proposição, constou expressamente que:

O cabimento de reclamações e agravos aos tribunais superiores das decisões das Cortes de origem e demais juízos que apliquem os precedentes originados dos julgamentos com repercussão geral (STF) ou em recursos repetitivos (STJ) (arts. 988, IV, e 1.042, I, II e III), inviabilizará, em pouco tempo, o funcionamento destas Cortes superiores, configurando um retrocesso sem precedentes no processo de racionalização do trabalho de todo o Poder Judiciário, inaugurada com a sistemática de julgamento por precedentes, viabilizada pela reforma do Poder Judiciário, em 2004 e com a consequente implantação da repercussão geral nos recursos extraordinários, seguida do regime de julgamento de recursos repetitivos no STJ. (...)

Com o objetivo de assegurar a efetividade das mudanças havidas, os tribunais superiores assentaram, em sua jurisprudência, que não admitiriam recursos nem reclamação contra as decisões adotadas pelos tribunais quando aplicassem os precedentes originados dos julgamentos nos regimes antes indicados. Por inúmeras decisões, o STF e, na sequência, o STJ deixaram claro que não mais examinariam individualmente os recursos nos casos de questões constitucionais e infraconstitucionais por eles já avaliadas e decididas. Perceberam que, se assim não estabelecessem, toda a sistemática da repercussão geral e dos recursos repetitivos teria sido em vão, pois, após o aguardo do surgimento do precedente de efeitos expansivos, sempre haveria possibilidade de agravos ou reclamações das decisões que o aplicassem nas

instâncias de origem, o que permitiria que cada processo chegasse individualmente aos tribunais superiores, quebrando por completo a lógica do sistema que se construíra.⁴⁶⁰

Em discurso por ocasião dos debates a respeito da proposta, o Deputado Paulo Teixeira, que havia sido o relator na Câmara dos Deputados do projeto que culminaria no Código de Processo Civil de 2015, não poderia ter sido mais expresso sobre as origens da alteração:

Mas eu quero fazer uma proposta de acordo com V. Exa. Por quê? Qual foi a natureza dessa mudança no Código de Processo Civil, sendo que o Código entrará em vigor em março do ano que vem, e foi sancionado em março deste ano? Por que nós estamos mudando o Código de Processo Civil?

Nós estamos mudando, porque o Supremo Tribunal Federal fez uma reivindicação: limitar e acabar com as reclamações. E o Superior Tribunal de Justiça fez outro pedido: que eles não ficassem com juízo de admissibilidade. Portanto, é ponderável que esta Casa dialogue com essas duas instâncias do Judiciário, para atender essas duas reivindicações.

Nós estamos de acordo em devolver o juízo de admissibilidade. Eu achava estranho que eles devolvessem um poder, mas V. Exa. aperfeiçoou, fazendo com que eles devolvam o poder com o parâmetro de juízo de admissibilidade. Nós estamos de acordo com essa mudança que V. Exa. está fazendo. E também quando V. Exa. atende o Supremo Tribunal Federal, limitando as reclamações.⁴⁶¹

Ocorre que, durante a tramitação, um substitutivo alteraria o mencionado inciso II, ressuscitando o cabimento da reclamação, embora condicionada ao prévio exaurimento das instâncias ordinárias:

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: (...)

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;

§ 5º É inadmissível a reclamação: (...)

II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

⁴⁶⁰ BRASIL. *Projeto de Lei n. 2.468/2015*. Disciplina o processo e julgamento do recurso extraordinário e do recurso especial e dá outras providências. Brasília. Câmara dos Deputados, [2015]. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1366100&filename=Tramitacao-PL+2468/2015. Acesso em: 12 nov. 2021.

⁴⁶¹ Discurso do Deputado Paulo Teixeira, em sessão da Câmara dos Deputados de 20.10.2015. Disponível em: <https://bit.ly/3Dbuarz>. Acesso em: 12 nov. 2021.

A proposição seria aprovada na forma do substitutivo, culminando na Lei n. 13.256/2016 e observando, ainda antes de sua entrada em vigor conjuntamente com o Código de 2015, que aquela norma alterara, decisões no âmbito do Supremo Tribunal Federal já aplicando sua *ratio* (RCL-AgR 20.892, julgado em 15.3.2016).

Sintetizando, investidas judiciais no trato com precedentes e com a jurisprudência buscaram objetivar julgamentos e, em larga medida, propiciar um filtro que teria o condão de aprimorar a gestão de processos no âmbito dos tribunais superiores. Essa estratégia, contudo, enfrentou reações do e no sistema, que, de igual modo, inspiraram respostas e adaptações, aqui abordadas a partir do instituto da reclamação.

Em que pesem essas respostas e adaptações jurisdicionais, a partir de 2016, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 e com a positivação da reclamação como instrumento apto a assegurar a observância de precedentes vinculantes, ainda que se exigisse o esgotamento das instâncias ordinárias, notou-se, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, uma elevação súbita no número de ajuizamento daquela ação originária específica, que saiu da casa das trezentas em 2015 para mil em 2016 e mil e seiscentas em 2017.⁴⁶² Fatalmente, a aposta no sistema de precedentes como forma de limitar a subida de casos idênticos trouxe consigo o efeito colateral de uma migração de inconformismos para a reclamação, o que, porém, não tardaria a provocar uma nova adaptação judicial acerca do instituto.

O Supremo Tribunal Federal, então, voltou a debater o cabimento de reclamação contra inobservância de paradigma firmado em repercussão geral. Ainda que decisões tenham sugerido a possibilidade⁴⁶³, a jurisprudência tem se reafirmado no sentido de que, ressalva feita a teratologia — expressão vaga e duvidosa que, em minhas pesquisas, não logrou revelar nenhuma situação autorizadora do cabimento da reclamação —, a reclamação continuaria a não

⁴⁶² Os dados apresentados foram sistematizados a partir das planilhas “Acervo de Lista Geral” e “Acervo de Ações Originárias”, ambas disponibilizadas no seguinte endereço eletrônico: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual>. Acesso em: 4 set. 2018. A primeira reúne compilado de dados de processos autuados entre 1968 e 2016. A segunda apresenta um compilado de informações sobre ações originárias ajuizadas entre 2016 e 2018.

⁴⁶³ Na RCL 26.300, o relator, Ministro Ricardo Lewandowski, em decisão posteriormente ratificada em sede de agravo interno pela Segunda Turma, assentou que “antes da entrada em vigor do CPC/2015 (...) era pacífica em considerar incabíveis reclamações que apontassem como paradigma um *leading case* de repercussão geral (...)”. Inobstante isso, decidiu-se que “a excepcionalidade assinalada na decisão proferida por esta Suprema Corte, sob a sistemática da repercussão geral, não ficou caracterizada, pois não foi feito pelos julgadores o mero juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame, havendo, de fato, substituição da banca examinadora pelo Poder Judiciário, que, para reconhecer o ‘erro de correção’, foi além do controle de legalidade, fazendo interpretação da questão e alterando as notas atribuídas aos candidatos. Verifica-se, portanto, que a decisão reclamada descumpriu a orientação firmada por este Tribunal, no julgamento do RE 632.853-RG/CE (Tema 485)”. No mesmo sentido: Rcl 26.874 AgR/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 12.11.2019.

ter lugar.⁴⁶⁴ Adicionalmente, também no âmbito daquela Corte, chamou atenção a revisão de posicionamento anterior, que entendia descabidos honorários sucumbenciais em sede de reclamação por ausência de causalidade (Rcl 16.418 AgR-ED, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 18.6.2014), mas que, de súbito, após a entrada em vigor do CPC de 2015, passou a admitir a verba, com inequívoco propósito não somente compensatório, mas também sancionatório e, por isso, dissuasivo (Rcl 25.160 AgR-ED, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 6.10.2017).

O ápice dessa investida, nada obstante, se daria inegavelmente com o julgamento da Rcl 36.476, DJe de 6.3.2020, pelo Superior Tribunal de Justiça, em que se discutiu a possível aplicação equivocada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo de tese repetitiva firmada por aquele tribunal superior (Tema 658). No voto-condutor, a questão da reclamação à vista da sistemática dos recursos repetitivos foi pontuada da seguinte maneira:

Em que pese essa reforma tenha tido o nítido propósito de racionalizar a prestação jurisdicional do STJ em face do fenômeno brasileiro da litigiosidade em massa, a implementação da sistemática dos recursos especiais repetitivos teve o efeito de aumentar, consideravelmente, o número de reclamações ajuizadas neste STJ, o que ensejou novos debates quanto ao instituto.

Indo além, o voto-condutor consignou expressamente a influência dos tribunais sobre a proposição que culminaria na Lei n. 13.256/2016:

É de conhecimento geral na comunidade jurídica que, quando promulgada a versão inicial do Código de Processo Civil de 2015, este STJ, juntamente com o STF, manifestou intensa preocupação quanto ao impacto de algumas das novas regras na cotidiana atividade jurisdicional do Tribunal. O temor da Corte, que infelizmente se arrasta há mais de uma década, mesmo antes da criação da sistemática dos recursos especiais repetitivos, diz com o crescente número de processos que aqui são distribuídos, situação que inevitavelmente compromete a celeridade e a qualidade da prestação jurisdicional esperada pelo jurisdicionado.

Foi por isso que representantes do STJ, e também do STF, encaminharam aos membros do Poder Legislativo o pleito para que fosse restaurado o duplo juízo de admissibilidade até então vigente. Essa demanda foi acolhida no Projeto de Lei n. 2.384/2015, o qual, ao final, resultou na mencionada Lei 13.256/2016. Acontece que a preocupação relativa ao juízo de admissibilidade dos recursos especiais e extraordinários não foi a única externada pelo STJ e STF ao

⁴⁶⁴ “Agravo regimental em reclamação. 2. Reclamação contra decisão que, na origem, aplica tese firmada por esta Corte no âmbito da repercussão geral. Ausência de teratologia. Não cabimento.” Rcl 29.039 AgR, Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 20.4.2018, processo eletrônico DJe 081, divulg 25.4.2018, public 26.4.2018. No mesmo sentido: Rcl 28.283 AgR, Relator: Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 7.11.2017, processo eletrônico DJe-261 divulg 16.11.2017, public 17.11.2017; e Rcl 28.338 AgR, Relator: Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 27.10.2017, processo eletrônico DJe-258 divulg 13.11.2017, public 14-11-2017; Rcl 35.086, Relator: Min. Luiz Fux, julgado em 12.6.2019, processo eletrônico DJe-129 divulg 13.6.2019, public 14.6.2019.

Congresso Nacional. A redação original do CPC/15 também gerava risco grave de incremento da sobrecarga nas atividades destes Tribunais quanto ao julgamento de reclamações e agravos, mormente em se tratando de discussão de temas

Dali em diante, o esforço argumentativo do voto-condutor seria dedicado à demonstração de raciocínio segundo o qual, a despeito de durante a tramitação haver sido revigorado o cabimento da reclamação, mediante prévio esgotamento das instâncias ordinárias, essa não teria sido, na realidade, a intenção do legislador, sobretudo se considerada a alteração promovida no inciso II do *caput* do artigo 988, do qual havia sido suprimida a hipótese de cabimento relativa à inobservância de precedente firmado em recursos repetitivos:

Quer dizer, no mesmo ato normativo, o legislador visivelmente excluiu uma hipótese de cabimento da reclamação e, passo seguinte, regulamentou essa hipótese que acabara de excluir, agregando-lhe um pressuposto de admissibilidade. (...)

Nesse passo, poder-se-ia argumentar que a vedação, em absoluto, do cabimento da reclamação para a observância de tese oriunda de recurso especial repetitivo trataria de mera proposta do signatário do PL 2.468/2015, não acolhida, ao fim, pelo Congresso Nacional, tanto que acrescentado o famigerado pressuposto do esgotamento das instâncias ordinárias ao § 5º. Contudo, em aprofundado exame da tramitação do projeto de Lei tanto na Câmara dos Deputados como no Senado Federal, o que se observa é que, em todas as suas manifestações, os membros do Legislativo ratificaram a opção de extinguir o cabimento da reclamação voltada ao controle da aplicação dos temas repetitivos e da repercussão geral.

E foi além o voto-condutor:

Todavia, ao modificar, no substitutivo, a redação do texto do inciso II do § 5º do art. 988, o relator não fez qualquer menção a eventual rejeição à proposta original de extinguir o cabimento da reclamação para a hipótese em tela; pelo contrário, reiterou em seu parecer que o cabimento de reclamação e agravo para impugnar a aplicação de precedente originado de recurso repetitivo ou de repercussão geral iria na contramão dos esforços de racionalização dos trabalhos do STJ e do STF. (...)

Apesar de extensas – pelo que se pede as devidas escusas –, as transcrições acima destacadas revelam o cenário político no qual a reforma da Lei 13.256/2016 foi concebida e aprovada, sendo possível dele extrair, sem margem de dúvida, que a norma visou, nesse particular, ao fim da reclamação dirigida ao STJ e ao STF para o controle da aplicação dos acórdãos sobre questões repetitivas.

É dizer que o racional empreendido no aludido voto se deu no sentido de que, inobstante a alteração promovida em sede de substitutivo, esse aparente recuo durante a tramitação se deveu a uma má técnica legislativa, que mereceria ser ignorada à vista não da votação da

proposição, mas dos discursos e do silêncio do parecer. Ou seja, houve uma espécie de invocação da *voluntas legislatoris* somente naquilo que coadunasse a versão original da proposta, ainda que o resultado final indicasse disposição expressa em sentido diverso. Ao fim e ao cabo, concluiu-se que o controle sobre observância ou não de precedentes firmados em repetitivos se daria primordialmente junto às instâncias ordinárias ou, quando muito, subsidiariamente, perante o Superior Tribunal de Justiça, mas pela via recursal adequada:

Por todos esses elementos, a conclusão que se alcança é que a reclamação constitucional não trata de instrumento adequado para o controle da aplicação dos entendimentos firmados pelo STJ em recursos especiais repetitivos. Esse controle é próprio do sistema recursal, ressalvada a via excepcional da ação rescisória, tal como desenhou o legislador no CPC.

O entendimento mereceu oposição de minoria, que asseverou em um dos votos-vista que o deslocamento do cabimento da reclamação na hipótese de recursos repetitivos de inciso do *caput* para um de seus parágrafos não revelava nenhuma inconsistência, cabendo ao Superior Tribunal de Justiça, como prolator do precedente, o controle sobre sua observância, com a ressalva do prévio esgotamento:

Longe de ter se criado um paradoxo, penso que houve, apenas, para o caso específico do art. 988, § 5º, II, a exigência do prévio esgotamento das instâncias ordinárias, tal como consta na literalidade do dispositivo, de forma a evitar que toda decisão judicial, em qualquer grau de jurisdição, possa ser questionada direta e imediatamente por meio de reclamação, como ocorre com as demais hipóteses elencadas nos incisos que seguem o *caput* do art. 988 do CPC.

Não bastasse isso, pedindo escusas pela obviedade, entendo competir ao Superior Tribunal de Justiça manter íntegra e coesa sua própria jurisprudência, especialmente a concernente ao subsistema de recursos especiais repetitivos. Consoante os inúmeros dispositivos que tratam do assunto, o controle da aplicação das teses firmadas em precedentes obrigatórios fica a cargo dos órgãos judiciais prolatores das referidas decisões.

Esses argumentos, contudo, não sensibilizaram a maioria, ainda que apertada, formada em torno do descabimento da reclamação. De minha parte, porém, a posição merece ressalvas. Em primeiro lugar, releva o fato de que a decisão, ainda que emanada da Corte Especial, não é vinculante, não se inserindo no rol do artigo 967 do Código de Processo Civil. Em segundo lugar, o julgado não foi nem sequer lavrado em sede de embargos de divergência (sabidamente manejáveis em especial, mas que poderiam ter enfrentado o ponto), de modo a uniformizar o entendimento do Tribunal sobre a questão.

O que quero salientar, em suma, é que a discussão sobre o (des)cabimento da reclamação para fins de observância de precedente firmado em repetitivos não parece ter se encerrado com o referido julgado, sendo ainda incipiente e carecendo de maturação e conclusão. É que, imediatamente após a notícia do referido julgamento, dúvidas foram lançadas até mesmo sobre sua constitucionalidade⁴⁶⁵, eis que, sem declarar a inconstitucionalidade do artigo 988, § 5º, II, do Código de Processo Civil, mediante instauração de incidente de arguição, reduziu seu conteúdo normativo a zero:

É dizer: a interpretação sistemática, histórica, teleológica não pode reduzir a norma posta a um conteúdo vazio. Para afastar o conteúdo da lei posta, o juiz precisa reconhecer a inconstitucionalidade da norma. Se não houver inconstitucionalidade, o juiz deve aplicar a lei. É com esse espírito que o Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que se reputa “declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que – embora sem o explicitar – afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição.” (ementa do acórdão proferido no RE 240.096, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 21/5/99).⁴⁶⁶

Ainda além, como se extrai do voto-condutor da Rcl n. 36.476/SP, foram invocados fundamentos históricos e lógicos para se sustentar a tese de que a reclamação não acomodaria a inobservância ou a aplicação indevida de precedente firmado no julgamento de recursos especiais repetitivos. Ocorre que fundamentos históricos e lógicos também há, em muito maior medida, em favor da tese contrária.

A reclamação, desde a introdução da técnica de julgamento dos recursos especiais repetitivos, tem funcionado como amparo em favor da prevalência do precedente dela resultante, como se colhe de outro julgado do Superior Tribunal de Justiça:

Não há, nesta esteira, mácula a jurisprudência, súmula ou orientação adotada na sistemática dos recursos repetitivos do STJ a ser tutelada na via da reclamação, porque a origem asseverou que, na ausência de engano justificável, a devolução se daria em dobro (justamente o que assevera esta Corte Superior). (AgRg na RCL n. 7.508/RJ, Primeira Seção, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ de 14.2.2012).

⁴⁶⁵ Deferindo liminar em reclamação ajuizada com base na Súmula Vinculante n. 10, sob o fundamento de que a Corte Especial do STJ, ao negar vigência a dispositivo de lei federal sem declará-lo inconstitucional, vulneraria a cláusula de reserva de plenário, conferir: STF, Rcl 43.169, DJ de 9.9.2020.

⁴⁶⁶ QUINTAS, Fábio Lima. A missão constitucional do STJ e a reclamação contra repetitivo. *Revista Consultor Jurídico*, 15 fev. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-15/observatorio-constitucional-missao-constitucional-stj-reclamacao-repetitivo>. Acesso em: 12 nov. 2021.

A única mudança promovida pela Lei n. 13.256, e supervalorizada no bojo da Rcl n. 36.476/SP, consistiu em retirada do julgamento repetitivo do rol do artigo 988 com sua alocação no § 5º, II, o que, porém, em absoluto, não eliminou a aludida hipótese de cabimento. É dizer que, muito ao contrário do raciocínio de que o legislador teria eliminado a hipótese de cabimento, mas, “paradoxalmente”, estabelecido condição ao seu exercício (prévio esgotamento das instâncias ordinárias), como se aduziu no acórdão da Rcl n. 37.476/SP, o que houve — ao menos isso é muito mais verossímil — foi a opção legislativa por não se prever o cabimento da reclamação para resguardo de precedente firmado em recursos especiais repetitivos de modo dissociado, isolado, de seu pressuposto (prévio exaurimento das instâncias ordinárias).

A rigor, é o caso de se perceber que o inciso II do *caput* do artigo 988 manteve o cabimento da reclamação para “garantir a autoridade das decisões do tribunal”, sendo crível que o inciso, por “*decisões*”, contemple aquelas proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento de recursos especiais repetitivos, ainda que, a teor do § 5º, II, se exija o prévio esgotamento das instâncias ordinárias.

Em outras palavras, para mim faz muito mais sentido, lógico, sistemático e semântico, admitir que a Lei n. 13.256 teve o escopo, apenas e tão somente, de estabelecer pressuposto para o cabimento de reclamação fundada em julgado proferido em recursos especiais repetitivos; o § 5º, II, do artigo 988, pois, elucidou e restringiu o inciso II do *caput*, sem eliminar a via reumatória como hábil ao resguardo do precedente firmado em repetitivos.

Em abono, o mesmo Superior Tribunal de Justiça, após a mudança promovida pela Lei n. 13.256, reiterou o cabimento da reclamação para observância de precedente firmado em recursos especiais repetitivos, desde que previamente exauridas as instâncias ordinárias, como evidenciam julgados ilustrativos da afirmação.⁴⁶⁷ Isto é, o próprio Superior Tribunal de Justiça, no passado recente, à luz da Lei n. 13.256, adotou a leitura de que o § 5º, II, do artigo 988 não extinguiu a inobservância de precedente firmado em julgamento de recursos especiais repetitivos como hipótese de reclamação, mas, isto sim, apenas a limitou, impondo como condição o exaurimento das instâncias ordinárias.

Adicionalmente, se a interpretação lógico-sistemática foi um dos fundamentos invocados por ocasião do julgamento da Rcl n. 36.476/SP, a conclusão alcançada naquele julgado, todavia, aparenta na realidade desprestigiar a própria lógica em favor da qual diz

⁴⁶⁷ Rcl 32.391/SP, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 13.12.2017, DJe de 18.12.2017; Rcl 37.081/SP, Relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, julgado em 10.4.2019, DJe de 23.4.2019.

advogar. Isso porque, a prevalecer o raciocínio, não só o § 5º, II, do artigo 988 do Código de Processo Civil se tornaria letra morta, como, ainda, os julgamentos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recursos especiais repetitivos se tornariam, na prática, a única espécie de precedente judicial privada de proteção pela via da reclamação. É que o incidente de resolução de demandas repetitivas e o incidente de arguição de competência seguem desafiando reclamação; de igual modo, a repercussão geral, situada no mesmo § 5º, II, do artigo 988, segue sendo passível de reclamação, segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.⁴⁶⁸

Ou seja: fizesse sentido o raciocínio externado na Rcl n. 36.476/SP, o inciso II do § 5º do artigo 988 do Código de Processo Civil haveria de inviabilizar a reclamação tanto para a defesa de precedente firmado em recursos especiais repetitivos como para aquele firmado em repercussão geral. O que se vê, nada obstante, é uma ausência de paralelismo, com o Supremo Tribunal Federal admitindo a medida com amparo no sobredito dispositivo, enquanto o Superior Tribunal de Justiça, não.

De mais a mais, a incongruência igualmente se evidencia a partir da seguinte passagem do acórdão lavrado na Rcl n. 36.476/SP:

6. De outro turno, a investigação do contexto jurídico-político em que editada a Lei 13.256/2016 revela que, dentre outras questões, a norma efetivamente visou ao fim da reclamação dirigida ao STJ e ao STF para o controle da aplicação dos acórdãos sobre questões repetitivas, tratando-se de opção de política judiciária para desafogar os trabalhos nas Cortes de superposição.

7. Outrossim, a admissão da reclamação na hipótese em comento atenta contra a finalidade da instituição do regime dos recursos especiais repetitivos, que surgiu como mecanismo de racionalização da prestação jurisdicional do STJ, perante o fenômeno social da massificação dos litígios.

8. Nesse regime, o STJ se desincumbe de seu múnus constitucional definindo, por uma vez, mediante julgamento por amostragem, a interpretação da Lei federal que deve ser obrigatoriamente observada pelas instâncias ordinárias. Uma vez uniformizado o direito, é dos juízes e Tribunais locais a incumbência de aplicação individualizada da tese jurídica em cada caso concreto.

Uma vez mais, entendo haver falhas graves no raciocínio que denunciam seu afastamento do direito em favor de uma aproximação com a discricionariedade: fosse o papel do Superior Tribunal de Justiça limitado à uniformização endógena sobre a aplicação do direito federal, inexistiria hipótese de cabimento recursal calcada em dissídio jurisprudencial (que, vale dizer, pode se dar entre o acórdão recorrido e acórdão paradigma do próprio Superior Tribunal de Justiça); isto é, se, de fato, o papel do Superior Tribunal de Justiça se exaurisse com a definição do entendimento sobre a aplicação do direito federal — não alcançando o zelo pela

⁴⁶⁸ STF, Primeira Turma, Rcl 26.874 AgR/SP, DJ de 19.12.2019.

observância do entendimento sufragado —, não haveria que se falar em cabimento de especial por divergência em relação ao entendimento daquela Corte.

Em adição, se o precedente é firmado em recursos especiais repetitivos, decerto que tem ele o condão de alcançar controvérsia, dotada de multiplicidade, consistente em resistência da parte de tribunais estaduais e regionais federais contra entendimento jurisprudencial sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça; ou seja, é plenamente possível que a controvérsia repetitiva diga respeito, exatamente, a dissenso jurisprudencial entre Cortes de segundo grau e aquele Tribunal Superior.

Dá que, penso eu, a reclamação, bem ao revés de ir contra a finalidade dos recursos especiais repetitivos, na verdade resguarda o instituto, assegurando mecanismo que faça prevalecer o precedente frente à sua possível inobservância. Desse modo, o que teria o potencial de esvaziar a dinâmica de julgamento dos recursos repetitivos, isto sim, é o raciocínio adotado na Rcl n. 36.476/SP, em favor da falta de instrumento que tutele a prevalência do que decidido, eis que a controvérsia jurídica remanescerá e seguirá sendo múltipla, apenas não chegando ao Superior Tribunal de Justiça⁴⁶⁹, que, por isso, terá sua decisão, em certo sentido, passível de ser esvaziada.

O caso trazido pela Rcl n. 36.476/SP é mesmo emblemático: arvorando-se no racional de que a Lei n. 13.256 teve o objetivo de endereçar a delicada questão da sobrecarga de trabalho do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, disso não se ousa divergir; o que se está aqui a dizer, sem prejuízo, é que, seguramente, não pode(ria) o diploma, a pretexto de diminuir o fluxo de casos, fazê-lo sob o sacrifício da segurança jurídica.

3.5 UM FECHO DO CAPÍTULO E DA PARTE I

Em arremate deste capítulo, o que se vislumbra com o tema dos precedentes no Brasil é um tenaz uso do instituto não — ou ao menos não apenas — para resguardo da segurança jurídica e da uniformidade, mas como estratégia viabilizadora de uma gestão jurisdicional da litigiosidade muitas vezes capaz de obstar um verdadeiro enfrentamento de casos.

⁴⁶⁹ Não há, hoje, clareza sobre que medida caberia contra acórdão proferido por tribunal de segundo grau em agravo interno contra inadmissibilidade de recurso especial em razão de ele teoricamente destoar de precedente firmado em repetitivos: (i) não haveria falar em agravo em recurso especial, pois não se cuida de decisão da Presidência/Vice-Presidência fulcrada no artigo 1.030, V, do CPC; (ii) não haveria, tampouco, falar em novo recurso especial, haja vista ser discutível haver “causa decidida”, a teor do artigo 105, III, da Constituição. A via remanescente, por consequência, seria a reclamação, que não poderia, por isso, ser subtraída do sistema.

Estratégia essa que se adapta conforme encontre dificuldades, mas que não se despe nem renega — antes, assume — seu viés de preservação e otimização da capacidade de julgamento dos tribunais. Seja o artifício legítimo ou não em seu propósito, fato é que a forma por meio da qual ele se descortina acena com argumentos que, ainda quando se camuflam como jurídicos, têm cariz prático, pragmático e, em certo sentido, discricionário do ponto de vista do que é conveniente para o sistema jurisdicional, com ou sem o patrocínio da lei.

Não se pode relacionar maior ou menor segurança jurídica com esse ou aquele modelo — *civil* ou *common law*. A previsibilidade ou imprevisibilidade se revela a partir de como o modelo é operado, não consistindo em traço ontológico. Por isso, o manuseio de precedentes, a par de nada garantir do ponto de vista sistêmico, na verdade, evidencia, no Brasil, apenas mais um subsídio apropriado discricionariamente por uma ideologia judicial ainda predominante. Se “argumentar por lei ou por precedente não assegura, por si só, uma resposta hermeneuticamente autêntica”⁴⁷⁰, uma profusão de institutos e técnicas mescladas nada fará se não combatida, na raiz, uma propensão à sua subversão em favor da perseverança da discricionariedade judicial como dogma.

Já em arremate desta Parte I, concluo o diagnóstico de uma discricionariedade judicial subvertida e disseminada em tempos de pós-positivismo, enraizada na prática judiciária brasileira e afiançadora de uma insegurança bastante sensível. Tendo identificado as bases que arrimariam o uso da discricionariedade como fundamento e como estratégia, passo, na Parte II seguinte, a testá-las e, pretensamente, falseá-las.

⁴⁷⁰ ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: RT, 2014. p. 319.

PARTE II – A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL (FALSEADA) EM PERSPECTIVAS

Esta parte II do trabalho aborda as bases teóricas e práticas sustentadoras do uso da discricionariedade e contrapõe a elas argumentos desmerecedores de sua validade perante o/no direito. São quatro as perspectivas de que me valho: neurojurídica, semiológica, hermenêutica e sistêmica/sociológica.

Como já adverti antes, ainda que a discricionariedade se revele um problema essencialmente — ou exclusivamente — filosófico⁴⁷¹, na medida em que ele se relaciona às formas de compreensão e de interpretação do direito e do mundo, foi possível notar que seus sustentáculos emergem de retalhos teóricos não necessariamente coerentes. Com base nisso, a ideia por detrás desta Parte II é explorar, por distintos pontos de vista filosóficos, epistêmicos e teóricos, o problema da discricionariedade, seja para denunciá-la como uma impossibilidade segundo as próprias bases em que se arrima, seja para falseá-la segundo perspectivas que de algum modo se demonstraram pertinentes à pesquisa empreendida.

Quero com isso dizer, uma vez mais, que, ao abordar o objeto a que me propus e as fundações que a discricionariedade lança para si, embrenharei diferentes óticas que, por vezes, podem sugerir alguma dissonância entre si, mas o faço com a observação de que essa difusão deve ser creditada mais a dificuldades e a problemas próprios do objeto de pesquisa — e que denunciam suas fragilidades — que de uma confusão metodológica de minha parte.

⁴⁷¹ ARANGO, Rodolfo. *¿Hay respuestas correctas em el Derecho?* 2. ed. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2016. p. 70-71; TASSINARI, Clarissa. Ensaio sobre filosofia, teoria do direito e atuação do Judiciário. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 141.

4. DECIDIR NÃO É ESCOLHER: UMA PERSPECTIVA NEUROJURÍDICA

A essência da ideia de discricionariedade é creditar ao processo decisório alguma margem incontrolável de (livre) escolha. Em contraposição a esse ideal, ponho em dúvida o próprio mito de escolhas livres. Reféns de nossos subconscientes, nos apegamos a um mantra de racionalidade ilusória, ignorando vieses cognitivos e atalhos mentais que tornam nossas escolhas produto de um universo que foge em sua maior parte ao nosso próprio conhecimento, quanto mais ao nosso domínio. A discricionariedade, assim, parece, na verdade, funcionar como receptáculo de juízos morais açodados e automáticos; não apenas para conferir-lhes um rótulo jurídico, mas para desonerar o tomador da decisão da fundamentação de elementos que lhe escapam — e é disso que trato a seguir.

4.1 A ASSIMILAÇÃO CIENTÍFICA DA IGNORÂNCIA SOBRE O INCONSCIENTE: O QUE NÃO SABEMOS QUE NÃO SABEMOS E COMO ISSO INFLUENCIA O QUE ACHAMOS SABER?

David Hume, ainda no século XVIII, aproximou o julgamento moral do juízo estético, indagando se ambos não derivariam de sentimentos em vez de pura razão. Um senso interno, em lugar de cadeias de argumentos e de indução.⁴⁷²

A par da contrariedade de Kant, as ponderações de Hume no campo da filosofia seriam retomadas na psicanálise por Freud⁴⁷³, para quem os juízos pessoais seriam, antes, guiados por motivos e sentimentos inconscientes para, depois, serem justificados a partir de razões publicamente aceitáveis.

O “eu” seria não apenas mecanismo de organização dos processos psíquicos, mas também de repressão de certas tendências psíquicas. Como não existe consciência sobre essa resistência, Freud conclui pela constatação de um elemento inconsciente e reprimido no próprio “eu”, produzindo efeitos sobre o indivíduo sem se tornar conhecido. A um só tempo, o ‘eu’ concentraria as funções de perceber os influxos externos e internos, de organizar os pensamentos conscientes e de barrar o acesso do reprimido à consciência”.⁴⁷⁴

⁴⁷² HUME, David. *Enquiries concerning the human understanding and concerning the principles of morals*. ed. L. A. Selby-Bigge, MA. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1902. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/titles/341>.

⁴⁷³ FREUD, Sigmund. *Freud 1923-1925 – obras completas: o eu e o id, autobiografia e outros textos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. v. 16.

⁴⁷⁴ ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de; GOUVEIA, Lúcio Grassi de; COLARES, Virgínia. Fatores metaprocessuais e suas influências para a formação da decisão judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 668, 2018.

Seriam então três, ainda em Freud, as modalidades de inconsciente: o pré-consciente; o inconsciente reprimido; e aquele existente no “eu”, responsável pela repressão que mantém o reprimido fora da consciência, todas elas atuando simultaneamente na composição de cada estímulo que se convola naquelas atitudes que apelidamos de racionais — ainda que não o sejam, ou ao menos não em boa medida⁴⁷⁵. Todas essas dimensões, diria Jung, funcionariam como repositório de ideias, pensamentos e sensações atuantes subliminarmente para influenciar, imperceptivelmente, nossas ações. Um complexo de fatores, enfim, que faz com que o produto racional do indivíduo reflita o resultado do que está abaixo da linha da consciência.⁴⁷⁶

Buscando incursionar empiricamente no âmbito da psicologia sobre essa dimensão aparentemente inatingível do que guiaria nossas ações, o *behaviorismo* surgiria como programa de pesquisa no início do século XX⁴⁷⁷. Sua insuficiência metodológica, nada obstante, limitou descritivamente o objeto às circunstâncias ambientais e ao comportamento observável dos indivíduos no ambiente emergente daquelas circunstâncias. Isto é, havia uma rejeição às experiências subjetivas como matéria de estudo e uma resistência a explicações das ações com base em processos mentais inferíveis, mas não observáveis.⁴⁷⁸

Pretendendo exatamente empreender pesquisa empírica sob uma perspectiva endógena do indivíduo, Jean Piaget⁴⁷⁹ deixou de lado a especulação para avaliar a consciência moral e sua relação com o juízo em lugar de comportamentos ou sentimentos. A discussão sobre se a moral seria inata ou aprendida pela experiência foi, então, cedendo lugar a uma terceira via: o racionalismo e a autoconstrução⁴⁸⁰, com aquele autor investigando as diferentes fases por que passaria a edificação moral, principalmente em crianças.

Ainda dentro dos estudos cognitivo-evolutivos, Lawrence Kohlberg, já na década de 1990, foi além, estabelecendo experiências e métodos de medição e gradação do desenvolvimento moral a partir de dilemas, sofisticando metodologicamente entrevistas em

⁴⁷⁵ ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de; GOUVEIA, Lúcio Grassi de; COLARES, Virgínia. Fatores metaprocessuais e suas influências para a formação da decisão judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 668-669, 2018.

⁴⁷⁶ JUNG, Carl Gustav. *Man and his symbols*. New York: Random House Publishing Group, 2012. p. 414-418.

⁴⁷⁷ WATSON, J. B. Psychology as the behaviorist views it. *Psychological Review*, v. 20, p. 158-177, 1913.

⁴⁷⁸ MATSUMOTO, David. *The Cambridge dictionary of psychology*. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 80.

⁴⁷⁹ PIAGET, J. *O juízo moral na criança*. São Paulo: Summus Editorial, 1994.

⁴⁸⁰ HAIDT, Johnathan. *The righteous mind: why people are divided by politics and religion*. New York: Pantheon Books, 2012. p. 28-30.

busca de uma decifragem de julgamentos morais.⁴⁸¹ Até ali, os modelos que buscavam explicar o julgamento moral “descreviam processos cognitivos de raciocínio explícito e deliberativo”⁴⁸².

A psicologia social, sem embargo, é tomada por uma “revolução da automaticidade”, partindo do pressuposto de que grande parte da vida cotidiana não é determinada por intenções conscientes e escolhas deliberadas, “mas sim por processos mentais desencadeados por circunstâncias ambientais que se apresentam independentemente de percepções ou orientações conscientes”.⁴⁸³ Torna-se cada vez mais evidente um aprofundamento de estudos tendo como objeto a dimensão cognitiva e a estrutura por detrás de juízos formulados por indivíduos em experimentos envolvendo decisões morais.⁴⁸⁴

O paradigma da racionalidade cederia gradativo espaço a uma psicologia cognitiva, moral e contemporânea, forjada, em suma, por seis ondas⁴⁸⁵: (i) a revolução afetiva (o sistema dual, que admitiu a assimilação das emoções e até mesmo a primazia do afeto sobre a razão)⁴⁸⁶; (ii) o renascimento da psicologia cultural (a compreensão da moralidade a partir de convenções sociais)⁴⁸⁷; (iii) a biologização da ética (admitindo-se processos mentais totalmente automáticos ou não totalmente controláveis)⁴⁸⁸; (iv) o desenvolvimento da neurociência e a importância do

⁴⁸¹ Kohlberg, L. *Psicología del desarrollo moral*. Bilbao Spain: Desclée de Brouwer, 1992.

⁴⁸² OLIVEIRA, Thaís de Bessa Gontijo de. *Os limites da razão na formação das decisões jurídicas: a relação entre direito e moral revisitada à luz das novas teorias cognitivas sobre a formação do julgamento moral*. 2018. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, UFMG, Belo Horizonte, 2018. p. 121. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/browse?type=author&value=Thais+de+Bessa+Gontijo+de+Oliveira&value_lang=pt_BR. Acesso em: 11 out. 2021.

⁴⁸³ GRAHAM, Jesse *et al.* Moral foundations theory: the pragmatic validity of moral pluralism. In: ZANNA, Mark P.; DEVINE, Patricia; OLSON, James M.; PLANT, Ashby. *Advances in experimental social psychology*, v. 47, 2013. chapter two, p. 65. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/B978-0-12-407236-7.00002-4>. Acesso em: 10 nov. 2021.

⁴⁸⁴ PÉREZ-DELGADO, E.; GARCIA-ROS, R. *La Psicología del desarrollo moral*. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 1991; LA TAILLE, Y. de. Prefácio à edição brasileira. In: PIAGET, J. *O juízo moral na criança*. São Paulo: Summus, 1994. p. 7-20. Ainda: LA TAILLE, Y. de. Prefácio à edição brasileira. In: PUIG, J. M. *A construção da personalidade moral*. São Paulo: Ática, 1998. p. 7-15.

⁴⁸⁵ HAIDT, Jonathan. Moral psychology for the twenty-first century. *Journal of Moral Education*, v. 42. n. 3, p. 28, 32013; OLIVEIRA, Thaís de Bessa Gontijo de. *Os limites da razão na formação das decisões jurídicas: a relação entre direito e moral revisitada à luz das novas teorias cognitivas sobre a formação do julgamento moral*. 2018. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, UFMG, Belo Horizonte, 2018. p.78-79. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/browse?type=author&value=Thais+de+Bessa+Gontijo+de+Oliveira&value_lang=pt_BR. Acesso em 11 out. 2021.

⁴⁸⁶ BARRETT, Lisa Feldman. *How emotions are made: the secret life of the brain*. Boston; New York: Houghton Mifflin Harcourt, 2017; ZAJONC, R. B. Feeling and thinking: Preferences need no inferences. *American Psychologist*, v. 35, p. 151-175, 1980.

⁴⁸⁷ SHWEDER, R. A.; LEVINE, R. A. (eds.). *Culture theory: essays on mind, self, emotion*. Cambridge: Cambridge University Press, 1984.

⁴⁸⁸ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011; BARGH, J. A. The four horsemen of automaticity: awareness, efficiency, intention and control in social cognition. In: WYER, J. R. S.; SRULL, T. K. (eds.). *Handbook of social cognition*. Hillsdale, NJ: Erlbaum, 1984. p. 1-40.

cérebro como um todo para um desempenho funcional da racionalidade⁴⁸⁹; (v) a primatologia (a pressupor uma continuidade do processo evolutivo)⁴⁹⁰; e (vi) a psicologia evolucionista (admitindo alguns aspectos morais inatos no ser humano)⁴⁹¹. Entre todas essas ondas, duas merecerão um destaque especial de minha parte, sendo que a primeira delas — o desenvolvimento da neurociência — personificarei em Antonio Damásio.

Damásio, em sua principal obra, tomou como ponto de partida conhecido acidente sofrido por Phineas Gage, um operário que, após ter seu crânio transfixado por uma barra de ferro, se tornou caprichoso, irreverente, pouco deferente, impaciente e vacilante. Gage, até então calmo, abandonou princípios éticos e convenções sociais, passando a usar frequentemente linguagem obscena, contrastando com seus hábitos anteriores, moderados, e com sua energia de caráter. Embora o acidente sofrido por Gage remonte ao século XIX, apenas no final da segunda metade do século XX foi possível recorrer a reconstruções em computador que permitiram notar que a lesão atingira o lobo frontal de seu cérebro. Damásio, então, atrelou biologia e mente, situando ética e conduta social em áreas específicas do cérebro⁴⁹², concluindo que a moral sofreria influência decisiva de centros emotivos de nosso sistema hipotálamo-límbico.⁴⁹³

O raciocínio e a decisão frequentemente induziriam a crença de uma estratégia lógica para produção de inferências válidas, mas essa crença ignora o papel da emoção e do sentimento. “Nem todos os processos biológicos que culminam na seleção de uma resposta se inserem no âmbito do raciocínio e da decisão.⁴⁹⁴” Daí que o “erro de Descartes” — título de sua obra — consistiria em que, ao divisar no pensar e no ter os verdadeiros substratos do existir, cairíamos no erro de separar corpo e mente, como se fossem dimensões dissociadas. “Substância corporal, infinitamente divisível, com volume, com dimensões e com um funcionamento mecânico, de um lado, e a substância mental, indivisível, sem volume, sem dimensões e intangível, de outro (...).”⁴⁹⁵

⁴⁸⁹ DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

⁴⁹⁰ DE WAAL, Frans. *Good natured: the origins of right and wrong in humans and other animals*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996.

⁴⁹¹ BARKOW, J. H.; COSMIDES, L.; TOOBY, J. (eds.). *The adapted mind: evolutionary psychology and the generation of culture*. Oxford: New York, 1992.

⁴⁹² DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 28 e 32.

⁴⁹³ WILSON, E. O. *Sociobiology*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1975. p. 562-563.

⁴⁹⁴ DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 214.

⁴⁹⁵ DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 304-305.

Emerge, então, outra relevante constatação de Damásio: “quando a emoção é removida, o resultado não será um comportamento hiper-racional, mas sim uma desastrosa inabilidade de depuração de escolhas”.⁴⁹⁶ Ainda hoje, versões do erro cometido por Descartes ainda logariam obscurecer a mente humana, reduzindo-a ao consciente ou ao racional. Ao fazê-lo, essas versões também “obscurecem a tragédia implícita no conhecimento dessa [nossa] fragilidade, finitude e singularidade. E, quando os seres humanos não conseguem ver a tragédia inerente à existência consciente, sentem-se menos impelidos a fazer algo para minimizá-la”.⁴⁹⁷

A segunda onda que destaco entre aquelas condutoras a uma psicologia moral e contemporânea é no nível cognitivo, e para ela elegi Daniel Kahneman como referencial, considerado o pai da economia comportamental ao lado de Amos Tversky, conquanto tenham ambos a própria psicologia como sua área de estudos.

Ao longo de duas décadas de estudos, Kahneman conduziu pesquisas empíricas dos mais variados matizes, sempre orbitando a tese de um sistema dual e suas implicações nas interações sociais. Em obra que coroa seus trabalhos⁴⁹⁸, Kahneman explica melhor a ideia de dualismo a partir do que ele apelidou de sistemas 1 e 2 (ou S1 e S2). O Sistema 1 opera “automática e rapidamente, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário. O Sistema 2 aloca atenção às atividades mentais laboriosas que o requisitam, incluindo cálculos complexos”.⁴⁹⁹

Mais bem explicando, o Sistema 1 nos fornece impressões e intuições. Nos toma de assalto e fomenta respostas rápidas e ágeis. É fonte de impulsos capazes de transformar escolhas em ações. Ele nos oferece uma interpretação tácita do que acontece conosco e ao nosso redor, ligando presente, passado recente e futuro próximo, contemplando um modelo de mundo que avalia instantaneamente os eventos, separando-os em normais ou surpreendentes — e tudo “isso acontece tão automaticamente que nós creditamos o resultado a um senso comum ordinário”.⁵⁰⁰

O Sistema 1 é, por assim dizer, a fonte dos nossos julgamentos intuitivos rápidos e várias vezes precisos⁵⁰¹, ligando ideias de circunstâncias, eventos, ações e resultados que ocorrem com alguma regularidade. E conforme essas associações são formadas e reforçadas, o padrão

⁴⁹⁶ HAIDT, Jonathan. Moral psychology for the twenty-first century. In: *Journal of Moral Education*, v. 42, n. 3, p. 284, 2013.

⁴⁹⁷ DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 307.

⁴⁹⁸ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

⁴⁹⁹ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011. p. 26.

⁵⁰⁰ MINSK, Marvin. *The society of mind*. New York: Simon & Schuster, 1988. p. 29.

⁵⁰¹ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011. p. 65.

estrutura os eventos de nossas vidas, determinando nossa interpretação do presente e calibrando nossas expectativas de futuro.⁵⁰²

Em certo sentido, Daniel Eagleman, dialogando com Kahneman, explica que um único neurônio faz mais de dez mil sinapses com outros neurônios vizinhos. Com bilhões de neurônios, temos, num único centímetro cúbico de nosso cérebro, conexões capazes de rivalizar com o número de estrelas de toda a Via Láctea.⁵⁰³ Com tanto acontecendo ao mesmo tempo, “é uma proteção biológica que não tenhamos consciência de tudo”.⁵⁰⁴ Dito de outro modo, é como se dispuséssemos de um orçamento de atenção limitado para alocar às nossas atividades.⁵⁰⁵

Já porque mais trabalhosas, por outro lado, as operações desenvolvidas no Sistema 2, há uma relutância em se investir esforço além do estritamente necessário. “Como consequência, os pensamentos e ações que o Sistema 2 acredita ter escolhido são muitas vezes orientados pela figura no centro da história, o Sistema 1.”⁵⁰⁶ Uma lei do menor esforço geral se “aplica tanto ao esforço cognitivo quanto físico. Essa lei determina que, se há vários modos de atingir um mesmo objetivo, as pessoas acabarão por tender ao curso de ação menos exigente”.⁵⁰⁷ É o que explica, por exemplo, que pessoas excessivamente confiantes em suas intuições tenham dificuldade em enfrentar argumentos a elas contrários e a suscetibilidade à crença em tudo o que for capaz de confirmá-las.⁵⁰⁸

Daí o Sistema 1 operar por meio do que Kahneman e Tversky⁵⁰⁹ chamaram de heurísticas intuitivas⁵¹⁰, atalhos cognitivos para julgamentos que desconsideram toda a informação relevante existente em prol de um limitado repertório de sugestões que auxiliam um processo de tomada de decisões mais eficiente.⁵¹¹ Por isso que, “confrontados com uma

⁵⁰² KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011. p. 81.

⁵⁰³ EAGLEMAN, Daniel. *Incógnito: as vidas secretas do cérebro*. Tradução: Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Rocco, 2012. p. 10.

⁵⁰⁴ EAGLEMAN, Daniel. *Incógnito: as vidas secretas do cérebro*. Tradução: Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Rocco, 2012. p. 10 e 12.

⁵⁰⁵ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011. p. 28.

⁵⁰⁶ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011. p. 38.

⁵⁰⁷ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011. p. 42.

⁵⁰⁸ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011. p. 52.

⁵⁰⁹ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. *In: Science, New Series*, v. 185, n. 4157, p. 1124, 27 set. 1974.

⁵¹⁰ Com aplicação também nas decisões judiciais: GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Inside the judicial mind. *Cornell Law Review*, Cornell Law Faculty Publications, v. 86, n. 777, p. 780, paper 814, 2001.

⁵¹¹ PEER, Eyal; GAMLIEL, Eyal. Heuristics and biases in judicial decisions. *Court Review*. v. 49, p. 114, 2013. Disponível em: <http://aja.ncsc.dni.us/publications/courtrv/cr49-2/CR49-2Peer.pdf>. Acesso em: 11 out. 2021.

questão difícil, muitas vezes respondemos a uma mais fácil em lugar dela, normalmente sem perceber a substituição”.⁵¹²

Estabelece-se, com isso, uma dinâmica segundo a qual o Sistema 1 gera continuamente sugestões para o Sistema 2. Essas impressões, intuições, intenções e sentimentos, se chancelados pelo Sistema 2, tornam-se crenças; impulsos se tornam ações “voluntárias”.⁵¹³

Essa combinação de um Sistema 1, que busca coerência com um Sistema 2 preguiçoso, resulta em que esse último ratificará muitas das crenças intuitivas (heurísticas) resultantes das impressões geradas pelo Sistema 1. É verdade que “o Sistema 2 também é capaz de uma aproximação mais sistemática e cuidadosa da evidência, e de seguir uma lista de itens que devem ser tidos antes de se tomar uma decisão” — compra de uma casa, por exemplo. Nada obstante, o Sistema 1 influenciará até mesmo as decisões mais cuidadosas, já que seu *input* nunca cessa.⁵¹⁴

O Sistema 1, como já soa natural a essa altura, não é propenso a duvidar. Ao contrário, ele suprime ambiguidades e constrói espontaneamente histórias tão coerentes quanto possível. “A menos que a mensagem seja imediatamente desaprovada, a associação que ela evoca se espalhará como se a mensagem fosse verdadeira.”⁵¹⁵

O Sistema 2, de sua vez, é de fato capaz de duvidar. Entretanto, duvidar é um trabalho mais árduo que passar suavemente a uma certeza. Naturalmente, então, o conforto cognitivo de uma certeza antecipada cobrará um preço. Exatamente porque intuitivo e automático, o Sistema 1 está mais propenso a (auto)enganos. A agilidade e a automaticidade fatalmente desconsideram nuances das quais o Sistema 1 nem sequer se mantém a par ao rejeitar — a rigor, ele nem sequer assimila o fato de que havia alternativas ao que concluiu. Não é do repertório do Sistema 1 a dúvida consciente⁵¹⁶, motivo por que, repito, os atalhos cognitivos não raro irão conduzir a destinos errôneos.

Essas falhas de percepção foram apelidadas⁵¹⁷, por conseguinte, de vieses cognitivos e sabidamente influenciam nosso inconsciente, podendo ser ilustrados a partir da confiança

⁵¹² KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011. p. 18.

⁵¹³ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011. p. 29.

⁵¹⁴ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011. p. 96.

⁵¹⁵ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011. p. 123.

⁵¹⁶ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011. p. 91.

⁵¹⁷ Cujo detalhamento encontrou na *Prospect Theory* de Kahneman e Tversky grande desenvolvimento. As decisões estão sujeitas a uma série de distorções e atalhos mentais que, diante de problemas complexos, nos dão

excessiva na nossa própria perspectiva (*egocentric bias*); da tendência de repetição de uma escolha anterior em razão da pressão do tempo ou da quantidade de trabalho (*lock-in effect*); da predisposição a manter uma situação como está em lugar de gastar energia para modificá-la (viés de *status quo*); da inclinação à procura ou à interpretação de informações que chancelem preconceções próprias (viés de confirmação); da propensão a nos prendermos a informações passadas ou a um pedaço da informação no momento de tomarmos uma decisão (ancoragem); do maior receio da perda em relação ao engajamento na possibilidade de ganho (aversão à perda); da preferência por soluções intermediárias como caminho médio entre alternativas distintas (aversão a extremos); da suscetibilidade a acreditarmos mais em narrativas quanto mais detalhes elas trouxerem (falácia de conjunção); do exagero preditivo de eventos com base na facilidade de lembrança de um exemplo do mesmo evento (*availability heuristic*); da força ganha por um discurso público conforme ele é repetido e é assimilado como uma crença coletiva (*availability cascade*); da tendência de acreditar ou de fazer algo porque muitas outras pessoas acreditam ou fazem aquele algo (*bandwagon effect*); da inclinação em achar que os outros são mais enviesados e parciais que nós mesmos (*blindspot bias*); da propensão a invocar mais responsabilidade pelos sucessos que pelas falhas (autoconveniência); da crença de que os demais, numa mesma situação, agiriam como agimos (falso consenso); entre tantos outros.⁵¹⁸

A pergunta natural, então, é: mas será que poderiam essas ilusões cognitivas ser dominadas? Kahneman é cético ao dizer que o Sistema 1, precisamente porque opera de forma automática, não pode jamais ser deliberadamente “desligado”. Os vieses frequentemente não podem ser evitados, ainda quando aperfeiçoemos nosso Sistema 2. A vigilância contínua não é um bem e certamente é algo impraticável. “Questionar constantemente nosso próprio pensamento seria impossivelmente tedioso, e o Sistema 2 é vagaroso e ineficiente demais para

respostas singelas e automatizadas nem sempre corretas (heurísticas). As escolhas não são racionais, mas sim limitadas a fatores que bloqueiam a opção ótima. O sentimento de apego e posse (*endowment effect*), o equívoco no julgamento sobre os efeitos ao longo do tempo (*hyperbolic discount*), a insistência em escolhas ruins (*sunk cost*) etc. são manifestações neurocognitivas que podem ser estimuladas ou evitadas de acordo com os incentivos aos quais os agentes econômicos são expostos (arquitetura dos incentivos) (MURAMATSU, Roberta. The death and resurrection of economics with psychology: remarks from a methodological standpoint. *Revista de Economia Política*. São Paulo, v. 29, p. 62-81, jan./mar. 2009).

⁵¹⁸ Esses diferentes vieses são explorados em distintas e inúmeras obras, mas foram condensados e adequadamente referenciados por NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 65-67, e por PEER, Eylal; GAMLIEL, Eylal. Heuristics and biases in judicial decisions. *Court Review*. v. 49, p. 114, 2013. Disponível em: <http://aja.ncsc.dni.us/publications/courtrv/cr49-2/CR49-2Peer.pdf>. Acesso em: 11 out. 2021. Ainda no ponto: MARDEN, Carlos; WYKROTA, Leonardo Martins. Neurodireito: o início, o fim e o meio. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 57, 2018.

servir como um substituto para o Sistema 1 na tomada de decisões rotineiras.”⁵¹⁹ Ainda quando acionado em questões estratégicas, o Sistema 2 fomenta o Sistema 1. O cérebro refaz seus circuitos até que possa realizar a tarefa com a máxima eficiência. “A tarefa se torna gravada na maquinaria.”⁵²⁰ Essa tática inteligente realiza duas coisas de importância capital para a sobrevivência: velocidade e eficiência energética.

O melhor que podemos fazer é, pois, treinar o reconhecimento de situações em que os enganos são prováveis e nos esforçar para evitar enganos significativos quando há muito em jogo, recorrendo a uma arquitetura de incentivos — base da economia comportamental — que nos estimule a aclarar nossas escolhas a partir de um sopesamento custo *versus* benefício. Ainda assim, é verificável que um esforço de vontade ou autocontrole é cansativo a ponto de, obrigados ou forçados a fazer algo, invariavelmente estarmos menos dispostos ou menos capazes de exercer autocontrole quando o próximo desafio se apresenta (é o chamado esgotamento de ego ou *ego depletion*).⁵²¹ O cérebro passa a operar na coleta de informações e guia o comportamento com base num juízo de conveniência, pouco importando se a consciência está ou não envolvida na tomada de decisão.⁵²² Em certo sentido, o atalho cognitivo é um mecanismo de defesa não muito diferente do incômodo que sentimos ao fazer exercícios físicos e da tentação instintiva e biológica que temos de abandonar esforços extenuantes.

Em resumo, um manancial de estudos empreendidos nas últimas décadas tem reforçado a percepção de que nossa “consciência é como um passageiro clandestino mínimo em um vapor transatlântico, assumindo o crédito pela viagem sem dar pela presença da maciça engenharia sob seus pés”.⁵²³ Hoje, já é um dado científico que inexistente circuito isolado no cérebro que possa se empenhar sozinho em pensamentos livres de influências involuntárias ou indetectáveis. Certeza não é um estado da mente justificável biologicamente e isso compromete todo o ideal racionalista que perseverou por tempos — e que em muitos campos ainda persevera.

Apesar de como percebemos a certeza, ela não é uma escolha consciente nem mesmo um processo de pensamento. “A certeza e os estados similares de ‘saber o que sabemos’ nascem de mecanismos cerebrais involuntários que, como amor ou raiva, funcionam

⁵¹⁹ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011. p. 33.

⁵²⁰ EAGLEMAN, Daniel. *Incógnito*: as vidas secretas do cérebro. Tradução: Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Rocco, 2012. p. 81-82.

⁵²¹ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011. p. 28.

⁵²² EAGLEMAN, Daniel. *Incógnito*: as vidas secretas do cérebro. Tradução: Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Rocco, 2012. p. 13.

⁵²³ EAGLEMAN, Daniel. *Incógnito*: as vidas secretas do cérebro. Tradução: Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Rocco, 2012. p. 12.

independentemente da razão.”⁵²⁴ Se “as escolhas e decisões têm origem em processos mentais ocultos, a livre escolha ou é uma ilusão ou, no mínimo, mais estritamente restrita do que se pensava antes.”⁵²⁵ As decisões seriam tomadas antes mesmo de serem conscientizadas: “apesar de nossas esperanças e intuições sobre o livre arbítrio, atualmente não há argumentos que determinem convincentemente a sua existência.”⁵²⁶

Por isso a necessidade de sermos confrontados com a constatação de que a atividade de tomada de decisões se desenvolve no dispositivo psíquico humano, expondo-se a um conjunto de influências historicamente cristalizadas em nossa identidade e em nosso caráter. Nesse ambiente, somente parcela — menor — de nosso raciocínio transita e trabalha com elementos sobre a linha do consciente. A maior parte do caminho e dos influxos permanece oculta no universo do inconsciente humano. Forçoso dizer: toda decisão é apenas em parte — reduzida — racional e consciente.⁵²⁷

Eis, por conseguinte, o estado da arte da neurociência e da psicologia cognitiva: nosso cérebro não funciona por módulos compartimentados que segmentam a compreensão, a imaginação ou a ação. Ao contrário, a cognição recruta indistintamente partes variadas do cérebro, incluídos, como atestou Damásio, níveis sensorial e emocional dos quais nem sequer temos plena consciência.⁵²⁸

Enfim, uma cegueira sobre nosso inconsciente, paralela à consciência racional de nós mesmos e do mundo, não mais se sustenta empiricamente. Insistindo-se naquela premissa como crença, tratar-se-á de pura ideologia, incapaz, todavia, de ofuscar esforços de décadas recentes que lograram escancarar nossa inabilidade de assimilar a totalidade do “que pauta nossas escolhas, justificadas ponto a ponto sob premissas racionais, mas que no fundo maquiavam opções impetuosamente inconscientes”.⁵²⁹

4.2 JULGAMENTOS MORAIS INTUITIVOS: O MODELO SOCIOINTUICIONISTA

⁵²⁴ BURTON, Robert A. *Sobre ter certeza: como a neurociência explica a convicção*. Tradução: Marcelo Barbão. São Paulo: Blucher, 2018. p. 11.

⁵²⁵ EAGLEMAN, Daniel. *Incógnito: as vidas secretas do cérebro*. Tradução: Rytta Vinagre. Rio de Janeiro: Rocco, 2012. p. 27.

⁵²⁶ EAGLEMAN, David. *Incógnito: as vidas secretas do cérebro*. Rio de Janeiro: Rocco, 2012. p. 182.

⁵²⁷ ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de; GOUVEIA, Lúcio Grassi de; COLARES, Virgínia. Fatores metaprocessuais e suas influências para a formação da decisão judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 685, 2018.

⁵²⁸ GALLESE, Vittorio; LAKOFF, George. The brain's concepts: the role of the sensory-motor system in conceptual knowledge. *Cognitive Neuropsychology*, v. 22, 3-4, p. 473, 2005.

⁵²⁹ GIACOMOLLI, Nereu José; DUARTE, Liza Bastos. O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos. *Revista da AJURIS*, v. 33, n. 102, p. 300, jun. 2006.

O processo de conscientização sobre a extensão de nossa ignorância a respeito de nós mesmos e do modo de pensarmos e decidirmos desencadearia consequências irreversíveis. No campo moral, particularmente, o trabalho desempenhado por Johnathan Haidt e sobre o que ele chamou de modelo sociointuicionista trouxe luzes importantes para o objeto da pesquisa aqui desenvolvida.

Embora gestada desde bem antes, as bases do modelo sociointuicionista de Haidt ganharam maior sofisticação teórica e clareza científica a partir de seu trabalho de doutoramento, cujo mote foi buscar explicar por que pessoas, em determinadas situações, consideram erradas determinadas atitudes, ainda quando essas atitudes sejam consideradas inofensivas.⁵³⁰

Para responder ao questionamento, o autor conduziu pesquisas empíricas com amostragem heterogênea do ponto de vista cultural, social, etário e econômico, indagando, por exemplo, se as pessoas ouvidas considerariam moralmente errado uma família, após acidentalmente atropelar e matar seu cachorro de estimação, comê-lo numa refeição.

O ponto não era o fato de que a maioria das pessoas respondesse que sim, mas a dificuldade e o processo por que passavam ao buscar justificar sua resposta. Daí a conclusão de Haidt no sentido de que o desenvolvimento e a avaliação moral não se limitam a critérios racionais de lesividade e de justiça, contemplando, também, senão majoritariamente, emoções.⁵³¹ Em outras palavras, os julgamentos morais seriam, antes de mais nada, intuitivos, entendida essa característica como uma visão de que existem verdades morais intrínsecas, essenciais e absolutas⁵³², embora essas “verdades” sofram abalo quando confrontadas com a dificuldade de sua articulação e justificação.

Fica bem mais evidente, a essa altura, o vínculo entre o trabalho desenvolvido por Haidt e as vertentes teóricas trazidas na subepígrafe anterior. Adaptando o sistema dual, o modelo sociointuicionista dirá haver dois processos cognitivos em curso quando dos julgamentos morais: intuição e justificação. *Se, no passado, a racionalização foi superestimada, hoje se sabe que ela não passa, preponderantemente, de uma justificação posterior de percepções (in/sub)conscientes, ainda que a recrutemos como uma ilusão de razão objetiva.*

⁵³⁰ HAIDT, Jonathan. The emotional dog and its rational tail: a social intuitionist approach to moral judgment. *Psychological Review*, v. 108, n. 4, p. 814, out. 2001.

⁵³¹ HAIDT, Jonathan. *Moral judgment, affect, and culture, or, is it wrong to eat your dog?* 1992. Dissertação (Doutorado em Filosofia) – Universidade da Pennsylvania, 1992. p. 53. Disponível em: <http://people.stern.nyu.edu/jhaidt/articles/haidt.1992.dissertation.pub001b.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.

⁵³² HAIDT, Jonathan. The emotional dog and its rational tail: A social intuitionist approach to moral judgment. *Psychological Review*, v. 108, n. 4, p. 814, out. 2001.

O modelo sociointuicionista parte, então, da noção de que o julgamento moral é acionado por intuições morais rápidas, seguidas (quando necessário) por uma racionalização moral *ex post facto*⁵³³ mais trabalhosa e mais acessível ao nosso consciente. Isto é, o argumento moral não passaria de preferência intuitiva contingencialmente reafirmada por uma justificativa racionalizada *a posteriori*.⁵³⁴

Em situações mais sofisticadas, em que a simples heurística seja insuficiente e nas quais sejamos instados a justificar nossas posições, nos engajamos — no mais das vezes de modo enviesado⁵³⁵ — num processo ulterior de fundamentação dos nossos julgamentos morais. Ao fazê-lo, sem embargo, não estamos, na verdade, reconstituindo o processo cognitivo que nos conduziu à nossa posição (mesmo porque ele é em si inacessível). Tornamo-nos, isto sim, advogados buscando construir uma tese, mais do que juízes ou cientistas em busca da verdade.⁵³⁶ Satisfazemo-nos com a primeira alternativa que, sustentável, acomode crenças anteriores e mais profundas, conclusões preordenadas, é falar, qualquer opção que seja capaz de atribuir sentido a um sentimento⁵³⁷ — não é por acaso, pois, que em temáticas de cariz moral (política, religião)⁵³⁸ haja maior eficiência persuasiva quando a abordagem se dirige ao subconsciente (medo, ódio, paixão, insegurança) em lugar do consciente.⁵³⁹

É dizer que *as informações que coletamos e as reflexões em que incursionamos se dirigem mais àquela justificação posterior que, propriamente, à construção de uma decisão (já potencial e previamente tomada)*⁵⁴⁰. Logrando persuadir socialmente interlocutores, nosso julgamento moral se convola, de sua vez, em intuições de outros, alimentando uma cadeia sucessiva de julgamentos morais com traço comum, da mesma maneira como antes fomos

⁵³³ HAIDT, Jonathan. The emotional dog and its rational tail: a social intuitionist approach to moral judgment. *Psychological Review*, v. 108, n. 4, p. 815 e 817, out. 2001; HAIDT, Jonathan. The new synthesis in moral psychology. *Science*, v. 316, n. 5827, p. 998-1002, 18 maio 2007; MARGOLIS, H. *Patterns, thinking and cognition*. Chicago: University of Chicago Press, 1987. p. 21.

⁵³⁴ HAIDT, Jonathan. *The righteous mind: why good people are divided by politics and religion*. New York: Knopf Doubleday Publishing Group, 2012; GREENE, Joshua. *Moral tribes: emotion, reason and the gap between us and them*. New York: The Penguin Press, 2014.

⁵³⁵ HAIDT, Jonathan. The new synthesis in moral psychology. *Science*, v. 316, n. 5827, p. 998-1002, 18 maio 2007.

⁵³⁶ HAIDT, Jonathan. The emotional dog and its rational tail: a social intuitionist approach to moral judgment. *Psychological Review*, v. 108, n. 4, p. 814 e 821, out. 2001.

⁵³⁷ HAIDT, Jonathan. Moral psychology for the twenty-first century. *Journal of Moral Educatio*, v. 42, n. 3, p. 288, 2013.

⁵³⁸ HAIDT, Johnathan. *The righteous mind: why people are divided by politics and religion*. New York: Pantheon Books, 2012. p. 73-74.

⁵³⁹ HAIDT, Johnathan. *The righteous mind: why people are divided by politics and religion*. New York: Pantheon Books, 2012. p. 73-74.

⁵⁴⁰ ZAJONC, R. B. Feeling and thinking: preferences need no inferences. *American Psychologist*, v. 35, n. 2, p. 155, 1980.

influenciados em nossas intuições. É esta, em linhas gerais, a essência do modelo sociointuicionista: intuições vêm primeiro, justificção estratégica vem depois.⁵⁴¹

Igualmente curioso notar que, ao funcionarmos mais como advogados, e menos como juizes ou cientistas, passamos a crer firmemente que nossa racionalização seria objetiva, ou que nossos fundamentos seriam racionalmente embasados.⁵⁴² Nossas teses não são teses, mas a “verdade”. Por isso é que os debates morais se revelam frequentemente fúteis. Cremos firmemente que nossos julgamentos morais são racionalmente embasados e que, por isso, seremos capazes de converter julgamentos morais dos outros, chamá-los à “razão”. Percebendo sua insensibilidade a um julgamento moral nosso — de cariz intuitivo, mas que na verdade lemos como racional —, fechamo-nos reciprocamente, certos de que nosso interlocutor é um desonesto intelectual, é parcial ou está acometido por ideologia.

Mais bem explicando, se idealmente o poder do argumento deveria estar imbuído de uma busca pela captura interna do outro por meio dos méritos do argumento, isto é, pela realização do *alter* por uma continuação sua no ego, o que frequentemente se vê, em tempos de pós-verdade, é a discussão “passar a ser a violência de um mundo mítico, povoado de realidades mágicas criadas *prêt-à-porter* para se encaixarem na estreita mentalidade de quem imagina ser o mundo uma grande conspiração contra uma verdade da qual só uns poucos tomaram conhecimento”.⁵⁴³ Se um dos polos comunicantes (ou ambos!) se vê portador de uma verdade absoluta, o próprio diálogo nem sequer se viabiliza, ao menos não racionalmente.

Por outro lado, se formos capazes de nos manter abertos, a interação com outras pessoas pode produzir o resultado positivo de lapidação de nossas intuições. Somos muito ineficazes em, por conta própria, buscar elementos que contrastem nossas intuições. Problematizações e argumentos lançados por outros, contudo, fornecem alguns dos variados componentes que formarão a universalidade tonificadora de nosso subconsciente e de nossas intuições, seja para reforçá-las, seja para superá-las.⁵⁴⁴

Encontra-se exatamente aí traço importante do trabalho de Haidt. Ele manuseia a ideia de intuição e de subconsciente, sim, mas privilegia a interação social e o papel dos outros na

⁵⁴¹ HAIDT, Johnathan. *The righteous mind: why people are divided by politics and religion*. New York: Pantheon Books, 2012. p. 73-74.

⁵⁴² “It is human nature to desire and believe that we act free of prejudices and biases.” (IRWIN, John F.; REAL, Daniel L. Unconscious influences on judicial decision-making: the illusion of objectivity. *McGeorge Law Review*, v. 43, p. 10, out. 2010.)

⁵⁴³ ABOUD, Georges; KROSCINSKY, Matthäus. Depois da razão. *Revista Estado da Arte*, São Paulo, 5 out. 2021. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/depois-razao-abboud-kroschinsky/>. Acesso em 25 out. 2021.

⁵⁴⁴ HAIDT, Johnathan. *The righteous mind: why people are divided by politics and religion*. New York: Pantheon Books, 2012. p. 71.

formatação de nossas intuições, não se limitando ao íntimo do indivíduo.⁵⁴⁵ Não é que seu modelo seja uma antítese da razão — aliás, parece ser consenso na psicologia moral a impossibilidade de um julgamento racional puro —⁵⁴⁶, mas, isto sim, de uma proposta que, em lugar de ocultar ou de ignorar, contempla as formas complexas e dinâmicas com que a intuição, a justificação e as influências sociais repercutem sobre nossos julgamentos morais.⁵⁴⁷

Sintetizando, o engajamento na justificação moral não surge *a priori* em relação aos julgamentos. Nossas emoções e intuições nos guiam a conclusões que, quando não sejam capazes de se sustentar perante os outros unicamente com base em nossas preferências, nos constroem a recrutar motivos que as expliquem. Essa incursão, sem embargo, não se dá sobre uma espécie de arqueologia de nosso subconsciente — inalcançável —, mas sobre um manancial de normas culturais e interações sociais assimiladas pelo indivíduo e sobre um olhar crítico sobre as posições diversas, tudo isso embrulhado numa argumentação capaz de persuadir nossos interlocutores e que, por isso, passa a integrar as interações sociais que subsidiarão novas intuições e, via de consequência, novos julgamentos.⁵⁴⁸

Por tudo isso é que, repito, o modelo sociointuicionista de Haidt se revelou, para mim, uma descoberta importante para o objeto desta pesquisa. Ao superar a dicotomia razão-emoção, Haidt, com base em Damasio, concluiu haver, em verdade, níveis distintos de cognição: (i) intuição e (ii) justificação⁵⁴⁹, nenhum deles podendo se dizer puramente racional.

Especificamente quanto às intuições, é seguro afirmar que sobre elas não temos controle — ou apenas um controle muito limitado. Se não as conduzimos, são elas capazes de influenciar não apenas julgamentos morais, mas, a rigor, qualquer julgamento (e, não por acaso, o contributo de Kahneman se dirigiu a uma abordagem econômica da intuição). Vem daí a percepção que proponho (e a intersecção entre esta epígrafe e o objeto de pesquisa): *a discricionariedade como fundamento em julgamentos jurídicos acaba por ter o condão de*

⁵⁴⁵ HAIDT, Jonathan. The emotional dog and its rational tail: a social intuitionist approach to moral judgment. *Psychological Review*, v. 108, n. 4, p. 819-820, out. 2001.

⁵⁴⁶ OLIVEIRA, Thais de Bessa Gontijo de. *Os limites da razão na formação das decisões jurídicas: a relação entre direito e moral revisitada à luz das novas teorias cognitivas sobre a formação do julgamento moral*. 2018. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, UFMG, Belo Horizonte, 2018. p. 165. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/browse?type=author&value=Thais+de+Bessa+Gontijo+de+Oliveira&value_lang=pt_BR. Acesso em 11 out. 2021.

⁵⁴⁷ HAIDT, Jonathan. The emotional dog and its rational tail: a social intuitionist approach to moral judgment. *Psychological Review*, v. 108, n. 4, p. 829, out. 2001.

⁵⁴⁸ HAIDT, Jonathan. The emotional dog and its rational tail: a social intuitionist approach to moral judgment. *Psychological Review*, v. 108, n. 4, p. 822, out. 2001.

⁵⁴⁹ HAIDT, Johnathan. *The righteous mind: why people are divided by politics and religion*. New York: Pantheon Books, 2012. p. 67-69.

funcionar como (i) viabilizadora de uma sobreposição entre a moral e o direito e (ii) ocultadora dessa mesma sobreposição.

Viu-se acima, em Haidt, que a racionalização *post hoc* consiste em uma imediata construção de justificativas para julgamentos intuitivos, causando uma ilusão de razão objetiva. Em um sistema tão obcecado por verdades reais, justiça e respostas corretas como é o caso do direito, a discricionariedade fornece sempre uma espécie de última *ratio*, um acionamento emergencial frente à potencial dificuldade de enquadramento jurídico-normativo de percepções morais intuitivas.

Nos julgamentos morais, como dito, podemos ser instados a uma justificação estratégica que simplesmente torna insuficientes razões do tipo “eu prefiro isto porque não gosto daquilo”. Com isso, e compelidos a declinar nossas razões, acabamos por nos engajar num processo que visa à persuasão e que busca espelhar referências a convenções e normas, e não a interesses pessoais ou preferências subjetivas.⁵⁵⁰ O direito, nesse contexto, se presta a funcionar como um uniformizador de valores, um estabilizador de julgamentos que inibe contingências morais individuais. O direito, portanto, não seria uma tecnologia ou uma linguagem para tomada de decisão, mas para sua justificação, ainda que *post hoc*. *Um instrumento parametrizador do processo de justificação.*

O ponto é que, como não controlamos individualmente nossas intuições, tampouco as controlamos social ou institucionalmente. A intuição moral reage e teima em se fazer presente. No direito, muito já se disse sobre os princípios funcionarem como *locus* da moral.⁵⁵¹ O foco, aqui, porém, se centra sobre o que parece ser uma forma alternativa de incorporação da moral ao direito: a discricionariedade judicial como fundamento.

Inobstante tomado de assalto por suas intuições, o julgador, até mesmo por exigência constitucional, deveria fundamentar juridicamente suas razões. Ocorre que dadas intuições, quando mais subjetivas e pessoais e quanto menos correspondentes ao direito como linguagem e tecnologia, trazem consigo um grande desconforto cognitivo em seu processo de justificação. O engodo epistêmico, então, estará em estabelecer um fundamento, pretensamente jurídico,

⁵⁵⁰ HAIDT, Jonathan. Moral psychology for the twenty-first century. *Journal of Moral Education*. v. 42, n. 3, p. 287, 2013.

⁵⁵¹ ATIENZA, Manuel. *O sentido do direito*. Tradução: Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar; Verba Legis, 2014. p. 246; OLIVEIRA, Thaís de Bessa Gontijo de. *Os limites da razão na formação das decisões jurídicas: a relação entre direito e moral revisitada à luz das novas teorias cognitivas sobre a formação do julgamento moral*. 2018. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, UFMG, Belo Horizonte, 2018. p. 426. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/browse?type=author&value=Thais+de+Bessa+Gontijo+de+Oliveira&value_lang=pt_BR. Acesso em 11 out. 2021.

capaz de automaticamente, e a um só tempo, juridicizar uma justificação que, em verdade, pretende exonerar qualquer justificação.

O direito, como tecnologia, fica esvaziado se, de contraponto à justificação, passa ele a funcionar como mecanismo capaz de ocultar ou dispensar a justificação mesma. O que há com a discricionariedade, em suma, é um simulacro de justificação que redundna na evitação da sindicabilidade do julgamento judicial e de seu controle pela via de uma fundamentação verdadeira — ou ao menos mais honesta.

A ser verdade haver essa fusão, em nome da discricionariedade, entre a moral e o jurídico; e se a moral, altamente influenciada por cultura, idade e outros fatores, não pode ser considerada monolítica ou homogênea⁵⁵², a conclusão parcial a que chego, logo, é que decisões discricionárias são dotadas de alto grau de imprevisibilidade e de grande heterogeneidade, falhando em seu mister de prover estabilidade.

Retomando Piaget⁵⁵³, disse ele que a essência de toda moralidade está no respeito que o indivíduo possui pelas regras morais. Se há uma tentação natural de infundirmos nossas decisões em critérios morais, uma explicação que me parece plausível é a de que há um apreço maior pela própria moral assimilada pelo indivíduo que pelas regras enunciadas pelo ordenamento jurídico. Essa preponderância de um sistema (moral) sobre o outro (jurídico) denuncia uma postura, deliberada ou não, idiocêntrica. *Pode não se decidir com mais segurança ou plausibilidade, mas firmemente se crê que se está a decidir melhor (ao menos “melhor” segundo critérios próprios de quem decide, e não segundo o sistema).*

4.3 NEURODIREITO: A DISCRICIONARIEDADE COMO OCULTAMENTO DE APORTES MORAIS E COMO DISFARCE DE INTUIÇÕES INARTICULÁVEIS PERANTE O/NO SISTEMA JURÍDICO

A influência das intuições e dos julgamentos morais sobre as decisões judiciais não tardou em chamar atenção da academia. Esgrimindo o ponto, o ideal de que a interpretação/aplicação da lei seria essencialmente racional foi particularmente contestado por conhecido experimento conduzido por Shai Dazinger, da Universidade de Tel-Aviv, que ficou conhecido como “Os Juízes de Israel”. Em resumo, o estudo acompanhou durante dez meses o trabalho de oito juízes que analisavam a concessão de liberdade condicional a presos, chegando

⁵⁵² HAIDT, Jonathan; KOLLER, Silvia Helena; DIAS, Maria G. Affect, culture, and morality, or is it wrong to eat your dog? *Journal of personality and social psychology*, v. 65, n. 4, p. 626, out. 1993. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/8229648>. Acesso em 11 out. 2021.

⁵⁵³ PIAGET, Jean. *The moral judgement of the child*. Tradução: M. Gabain. New York: Free Press, 1965 (original work published 1932). p. 13.

à conclusão que as chances de o criminoso ser libertado flutuavam de acordo com a fome dos magistrados: no decorrer da manhã, as liberações estatisticamente iam diminuindo, voltando a atingir seu nível máximo após o almoço para tornar a cair ao longo da tarde. Ou seja, ao longo da sessão, e com o passar do tempo após a volta do intervalo, as chances de concessão de liberdade caíam bruscamente e as denegações, por serem de fundamentação mais padronizada — e, portanto, menos custosas do ponto de vista cognitivo — predominavam.⁵⁵⁴

Outra pesquisa interessante revelou que juízes americanos (geralmente republicanos), quando tiveram filhas mulheres, acabaram alterando sua postura em julgamentos envolvendo outras mulheres, tornando-se mais propensos a decisões qualificadas como feministas, enquanto juízes com filhos homens não mudavam sua postura.⁵⁵⁵

Ainda nos Estados Unidos, trabalho absolutamente relevante confirmou a presença de cinco vieses cognitivos comuns — de ancoragem, retrospectivo, egocêntrico, efeito de enquadramento e heurística da representatividade — a partir de respostas dadas por 167 juízes federais a um questionário contendo situações hipotéticas.⁵⁵⁶

Entre nós, no Supremo Tribunal Federal, diversos ministros também já reconheceram, expressamente, a influência das suas visões de mundo sobre os votos que proferem. A título ilustrativo, o Ministro Gilmar Mendes, quando de sua sabatina pelo Senado Federal, afirmou que, em sua atuação na Suprema Corte, defenderia suas posições com a mesma veemência com que as defendera em sua vida pública pregressa. O Ministro Joaquim Barbosa, de sua vez, afirmou desejar levar ao Supremo uma visão do direito influenciada por sua própria trajetória. O Ministro Marco Aurélio, por fim, assim se posicionou: “Primeiro idealizo a solução mais justa. Só depois vou buscar apoio na lei”.⁵⁵⁷

É bastante curioso como, ao deparar com esses resultados e constatações, oscilamos entre uma sensação de indiferença, considerando um truísmo a impossibilidade fática de que os juízes se dispam de sua condição humana, e, ao mesmo tempo, a percepção de um incômodo que nos causa o abalo que aquelas constatações produzem sobre uma simbologia mítica de imparcialidade a guiar a aplicação do direito, fruto de um culto reiterado e contínuo à racionalidade e que insiste em se fazer presente no discurso jurídico.

⁵⁵⁴ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 50.

⁵⁵⁵ GLYNN, Adam; MAYA, Sen. Identifying judicial empathy: does having daughters cause judges to rule for women’s issues? *American Journal of Political Science*, v. 59, n. 1, p. 37-54, 2015.

⁵⁵⁶ GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Inside the judicial mind. *Cornell Law Review*, Cornell Law Faculty Publications, v. 86, n. 777, paper 814, p. 780, 2001.

⁵⁵⁷ MELLO, Patrícia Perrone Campos. “A vida como ela é”: comportamento estratégico nas cortes. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 698, 2018.

Acontece que — e disto não é possível que nos afastemos — o juiz, a juíza, são, inevitavelmente, seres humanos.⁵⁵⁸ Expõem-se desde a infância a toda sorte de abalos, psicológicos e emocionais, que lhes escreve as histórias de vida, compondo-os como sujeitos únicos no mundo, dotados de qualidades e defeitos que influenciarão toda sua existência.

Se magistrados ao julgar não perdem a humanidade, forçoso admitir que julgam nesta condição, de humanos, necessariamente carregando consigo uma infinidade de caracteres que fazem deles, juízes e humanos, tudo o que são.⁵⁵⁹ Daí ter dito Schauer, também com base em estudos empíricos, que os atributos humanos de um juiz revelam mais sobre a psicologia de seu julgar que qualquer outra coisa que possa ele ter aprendido na faculdade de direito, adquirido ao praticar o direito ou internalizado ao servir ao seu papel judicial.⁵⁶⁰

Eles, magistrados, julgam com a mente, transitando por um processo interno que utiliza um aparelho de configuração única, permeado por influxos singulares recebidos ao longo de uma vida inteira e por eventos psíquicos que, no dispositivo mental, adquirem tonalidade própria e influenciam cada pensamento que emerge ao consciente e cada conduta dali oriunda e estimulada. Não poderia ser diferente com a sentença. Ainda que fatores extraprocessuais sejam omitidos ou ignorados, o acervo inconsciente indisputavelmente participa da formação dos pensamentos conscientes, de forma que, apesar de qualquer fundamentação soar muito clara e presunçosamente racional, a verdade é que ela reflete, ao fim e ao cabo, ideias inconscientes.⁵⁶¹ O dogma da neutralidade ou da razão pura, por conseguinte, é inconciliável “com a lenta e arrastada construção de uma história de vida, com a forja da identidade e da personalidade do indivíduo no fogo das emoções positivas e negativas que o viver carrega em si”.⁵⁶²

É o caso dos vieses implícitos a que fiz alusão acima. Independentemente da consciência ou não sobre a influência de pré-compreensões e predisposições, seus impactos são reais em

⁵⁵⁸ GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Inside the judicial mind. *Cornell Law Review*, Cornell Law Faculty Publications, v. 86, n. 777, paper 814, p. 821, 2001; FRANK, Jerome. Are judges human? Part 1: the effect on legal thinking of the assumption that judges behave like human beings. *University Pennsylvania Law Review*, v. 80, n. 1, p. 17, 1931. Disponível em: <https://bit.ly/3r8mjYJ>. Acesso em: 10 out. 2021.

⁵⁵⁹ ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de; GOUVEIA, Lúcio Grassi de; COLARES, Virgínia. Fatores metaprocessuais e suas influências para a formação da decisão judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 665, 2018.

⁵⁶⁰ SCHAUER, Frederick. Is There a psychology of judging? In: KLEIN, David E.; MITCHELL, Gregory (eds.). *The psychology of judicial decision making*. New York: Oxford University Press, 2008. KSG working paper n. RWP07-049, p. 2. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1015143>. Acesso em: 11 out. 2021.

⁵⁶¹ ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de; GOUVEIA, Lúcio Grassi de; COLARES, Virgínia. Fatores metaprocessuais e suas influências para a formação da decisão judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 671, 2018.

⁵⁶² ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de; GOUVEIA, Lúcio Grassi de; COLARES, Virgínia. Fatores metaprocessuais e suas influências para a formação da decisão judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 673, 2018.

nossas decisões, entre elas as decisões judiciais.⁵⁶³ Fatores metaprocessuais de cognição implícita, como valorações, percepções, memórias ou estereótipos, são em larga medida inalcançáveis pelo tomador de decisão, porque além do foco consciente.⁵⁶⁴

Isso não quer dizer, contudo, de modo algum, que me filio a um ultrarrealismo que credite todo o processo decisório ao arbítrio judicial. Um positivismo hermético e formal, fruto de um mito de neutralidade e de uma renegação da própria condição de humanidade, pode contrastar com um direito reduzido ao eu-juiz, fruto somente, ou preponderantemente, de suas escolhas, mas ambas as estratégias discursivas estão fadadas ao fracasso.

Minha hipótese é de que, em verdade, nos situamos em algum lugar entre o formalismo silogístico-dedutivo e o raciocínio puramente intuitivo: nem meros calculistas de equações legais, nem mestres-senhores do direito. Enxergo juízes como pessoas normais que amalgamam suas decisões tanto com intuições — de que nem sempre têm conhecimento — quanto com raciocínios deliberativos, muitas vezes estratégicos.⁵⁶⁵ E é aqui que insiro a discricionariedade judicial, entendendo que ela, como fundamento, funciona como heurística intuitiva — juízes escolhem a solução que reputam adequada — que emula raciocínio deliberativo ao juridicizar o inarticulável juridicamente. Uma sobreposição desregrada do pensamento intuitivo sobre o deliberado. Uma migração do contradiscurso jurídico, que passa de parâmetro de controle do sistema psíquico a fundamento de escolha de uma solução dita mais adequada.

A ser assim, a discricionariedade fornece um alento cognitivo. Um conforto que busca distensionar o Sistema 2, deliberativo. “Em resumo, você experimenta maior conforto cognitivo ao perceber uma palavra que já viu antes, e é essa sensação de conforto que lhe dá a impressão de familiaridade.”⁵⁶⁶ Essa familiaridade da discricionariedade é construída pela repetição e pela reafirmação de um senso comum teórico, não por sua consagração jurídica ou social. Em verdade, a discricionariedade judicial parece recrutar a impressão que a expressão possui na seara administrativa (quase impassível de controle) para subvertê-la na esfera jurisdicional. A ideia de que há uma resposta, e de que eu sei a resposta, ou, ainda, de que a resposta é o que eu disser: eis aí um refúgio cognitivo insuperável. Uma verdadeira tentação.

⁵⁶³ IRWIN, John F.; REAL, Daniel L. Unconscious influences on judicial decision-making: the illusion of objectivity. *McGeorge Law Review*, v. 43, p. 4, out. 2010.

⁵⁶⁴ IRWIN, John F.; REAL, Daniel L. Unconscious influences on judicial decision-making: the illusion of objectivity. *McGeorge Law Review*, v. 43, p. 2, out. 2010.

⁵⁶⁵ GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. *Blinking on the bench: how judges decide cases*. Cornell Law Faculty Publications, paper 917, 2007. p. 3.

⁵⁶⁶ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011. p. 69.

Invocando Kahneman, já vimos que o processo de geração de opiniões intuitivas sobre questões complexas geralmente se dá quando uma resposta satisfatória para uma pergunta difícil não é rapidamente encontrada. Nosso Sistema 1, então, encontrará uma pergunta relacionada, mais fácil, e optará por responder a ela.⁵⁶⁷ Na esteira dessa lição, a discricionariedade substituiria o caso difícil pela pergunta: o que eu acho certo/o que escolho?

O julgamento jurídico se torna, então, preponderantemente moral e, como resultado, terminamos com uma visão do mundo em torno de nós “que é mais simples e mais coerente do que os dados justificam. Pular para conclusões precipitadas é um esporte mais seguro no mundo de nossa imaginação do que é na realidade”.⁵⁶⁸

A discricionariedade é, por todas essas razões, uma ferramenta verdadeiramente poderosa. No plano do juiz, ela é um alento cognitivo. Um atalho para o conforto que toma como caminho não o direito, mas o arbítrio. No plano geral, ela pode ser igualmente sedutora, porque substitui a persistência da dúvida perante a incerteza por uma objetividade (ainda que ficcional).

Dito de outro modo, a ideia de discricionariedade é um anestésico intelectual forte de parte a parte. Para o juiz, inibe o desconforto do percurso intelectual pela história institucional do direito; para o público geral — excetuado aquele com interesse direto na questão decidida —, dá a sensação de um desfecho não menos autorizado pelo sistema. E o fiador cognitivo dessa receptividade é tão simples quanto potente: a nossa maior propensão ao conforto que ao desconforto. A luta é mesmo injusta... a discricionariedade judicial abreviaria a dor do pensar, não fosse o fato de que a objetividade que oferece, quando problematizada, evidencia ainda maior incerteza que a incerteza original.

Fundamentos-curinga, álibis epistemológicos (livre valoração, discricionariedade judicial, independência judicial etc.), tudo isso é um refúgio cognitivo. É muito mais confortável recorrer a essas alegorias do que enfrentar a dor da reflexão. É tentador deslocar o percurso intelectual da história institucional do direito para “o que é o certo para mim”? Na medida em que essa estratégia é afirmada e reafirmada, sem confronto, ela vai se colocando como parte do senso comum teórico, até transformar em jurídico algo que não é jurídico. E assim vamos fabricando e cultuando dissonâncias cognitivas: quanto mais comprometidos estamos com uma crença, mais difícil é abandoná-la, “mesmo perante fortes provas em

⁵⁶⁷ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011. p. 110.

⁵⁶⁸ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011. p. 127.

contrário. Em vez de reconhecer um erro de julgamento e abandonar a opinião, temos a tendência de desenvolver uma nova atitude ou crença que justificará sua manutenção”.⁵⁶⁹

Mil repetições, nada obstante, ainda seriam incapazes de despir a discricionariedade de seu viés místico, assim entendido o conhecimento que nos é dado mais por sentimentos que pelo pensamento conceitual.⁵⁷⁰ Aliás, exatamente porque derivada de estados místicos de consciência, a decisão discricionária, na medida em que experimentada, é impassível de ser compartilhada ou transferida como sensação. Ela pode ser descrita, mas não será experienciada pelo interlocutor. Apesar disso, esses estados de sensação, para aqueles que o experienciam, parecem em verdade estados de intelecto, de conhecimento; discernimento emergente das profundezas da verdade ainda não sondado pelo intelecto discursivo. Iluminações, revelações “plenas de significado e importância, embora permaneçam totalmente inarticuladas, e que, via de regra, carregam consigo um curioso sentido de autoridade para o porvir”.⁵⁷¹

Essa sensação de certeza a respeito do que é certo, somada à dificuldade de articulação discursiva segundo uma linguagem ou tecnologia, é que leva os julgadores a, consciente ou inconscientemente — e eis novamente a essência desta tese —, introduzir no direito, sob o signo de jurídico, um *locus* de livre preenchimento, de escolha, de arbítrio (considerada uma decisão arbitrária aquela indistinta de uma decisão sem fundamentos).

Somos imprevisíveis até para nós mesmos. A incerteza das nossas posições ao longo do tempo, das nossas convicções sobre os temas e sobre as especificidades dos próximos casos a serem analisados favorecem, instintivamente, um contingenciamento da imprevisibilidade, notadamente em um direito que se pretenda estável. A saída parece ter sido, pois, substituir a imprevisibilidade por uma suposta liberdade.

A independência — ou uma versão exasperada e ilimitada da independência — se torna, sob o signo da discricionariedade, a garante sistêmica de uma imprevisibilidade que, isolada, seria inassimilável. Eagleman, contudo, bem extrema imprevisibilidade e liberdade a partir da ideia de uma pirâmide de bolas de pingue-pongue. A complexidade desse sistema impossibilita que se prevejam trajetórias e posições finais das bolas, mas cada bola, ainda assim, segue as regras deterministas do movimento. “Só porque não podemos dizer aonde tudo vai parar, não quer dizer que o conjunto de bolas seja ‘livre.’”⁵⁷² Alguma imprevisibilidade é tolerável pelo

⁵⁶⁹ FESTINGER, L. *A theory of cognitive dissonance*. Stanford: Stanford University, 1957.

⁵⁷⁰ JAMES, W. *The varieties of religious experience*. New York: New American Library, 1958. p. 311.

⁵⁷¹ JAMES, W. *The varieties of religious experience*. New York: New American Library, 1958. p. 303.

⁵⁷² EAGLEMAN, Daniel. *Incógnito: as vidas secretas do cérebro*. Tradução: Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Rocco, 2012. p. 181.

sistema-direito; liberdade em relação ao direito, contudo, tornaria a imprevisibilidade regra, pois não haveria mais quaisquer balizas.

Dá-se no mesmo sentido a afirmação de Poincaré ao dizer que a melhor palavra para identificar com *invenção* não seria *escolha*, pois isso nos faria pensar “num comprador diante do qual foi exposta uma grande quantidade de amostras e que as examina, uma após a outra, para fazer a escolha”.⁵⁷³ Nas decisões, as amostras são tantas que uma vida inteira não bastaria para examiná-las. O que sucede na realidade, portanto, é que combinações estéreis nem sequer se apresentam à mente do inventor; combinações inúteis não surgem no campo de sua consciência.

É mais como se o inventor fosse um examinador de segundo grau que apenas interroga candidatos admitidos num exame prévio.⁵⁷⁴ Daí, digo eu, funcionar o direito como um filtro das intuições que catalisa o processo cognitivo. É ele quem deve(ria) preponderar, ainda que se relacione com intuições de outras ordens. O direito assimilado acaba, assim, impregnado em nosso inconsciente e inegavelmente influencia, também ele, nossas intuições. Isso, por si só, já desmentiria a ilusão de livre escolha advogada pela discricionariedade, mas, ainda além, deve o direito funcionar adicionalmente como instrumento de auditoria⁵⁷⁵ quando da racionalização do julgamento intuitivo. Não sou pueril em imaginar que o direito seja o único a orbitar o processo cognitivo, mas parece-me que esse duplo engajamento contaminará positivamente de maneira mais sensível a dinâmica da cognição.

Por isso, ênfase: não há escolhas livres no julgamento. A dimensão consciente do processo cognitivo é infinitamente menor que nosso inconsciente, sendo que o nosso próprio inconsciente igualmente nos limita. Somos em larga medida conduzidos por — e não condutores dos — nossos pensamentos e deliberações. A par de isso falsear a ilusão de uma escolha entre opções, escancara ainda uma faceta inexplicável, porque não apreensível, de nossos processos cognitivos (entre os quais o de julgar). A discricionariedade, no ponto, surge com uma sorte de rotulagem do inarticulado, aparentemente fundamentando juridicamente, mas na verdade funcionando como uma renegação ao dever (ou à possibilidade) de justificação.

Como estratégia cognitiva, a discricionariedade acaba por automatizar determinadas classes de decisões, abreviando o processo cognitivo, reduzindo eficientemente gasto

⁵⁷³ POINCARÉ, H. Le raisonnement mathématique. Science et méthode. In: SZILARD, L.; LANOUILLE, W. *Genius in the shadows*. Nova York: Charles Scribner's Sons, 1992.

⁵⁷⁴ POINCARÉ, H. Le raisonnement mathématique. Science et méthode. In: SZILARD, L.; LANOUILLE, W. *Genius in the shadows*. Nova York: Charles Scribner's Sons, 1992.

⁵⁷⁵ RACHLINSKI, Jeffrey J. *et al.* Does unconscious racial bias affect trial judges? *Notre Dame Law Review*, v. 44, p. 1226 e 1230, 2009.; GREEN, Alexander *et al.* Implicit bias among physicians and its prediction of thrombolysis decisions for black and white patients. *J. Gen. Internal Med*, 22, p. 1237, jun. 2007.

energético e acelerando deliberações, tudo isso, contudo, em patrocínio do sacrifício do verdadeiro enfrentamento sobre por que se decidiu como se decidiu (ainda que o enfrentamento se limitasse aos “porquês” passíveis de assimilação).

Em outras palavras, a discricionariedade blinda e ensimesma o sistema psíquico e impede uma contaminação positiva de si por outras visões. “Se os outros nos veem de forma diferente de como nós nos vemos, precisamos incorporar essa visão alternativa de nós mesmos a nossa narrativa pessoal.”⁵⁷⁶ Humildade (duvidar de si) e empatia (prezar pela aceitação do argumento pelo outro; saber que se decidem vidas) deveriam ter mais espaço. Ocorre, contudo, que a discricionariedade como fundamento acaba por personificar a desistência do processo de racionalização (ainda que *a posteriori*).

No longo prazo, a discricionariedade perfaz o deletério efeito de ressignificar o próprio ato de decidir, afetando as lentes cognitivas de juízes de modo a gradativamente torná-los mais e mais impermeáveis ao direito.⁵⁷⁷ Representa ela, discricionariedade, enfim, um atrofiamento da legitimação pela fundamentação, com o dado adicional de que não veicula uma admissão da moralização do direito ou da dimensão inexpugnável de uma influência inconsciente sobre as decisões — o que seria extremo, mas não deixaria de ser um ponto de partida de assimilação da própria suscetibilidade —, mas sim um mascaramento bastante ineficaz que visa a manter as aparências. Assumir o que de fato é a discricionariedade, em lugar de a ela recorrer como um apanágio do inarticulável, seria dar um passo além no processo de amadurecimento da jurisdição. A questão é que a discricionariedade funciona como óbice à sua própria superação.

Os dogmas da clareza do texto ou da justiça de uma decisão até podem aplainar (semântica ou psicologicamente) fatores extrajurídicos, que, contudo, não deixam de existir. Somente o reconhecimento e a assimilação dessas influências, interiores e exteriores, em lugar de sua ocultação, podem abrir caminho para um maior amadurecimento da jurisdição. *Apenas o escancaramento da falência de uma simbologia pode dar lugar a novos símbolos.*⁵⁷⁸ É a abertura à deliberação que torna possível um contraponto a enviesamentos e a julgamentos intuitivos.⁵⁷⁹

⁵⁷⁶ BURTON, Robert A. *Sobre ter certeza: como a neurociência explica a convicção*. Tradução: Marcelo Barbão. São Paulo: Blucher, 2018. p. 180.

⁵⁷⁷ “A ciência se torna irrelevante se décadas de um sistema decisório impositivo houver afetado as lentes cognitivas pelas quais os juízes de hoje enxergam a tarefa de sentenciar, como eu acredito ser o caso. Quase trinta anos de sentenciamentos por uma fórmula falha alteraram o cérebro do sentenciador.” (GERTNER, Nancy. Neuroscience and sentencing. *Fordham Law Review*, v. 85, p. 533-534, 2016.)

⁵⁷⁸ GIACOMOLLI, Nereu José; DUARTE, Liza Bastos. O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos. *Revista da AJURIS*, v. 33, n. 102, p. 290, jun. 2006.

⁵⁷⁹ GUTHRIE, Chris *et al.* *Blinking on the bench: how judges decide cases*. *Cornell Law Review*, v. 93, p. 28, 2007.

Se *accountability* é a expectativa fundada de que exercentes do poder devam prestar contas de suas crenças e ações a outros, pareada com a certeza de que consagração ou rechaço se dará de acordo com a capacidade de eles se justificarem⁵⁸⁰, tenho para mim que a discricionariedade prejudica — se não fulmina — responsabilizações, prestando um desserviço ao sistema jurídico.

Da mesma maneira que a psicanálise atua sobre (para contornar) a repressão a ideias inconscientes, fazendo vir à tona as verdadeiras inclinações que atuam sobre o modo de ser do indivíduo, a fundamentação deve funcionar para combater a discricionariedade enquanto repressão do oculto. A discricionariedade não fundamenta, mas sim impede uma maior sofisticação e honestidade no fundamentar. É uma manipulação consciente de determinações inconscientes. É mais uma figura integrante de uma série de esquemas conceituais, dogmas e estratégias interpretativos ou semânticos que não garantem verdade ou racionalidade pura, mas, antes, escamoteiam complexidades e não raro são óbices a uma jurisdição mais democrática, legítima e verdadeira, afiançando um discurso de poder que se reproduz, dando luz a novos-velhos dogmas.

A imparcialidade não deve se limitar a uma equidistância das partes. O descompromisso com as teses postas não cede lugar a um compromisso apenas consigo mesmo. O compromisso maior deve(ria) ser com o direito. E daí o incremento da imparcialidade: essa autocolocação a que o julgador recorre para distanciar-se de parte a parte deve dar-se também perante o direito. Uma autolimitação perante o direito enquanto contralinguagem que exija ajustes linguísticos no discurso, tudo isso catalisado por uma abertura deliberativa — pela janela da construção da fundamentação — mais real que ilusória.

Como qualquer discurso, decisões judiciais possuem um projeto de dizer, que, todavia, não deve confundir-se com projetos pessoais. A lei é invenção institucional que orienta um denominador comum dos arranjos políticos. Quando substituem ou adaptam o discurso legal de poder, as decisões funcionam como uma refundação do poder em que há um deslocamento de seu núcleo dimanante. Não que leis estejam imunes a interesses segmentados ou particulares, mas, decerto, ostentam coeficiente democrático mais elevado que as decisões. No ponto, diz Jorge Amaury Maia Nunes que a Constituição — e ousa dizer: o direito — resulta do confronto constante de forças políticas que acaba por produzir um constructo desejado, querido.

⁵⁸⁰ LERNER, J. S.; TETLOCK, P. E. Bridging individual, interpersonal, and institutional approaches to judgment and decision making: the impact of accountability on cognitive bias. In: SCHNEIDER, S. L; SHANTEAU, J. (eds.). *Emerging perspectives on judgment and decision research*. New York: Cambridge University Press, 2003. p. 434.

Dito de outra maneira, os exercentes de poder político, embora não representem o todo social (um dos possíveis conceitos de povo), porque localizados os seus interesses, “têm a pretensão, cada um de per si, de fazer prevalecer o seu próprio projeto de sociedade em que seja mais bem contemplada a parte que representam”.⁵⁸¹ O direito, como acomodação dessas expectativas e como distensionamento dos polos em prol de meios termos ótimos, antagoniza projetos sociais de agentes políticos em favor de uma solução intermediária ideal e mutante — como é mutante a correlação de forças sociais — dirigida a todos, mesmo os não exercentes do poder. O que a discricionariedade representa, dessa feita, é uma tendência natural do poder em esquivar-se de seus limites, contornando o direito “por seu meio”, transitando disfarçadamente de jurídico quando na verdade revela poder e aspirações político-morais.

Sintetizando, e recorrendo a Garapon, juristas — em especial os juízes — são, hoje, em face à descrença no Estado, os guardiões de uma moral pública que tem no direito última instância de uma pretensa uniformidade. Seriam eles “a última moral comum de uma sociedade que não mais a possui”.⁵⁸² Acontece que — sem me imiscuir nos riscos de uma superposição entre direito e moral — a discricionariedade esfacela essa última trincheira de valores compartilhados para admitir um contingenciamento que alça juízes a deuses.

“Sem nenhum exagero, a fuga do direito em direção à moral foi um estratagema exitoso na legitimação do direito alemão do período nazista porque impedia qualquer avaliação qualitativa ou de veracidade das determinações à época.”⁵⁸³ E se a história nos ensina que degeneração do direito principia pelo rompimento de sua autonomia, não é difícil projetar que um caminho fácil para essa ruptura principie pela invasão moral do direito.^{584 e 585}

4.4 UM FECHO: DISCRICIONARIEDADE COMO JULGAMENTO MORAL SOCIOINTUICIONISTA

⁵⁸¹ NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 28.

⁵⁸² GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 15 e 55.

⁵⁸³ ABOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 46.

⁵⁸⁴ A associação que se faz entre o direito nazista e a discricionariedade judicial não é de modo algum algo forçado. Já há, no Brasil, trabalhos importantes identificando a postura judicial que permitiu ao nazismo a degeneração judicial do direito a partir da ideia de uma magistratura que funcionaria como receptáculo dos valores morais de uma sociedade e portadora privilegiada do interesse comum, o que a alçaria a uma instância acima da racionalidade técnica do direito: ABOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021; MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; SOUZA, Joyce Karine de Sá. Sobrevivência do nazifascismo na teoria jurídica contemporânea e seus reflexos na interpretação judicial brasileira. *Revista de Estudos Constitucionais. Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 9, n. 3. p. 295-310, set./dez. 2017.

⁵⁸⁵ Ainda no sentido de que a moral fragiliza a autonomia do direito: STRECK, Lenio Luiz. *Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial*. Florianópolis: Tirant lo Blanche, 2018. p. 10.

Disse Calamandrei: “como se pode considerar fiel uma fundamentação que não reproduza os meandros subterrâneos dessas correntes sentimentais, a cuja influência mágica nenhum juiz, mesmo o mais severo, consegue escapar?”⁵⁸⁶ Problematizando essa afirmação, indago eu: se há um mundo inacessível que norteia nossas decisões, e se ele é ignorado, o problema deixaria de ser a incapacidade de a discricionariedade funcionar como fundamento e passaria a ser a inviabilidade de qualquer fundamentação, não?

Respondo: nenhuma fundamentação jamais exaurirá os fatores por detrás de si. A crítica que faço à discricionariedade, sem embargo, é que ela, a pretexto de funcionar como fundamento, impede que se persevere no caminho da fundamentação em busca de meios capazes de atenuar seus vieses.⁵⁸⁷ A fenomenologia do espírito revela a história de nossa consciência infeliz, que busca certeza em si mesma. O inevitável fracasso nessa busca escancara a procura vã da verdade nas coisas. Somente outra(s) consciência(s) pode(m) dar a essa certeza subjetiva uma realidade (minimamente) objetiva.⁵⁸⁸ A questão é que a discricionariedade induz uma falsa solução: em lugar de fundamentar, interrompe a fundamentação, erigindo novo-velho dogma que reforça um discurso de poder democraticamente duvidoso.

A discricionariedade, por conseguinte, resulta como juízo moral toda vez que a decisão abdica de transitar entre os eixos da validade e da invalidade para pretender se mover entre os polos da certeza e da erronia. O paradoxo fica por conta de que, aspirando a critérios pessoais de justiça ou de conveniência, e situando na discricionariedade fundamentação suficiente, a decisão, por muito mais que deseje, somente será necessariamente certa aos olhos de seu prolator; isto é, *sua correção será absolutamente contingencial, sacrificando-se no altar dessa ilusão sua própria validade.*

Na democracia, “não é a moral que deve filtrar o Direito e, sim, é o Direito que deve filtrar os juízos morais”.⁵⁸⁹ Decisão, por conseguinte, não há de ser escolha pautada em critérios

⁵⁸⁶ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1995. p. 175-176.

⁵⁸⁷ No ponto: “As heurísticas que criam ilusões cognitivas estão profundamente entranhadas e são frequentemente auxílios decisórios bastante úteis, de modo que seria difícil para juízes se absterem de seu uso. Apesar disso, juízes podem (e, dizemos, frequentemente o fazem) decidir bem ao aprender a adotar múltiplas perspectivas sobre os problemas com os quais são confrontados, restringindo seu uso das heurísticas a circunstâncias normativamente apropriadas e desconfiando de inclinações que sejam provável produto de ilusões cognitivas.” (GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Inside the judicial mind. *Cornell Law Review*, Cornell Law Faculty Publications, v. 86, n. 777, paper 814, p. 822, 2001. Tradução livre.)

⁵⁸⁸ GIACOMOLLI, Nereu José; DUARTE, Liza Bastos. O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos. *Revista da AJURIS*, v. 33, n. 102, p. 295, jun. 2006.

⁵⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial*. Florianópolis: Tirant lo Blanche, 2018. p. 11.

particulares de justiça ou correção, mas sim orientada por um contradiscurso linguístico compartilhado num tempo e num espaço e que se torna presente no direito de uma comunidade.

A tragédia do dogma da superconsciência ou da ultrarracionalidade é a certeza do fracasso, mas, pior que o fracasso, é a sua negação. Se a assimilação da inconsciência não assegura uma verdade absoluta, não é menos certo que veicula maior honestidade intelectual e inclinação democrática.

5. SIGNIFICAR NÃO É ESCOLHER: UMA PERSPECTIVA SEMIOLÓGICA

Passando a uma perspectiva semiológica da discricionariedade judicial, abordo a justificativa que a situa como uma inevitável contaminação subjetiva na tarefa de significação. É que os chamados conceitos abertos, ou “indeterminados” (*sic*)⁵⁹⁰, são frequentemente⁵⁹¹ invocados como válvula de escape da discricionariedade judicial⁵⁹², dita uma “irreduzível margem de livre apreciação do juiz”⁵⁹³, fato esse que não se dá por acaso, haja vista que a ideia de discricionariedade se inicia com maior vigor a partir de Hart e de suas zonas de penumbra.

Seja como for, vendo na polissemia, na ambiguidade, na vagueza ou na porosidade⁵⁹⁴ distintas possibilidades válidas⁵⁹⁵, tornou-se lugar comum atribuir à operação cognitiva de seu preenchimento uma espécie de pinçamento de significados, uma tarefa volitiva, particular e livre, porque em tese incontrolável.

⁵⁹⁰ “(...) não existem conceitos indeterminados. Se é indeterminado o conceito, não é conceito. O mínimo que se exige de uma suma de ideias, abstrata, para que seja um conceito é que seja determinada.” (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 231-232.)

⁵⁹¹ O diagnóstico é feito, entre nós, por: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 250 et seq.; GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 193 et seq.; e GÓES, Gisele Santos Fernandes. Existe discricionariedade judicial? Discricionariedade x termos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (coords.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Tereza Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008. p. 87-94; CRAMER, Ronaldo. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade no processo civil. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (coords.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Tereza Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008. p. 107-115; entre outros.

⁵⁹² É muito clara essa apropriação das cláusulas abertas pelo positivismo como escape discricionário a partir da seguinte passagem: “As cláusulas gerais constituíram uma notável e muitas vezes elogiada concessão do positivismo à autorresponsabilidade dos juízes e a uma ética social transpositiva, cujo padrão propulsor para o legislador foi construído pela organização dada pelo *praetor* romano ao *judex* para determinar o conteúdo da decisão de acordo com a *bona fides*.” (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 5. ed. Tradução: A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015. p. 545-546.)

⁵⁹³ Larenz, com fundamento na textura aberta que ele atribui a Hart, mas que é na verdade de WAISMANN, F. Verifiability. In: FLEW, A. G. N. (ed.). *Logic and language (first series)*. Oxford: Brasil Black-well, 1978. p. 117-144. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 413. Ainda no mesmo sentido, é possível enxergar em Kelsen a impossibilidade de completa determinação das normas (intencional ou não intencional) como ponto de partida de “uma margem, ora maior, ora menor, de livre apreciação” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 245).

⁵⁹⁴ Polissemia pressupõe um termo com vários sentidos; ambiguidade pressupõe ausência de clareza sobre o elemento que se integra no conceito enunciado; vagueza pressupõe grande carga informacional, mas pouca compreensão; porosidade pressupõe o ingresso num conceito de elementos significantes de outras áreas (CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1177).

⁵⁹⁵ Inevitável lembrar o que já falei a respeito de Kelsen e, a meu ver, da desvirtuação de sua teoria: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 251; KELSEN, Hans. *¿Qué es la teoría pura del derecho?* Colonia del Carmen-MEX: Distribuciones Fontamara S.A., 1997. p. 27-28. Disponível em: http://cv.uoc.edu/mat/03_001/Teodret3.htm Acesso em: 10 out. 2020.

A significação, por outro lado, talvez forneça campo exatamente em favor das limitações⁵⁹⁶ que cercam a aplicação judicial do direito, não sendo livre exatamente porque passível de controle — endógeno e exógeno — e porque, conquanto conviva no seu nascedouro com o íntimo do intérprete, necessariamente passará, quando nele avultar a condição de integrante do sistema, pela mediação/filtragem do direito enquanto próprio sistema.

Nesse sentido, a semiótica também se mostrou para mim uma abordagem inevitável para os fins a que me propus com este trabalho. Isso porque entendendo-a, *grosso modo*, como um estudo dos sentidos, pareceu-me imprescindível nela incursionar tanto para investigar a significação do fundamento “discrecionalidade judicial” como, também, para testar aquele que seria um dos principais estopins para sua manifestação: a suposta margem de “escolha” conferida aos juízes diante de conceitos abertos, polissêmicos, abstratos, vagos ou ambíguos.

No vasto campo da semiótica, busquei, então, concentrar-me na semiótica jurídica⁵⁹⁷ e, mais especificamente, naquela que seria uma das etapas mais recentes⁵⁹⁸ de seus estudos no Brasil, sob a influência decisiva⁵⁹⁹ de Luis Alberto Warat.⁶⁰⁰ Feito o recorte, e de modo a qualificar minha leitura sobre o referencial eleito para o exame, (re)visitei suas premissas teóricas, enfocando as vertentes e as escolas manuseadas para estruturação da tese nele sustentada. O resultado dessa investigação é condensado a seguir.

5.1 ALGUMAS PREMISSAS TEÓRICAS DIGNAS DE REVISITA

A bem da clareza, devo advertir que compreendo a semiótica como ciência que se ocupa do estudo dos signos (linguísticos ou não), da construção de significados e da comunicação, no

⁵⁹⁶ Em sentido diametralmente oposto, Eros Grau aponta o texto como vinculação mínima. Conceitos abertos podem e devem existir a serviço da realidade do direito, mas disso não deflui ausência de balizas básicas, quando menos da própria linguagem: GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 209.

⁵⁹⁷ Embora não vá me aprofundar, não posso deixar de reconhecer a importância de determinados autores para a autonomia de uma semiótica sobre o Direito: KALINOWSKI, G. *La sémiotique juridique. Droit prospectif, revue de recherche juridique: colloque international de sémiotique juridique*. Aix-em-Provence: Presses Universitaires de Aix-em-Provence, 11-13 mar. 1986; DUBOUCHET, Paul. *Sémiotique juridique: introduction à une Science du droit*. Paris: PUF, 1990; GREIMAS, Algirdas Julien. *Semiótica e ciências sociais*. Tradução: Álvaro Lorencini e Sandra Nitirine. São Paulo: Cultrix, 1976; JACKSON, Bernard S. *Semiotics and legal theory*. London/New York: Routledge & Kegan Paul, 1987.

⁵⁹⁸ Dignos de nota os estudos de Lourival Vilanova (*As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, 1977), Tércio Sampaio Ferraz Júnior (*Direito, retórica e comunicação*, 1973; e *A ciência do Direito*, 1977) e Paulo de Barros Carvalho. BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 426-427; BITTAR, Eduardo C. B. *Linguagem jurídica: semiótica, discurso e direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*.

⁵⁹⁹ Também se revelou importante em minhas pesquisas o conceito de *juridicidade* que é foco do trabalho de BITTAR, Eduardo C. B. *Linguagem jurídica: semiótica, discurso e direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*.

⁶⁰⁰ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.

que se especializa diante da linguística em razão do fato de essa estudar a língua, a fala e a linguagem. Desse objeto amplo que nos fornece aquela disciplina — semiótica —, seria possível desmembrar duas vertentes teóricas de origem quase simultânea: a semiologia e a semiótica.

5.1.1 Semiologia em Saussure

Um primeiro teórico da semiologia foi Ferdinand Saussure⁶⁰¹, que, ao enunciar uma espécie de “teoria pura” da língua⁶⁰², fundou a epistemologia linguística, uma metalinguagem sobre linguagens a propor um estudo universal sobre as leis de organização e de estruturação da língua e sobre a significação dos signos em sua organização ou funcionalidade, mais que em seu sentido imanente. Uma metodologia, enfim, com pretensão de ser geral, aplicável aos sistemas sígnicos⁶⁰³ e dissociada para tanto do objeto-língua, “produto social da faculdade de linguagem e um conjunto de convenções necessárias, adotadas pelo corpo social para permitir o exercício dessa faculdade nos indivíduos”⁶⁰⁴ e, por isso, individual, contingencial, historicamente localizada e mediada por critérios psicológicos e hermenêuticos que relativizariam a pretensão original de uma ciência de índole geral.

Apesar desse recorte que propôs, Saussure, curiosamente, não deixou de admitir haver no processo de significação um arbítrio na correspondência entre significante e significado em razão de esse último partir de convenções sociais sem justificações, porque estabelecidas de elo sem correspondência na realidade física.

Mais bem esclarecendo, em Saussure, o significante-referente despertaria no interlocutor uma imagem acústica, uma marca psíquica, conferiria “uma ideia a um suporte fonético”⁶⁰⁵, uma impressão-significado que nos dá “o testemunho de nossos sentidos”⁶⁰⁶, mas tudo isso fruto de máximas sociais internalizadas. Essa origem convencional explicaria, por exemplo, o fato de um mesmo significante poder possuir distintos significados em diferentes

⁶⁰¹ SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*. 15. ed. São Paulo: Cultrix, 1989. p. 16, 142 e 116.

⁶⁰² Curiosamente, em minhas primeiras leituras de Saussure, eu já havia espontaneamente feito essa aproximação, posteriormente reforçada em meu imaginário por dela partilhar Warat: “Sem pretender afirmar a influência de Saussure sobre Kelsen, notamos fortes analogias em ambos os pensamentos, pois os dois encontram-se obcecados pela construção de um objeto teórico autônomo e sistemático.” (WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 20).

⁶⁰³ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 11.

⁶⁰⁴ ILARI, Rodolfo. O estruturalismo linguístico: alguns caminhos. In: MUSSALIN, Fernanda, BENTES, Anna Christina (orgs.). *Introdução à linguística: fundamentos epistemológicos*. São Paulo: Cortez, 2004. v. 3, p. 57 et seq.

⁶⁰⁵ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 25.

⁶⁰⁶ SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de Linguística Geral*. 15. ed. São Paulo: Cultrix, 1989. p. 80.

línguas. Lado a lado com a arbitrariedade, sem prejuízo, estaria a linearidade do signo, a fazer com que ele transcendesse a vontade humana para depender da língua como dado coletivo para produzir sentido.⁶⁰⁷

5.1.2 Semiótica em Peirce

Simultaneamente, mas de forma independente da semiologia, a semiótica se desenvolve inicialmente com Charles Sanders Peirce, a quem também é creditada a raiz do pragmatismo.⁶⁰⁸ Pretendendo estudar todos os tipos de ações sgnicas — o que tornaria discutível se não seria a própria semiose seu objeto —, a semiótica universalizante de Peirce, diferentemente da concepção dualista de Saussure (significante-significado), adotou uma concepção triádica (veículo sgnico ou *representamen*-interpretante-objeto).

A integração do interpretante torna a análise de Peirce de cariz mais subjetivo. Dirá ele, por exemplo, que “todo símbolo é, em sua origem, ou uma imagem da ideia significada ou uma reminiscência de alguma ocorrência individual, pessoa ou coisa ligada a seu significado ou, ainda, uma metáfora”⁶⁰⁹. Esse contato com o subjetivo, nada obstante, não desvestiria sua teoria dos traços do positivismo lógico, representado, em sua ciência, pela pretendida definição de critérios para uma exatidão do pensamento.⁶¹⁰

A partir de signos, pensamos e recorremos à abstração para formulação de novos signos, equivalentes ou talvez mais desenvolvidos. Estímulos sensoriais-signo (*representâmen*) incitam a atividade-pensamento sobre os signos, produzindo... signos (interpretantes)! Essa incursão interior — ou observação abstrativa — não se dá sem um confronto entre impressões (ou ideias, chamadas por Peirce de fundamentos do *representâmen*) e uma inteligência científica, isto é, uma inteligência capaz de aprender com a experiência. Esse processo, segundo o autor, “no fundo se assemelha muito ao raciocínio matemático” e por meio dele “podemos chegar a conclusões sobre o que seria verdadeiro a respeito dos signos em todos os casos, conquanto que fosse científica a inteligência que deles se serviu”.⁶¹¹

⁶⁰⁷ CARMELO, Luís. *Semiótica: uma introdução*. Mem Martins-PT: Publicações Europa-América, 2003. p. 143. (Coleção Biblioteca Universitária, n. 82).

⁶⁰⁸ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 13.

⁶⁰⁹ PEIRCE, Charles Sanders. *Semiótica*. Tradução: João Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2005. p. 40.

⁶¹⁰ PEIRCE, Charles Sanders. *Semiótica*. Tradução: João Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2005. p. 41 e 45.

⁶¹¹ PEIRCE, Charles Sanders. *Semiótica*. Tradução: João Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2005. p. 45.

A lógica de Peirce vai ao ponto de segmentar o processo de pensamento que revela a interpretação, cindindo-o em (i) *primeiridade*, domínio do sensorial, do emocional, quando se capta de modo fugaz as qualidades de algo e que precede qualquer elaboração; (ii) *secundidade*, domínio da realidade, quando se confronta a consciência de algo concreto; e (iii) *terceiridade*, que compreende o pensar, a própria racionalidade. Em resumo, impressão, constatação e reflexão. Na perspectiva do intérprete, o signo inicialmente se coloca como um potencial qualitativo, uma possibilidade de significação; na segunda etapa, presta-se a uma asserção, uma proposição; e, na terceira etapa, há uma ordenação da conjunção à luz de seu contexto, do que resulta para o interpretante um argumento.

Com a *terceiridade*, pois, inicia-se uma nova fase, agora de validação dos fundamentos (sub-ramo semiótico da *grammatica speculativa* ou gramática pura) a partir da inteligência científica a seu respeito, processo esse de que resultará o significado. Os critérios para essa aferição são fornecidos pela lógica (outro sub-ramo que consiste na “ciência formal das condições de validade da representação”), cabendo à retórica (derradeiro sub-ramo) o estudo das leis segundo as quais na inteligência científica um signo é capaz de originar outro signo e como um pensamento acarreta outro pensamento.

5.1.3 Neopositivismo lógico

A partir de Peirce, Charles Morris mais bem definiria as subdivisões da semiótica, situando a sintaxe como relação dos signos entre si, a semântica como relação do signo com seu objeto e o pragmatismo como relação do signo com o usuário.⁶¹²

Com foco preponderantemente nas duas primeiras classes⁶¹³, o neopositivismo lógico ganharia preeminência, nascido sob a influência do “primeiro” Wittgenstein e do Círculo de Viena para divisar na linguagem mecanismo de controle do conhecimento, pretensamente abandonando a metafísica para centrar-se filosoficamente em questionamentos essencialmente linguísticos, como as condições ideais de fala sobre signos que funcionariam para obtenção de discursos científicos mais rigorosos.⁶¹⁴ A ambição era a de um critério de significação para os

⁶¹² MORRIS, Charles W. Foundations of the theory of signs. In: NEURATH, Otto (ed.). *International Encyclopedia of Unified Science*. Chicago: University of Chicago Press, 1944. v. 1, n. 2, p. 13, 21 e 29.

⁶¹³ Traçando um paralelo entre o neopositivismo lógico e o direito, o formalismo identifica a linguagem jurídica com critérios sintáticos que orientam o exame do texto legal; já o realismo norte-americano se centra nas condições semânticas, enaltecendo as sentenças como verdadeiras normas, porque dotadas de maior correspondência com a realidade (WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 44).

⁶¹⁴ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 37 e 39.

enunciados da ciência “a partir de uma teoria da verdade, vendo-a não como uma propriedade de certos enunciados (proposições), mas sim como uma relação de concordância ou correspondência com algum estado de coisas existentes”.⁶¹⁵

Rudolf Carnap foi um dos principais expoentes daquela corrente, propondo uma teoria da construção de toda a linguagem⁶¹⁶ apoiada na premissa de que, despida a filosofia de todos os seus componentes não científicos, o que sobraria seria a lógica, que haveria de ser transferida para a linguagem por meio de uma sintaxe da linguagem científica.⁶¹⁷

A semântica, de sua vez, em Carnap, cuidaria da relação entre os signos e os objetos e, na esteira do que bem caracterizou o positivismo da época, pressupunha a verificabilidade empírica como condição para uma proposição semanticamente verdadeira — ou uma “condição positivista de sentido”.⁶¹⁸

Carnap, nessa linha, enuncia um “método para análise semântica da significação”⁶¹⁹, que se prestaria a realizar um crivo entre os argumentos contidos no discurso pretensamente científico e o campo objetivo por ele, discurso, referido.⁶²⁰ Nesse ponto, conceitos somente poderiam se prestar a dar sentido a uma proposição se suas propriedades designativas permitissem uma denotação referida a estados de coisas preexistentes⁶²¹ — *inevitável o paralelismo com a discricionarietà fraca de Dworkin*.

Com uma leitura enviesada pelo formalismo e pelo empirismo, os neopositivistas não tematizariam a pragmática como dimensão da linguagem, deixando de considerar o importante papel da ideologia no processo de significação⁶²², lacuna essa que viria a ser preenchida pela Filosofia da Linguagem Ordinária.

5.1.4 Filosofia da Linguagem Ordinária

⁶¹⁵ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 45.

⁶¹⁶ CARNAP, R. *The logical syntax of language*. London: Routledge & Kegan Paul Ltd., 1937. p. 7-8.

⁶¹⁷ CARNAP, R. *The logical syntax of language*. London: Routledge & Kegan Paul Ltd., 1937. p. 279.

⁶¹⁸ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 41.

⁶¹⁹ CARNAP, Rudolph. *Meaning and necessity: a study in semantics and modal logic*. Chicago: The University of Chicago Press, 1948. p. 202.

⁶²⁰ TARSKI, Alfred. *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*. In: BRUNGE, Mario (comp.). *Antología semántica*. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión, 1968. p. 304-305.

⁶²¹ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 43.

⁶²² WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 46.

Se o neopositivismo lógico tinha na linguagem comum algo sabidamente deficiente — deficiência essa contrastada e tornada evidente por um ideal de linguagem logicamente perfeita —, a Filosofia da Linguagem Ordinária, ao contrário, buscou explorar precisamente os equívocos comunicacionais resultantes da necessária imprecisão das significações.⁶²³

A tentativa de suprimir a metafísica da linguagem, privilegiando no processo a sintaxe e a semântica, dá lugar à pretensão de se estremar da linguagem a própria filosofia e os problemas que ela mesma criaria, privilegiando-se para tanto, no processo, a pragmática. Ou seja, o estabelecimento de critérios rígidos para uso de definições na produção de discurso científico cederia espaço à elucidação dos sentidos no uso comum dos termos.

Rompe-se, pois, na Filosofia da Linguagem Ordinária, com um ideal de univocidade epistemológica e com o paradigma de enunciados (ou conjuntos de significantes) encarados a partir de um sistema abstrato de denotação e de harmonização dos atos comunicacionais, deslocando-se as preocupações para a linguagem natural e para os efeitos de sentido resultantes dos propósitos significativos dos emissores e dos contextos de uso dos signos.⁶²⁴

Ganham força os elementos extralinguísticos, e o estudo do enunciado dá lugar ao da enunciação e dos aspectos que cercam a produção de significação. Por essa perspectiva, a semiologia, na vertente da linguagem ordinária, passa a examinar não apenas o significado de base, mas o significado contextual à luz do jogo das evocações de significação (conotação), produto muitas vezes de ideologia, contrapondo-o, enquanto jogo, ao sistema conceitual-denotativo enunciado. É dizer, o objeto de atenção passa a ser o discurso, a pressupor um conjunto de relações extralinguísticas.⁶²⁵

Nesse particular, as chamadas definições persuasivas desempenhariam papel importante para, a partir de cargas emotivas — *plus* de significado valorativo atribuído pelo emissor e que acompanha o sentido descritivo —, dar a aparência de constatação empírica a um valor do emissor. No direito, especificamente, essas definições persuasivas seriam reforçadas por uma estrutura que vislumbra em determinados institutos alta carga valorativa, mas com anemia significativa: os estereótipos, elementos nucleares de transmissão de conteúdos ideológicos para consolidação e aceitação de valores dominantes numa sociedade (ou termos “com eficácia

⁶²³ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 63.

⁶²⁴ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 65-66.

⁶²⁵ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 82-83.

comunicativa a partir da força conotativa vinculada a seu significante”⁶²⁶). Daí que, “quando o legislador introduz estereótipos nas normas gerais, está autorizando os juízes a produzirem, em suas sentenças, definições persuasivas”⁶²⁷ — ou justificações e legitimações travestidas de explicações.

Se a falibilidade da linguagem ordinária inadmita a ideia de uma significação de base plena, esse traço se acentua nas hipóteses de vagueza e de ambiguidade. Quando não há limites denotativos claros, caberá à pragmática auxiliar nas decisões que permitirão ao receptor incluir ou afastar classes ou subclasses terminológicas em uma denotação.

5.1.5 Retórica

Eis que a retórica (res)surge como uma metalinguagem do discurso centrada nos recursos persuasivos. Em meio ao pragmatismo, diverge ela da teoria *saussuriana* para, em lugar de propor leis gerais que guiarão linguagens específicas, buscar diretrizes particulares dos discursos a partir do nível do indivíduo. Ou seja, a linguagem é vista como atividade que admite convenções a partir dos sujeitos da fala, e não (ou não apenas) leis gerais aplicáveis a qualquer linguagem.⁶²⁸

Ao debruçar-se sobre a prática, a retórica admite e busca estudar as dimensões políticas da significação, abandonando a redução do conhecimento a uma instância lógica como critério único de análise discursiva.⁶²⁹ O demonstrável e o matematizado dão lugar a uma lógica do razoável.⁶³⁰ O vazio deixado pelo reconhecimento da impossibilidade de demonstração é então ocupado pela persuasão e pelo convencimento, de cujas condições se ocupará a retórica moderna, por exemplo, por meio da construção de instância ideal de interlocução que funcionaria, no íntimo do emissor, como horizonte a ser perseguido em sua missão de convencer: o auditório universal.⁶³¹

Sem prejuízo da incursão na linguagem prática e de um olhar discursivo sobre as dimensões políticas da significação, até mesmo a retórica ficaria aquém de um exame mais

⁶²⁶ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 72.

⁶²⁷ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 71.

⁶²⁸ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 85-86.

⁶²⁹ PERELMAN, Chäin; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 1.

⁶³⁰ SICHES, Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2. ed. México: Porrúa, 1973. p. 22-23.

⁶³¹ PERELMAN, Chäin; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 86.

aprofundado do papel e da influência do discurso — particularmente o discurso jurídico — no todo, seja esse todo o direito ou a sociedade. Se, modernamente, a semiologia tem avançado sobre os “processos de produção e de transformação das significações conotativas (ideológicas) no seio da comunicação social”⁶³², seria uma atitude reducionista seguir no caminho que enxerga a ideologia apenas pela eficácia de seus efeitos argumentativos/persuasivos.

5.2 A ASSIMILAÇÃO DA PRÁTICA PELA SIGNIFICAÇÃO: OU UM SALDO CRÍTICO DAS PREMISSAS TEÓRICAS REVISITADAS

Chama atenção desde logo, em Saussure, que sua metodologia criteriosa da linguagem buscou determinar as regras para a pureza de uma ciência dos signos. Ainda que de verve positivista e com pretensão de ser geral, a proposta pinça das linguagens-objeto que analisa muitos dos princípios que busca enunciar ao formatar sua metalinguagem.⁶³³

Se for sustentável essa identidade que estabeleço, interessa notar que a criteriologia *saussuriana* antagoniza na cognição discursiva uma ideia de escolha. Em verdade, a própria arbitrariedade como característica da significação defluidá de convenções que transcendem o indivíduo, ao mesmo tempo em que nele são internalizadas.⁶³⁴

Sob um olhar do discurso jurídico, bem ao contrário de essa convencionalidade representar um relativismo, teria ela o condão de impor a impossibilidade de o intérprete atribuir qualquer sentido ao conceito, “ou seja, não é admissível juridicamente dizer, individualmente e arbitrariamente, qualquer coisa sobre o conceito”.⁶³⁵ Se essa ideia de arbitrariedade não deve “fazer pensar que o significante depende da livre escolha do sujeito falante, uma vez que este não tem o poder de alterar o signo se a relação significante/significado foi aceita por um grupo

⁶³² WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 100.

⁶³³ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 11.

⁶³⁴ O ponto é alvo de crítica de Umberto Eco: “o liame entre significante e significado é arbitrário, mas na medida em que é imposto pela língua (que, veremos, é um código) o significado torna-se necessário para quem fala. Aliás, é justamente essa imposição que o código exerce sobre quem fala, que nos permite não entender necessariamente o significado como um conceito, uma imagem mental (perigosa concessão ‘mentalista’ que valeu à semiologia saussuriana críticas de vários gêneros).” (ECO, Umberto. *A obra aberta*. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 1991. p. 114). Em certo sentido, Eco, que aprofundaria sua teoria semiótica posteriormente, acabaria por confirmar essa visão, enxergando na semiose uma contínua produção de sentido: “para estabelecer o significado de um significante (...) é necessário nomear o primeiro significante por meio de outro significante que pode ser interpretado por outro significante, e assim sucessivamente. Temos, destarte, um processo de semiose ilimitada.” (ECO, Umberto. *A Estrutura ausente: introdução à pesquisa semiológica*. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. 58).

⁶³⁵ MARRAFON, Marco Aurélio. Jurista deve entender teoria dos signos para combater totalitarismo. *Revista Consultor Jurídico*, 11 ago. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-11/jurista-entender-teoria-signos-combater-totalitarismo>. Acesso em: 10 out. 2021.

linguístico”⁶³⁶, por certo que, por idênticas razões, a mesma ideia de escolha não deve alcançar aquele que interpreta.

Ademais, também os aspectos sistemático e de valor na teoria de Saussure fornecem balizas importantes, estabelecendo, o primeiro, uma herança comunicacional na relação significante/significado e, o segundo, uma configuração do código de significantes: quente, morno, frio ou gelado são termos que retiram seu valor relacional de uma oposição entre si, o que acentua na língua a significação como lugar de referência para uma ordenação dos próprios significantes.⁶³⁷

Já em Peirce, se a semiótica em si revela a dificuldade de se atrelar interpretação a um processo de escolha e de preferências pessoais, por outro lado demonstra que uma estratégia discursiva pautada pelo arbítrio não oculta uma preponderância do individual sobre o convencional, desvirtuando funcionalidades de seu figurino sistêmico para convolá-las em motor de promoção de desígnios particulares. *Por tudo isso é que o álbi do conceito aberto como locus autorizador da discricionariiedade se põe na verdade como cúmplice de uma perversão linguística: a discricionariiedade, sob o color de fundamento jurídico, encerra conceito não jurídico.*

Faço-me mais claro: os signos-interpretados não são pinçados pelo intérprete dissociados de outros signos-símbolo (signos concretizadores de ideias). *Um conceito jurídico-signo não se despe de sua carga valorativo-sistêmica. Símbolos-interpretações, na medida em que surgem de símbolos-interpretados*⁶³⁸, *carregam, como produto, traços de sua cadeia de produção.*

De fato, a qualquer palavra pode teoricamente ser dado o significado que se queira (*Humpty Dumpty*)⁶³⁹, ou uma “interpretação” pode ignorar significantes e símbolos para surgir somente de signos exclusivamente particulares do “intérprete”, mas isso não será atividade interpretativa, e sim a manufatura de um significado diverso sem correspondência com o significante original, um arbítrio egocêntrico (ou loucura). “Se tendo sido determinada uma ideia interpretante numa consciência individual, essa ideia não determina um signo

⁶³⁶ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 26.

⁶³⁷ SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*. 15. ed. São Paulo: Cultrix, 1989. p. 182; WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 30.

⁶³⁸ PEIRCE, Charles Sanders. *Semiótica*. Tradução: João Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2005. p. 73.

⁶³⁹ OLIVEIRA, Luciano Amaral. Os limites semânticos de Humpty Dumpty. *A Cor das Letras*, v. 5, n. 1, p. 157-169, 2017. Disponível em: <http://periodicos.uefs.br/index.php/acordasletras/article/view/1704>. Acesso em: 10 out. 2021. Também recorrendo à alegoria de Humpty Dumpty para ilustrar o paradoxo da ausência de limites semânticos: GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. São Paulo, Malheiros, 2002.

subsequente; ficando aniquilada essa consciência ou perdendo toda lembrança do outro efeito significante do signo, torna-se impossível saber se alguma vez existiu uma ideia nessa consciência (...).”⁶⁴⁰

Aliás, se nos tivéssemos a uma concepção puramente voluntarista, na verdade nem sequer haveria diferença, no processo interpretativo, a falta do significante (Saussure) ou a falta do signo (Peirce). A escolha de sentido teria o efeito prático de reduzir a zero a importância daqueles elementos. Ao contrário de viabilizar conhecer-se algo, a autorreferência volitiva se restringe a um autoconhecimento, do indivíduo para consigo; o que não seria menos falacioso, porque o indivíduo não veio de lugar nenhum e recorrerá, ainda que ao pretender “escolher”, a signos mentais fruto de convenções. Em suma, e ainda com Peirce, atrelar interpretação a uma escolha seria limitar a compreensão às etapas da primeiridade e secundidade.

Passando pela Filosofia Ordinária da Linguagem, a pragmática teve o predicado de considerar, para além da sintaxe (signo-signo) e da semântica (signo-objeto), uma dimensão contextual que contemplasse o usuário (signo-usuário). O avanço foi inegável sob o prisma do discurso jurídico, haja vista a particularidade de, no direito, a operação de construção de sentido se revelar ainda mais desafiadora pelo fato de os significantes não estarem ancorados em coisas, mas em ideias (aliás, esse foi o mote do giro linguístico: perceber o discurso como constitutivo de “coisas” sem necessariamente um representante físico). Para além disso, é um predicado da pragmática a introdução, no recorte a que me propus, de um ingrediente de grande relevância: o estereótipo.

Como elemento nuclear de transmissão de um conteúdo ideológico para consolidação de valores dominantes⁶⁴¹, chamou-me atenção refletir sobre se a própria discricionariedade judicial não revelaria um estereótipo do julgador para o julgador. Ou seja, se não seria a discricionariedade a institucionalização de um saber adaptado, raptado para produzir palavras de ordem⁶⁴². Um *locus* dotado de alta carga valorativa, cuja significação veicularia uma definição persuasiva, impregnada de ideologia, orientada pela legitimação/aceitação de que os juízes são capazes de *significar a própria tarefa de significar juridicamente*.

Explico: estereótipos são produto de “longo processo de persuasão, de uma somatória de discursos e definições persuasivas que provocam a total dependência do termo estereotipado

⁶⁴⁰ PEIRCE, Charles Sanders. *Semiótica*. Tradução: João Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2005. p. 74.

⁶⁴¹ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 72.

⁶⁴² WARAT, Luis Alberto. A partir de Kelsen. In: PRADO, Luiz Regis; KARAM, Munir. *Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984. p. 95.

a uma relação evocativa ideologicamente determinada”.⁶⁴³ Como estratégia discursiva reiterada, a discricionariedade ambicionaria vestir o figurino de dogma, veiculando, “sob a suposta aparência de uma descrição objetiva, uma dimensão ideológica não formulada na linguagem jurídica”.⁶⁴⁴

Dito de outro modo, nos usos persuasivos da linguagem, “o processo de conhecimento é produzido a partir de um jogo não textual, de um jogo de associações conotativas, que cria um efeito de inferência lógica, preenchendo as lacunas de uma derivação não demonstrada”.⁶⁴⁵ A discricionariedade surgiria, pois, como tentativa de *estereotipação* que criaria condições discursivas para um *senso comum teórico* dos juristas no sentido de que juízes, ao decidirem, na verdade escolhem. A cada repetição, a cada reforço não resistido desse estereótipo, cresce sua eficácia persuasiva, que recorre a um senso comum a pretexto de uma demonstração lógica. Eis o paradoxo: *estereotipada a discricionariedade, torna-se ela o senso comum no qual se subsumem os casos difíceis!*

Ainda no campo da pragmática, a ideia de vagueza se põe como relevante. Ao mesmo tempo em que convive com a definição persuasiva que busca legitimação e aceitação ao veicular uma carga valorativa aderente a um significado de base — o que por si só renega a ideia de uma escolha pura e simples —, também ela, pragmática, permite divisar os conceitos abertos no direito como mecanismo de, frente à imprevisibilidade de todas as situações possíveis, inclusão/exclusão de classes de hipóteses à denotação daquele conceito. É falar, a pragmática restringe e ajuda na tomada de decisões auxiliares que permitirão filtrar, diante de vagueza, o que entra ou o que fica fora da denotação de um conceito jurídico aberto.

Avanço finalmente sobre a retórica para perscrutar a contribuição de Perelman no sentido de projetar na mente do orador uma instância de controle da sua argumentação. Um espaço em que, em lugar do raciocínio analítico ou lógico-formal, prevalecesse o raciocínio dialético ou retórico. Esta a tese fundamental de Perelman: “formular uma noção válida de justiça de caráter puramente formal”⁶⁴⁶, tratando igualmente os seres de uma mesma categoria, que, ao deliberarem juntamente com o orador, encarnam o auditório universal.⁶⁴⁷

⁶⁴³ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 72.

⁶⁴⁴ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 71.

⁶⁴⁵ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 76.

⁶⁴⁶ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2000. p. 81, 84 e 45.

⁶⁴⁷ NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *Jurisdição constitucional: limites ao subjetivismo judicial*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 59-61.

O auditório universal, portanto, funcionaria empaticamente como um interlocutor, estabelecendo um diálogo em contraposição à filosofia contemplativa ou à pesquisa empírica — “onde não há evidência, há dúvida, e onde a dúvida predomina, a argumentação faz-se necessária”.⁶⁴⁸ Se a ninguém é dado argumentar sozinho, essa lacuna é suprida pelo auditório, daí surgindo a legitimidade da interpretação: não da aceitação dos argumentos, mas da sua *aceitabilidade* por parte do auditório; do poder de persuasão ostentado pela justificação apresentada.

Inobstante a sofisticação do auditório universal, base de sua teoria, a retórica de Perelman, sofre questionamentos: todo orador tem sua construção particular de auditório universal. Inconscientemente, a construção que o orador faz é parcial, com a sua versão de “ser racional”. O próprio Perelman, não sem motivo, admitiria a dificuldade: “(...) a variedade de auditórios é quase infinita e (...) querendo adaptar-se a todas as suas particularidades, o orador vê-se confrontado com inumeráveis problemas”.⁶⁴⁹

Seja como for, embora as premissas sejam o ponto de partida para a argumentação, é possível que aquelas eleitas pelo orador segundo seu ideal de auditório não sejam aceitas por seus ouvintes.⁶⁵⁰ Um dos problemas daí decorrentes seria a “petição de princípio”, ou o erro que o orador comete quando baseia seu raciocínio em premissas não admitidas pelo interlocutor, postulando exatamente aquilo que quer provar⁶⁵¹ — vulnerabilidade teórica, diga-se a propósito, que parece encontrar terreno fértil na ideia de discricionariedade.

5.3 A SEMIOLOGIA DO PODER

Chego à semiologia do poder (ou política) de Warat, (i) que renega o hermetismo do positivismo lógico e da lógica formal; (ii) que pugna pela insuficiência dos usos básicos da linguagem catalogados pela Filosofia da Linguagem Ordinária em favor de uma quinta categoria, a função de dominação, que, a par de revelar propósitos significativos, reproduz concepções de mundo⁶⁵²; e (iii) que reputa insuficiente a retórica como parte da pragmática por

⁶⁴⁸ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 199-200.

⁶⁴⁹ PERELMAN, Chäin; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 29.

⁶⁵⁰ PERELMAN, Chäin; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 29.

⁶⁵¹ PERELMAN, Chäin; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 127.

⁶⁵² WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 67.

entendê-la centrada mais na eficácia dos argumentos ideológicos que em seus processos de produção e transformação na sociedade.

Daí uma nova vertente semiológica, focada na significação como instrumento de controle social e a identificar a legitimidade do poder como uma decorrência direta de um trabalho discursivo somente obtido quando manuseadas adequadamente as palavras.⁶⁵³

Uma semiologia, digo eu, que enxerga o direito, nessa dinâmica, como *contradiscorso de parametrização de um controle finalístico sobre o exercício legítimo do poder*. Que enxerga na juridicidade, enquanto sistema de significação (jurídica), um “conglomerado das práticas textuais e discursivas do Direito”.⁶⁵⁴ Uma percepção teórica que abraça a *heteronímia significativa* para assimilar os fatores extranormativos (históricos) como codeterminantes do processo de significação jurídica, e que, ao fazê-lo, empreende a “tarefa de desconstrução dos discursos jurídicos dominantes, elaborando-se os seus contradiscursos e explicitando-se as formas e estratégias de seu poder específico”.⁶⁵⁵

A contribuição da semiologia política é, pois, a de que os discursos não são a chave de sua própria inteligibilidade. É possível enxergá-los a partir de um novo ponto de vista teórico, que se ocupa sobre como a linguagem se produz e se espalha sob a proteção do poder a fim de conservá-lo. *A discricionariedade judicial, nessa esteira, mais parece um argumento ideológico que pretende se firmar como estereótipo integrante do senso comum teórico, sob o pretexto de retroalimentar e de legitimar um exercício do poder ainda quando fora dos limites do direito*. Diz Warat, no ponto:

A estereotipação discursiva cumpre um papel fundamental, pois sutilmente reveste as significações de uma forma canônica, as recupera para a metafísica institucional dominante, as ornamenta de verdades, as torna ahistóricas e, enfim, as rouba do sentido original de sua enunciação. Daí, a palavra ou discurso estereotipado ser um dado político.⁶⁵⁶

Sob o olhar a partir da Filosofia da Linguagem Ordinária, e passando pela pragmática: se o discurso jurídico, porque recorre a conceitos sem demonstrabilidade empírica, faz uso não da lógica, mas de entimemas fundados em verossimilhança, parte considerável dessa

⁶⁵³ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 18.

⁶⁵⁴ BITTAR, Eduardo C. B. *Linguagem jurídica: semiótica, discurso e direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*.

⁶⁵⁵ ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005. p. 18.

⁶⁵⁶ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 102.

verossimilhança pode muito bem advir do senso comum teórico, de uma ideologia ou das crenças socialmente estereotipadas, do que extraio que a discricionariedade poderia muito bem ser a tentativa de construção de um entimema⁶⁵⁷ que busca se afirmar e reafirmar. Por meio dessa estratégia discursiva, por assim dizer, a significação discricionária faria o caminho inverso ao ideal: *em vez de ir do social para o indivíduo, transita do indivíduo para o social*:

Tendo em vista que a heterogeneidade de sistemas de referência produz uma multiplicidade de sentidos ou excedente de singularidades que estão na origem de grande parte dos conflitos sociais, compreende-se que a disputa também perpassa a linguagem. Não ocorre, porém, a disputa apenas através da linguagem, mas também pela posse daquela linguagem que está ligada ao exercício do poder. E não só pela linguagem se luta — luta-se também pelos mecanismos e procedimentos institucionais que controlam e determinam o acesso à linguagem do segmento social hegemônico e às possibilidades de usá-la. Ou seja, através da linguagem, os indivíduos e os grupos procuram fixar sentidos gerados por seus sistemas de referência e fazer com que se imponham como orientadores de condutas e procedimentos. Conseguir a adesão do(s) outro(s) significa aumentar o alcance dos efeitos de uma representação da realidade e consolidar o exercício de um poder.⁶⁵⁸

A cristalização do estereótipo discricionário, assim, seria capaz de pretensamente legitimar uma subjetividade jurídica sintonizada com os fins e as metas do poder. De militar como dispositivo de significação em favor de uma consolidação das condições reprodutivas do poder. *Um realismo imaginário inventado, mas que se torna mais real que o real por reforço e hábito institucional.*⁶⁵⁹

A ser verdade que “o entimema estende o que se crê como conhecido ou opinável ao desconhecido ou ignorado, através de uma espécie de contágio”⁶⁶⁰, a pretensão discricionária funcionaria como estratégia a produzir como conclusão algo como: *se o direito admite que juízes sejam discricionários, então o direito admite como jurídico o resultado dessa discricionariedade*. Sem embargo, é contra a premissa inaugural desse silogismo que resisto epistemologicamente, erigindo o próprio problema deste trabalho de pesquisa, que é o de pôr em dúvida se o direito admite validamente a discricionariedade judicial, naturalmente pondo igualmente em dúvida se seria válido seu produto.

⁶⁵⁷ O antídoto da discricionariedade, porém e curiosamente, estaria no mesmo artifício que ela emprega: se a ideologia, o senso comum teórico ou as crenças socialmente dominantes repelirem a discricionariedade, ela falha como recurso e não se convola em entimema. É esse o papel do constrangimento epistemológico armado com o direito como contradiscurso: impedir que “aquilo que não é” se “torne”, passando a ser.

⁶⁵⁸ VOESE, Ingo. *Argumentação jurídica: teoria, técnicas, estratégias*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 25.

⁶⁵⁹ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 108-112.

⁶⁶⁰ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 88.

Os “discursos não somente persuadem, mas também procuram se apoderar dos corpos. O discurso, ligado à ideologia, tende a se desterritorializar do registro exclusivamente simbólico para invadir os sujeitos.”⁶⁶¹ *A ideologia de um poder transcendental dos juízes seria, assim, corporificada no direito pela ideia de discricionariedade, espalhando-se pelo direito por decisões judiciais e por meio da própria doutrina como algo diverso do que de fato é: estratégia de ocultação do efeito social de dominação presente no discurso jurídico emanante de agentes não legitimados democraticamente.*

O direito como caráter meramente instrumental de um “exercício imperturbado do poder”⁶⁶² produziu consequências drásticas no passado. A ideia de conceitos vagos como mecanismo adaptador de moldagem dos textos editados sob *Weimar* serviu à ideologia autoritária posterior, consistindo em eficaz instrumento do nacional-socialismo alemão.⁶⁶³ Em verdade, a produção do direito sob o nazismo se deu de maneira mais profícua via decisões judiciais e administrativas que por alterações na lei. Ilustro a sombra do arbítrio a partir de uma proposição lógica: a discricionariedade judicial em parte repousa na premissa de que conceitos abertos admitem escolhas; a discricionariedade é um conceito aberto⁶⁶⁴; logo, *há escolhas (inclusive) sobre o que se escolhe.*

A ser assim, isto é, se conceituação/significação fosse escolha, poderíamos dizer que também o direito enquanto ciência, numa perspectiva de metalinguagem da linguagem jurídica, admitiria escolha de seus conceitos, em última análise rompendo com qualquer autonomia do objeto científico, que passaria simplesmente a ser aquilo que o observador diz/escolhe que ele seja. É claro que a semiose, a exemplo de várias áreas do conhecimento, foi pouco a pouco abandonando uma pureza metodológica como condição do saber, abraçando gradativamente o relativismo do sujeito, mas isso não implicou, em absoluto, um processo de *assujeitamento* do objeto.

O ideal de discricionariedade judicial revela, ainda, um total desapareço pelos emissores-legislador, doutrinador ou mesmo julgador (precedentes), ao mesmo tempo em que exaspera a importância sistêmica do emissor-julgador da ocasião. Particularmente no caso dos emissores-julgadores, a tese de escolha revela sua própria disfuncionalidade quando decisões judiciais,

⁶⁶¹ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 102.

⁶⁶² LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: século XX*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2, p. 207.

⁶⁶³ STOLLEIS, Michael. *The law under the Swastika: studies on legal history in nazi germany*. Chicago-London: University of Chicago Press, 1998. p. 8. A “interpretação sem limites” também é referida por LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito: século XX*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2, p. 210.

⁶⁶⁴ “(...) o conceito de discricionariedade (poder discricionário é um dos conceitos mais plurissignificativos e mais difíceis da teoria do Direito.” (ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 214.).

notadamente os precedentes, são rechaçados discricionariamente pelos próprios julgadores, de sorte que, se significar fosse/é escolher, a escolha pela inaplicação indevida de precedentes vinculantes (que também seriam escolhas) bem evidenciaria o caráter caótico e degenerativo por detrás do raciocínio discricionário, afinal, se produção do direito é escolha, o direito se reinventaria e se refundaria autonomamente a cada nova decisão.

Talvez a premissa de que sem intérprete não há significação (iniciada em Peirce) tenha pavimentado a leitura falaciosa e um tanto arrogante de que compete àquele, intérprete, com exclusividade, significar, o que, todavia, não poderia ser mais distante da realidade. A tarefa de significação não tem no intérprete um soberano-emissor. O despertar da significação não se dá por iniciativa pura e simples do leitor. Se dá, isto sim, espontaneamente, orientando ele próprio, intérprete, na atividade de conferir significados.

O que por vezes parece é que a teoria jurídica, notadamente a brasileira, se deteve numa versão particular do positivismo lógico, bebendo na fonte de um utópico cientificismo que pretenderia isolar o direito da história ou da ideologia⁶⁶⁵ a partir da construção de uma linguagem rigorosa que teria seus conceitos deslocados da produção social de sentidos para um sistema de conhecimentos sobre os quais poucos sujeitos pensantes detêm o poder. “A busca pela vontade da lei ou do legislador acaba por ter um efeito paradoxal que em boa parte das vezes permite ao intérprete manifestar a sua vontade.”⁶⁶⁶

Essa ressurreição do esquema sujeito-objeto, nada obstante, ignora a complexidade que cerca o conhecimento sobre a realidade.⁶⁶⁷ O objeto não é capaz de considerar toda a realidade e para o sujeito não existe somente o objeto. A linguagem não é capaz de contemplar o mundo. O intérprete vive num mundo que a linguagem não contempla. *É nessa complexidade ignorada que floresce a discricionarietà como constructo para uma falaciosa tentativa de redução da complexidade, quando na verdade essa redução se dá pelo acobertamento da própria complexidade em si. Ou, quem sabe, uma tentativa de racionalização de intuições inconscientes; recurso discursivo que encerraria a justificação implicitamente reconhecendo a aparente impossibilidade de se justificar.*

Ao contrário de uma enviesada concepção jurídica de mundo, nosso apego deve ser a uma concepção social-histórica do direito. “A mediação sócio-histórica do jurídico, e não a

⁶⁶⁵ MORAIS, Fausto Santos de. *Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*. São Leopoldo: Unisinos, 2013. p. 224.

⁶⁶⁶ MORAIS, Fausto Santos de. *Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*. São Leopoldo: Unisinos, 2013. p. 228.

⁶⁶⁷ MORAIS, Fausto Santos de. *Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*. São Leopoldo: Unisinos, 2013. p. 229.

autossuficiente mediação jurídica do social.”⁶⁶⁸ A potência criativa do direito é a sua própria história⁶⁶⁹ institucional, aliada ao imaginário social:

A partir do ponto de vista sócio-histórico o indivíduo interioriza a totalidade das instituições da sociedade; interioriza a onipotência de seus rituais-normas-mitos-representações captadoras, que organizam (em cada sociedade particular) o mundo humano e não-humano para fornecer seu sentido. O projeto da autonomia é desenvolvido no confronto da captura instituída. É um projeto necessariamente social, e não simplesmente individual. Um projeto que procura a autonomia para indivíduos que não podem deixar de assimilar a heteronomia das instituições existentes. A realização desse projeto de autonomia é (...) a tarefa “impossível” da política.⁶⁷⁰

A leitura de um texto ocorre no interior de um processo interlocutivo. Esse processo é marcado pelos sujeitos nele envolvidos e pelas práticas históricas que foram se constituindo ao longo do tempo, no interior de cada instituição social, pois, “na comunicação pelo idioma, o texto apresentará frequentemente o dito, e o ‘não dito’, mas nele inserido, capaz de ser filtrado mediante recursos idiomáticos”.⁶⁷¹

5.4 SIGNIFICAÇÃO, DESCONSTRUÇÃO E RECONSTRUÇÃO

Se a polissemia “requer do usuário (...) domínio dos recursos expressivos da língua, de um conjunto de regras conversacionais ou interativas que exigem uma enunciação em que estejam presentes a coerência, a coesão e a congruência”⁶⁷², o discurso jurídico, para além, demanda um domínio da história institucional da linguagem jurídica de uma determinada comunidade linguística⁶⁷³. Impõe ele que “qualquer interpretação dada esteja justificada com

⁶⁶⁸ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 108.

⁶⁶⁹ Mesmo conhecidos teóricos da linguagem analítica cederiam a uma assimilação da história por meio de uma conjugação com a hermenêutica (TUGENDHAT, Ernst. Reflexões sobre o método da filosofia do ponto de vista analítico. Tradução: Robson Ramos dos Reis. *Problemata*, João Pessoa, v. 1, n. 1. p. 131-144, 1998).

⁶⁷⁰ WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984. p. 114.

⁶⁷¹ LEITE, Cília Coelho Pereira (Madre Olívia). Gramática de texto e sintaxe semântica. In: LEITE, Cília Coelho Pereira; FÁVERO, Leonor Lopes; SILVEIRA, Regina Cecília Pagliuchi. (orgs.). *Sintaxe-semântica base para gramática de texto*. São Paulo: Cortez, 1985. p. 16.

⁶⁷² VOESE, Ingo. *Análise do discurso e o ensino de língua portuguesa*. São Paulo: Cortez, 2004. p. 152-153.

⁶⁷³ Em sentido similar: “são as comunidades interpretativas, mais que o texto ou o leitor, que produzem significados e que são responsáveis pela emergência de características formais. Comunidades interpretativas são formadas por aqueles que compartilham estratégias interpretativas não para a leitura, mas para a escrita de textos, para a constituição de suas propriedades. Em outras palavras, essas estratégias existem anteriormente ao ato de leitura e, portanto, determinam a forma do que é lido ao invés do contrário, como geralmente.” (FISH, Stanley. *Is there a text in this class? The authority of interpretive communities*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1980. p. 14).

argumentos de ordem da língua, do ato de fala, do evento cultural e do discurso, o que significa atuar com conceitos não espontâneos”⁶⁷⁴.

É por isso que a atividade de interpretação e de preenchimento de sentido não pode ser tachada de discricionária. Em larga medida, essa atividade nem sequer é controlável pelo próprio intérprete para possuir aptidão para ser considerada deliberada. Na sua dimensão consciente, a significação deverá obediência discursiva não ao que os signos provocam no íntimo do intérprete, mas a um confronto que transcenda essa esfera ensimesmada⁶⁷⁵ para alcançar a comunidade linguística e a história institucional do direito, sendo fundamentada validamente numa instância adicional que não somente o discurso geral.

O sentido, sempre construído *a posteriori* da elaboração do texto jurídico (normativo ou não normativo), “não é um sentido irrestrito, isso porque todo sentido se coaduna com formas de entendimento, com dados culturais, com certames científicos, com dados históricos e outras variantes possíveis que sincretizam os atos de cognição e de interpretação”⁶⁷⁶. A norma jurídica representará, assim, a significação construída dialogicamente pela comunidade do discurso a partir do texto. Não é obra de um sujeito psicologizado apenas, mas do partilhamento público dos múltiplos sentidos possíveis no *medium* do diálogo. “A ação comunicativa ocorre entre sujeitos livres e conscientes, que participam de um simbolismo institucionalizado, em que o sentido não é uma obra de um só, mas produto de um processo vivido para além da subjetividade.”⁶⁷⁷

A interpretação judicial é naturalmente integrativo-constitutiva, mas as ferramentas de que ela se vale para construção de sentido devem ser aquelas providas pelo sistema. É dizer, os conceitos e seus textos são fragmentos que serão elucidados e juntados a outros fragmentos, em composições ajustadas ao caso. Fragmentos e juntas, sem embargo, são pertencentes ao sistema. “O texto é um *puzzle* que o intérprete desmonta e remonta movendo-se a partir das próprias questões e exigências cognoscitivas e práticas”⁶⁷⁸, mas as peças são preexistentes ou vão sendo

⁶⁷⁴ VOESE, Ingo. *Análise do discurso e o ensino de língua portuguesa*. São Paulo: Cortez, 2004. p. 152.

⁶⁷⁵ “(...) deslocar o problema da atribuição de sentido para a consciência é apostar, em plena era do domínio da linguagem, no individualismo do sujeito que ‘constrói’ o seu próprio objeto de conhecimento. Pensar assim é acreditar que o conhecimento deve estar fundado em estados de experiências interiores e pessoais, não se conseguindo estabelecer uma relação direta entre esses estados e o conhecimento objetivo de algo para além deles.” (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme a minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. *E-book*, posição 288).

⁶⁷⁶ BITTAR, Eduardo C. B. *Linguagem jurídica: semiótica, discurso e direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*.

⁶⁷⁷ COSTA, Adriano Soares da. *Teoria da incidência da norma jurídica: crítica ao realismo linguístico de Paulo de Barros Carvalho*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 186.

⁶⁷⁸ COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Tradução: Alexander Rodrigues de Castro *et al.* Curitiba: Juruá, 2010. p. 22.

introduzidas a partir/pelo sistema, e não elaboradas ou inventadas pelo intérprete. Se a semiótica investiga como funciona um sistema de signos, o direito é sistema que relaciona conceitos emanantes daqueles signos e, por certo, como devem eles ser (validamente) relacionados.

A metáfora da abertura epistemológica proposta por Umberto Eco admite uma tarefa infinita de significação que alia a metodologia à “matéria viva de nossa sensibilidade”.⁶⁷⁹ Mesmo aquele autor — muitas vezes apropriado como fiador teórico da tese de que a obra seria aberta e que o intérprete a recriaria — percebe o texto como um todo orgânico, cuja interpretação exige uma estratégia complexa que não ignore a comunidade de leitores e a língua como enciclopédia.⁶⁸⁰ Um texto pode ter muitos sentidos, mas certamente não qualquer sentido.⁶⁸¹

Conceitos, mesmo abertos, não projetam ou ampliam, senão, antes, limitam possibilidades. Esse processo de filtragem posterior, a passar por uma autocontenção e por um olhar mais amplo do texto sob uma perspectiva histórico-reconstrutiva, vai limitando ainda mais as possibilidades até enunciar potenciais leituras válidas. Ao fim e ao cabo, ainda que o saldo resulte em mais de uma leitura válida possível, uma dentre elas, a partir do prisma do sistema, se revelará, por alguma razão, “mais” válida, devendo prevalecer.

Essa maior validade, contudo, não deflui de escolha, opção ou vontade. Decorre, isto sim, de um percurso bem mais longo que não ignora o prolator da decisão como participante ativo, mas que tampouco reduz a ele o caminho. *A admissão de que de fato há uma contaminação subjetiva do objeto não se confunde com uma apropriação subjetiva do objeto ou com a pretensão de que o objeto exista como uma extensão exclusiva do sujeito.*

O caráter ineliminável do sujeito do processo de reconstrução histórico-linguística de texto-norma-conceito não se presta a funcionar como álibi para um livre e descompromissado preenchimento de sentido. Ou para uma reconstrução que operaria numa esfera “em que autor e intérprete cheguem a mover-se no mesmo sistema de referências e antecipem as condições de

⁶⁷⁹ ECO, Umberto. *A obra aberta*. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 1991. p. 158.

⁶⁸⁰ “Quando publiquei o meu trabalho *Obra aberta*, escreve Eco, eu me perguntava como é que uma obra podia postular, de um lado, uma livre intervenção interpretativa a ser feita pelos próprios destinatários e, de outro, apresentar características estruturais que ao mesmo tempo estimulassem e regulamentassem a ordem das suas interpretações. Conforme aprendi mais tarde, sem saber eu estava então às voltas com a pragmática do texto (...) ou seja, atividade cooperativa que leva o destinatário a tirar do texto aquilo que o texto não diz (mas que pressupõe, promete, implica e implícita), a preencher espaços vazios, a conectar o que existe naquele texto com a trama da intertextualidade da qual aquele texto se origina e para qual acabará confluindo.” (ECO, Umberto. *Lector in fabula*: a cooperação interpretativa nos textos narrativos. Tradução: Atílio Cancian. São Paulo: Perspectiva, 1986, introdução).

⁶⁸¹ Aquilo que é apontado por muitos como um revisionismo de Eco atinge seu ápice com ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. Tradução: Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2000. p. 27, quando afirma ter a “impressão de que, no decorrer das últimas décadas, os direitos dos intérpretes foram exagerados”.

um entendimento sobre a questão de que trata o discurso cristalizado”.⁶⁸² Nesse *locus*, o papel do julgador deve ser o de aliviar ao máximo a tensão existente entre experiência institucional e expectativa, e não o de elevá-la a patamares inassimiláveis pelo sistema.

Quando pensamos, não apenas consultamos princípios, razões, sentimentos ou preferências. Antes mesmo de pensarmos, tudo isso é indeterminado e se realiza por meio do ato de pensar. Não há escolha depois pensamento; há decisão enquanto se vai pensando, até que o pensamento direcionado à questão a ser decidida inevitavelmente cesse. Ainda que o que “parece certo” esteja a todo tempo em vista, “o que é certo” somente surge em sua forma completa ao final — não no começo — da deliberação⁶⁸³:

(...) a dimensão interpretativa do direito nos antecede e nos obriga a levarmos em conta toda a dimensão histórico-interpretativa 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. Decidir e interpretar não são momentos distintos.⁶⁸⁴

A decisão não cede à escolha sobre o que pessoalmente convém. Se de escolha se cuidasse, e se fosse ela livre, os parâmetros da decisão seriam exclusivos do sujeito, que consideraria, numa perspectiva utilitarista, o que o faz sentir-se bem, o que o agrada. Walther Merk, professor e advogado alemão de extrema direita, ilustraria, em 1933, às vésperas do nacional-socialismo, os riscos daquela visão: “o fundamento histórico do direito não é a razão, fria e calculista, mas sim o sentimento nobre de fazer a coisa certa.”⁶⁸⁵ Acontece que, se “sentir-se bem” fosse um critério, a embriaguez seria a experiência humana de validade suprema.⁶⁸⁶ *E talvez aqui resida um dos maiores riscos da discricionariedade: veiculando critérios pessoais sob o signo de escolhas particulares, essa postura ideológica faz o julgador “sentir-se bem”*

⁶⁸² STEIN, Ernildo. *A instauração do sentido: reflexão e interpretação do discurso (literário)*. Porto Alegre: Movimento, 1977. p. 88.

⁶⁸³ MENAND, Louis. *The metaphysical club: a story of ideas in America*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2001. p. 352.

⁶⁸⁴ ABOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: RT, 2014. p. 59.

⁶⁸⁵ MERK, Walther. *Vom Werden und Wesen des deutschen Rechts*. Lagensalza, Beyer & Söhne, 1935. p. 11-12.

⁶⁸⁶ A metáfora É de JAMES, Willian. *The varieties of religious experience: a study in human nature*. Being the Gifford lectures on natural religion delivered at Edinburgh in 1901-1902. New York: Longmans, Green, and Co., 1917. p. 18.

*consgo mesmo a ponto de a decisão não lhe parecer arbitrária. Ela antes soa como o resultado que estaria ele fadado a alcançar*⁶⁸⁷, *mas tudo isso não passa de engodo epistemológico.*

Insisto, não se cuida de volição. Simultaneamente ao contato com o caso a decidir, o tomador de decisão é tomado de assalto por uma enxurrada discursiva-histórica-sistêmica. A decisão mais se aproxima, sim, de uma operação cognitiva que, no mesmo momento em que se estabelece, se condiciona, desenvolvendo-se na sequência para garimpar, no *brainstorm* que puder suceder, o que remanesce como válido perante o sistema. O problema do sentido do direito se situa antes do problema do conhecimento. “O jurista não ‘fabrica’ o seu objeto de conhecimento. A compreensão, pela sua ‘presença antecipada’, é algo que não dominamos. O sentido não está à nossa disposição! Por isso é que (...) não interpretamos para compreender, e, sim, compreendemos para interpretar.”⁶⁸⁸

Não há, repito, escolha. Quando muito, mera ilusão de escolha, produto da interação de imperativos discursivos que consciente e/ou inconscientemente orbitam a operação cognitiva de atribuição de sentido. *E o intérprete pode ter a ilusão de ser o condutor de todo esse processo, quando não raro mais se assemelha a um passageiro.* Um “texto significa o que significa, e não somente para este sujeito, mas sobretudo para este sujeito, imerso nesta situação, neste contexto, com este outro interlocutor, com esta carga de historicidade etc.”⁶⁸⁹

Semelhantemente à abertura epistemológica de Eco, a *entropia*⁶⁹⁰ a que alude Bittar — “infinitas possibilidades de combinação de um repertório sígnico” e sua conexão “com as necessidades situacionais do usuário do acervo semiótico”⁶⁹¹ — torna necessário haver um código capaz de criar combinações lógicas, formais e substanciais. “Se *a priori* as combinações são infinitas, com a presença do código essa infinitude se reduz às possibilidades ofertadas pela convenção semiótica.”⁶⁹² Essa combinação, que pauta o autor, invariavelmente, e compartilhada que é, ressona no leitor.⁶⁹³

⁶⁸⁷ MENAND, Louis. *The methaphysical club: a story of ideas in America*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2001. p. 352-353.

⁶⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme a minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. *E-book*, posição 1852.

⁶⁸⁹ BITTAR, Eduardo C. B. *Linguagem jurídica: semiótica, discurso e direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*.

⁶⁹⁰ Aqui não se fala na entropia da termodinâmica, mas sim da entropia como concentração de incerteza média por resultado (aleatoriedade), conceito esse, por exemplo, empregado na teoria da informação ($-\Sigma p \cdot \log_2 p$). (SHANNON, C. E. A mathematical theory of communication. *Bell System Technical Journal*, v. 27, jul./out. 1948, p. 379-423 e 623-656).

⁶⁹¹ BITTAR, Eduardo C. B. *Linguagem jurídica: semiótica, discurso e direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*.

⁶⁹² BITTAR, Eduardo C. B. *Linguagem jurídica: semiótica, discurso e direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*.

⁶⁹³ Os impactos dessa entropia são bastante sensíveis. Mesmo para o que se apresenta como a próxima fase da jurisdição — inteligência artificial —, a discricionariedade entrópica oferece um risco. A dispersão decisória

O solipsismo da filosofia da consciência, segundo o qual a construção de sentido se dá estritamente na universalidade particular do sujeito (que somente reconhece a si e suas experiências, para além das quais inexistente conhecimento objetivo acerca de algo), há muito deu lugar a uma complexa comunidade linguística⁶⁹⁴ organizada sob conceitos-chave, sem os quais não poderá haver unidade política.⁶⁹⁵ *O foco, a partir do giro linguístico, passa do objeto ao sujeito; no sujeito, do seu método à sua linguagem; na linguagem, de sua condição descritiva à sua condição constitutiva.*

Essa guinada, sem embargo, não representa um relativismo absoluto. A tendência desconstrucionista⁶⁹⁶, é verdade, sugeriu em algumas de suas leituras que a arbitrariedade da interpretação seria absoluta e sem remédio e que o leitor/intérprete reescreveria o texto, substituindo-se a ele de modo fazer desaparecer a autonomia a distinguir um do outro. Produto dessa visão, objetividade e verdade simplesmente inexistiriam, problemática que seria a possibilidade “de um confronto entre interpretações diferentes e a argumentabilidade mesma de uma opção interpretativa, confiada em última análise a uma escolha inefável do próprio intérprete”.⁶⁹⁷

A perseverar aquelas leituras, contudo, no sentido de que o texto se transforma no que o intérprete dele extrai, não haveria razão, nem sequer, de haver texto. Seria o texto mero pretexto iniciador de processo criativo autônomo e soberano. Pior, se de soberania se cuida, deixa a interpretação de ser sindicável ou controlável, porque inexistem parâmetros fora do íntimo do criador. Não há interpretação alternativa válida senão aquela arbitrariamente adotada pelo intérprete.

O caráter essencialmente relativo da significação não pode ser exacerbado para paradoxalmente conferir ao intérprete poderes absolutistas. Esse ceticismo radical tem por condão romper qualquer nexos entre intérprete e texto interpretado, o que produz como resultado a própria eliminação da atividade significativa. As possibilidades podem ser amplas, mas não são ilimitadas.

produz níveis de entropia que dificultam, se não inviabilizam, algoritmos simples como a árvore de decisão: ou bem os critérios mais efetivos de obtenção de ganho de informação não são jurídicos (quem interpôs o recurso? Fazenda ou contribuinte? Qual a etnia do réu? Etc.) ou bem a diluição dos níveis de inferência em diversos ramos não satisfaz a contento a redução da aleatoriedade.

⁶⁹⁴ RORTY, Richard M. (ed.) *The linguistic turn. Essays in philosophical method: with two retrospective essays*. Chicago-London: Chicago University Press, 1992.

⁶⁹⁵ KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC Rio, 2006. p. 100 et seq.

⁶⁹⁶ NORRIS, C. *Deconstruction: theory and practice*. London-New York: Methuen, 1982.

⁶⁹⁷ COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Tradução: Alexander Rodrigues de Castro et al. Curitiba: Juruá, 2010. p. 24.

Um texto não pode ser “um piquenique em que o autor entra com as palavras e o leitor entra com o sentido”.⁶⁹⁸ Se não mais se concebe uma identificação ontológica da ciência/direito com a linguagem, não se revela menos paradoxal uma identificação do direito com sua aplicação judicial. “Não sendo a norma jurídica uma significação pronta e acabada produzida pelo legislador, não significa dizer, doutra banda, que seria produto exclusivo do intérprete, no ato intrassubjetivo de interpretação.”⁶⁹⁹

Sendo assim, a discricionariedade como pretensão *locus* exclusivo de significação ignora a historicidade e outras cenas de produção de significação, como a influência social na produção de sentidos.⁷⁰⁰ Se já não se duvida da quebra com a ontologia ou com a estabilidade/literalidade do significado e se já se admite a significação como instante situado entre um regresso infinito ao passado e um horizonte infundável de futuro, disso não decorre que a significação não deva seguir alguma sorte de percurso e concatenação histórica. *É a história, pois, que media essa dialética entre os poderes do leitor e os poderes do texto.*⁷⁰¹

Ainda que fosse o caso de se assumir a postura desconstrutiva, não se poderia desconstruir apenas o texto ou seu autor. Também o leitor haveria de ser, ele mesmo, desconstruído e posto em dúvida — e quiçá a reação viesse com matiz *cartesiano* como algo do tipo “significo, logo existo” ou “duvido de tudo, a não ser que o tudo seja uma extensão significada de mim próprio”.

Seja como for, talvez, então, seja preferível uma visão mais moderada⁷⁰² que surja como alternativa ao fetiche voluntarista (da vontade do rei à vontade do legislador; da vontade do legislador à vontade do texto; da vontade do texto à vontade do julgador...). É dizer, uma visão consciente do próprio subconsciente, mas que não desiste do racional, vinculando-se pela coerência e pela tradição hermenêutica: se, para a reflexão desconstrutivista, o significado não se encontra preservado nem no texto, nem na redoma supostamente protetora das intenções conscientes de seu autor, tampouco nasce ele “dos caprichos individualistas do leitor rebelde;

⁶⁹⁸ ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. Tradução: Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2000. p. 28.

⁶⁹⁹ COSTA, Adriano Soares da. *Teoria da incidência da norma jurídica: crítica ao realismo linguístico de Paulo de Barros Carvalho*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 186.

⁷⁰⁰ ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005. p. 25.

⁷⁰¹ ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. Tradução: Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2000. p. 27.

⁷⁰² CAPPELLETTI, Mauro. *The judicial process in comparative perspective*. Oxford: Oxford University Press/Clarendon Press, 1991. p. 208.

o significado se encontra, sim, na trama das convenções que determinam, inclusive, o perfil, os desejos, as circunstâncias e o limite do próprio leitor”.⁷⁰³

Não se discute o papel do sujeito da interpretação de forja de sentido. Isso apenas não quer dizer “que a prática da significação está submissa à arbitrariedade. Muito antes de se poder dizer que o ato compreensivo se constitui em mero ato arbitrário do intérprete, pode-se dizer que limites há para a significância, dentro dos quais atua o sujeito da interpretação”.⁷⁰⁴

A profundidade subjacente ao texto, suas possibilidades de sentido, apelam a noções pragmáticas, contextuais, históricas e intersubjetivas. “O texto vive em dialética com seu meio.”⁷⁰⁵ O texto é um “retículo cultural (...) imerso num conjunto de práticas de sentido que o constroem”⁷⁰⁶, retendo em sua estrutura um adensamento de elementos em fermentação, menos “um corpo de sentido único, inarticulável, e muito mais um projeto de sentido que, uma vez atingido pela prática interpretativa, sofre variações e recebe influxos advindos propriamente de todos os importes axiológicos que carrega o exegeta. Porém, isso não se faz ao sabor de seu arbítrio”.⁷⁰⁷

Essa condição de produto integrado-integrador de elementos diversos torna o texto eternamente dependente dessa simbiose, dessa interação. Em verdade, o direito como critério de enfrentamento do texto é tão forte que subjuga a própria literalidade da norma escrita: se é verdade que o preenchimento de sentido normativo deve se orientar segundo o direito, a própria literalidade da norma, quando desprestigiadora do direito, deve ceder em face a esse último, como sugere a derrotabilidade (*defeasibility*) das normas na acepção de Schauer.⁷⁰⁸

Em síntese, seja pela via de uma desconstrução moderada, seja por uma reconstrução da significação, o intérprete é guiado por imperativos discursivos que somente serão assimilados

⁷⁰³ ARROJO, Rosemary. A desconstrução do logocentrismo e a origem do significado. In: ARROJO, Rosemary (org.). *O signo desconstruído: implicações para a tradução, a leitura e o ensino*. Campinas: Pontes Editores, 1992. p. 35-39.

⁷⁰⁴ BITTAR, Eduardo C. B. *Linguagem jurídica: semiótica, discurso e direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book.

⁷⁰⁵ BITTAR, Eduardo C. B. *Linguagem jurídica: semiótica, discurso e direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book.

⁷⁰⁶ BITTAR, Eduardo C. B. *Linguagem jurídica: semiótica, discurso e direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book.

⁷⁰⁷ BITTAR, Eduardo C. B. *Linguagem jurídica: semiótica, discurso e direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book.

⁷⁰⁸ “I have argued previously that the defeasibility of legal rules does not necessarily follow from the defeasibility of language, but even if my argument is sound, defeasibility may still emerge as the necessary consequence not of the nature of language, and not of the nature of rules, but of the nature of law. (...) The key to the idea of defeasibility, therefore, is the potential for some applier, interpreter, or enforcer of a rule to make an ad hoc or spur-of-the-moment adaptation in order to avoid a suboptimal, inefficient, unfair, unjust, or otherwise unacceptable rule-generated outcome.” (SCHAUER, Frederick. *Is defeasibility an essential property of law?* 12 ago. 2008. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/11b7/4a337b7f34215b3c3e67aa119a8edecdd3.pdf>. Acesso em: 11 out. 2021).

se observarem na sua cadeia de produção a história institucional da linguagem que orbita a comunidade linguística, funcionando o direito, particularmente, como instância de um contradiscurso, um sistema de filtragem que inibe o arbítrio, metalinguagem de ciência humana particular que representa uma “articulação de determinadas esferas lógicas ordenadas numa rede de relações semânticas”⁷⁰⁹ capaz de articular uma matriz de sentidos possíveis.

5.5 UM FECHO: A FALÁCIA DISCRICIONÁRIA, DESCONSTRUÍDA SEMIOLOGICAMENTE

O argumento dos conceitos abertos é falaz. Enterría alertou sobre o que seria um erro comum, mas de consequências penosas para a história: confundir os conceitos de natureza ampla com a existência de poderes discricionários.⁷¹⁰ Buscando dissociar uma e outra coisa, a classificação proposta por ele foi de que, nos conceitos “indeterminados”, sua qualificação frente a uma situação concreta operaria numa razão de sim ou não, mediante incidência ou não do conceito, isto é, haveria uma “unidade de solução justa na aplicação do conceito a uma circunstância concreta”.⁷¹¹

Ainda que aquela operação demande valoração jurídica dos fatos, essa valoração se dá segundo experiência de sentido proposto pela própria lei criadora do conceito, o que faz com que esse conceito vise a anunciar em concreto um sentido antevisto pela lei. “Por isso um conceito jurídico ‘indeterminado’ ou se cumpre ou não se cumpre, não podendo ser nunca um processo volitivo de discricionariedade ou de liberdade.”⁷¹²

Circunstâncias reais a serem qualificadas — ou a “força normativa dos fatos”⁷¹³ —, o sentido jurídico direcionado pelo direito e a predisposição a que a solução seja apenas uma: todas essas são forças motrizes que não coadunam um ideal de liberdade de escolha e que antagonizam uma discricionariedade que pressupõe pluralidade de soluções justas, liberdade de

⁷⁰⁹ STEIN, Ernildo. *A instauração do sentido: reflexão e interpretação do discurso (literário)*. Porto Alegre: Movimento, 1977. p. 87.

⁷¹⁰ ENTERRÍA, Eduardo García. La lucha contra las inmunidades del poder em el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). In: *Revista de Administración Pública*, n. 38, 1962, p. 171-172.

⁷¹¹ ENTERRÍA, Eduardo García. La lucha contra las inmunidades del poder em el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). In: *Revista de Administración Pública*, n. 38, 1962, p. 171-172.

⁷¹² ENTERRÍA, Eduardo García. La lucha contra las inmunidades del poder em el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). In: *Revista de Administración Pública*, n. 38, 1962, p. 172-173.

⁷¹³ É o voto de Eros Grau no conhecido caso do Município de Luiz Eduardo Magalhães: STF, ADI 2.240, DJ de 3.8.2007.

escolha entre alternativas, fundamento em critérios extrajurídicos e ausência — por impossibilidade — de controle.⁷¹⁴

Em outras palavras, segundo a tese dos conceitos jurídicos indeterminados, discricionariedade tem por traço característico a ausência de predeterminação normativa sobre o que seria a solução justa ou adequada, conferindo margem à administração para que, dentro das condições estabelecidas pela própria lei, estime a mais adequada. Nos casos de indeterminação normativa, ao contrário, somente existe, juridicamente, uma solução possível, aquela desejada pela lei.⁷¹⁵

Os conceitos abertos, pois, não diriam respeito propriamente a uma abertura valorativa, mas sim à possibilidade de maior enquadramento e acomodação de realidades fáticas.⁷¹⁶ Estabelecida *in concreto* a premissa fática, ou, como dirá Barbosa Moreira, “a coincidência ou a não coincidência entre o acontecimento real e o modelo normativo, a solução estará, por assim dizer, predeterminada”.⁷¹⁷ É o que explicaria, por exemplo, a subversão⁷¹⁸ da chamada ponderação⁷¹⁹, capaz inclusive de fundamentar conclusões diversas — em verdade, as premissas fáticas assentadas é que seriam diversas. Ou seja, o que parece haver com a captação dos conceitos abertos pela discricionariedade é, na realidade, uma apropriação de um *locus* semântico sob o pretexto de um desenvolvimento preenchimento de sentido, o que acaba por estreimar a discricionariedade de uma atividade assimilável pelo direito.⁷²⁰

Poder-se-ia dizer, por outro lado, *kelsenianamente*, que a discricionariedade, a partir do momento que passa a frequentar o imaginário judicial e o discurso prático jurídico, já seria,

⁷¹⁴ GÓES, Gisele Santos Fernandes. Existe discricionariedade judicial? Discricionariedade x termos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. In: MEDINA, José Miguel Garcia *et al.* (coords.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008. p. 89.

⁷¹⁵ SEOANE, Antonio Mozo. *La atribución legal de discrecionalidad: em torno a la discrecionalidad valorativa*. Madrid: Reus Editorial, 2018. p. 18.

⁷¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 28, n. 112, p. 13-32, out./dez. 1991. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175932/000463217.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 out. 2021.

⁷¹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. 2ª série. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 64.

⁷¹⁸ FIGUEROA, Alonso García. La tesis del caso especial y el positivismo jurídico. In: *Doxa*, n. 22, p. 207-220, 1999.

⁷¹⁹ Em importante tese de doutoramento, Fausto Santos de Moraes realizou pesquisa demonstrando que mais de uma centena de acórdãos do Supremo Tribunal Federal, embora invocasse a ponderação de Alexy, não a aplicavam de fato, inclusive fundamentando conclusões diversas (MORAIS, Fausto Santos de. *Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*. São Leopoldo: Unisinos, 2013).

⁷²⁰ Para uma leitura do estado da arte da ponderação como método sob a perspectiva alemã, ver: CAMPOS, Ricardo (org.). *Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. Tradução: Ricardo Campos, Pedro Henrique Ribeiro, Eduardo Vandrê Lema Garcia e Octaviano Padovese de Arruda. São Paulo: Saraiva, 2016.

então, parte integrante da juridicidade. Isto é, uma vez aplicada, ela se inseriria na *práxis* discursivo-jurídica, tornando-se, quer se queira, quer não, direito. De minha parte, todavia, essa integração se inviabiliza porque faria imediatamente ruir a especialidade que estrema o discurso jurídico do discurso geral. Sem prejuízo, ainda que se concebesse discricionariedade judicial como parte integrante da juridicidade mesma, “a prática judiciária, (...) em verdade, é o canal de discussão da juridicidade, não desta como entidade cristalizada, mas como algo em perene mutação”⁷²¹, de sorte que não se torna menos alvissareira a iniciativa de se buscar repeli-la ou debatê-la.

O que estou a dizer é que, mesmo que a discricionariedade possa — como de fato o faz — frequentar o discurso prático, não pode ela ter lugar na dogmática jurídica como metalinguagem científica do/sobre o direito. Os parâmetros teórico-cognitivos e epistemológicos “fornecidos pelo ramo jurídico-científico ao qual pertenceria a competência para o estudo da norma que se quer interpretar, e a própria ciência (dogmática) que estuda o fenômeno jurídico, condicionam a matéria a evoluções ou a involuções, de acordo com os exercícios de sentido que produz.”⁷²²

De posse do portfólio teórico acima, é preciso enfrentar a tentativa de consagração da discricionariedade como entimema ou como senso comum teórico, exibindo-a como estratégia de reprodução de um discurso em favor de uma ideologia que serve a um projeto de poder; uma apropriação ideológica do direito que busca fazê-lo servir a propósitos não propriamente jurídicos; um artifício discursivo de fabulação.⁷²³ Seu papel seria, portanto, muito mais litúrgico, de manutenção de aparências, eis que mais embaraçoso que o modo de algo ser é nominar, afirmar e externar o modo de algo ser.

Meu objetivo aqui, por conseguinte, é desvelar a nudez do rei e rebelar-me epistemologicamente, acusando sob minha perspectiva o modo verdadeiro de ser de um algo que diz ser algo diverso. Em suma, insurjo-me para evitar que a engenharia jurídico-

⁷²¹ BITTAR, Eduardo C. B. *Linguagem jurídica: semiótica, discurso e direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*.

⁷²² BITTAR, Eduardo C. B. *Linguagem jurídica: semiótica, discurso e direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*.

⁷²³ A função de fabulação no discurso é descrita por Alf Ross como uma espécie de ficção que pode não gozar da aceitação nem mesmo de seu autor. Exemplificando, o autor, ao tratar da ideia de que juízes se limitam a aplicar o direito, ressalta que essa afirmação, embora até já superada, era disseminada pelos próprios juízes, mas contrariada por uma prática que a negava, ainda que essa negativa não pudesse ser admitida abertamente. A discricionariedade, nesse sentido, é assumida como direito, embora sabidamente não seja preenchida com elementos jurídicos. Seu papel é muito mais litúrgico, de manutenção de aparências. (ROSS, Alf. *Directives and norms*. London: Routledge & Kegan Paul; New York: Humanities Press, 1968. p. 32).

institucional, como “coletânea organizada de fórmulas práticas bem-sucedidas”⁷²⁴, assimile a discricionariedade como um recurso estratégico-discursivo exitoso.

É claro que os juízes integram a linha de produção do direito como fenômeno cultural composto de linguagem, mas não são eles donos, senhores ou mesmo a parte mais importante desse todo complexo. Na verdade, seria mais correto dizer que essa visão que presume uma preeminência judicial sobre o direito, em lugar de fora e acima do próprio fenômeno jurídico, apenas marca um dado momento e lugar na história de construção do próprio direito (mesmo que para arriscar erodi-lo). E é exatamente em razão do fato de esse infinito construir ser dinâmico que creio que essa abordagem político-ideológica não apenas possa, como mereça ser posta em dúvida para, eventualmente superada, ser rechaçada como elemento integrante do fenômeno jurídico.

Concluindo o raciocínio engendrado neste capítulo, as decisões judiciais como elemento de um discurso prático geral — direito — não oscilam entre certas/erradas, mas sim entre válidas/inválidas. Quero dizer que uma decisão, mesmo “errada” em seu conteúdo, pode ser considerada válida juridicamente, do mesmo modo que uma decisão “certa” em seu conteúdo pode ser considerada inválida juridicamente.

Ou seja, se uma das premissas do uso disseminado da discricionariedade como fundamento é a de que, inexistindo uma única resposta correta, a pluralidade de possibilidades (ou de significações) daria ensejo a uma opção, a uma escolha por parte dos juízes, o fato, na verdade, é que não releva serem possíveis diferentes resultados (ou significações) perante o direito. Inobstante decisões em sentidos opostos poderem, ambas, serem consideradas certas, o mais certo é que, derivando de critérios de escolha, e não de validade perante o direito, seguramente não serão elas válidas. Isto é: *não há correção de conteúdo que torne válida uma decisão resultante de uma livre escolha pelo juízo*. Minha tese é exatamente a de que nenhuma decisão será válida juridicamente quando se situe à margem do direito, inserindo-se no íntimo da convicção solipsista de quem decide. *Direito não é um mero dizer qualquer coisa sobre algo, mas sim um dispor prático voltado a fins*.⁷²⁵

Enfim, o argumento de que conceitos abertos forneceria campo para uma margem aceitável de atuação voluntarista representa uma falácia epistêmica alçada a premissa que embasa um estratagema discursivo, deliberado ou não, que se replica visando a se firmar como

⁷²⁴ COSTA, Eduardo Jose Fonseca da. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 109.

⁷²⁵ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Ensaios e artigos*. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 1, p. 390.

dogma, mas que merece ser desvelado como o que de fato é para que seus perniciosos efeitos sobre o sistema sejam evitados ou, quando menos, não ocorram sem constrangimento.

6. INTERPRETAR NÃO É ESCOLHER: UMA PERSPECTIVA FILOSÓFICO-HERMENÊUTICA

“Onde há discurso, há diversas possibilidades de sentido, e, onde há sentido, há diversas possibilidades de entendimento.”⁷²⁶ A frase ilustra bem a relação entre os estudos semiótico e da interpretação, de total implicação, fazendo forçosa a constatação de que, “se se pensar em uma discussão sobre os signos, o discurso, os sistemas de significação, dever-se-á imediatamente abrir caminho para uma discussão hermenêutica”.⁷²⁷

Semiótica e hermenêutica se mostram, assim, imbricadas. Ainda que por um longo tempo possam elas ter caminhado por linhas paralelas, “movendo-se a partir de pressupostos e tradições muito diferentes, não faltam recentes sinais de troca e convergência”.⁷²⁸ Disso decorre que um olhar hermenêutico sobre o tema se tornou um natural passo seguinte para este trabalho logo após o capítulo anterior.

Este capítulo 6, por conseguinte, retoma e repisa alguns pontos da seção que o precedeu, embora o faça com enfoque distinto — ainda que complementar. A par dessa advertência que faço, observo que a hermenêutica enquanto tema ostenta uma dimensão universal, de sorte que não foram poucos os momentos em que me senti tentado a ampliar o escopo desta epígrafe para contemplar abordagens preciosas — em especial, Platão, Aristóteles, Schleiermacher, Hume, Husserl, Hegel e Wittgenstein.

Como a referida ampliação poderia acabar por diluir as considerações mais relevantes ao propósito deste trabalho, e sendo certo que esta pesquisa não ambiciona — nem poderia — converter-se em um tratado sobre hermenêutica, fiei-me à opção de iniciar o endereçamento do tema a partir das bases da filosofia da consciência, passando pelo giro ontológico-linguístico até chegar às hermenêuticas filosófica e jurídica, sempre entremeando esses referenciais teóricos com o exame do problema de pesquisa. Limitei-me, ademais, àqueles que considere os principais teóricos de cada etapa do desenvolvimento a seguir, entendendo que, quanto mais autores e vertentes eu abordasse, mais incorreria, paradoxalmente, no risco de cometer superficialidades.

⁷²⁶ BITTAR, Eduardo C. B. *Linguagem jurídica: semiótica, discurso e direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*.

⁷²⁷ BITTAR, Eduardo C. B. *Linguagem jurídica: semiótica, discurso e direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*.

⁷²⁸ COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Tradução: Alexander Rodrigues de Castro *et al.* Curitiba: Juruá, 2010. p. 25.

6.1 O SURGIMENTO DA SUBJETIVIDADE E A FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA

Descartes é tido como o ponto de partida da filosofia paradigmática moderna após a superação do realismo filosófico objetivista.⁷²⁹ Rompendo com a metafísica clássica, aquele autor elevou a razão humana e passou a alocar os sentidos das coisas na mente do sujeito, e não mais numa espécie de essência substancial. A consciência sobre as coisas acaba reportada à autoconsciência do sujeito, o que acabou por redundar num verdadeiro assujeitamento do objeto.⁷³⁰

O método é guindado à condição de evidenciação para um saber científico na investigação da verdade na natureza. O arquétipo do cientista se torna a personificação impessoal do discurso da razão e do ceticismo quanto à tradição. A preocupação é descrever e explicar, e não interpretar.⁷³¹

Mas se as coisas contêm uma verdade aferível cientificamente, e se a razão frequenta todos os indivíduos indistintamente, por que evidências racionais seriam capazes de conduzir a constatações distintas? Por que continuaríamos a discordar? Descartes dirá que a diversidade de nossas opiniões “não provém do fato de sermos uns mais racionais do que outros, mas somente do fato de conduzirmos nossos pensamentos por vias diferentes e de não levarmos em conta as mesmas coisas”.⁷³² O fator preponderante, pois, novamente, será a escolha do método; um uso controlado da razão que guie à verdade, em lugar de a uma ilusão de verdade.

Posteriormente, com Kant, a modernidade ganhou corpo com uma revigorada rejeição à metafísica clássica e com uma eliminação de qualquer resquício de ancoramento da verdade em Deus. Decerto que o sentido das coisas não emanava das coisas mesmas, mas, tampouco, defluíam de um mundo (metafísico) das ideias. O conhecimento, por conseguinte, resultaria de uma transcendência do físico, sim, mas se situaria no olhar do homem e em sua forma de perceber o mundo.⁷³³ Uma consciência reflexiva que, contudo, não reduziria a verdade a

⁷²⁹ HEIDEGGER, Martin. *Parmênides*. Tradução: Sérgio Mário Wrublewski. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2008. p. 81.

⁷³⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramentos; Casa do Direito, 2020. p. 107-108; COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 64.

⁷³¹ COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 32 e 42.

⁷³² DESCARTES, René. *Discurso do método*. Brasília: UnB, 1985. p. 31.

⁷³³ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução: Fernando Costa Mattos. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 59-62.

contingencialidades subjetivas, porque observaria uma objetivação no modo humano de se atribuir sentidos (razão universal).⁷³⁴

Ainda que alheio à historicidade, o predicado de Kant com relação a Descartes foi assimilar o sujeito como variável — para além de evidências racionais — integrante de uma equação da verdade. Conhecer não é representar objetiva e diretamente o mundo, mas o resultado do modo humano de divisar o mundo.⁷³⁵ Resultante dessa ruptura, a filosofia da consciência surge mais fortemente como paradigma⁷³⁶ segundo o qual o homem se torna fonte das próprias certezas, inexistindo verdade para além do seu modo de ver o mundo.⁷³⁷

A ligação direta entre homem e mundo sofre derrocada em favor da consolidação do primado de que nossos modos de conhecer definem nosso próprio conhecimento. A introspecção ganha força, com a compreensão voltada à própria consciência. O exame sobre o objeto *em si* dá lugar ao que o objeto é *para nós*.⁷³⁸ A ontologia externa cede espaço a uma ontologia interna em que objetividade inexistente na realidade é sucedida por uma objetividade em nosso autoconhecimento.

É em Nietzsche, sem embargo, que a chamada metafísica ocidental alcança seu apogeu, com a verdade se identificando com a retidão e a retidão se identificando como resultado da vontade de poder.⁷³⁹ O que é certo deve conformar-se com o real, entendido como parâmetro de correção o espelhamento de um comando superior, da justiça, que, em Nietzsche, é representada por uma perpetuação da relação de poder⁷⁴⁰: Nossas necessidades são quem “interpreta [*auslegen*] o mundo; nossas pulsões e seus prós e contras. Cada pulsão é uma espécie de ambição despótica [*Herrschaft*], cada uma tem a sua perspectiva, perspectiva que a pulsão gostaria de impor como norma para todas as outras pulsões.”⁷⁴¹ Como bem resume Foucault

⁷³⁴ COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 28.

⁷³⁵ COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 28 e 69.

⁷³⁶ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme a minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. *E-book*, posição 149.

⁷³⁷ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução: Fernando Costa Mattos. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 59-62.

⁷³⁸ COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 118.

⁷³⁹ NIETZSCHE, Friedrich. *Obras incompletas*. Tradução: Rubens R. Torres Filho. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 222. (Os pensadores).

⁷⁴⁰ HEIDEGGER, Martin. *Parmênides*. Tradução: Sérgio Mário Wrublewski. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2008. p. 82-83.

⁷⁴¹ NIETZSCHE, Friedrich. *A vontade de poder*. Tradução do original alemão e notas: Marcos Sinésio Pereira Fernandes, Francisco José Dias de Moraes. Apresentação: Gilvan Fogel. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008. p. 260.

sobre o diagnóstico de Nietzsche: o “*poder político não está ausente do saber, ele é tramado com o saber.*”⁷⁴²

Antes, a subjetividade era ponto de partida de onde surgiam os demais entes com que o homem interagia. Em Nietzsche, todavia, a vontade se torna motriz fundada em si mesma, patrocinando um completo relativismo.⁷⁴³ A vontade se torna a subjetividade viva e cunha o paradigma da filosofia da consciência:

Segundo a lógica do sujeito cognoscente, prevalente no paradigma da filosofia e da consciência, as formas de vida e relacionamentos são “reificadas/coisificadas” e funcionalizadas, comprimindo-se tudo em uma relação sujeito-objeto, de maneira que o sujeito observador estaria situado em frente a um mundo passível de absoluta objetificação e descrição. Este mesmo sujeito cognoscente possui a capacidade de estabelecer, de forma objetificante, condições de interpretação e aplicação, de modo que não se considera a sua condição verdadeira humana de já estar desde sempre no mundo (...).⁷⁴⁴

A filosofia da consciência produz o sujeito solipsista⁷⁴⁵, que é aquele autônomo que controla o mundo e que faz a inquisição da realidade, estabelecendo-a como produto de sua própria consciência.⁷⁴⁶ O sujeito é alçado a entidade constituinte do mundo e fundamento de sua própria validade.⁷⁴⁷ Um sujeito *assujeitador* do mundo.

6.2 O GIRO ONTOLÓGICO-LINGÜÍSTICO EM FAVOR DE UMA FILOSOFIA HERMENÊUTICA

Contemporânea ao Círculo de Viena, a teoria de Martin Heidegger converge com a de Wittgenstein em favor de uma ruptura, uma mudança completa de paradigmas a que se chama

⁷⁴² FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002. p. 51.

⁷⁴³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. *E-book*, posição 5008.

⁷⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramentos/Casa do Direito, 2020. p. 109.

⁷⁴⁵ Sébastien Charles anota que o termo “solipsista” surge, pela primeira vez, em obra de Melchior Inchofer (*Monarchia solipsorum*), de 1645, para designar “os habitantes de uma ilha imaginária que vivem sob a condução providencial de diversos deuses, o que constitui um ataque mal disfarçado à política maleável dos jesuítas da época, que os levava a sempre buscar a proteção dos poderosos. É Kant, ao que parece, quem primeiramente, na Crítica da razão prática, utiliza *solipsismus* como *terminus technicus* que substitui o alemão *Selbstsucht*.” (CHARLES, Sébastien. O solipsismo como forma extrema de ceticismo no século das luzes. Dois Pontos, Curitiba, São Carlos, v. 4, n. 2, p. 33, out. 2007). Sem embargo de referência expressa aludir a Kant, Descartes é o pai moderno do solipsismo.

⁷⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramentos/Casa do Direito, 2020. p. 110.

⁷⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramentos/Casa do Direito, 2020. p. 229.

giro ontológico-linguístico⁷⁴⁸. Os problemas filosóficos se tornam linguísticos. O mundo prático invade a filosofia. A admissão de que não acessamos diretamente nada, senão por meio da linguagem, faz com que nosso modo de compreender invariavelmente se envolva na compreensão como resultado. Enfim, o sujeito não mais se assenhora(ria) dos sentidos, o que representaria o derradeiro golpe (ou ferida) narcísico.⁷⁴⁹

Essa etapa seguinte leva à derrocada da filosofia da consciência. Não se trata mais de perguntar pela “essência das coisas, tampouco por aquilo que o sujeito tem certeza de que sabe (...), mas, sim, perguntar pelas condições de acesso ao universo simbólico e significativo produzido pela linguagem”.⁷⁵⁰ Na ciência e na epistemologia, a virada rompe com uma ontologia essencial e passa, a partir do discurso, a deslocar a investigação de modo a não ignorar a figura do observador, embora, absolutamente, sem nela se exaurir.

O solipsismo que desconhece conhecimentos objetivos para fora das experiências internas e pessoais do sujeito cede espaço, como já antecipado, a uma complexa comunidade linguística⁷⁵¹ organizada sob conceitos-chave.⁷⁵² O subjetivismo soçobra frente a um contexto intersubjetivo interativo que molda os sujeitos reciprocamente. O foco passa do objeto ao sujeito; no sujeito, do seu método à sua linguagem; na linguagem, de sua condição descritiva à sua condição constitutiva e compartilhada. Não mais se concebe a atribuição de sentido como correta ou definitiva, mas sim como uma construção permanente, um eterno inacabado. A realidade é viva, orgânica, dinâmica.^{753 e 754}

A filosofia da consciência é, assim, sucedida pela filosofia hermenêutica, cuja problemática universal “não é dada por um estatuto metodológico, mas, sim, pelo simples fato

⁷⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramentos/Casa do Direito, 2020. p. 123; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme a minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. *E-book*, posição 165.

⁷⁴⁹ São três os golpes (ou feridas) narcísicos aludidos por Freud: A revolução iniciada por Galileu (não somos o centro do universo), passando por Darwin (não somos a mais superior das espécies), culmina em Freud e na consciência de que não somos senhoras ou senhores nem de nós mesmos. Acrescento à última parte a constatação humana de tampouco assenhorarmos os sentidos da realidade que nos cerca. (FREUD, Sigmund. *Uma neurose infantil e outros trabalhos (1917-1918)*. Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Tradução: Christiano Monteiro Oiticica e Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Imago, 1969. v. XVII).

⁷⁵⁰ ABOUD, Georges. *Discrecionariade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: RT, 2014. p. 59.

⁷⁵¹ RORTY, Richard M. (ed.) *The linguistic turn. Essays in philosophical method: with two retrospective essays*. Chicago-London: Chicago University Press, 1992.

⁷⁵² KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC Rio, 2006. p. 100 et seq.

⁷⁵³ ECO, Umberto. *Opera aperta*. Milano: Bompiani, 1967.

⁷⁵⁴ Bastante emblemática dessa transição a separação que se costuma fazer entre o “primeiro” (*Tractatus logico-philosophicus*. Tradução: Luiz Henrique Lopes dos Santos. 3. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008) e o “segundo” Wittgenstein (*Investigações filosóficas*. Tradução: José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999).

de que a compreensão é condição de possibilidade para a construção de qualquer projeto epistemológico de assentação sistemática de conhecimento”.⁷⁵⁵ Os fatos não são assimilados em sua nua objetividade, mas sim percebidos “através da mediação da cultura, da linguagem, do saber próprios do ambiente histórico e da camada profissional aos quais se pertence”.⁷⁵⁶

Em lugar de uma verdade empírica (percebida e representada) ou de uma verdade absoluta (ôntica), há uma verdade possível segundo “as condições humanas do discurso e da linguagem”.⁷⁵⁷ Em que pese o próprio Nietzsche já houvesse iniciado uma introdução da historicidade como matriz indissociável do conhecimento e do sujeito⁷⁵⁸, foi Martin Heidegger quem a ligou definitivamente à “própria condição do homem e sustentou que o modo hermenêutico de pensar integra a própria forma de o homem lidar com o mundo, conferindo sentido às suas experiências”.⁷⁵⁹

A empresa filosófica se torna a busca pelo sentido do *ser*. Nele, o problema da significação e o problema da entidade se cruzam. Nasce uma distinção fundamental — diferença ontológica — entre a existência e a essência; *ser* e *ente*; possibilidade e efetividade de tudo o que chamamos “real”. Heidegger concebe, então, uma ontologia fundamental que revela como o *ser* só pode ser compreendido se analisado o modo de existir do único *ente* capaz de compreendê-lo e de expressar na linguagem essa compreensão: o homem.⁷⁶⁰

Se Kant colava o transcendental no sujeito, tornando-o lugar último e fundamento da verdade, Heidegger, em sua filosofia hermenêutica, desloca o transcendental do sujeito para “um contexto de significâncias e significados que será chamado de mundo”.⁷⁶¹ E se o homem está no mundo, haverá naturalmente de ter contato com esses significados. O mundo não lhe será dado como uma soma de objetos com os quais virá a se relacionar. As coisas se lhe apresentarão, sim, dotadas de significado. “*O mundo só se nos dá na medida em que já temos*

⁷⁵⁵ ABOUD, Georges. *Discrecionalidade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: RT, 2014. p. 322.

⁷⁵⁶ COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Tradução: Alexander Rodrigues de Castro et al. Curitiba: Juruá, 2010. p. 20.

⁷⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. *E-book*, posição 6284.

⁷⁵⁸ NIETZSCHE, Friedrich. *Crepúsculo dos ídolos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 25.

⁷⁵⁹ COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 33.

⁷⁶⁰ CEREZER, C.; FLORES, A. P. M.; ZANARDI, I. Introdução aos estudos heideggerianos a partir de ser e tempo: uma renovação contemporânea da íntima questão do ser. *Thaumazein: Revista Online de Filosofia*, ano 5, n. 9, p. 67-79, jun. 2012. Disponível em: <https://bit.ly/3DBuDTX>. Acesso em: 10 nov. 2021.

⁷⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme a minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. *E-book*, posição 239.

*sempre certo patrimônio de ideias, e dizer, certos pre-juízos que nos guiam na descoberta das coisas.*⁷⁶²

Esse mundo, pois, é um terreno simbólico pleno de significados, não um mundo empírico de objetos existentes. O homem, assim, não é meramente *ôntico* (existe como ser), mas *ontológico* (ele compreende o próprio ser). O objetivo da rede de discursos que compõem a hermenêutica, assim, é justamente compreender os modos como o homem compreende o mundo.⁷⁶³ Daí que, em Heidegger, o homem é definido como *ser-aí* (*Dasein*), isto é, o homem interagindo com a existência, postando-se como *ser* no contexto do universo. E se o *ser-aí* habita esse mesmo universo e suas significações, possui compreensões pré-ontológicas do *ser* que merecem e devem ser articuladas como passagem necessária a uma compreensão não somente sobre o *ser*, mas também sobre o que somos e sobre como compreendemos.

No ato de compreender, a presença projeta seu *ser* para possibilidades. Esse *ser para possibilidades* repercute sobre a compreensão como aberturas. O projetar inerente ao compreender possui a possibilidade de se elaborar em formas, a isso se chamando *interpretação*: a elaboração da compreensão como projeção das possibilidades do *ser*. Nela, *interpretação*, o compreender acaba por apropriar-se do que compreende. Interpretar não é tomar conhecimento do que se compreendeu, mas elaborar as possibilidades projetadas no compreender. “A apropriação do compreendido, embora ainda velado, sempre cumpre o desvelamento guiada por uma visão que fixa o parâmetro na perspectiva do qual o compreendido há de ser interpretado.”⁷⁶⁴ *A interpretação é, assim, a articulação de um sentido já surgido como possibilidade na compreensão.*

O homem não pode ser um *ser-no-mundo* isolado em sua própria existência. Sempre lhe há de ser imprimida uma tradição. Somos *seres no-mundo*, que existimos porque refletimos sobre o mundo, reflexão essa que é condição inerente à nossa humanidade. A existência, por conseguinte, é um meio-termo caracterizado “por um movimento perpétuo de vai-e-vem entre o real pré-dado na situação e a realidade desvelada na compreensão”.⁷⁶⁵ Das coisas não dimana um sentido unívoco a ser extraído. O homem como *ente* tem como condição de sua humanidade

⁷⁶² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. *E-book*, posição 238.

⁷⁶³ COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 11.

⁷⁶⁴ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução: Márcia de Sá Cavalcante Schuback. 10. ed. Petrópolis: Vozes/Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2008. p. 209-211.

⁷⁶⁵ GIACOMOLLI, Nereu José; DUARTE, Liza Bastos. O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos. *Revista da AJURIS*, v. 33, n. 102, jun. 2006. p. 292.

um compreender (*ontologia*). Em nossa existência, afetamos os sentidos do que compreendemos e somos afetados por essa compreensão.

6.3 DA FILOSOFIA HERMENÊUTICA À HERMENÊUTICA JURÍDICA

Partindo do desenvolvimento *heideggeriano* da estrutura prévia da compreensão e inspirando-se na temporalidade da presença, Gadamer buscou enfocar como a hermenêutica lida com a contingencialidade da compreensão⁷⁶⁶, no que acabou por transformar-se no maior expoente da aproximação entre historicidade e linguagem.

O iluminismo que pretendeu objetivar o conhecimento por meio de uma racionalidade universal resultou numa cientificização que atribuiu ao método uma função garantidora da verdade. Gadamer, em contraposição, “resgatou a historicidade para fazer ver que a tradição exerce um papel na compreensão e que essa compreensão será sempre contextual e contingencial”.⁷⁶⁷

Dito de outro modo, Gadamer percebe que o método “é uma máquina de atribuir sentidos e não uma máquina de encontrar sentidos”.⁷⁶⁸ Com isso, advogou ele em favor de um fechamento do círculo reflexivo e da consolidação de uma consciência hermenêutica em que verdades universais cedem espaço à percepção do esforço humano de compreensão como tentativa de construir sentidos provisórios dentro de contextos históricos determinados.⁷⁶⁹

A experiência hermenêutica da interpretação ultrapassa, assim, o plano da simples verificação empírica, convertendo-se em acontecimento marcado sempre e sempre por uma compreensão fundada em uma autocompreensão de um “intérprete mergulhado em um mundo compartilhado”.⁷⁷⁰ É dizer, Gadamer desenvolve uma hermenêutica filosófica que não se limita a técnicas de interpretação, mas sim como uma via de acesso ao mundo, como um estudo sobre

⁷⁶⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2015. p. 354.

⁷⁶⁷ COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 143-144.

⁷⁶⁸ COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 34.

⁷⁶⁹ COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 34.

⁷⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.. *E-book*, p. 21-22.

como os sentidos são dados às coisas e sobre como a autocompreensão do sujeito se engaja nesse processo.

A noção hermenêutica de verdade substitui o caráter incondicionado que lhe é tradicionalmente atribuído — reduzido a uma adequação a um sistema interpretativo específico — para passar a adotar como medida um conjunto determinado de critérios histórica e linguisticamente definidos. “Esse tipo de historicismo obviamente não abre espaço para uma objetividade incondicional, mas apenas para uma objetividade relativa a uma determinada tradição cultural.”⁷⁷¹

Assimilada em definitivo a historicidade, Gadamer passa a compreender a interpretação como uma constante projeção de sentidos baseada em pré-compreensões constantemente alimentadas e modificadas por novas informações que nos chegam.⁷⁷² Mais bem explicando, somente interpretamos o que se nos apresenta, e o que se nos apresenta, pelo só fato de se nos apresentar, vem dotado de conceitos prévios que imediatamente projetamos quando de nosso primeiro contato. São antecipações de sentido que buscam confirmação nas coisas mesmas.

Esses conceitos prévios, ou pré-compreensões, de sua vez, são digeridos, submetidos a testes por meio de uma interpretação que renova e reprojeta a compreensão. Interpretar é, então, um progressivo reprojeter de sentidos a que vamos nos atendo como mais adequados — perante as coisas mesmas, diante de uma comunidade linguística e segundo uma dada tradição — em relação àqueles de que partimos.⁷⁷³ Esclarece Gadamer:

Quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido.⁷⁷⁴

⁷⁷¹ COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 15.

⁷⁷² COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 138.

⁷⁷³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2015. p. 356.

⁷⁷⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2015. p. 356.

Esse círculo hermenêutico⁷⁷⁵ que se forma busca exatamente separar pré-compreensões “boas” das “ruins”, submetendo-as a recorrentes testes de legitimidade conforme avançamos nos sentidos do texto.⁷⁷⁶ Todo e parte influenciam-se reciprocamente. A hermenêutica surge então como um caminho do meio a ser seguido, em que o sentido adequado de um texto normativo “poderá ser capturado pelo intérprete através da relação entre a universalidade do texto e as circunstâncias do caso concreto sob análise em um determinado espaço e tempo histórico”.⁷⁷⁷ Alexandre Costa recorre a uma alegoria elegante para explicar o que estou aqui a dizer:

Essa conexão circular entre o entendimento do todo e o das partes é tão aplicável ao cinema quanto ao direito ou a qualquer outro objeto de conhecimento. Na medida em que tentamos harmonizar as informações que recebemos com as que já tínhamos, as nossas visões sobre o mundo são enriquecidas e as nossas pré-compreensões tornadas mais complexas e refinadas. Entretanto, como o conjunto das nossas pré-compreensões forma a base na qual podemos ancorar os novos conhecimentos, a nossa capacidade de compreender é limitada pela extensão e profundidade das nossas pré-compreensões. Em outras palavras, nós temos um horizonte de compreensão, que envolve todos os nossos conhecimentos e funciona como um limite para a nossa capacidade de compreender coisas novas. À medida que nossas pré-compreensões são enriquecidas, esse horizonte é ampliado e nos tornamos capazes de compreender novos tipos de informações.⁷⁷⁸

Como bem ilustra a metáfora acima, o movimento circular da compreensão vai constantemente do todo para a parte e da parte para o todo. A tarefa é ir ampliando a unidade do sentido compreendido em círculos concêntricos. “O critério correspondente para a justeza da compreensão é sempre a concordância de cada particularidade com o todo. Se não houver tal concordância, significa que a compreensão malogrou.”⁷⁷⁹

Não quis Gadamer com isso dizer, em absoluto, que, assimiladas concepções prévias do intérprete, estaria a compreensão diluída em subjetivismos. Como anuncia o próprio autor, a antecipação de sentido que guia a compreensão não revela um ato da subjetividade, “já que se

⁷⁷⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica como filosofia prática: a razão na época da ciência*. Tradução: Ângela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 72-81.

⁷⁷⁶ STEIN, Ernildo. Em busca da linguagem para um dizer não metafísico. *Natureza humana*, São Paulo: PUC, v. 6, n. 1, p. 289-304, 2004; HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 210.

⁷⁷⁷ ZANETI JÚNIOR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Teoria da decisão judicial no Código de Processo Civil: uma ponte entre hermenêutica e analítica? *Revista de Processo*, v. 259, p. 29, set. 2016.

⁷⁷⁸ COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 139.

⁷⁷⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2015. p. 386.

determina a partir da comunhão que nos une com a tradição”, comunhão essa “em contínua formação”.⁷⁸⁰ E arremata: a “compreensão deve ser pensada menos como uma ação da subjetividade e mais como um retroceder que penetra um acontecimento da tradição, onde se intermedeiam constantemente passado e presente.”⁷⁸¹

Ou seja, muito ao contrário de afiançar o solipsismo, Gadamer pretendeu combatê-lo a partir de sua hermenêutica, assentando que o círculo em que se enreda a compreensão tem por condão exatamente aniquilar a arbitrariedade de opiniões prévias inadequadas: “a compreensão só alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais se inicia não forem arbitrarias.”⁷⁸²

Ainda com Gadamer, a essência mesma da interpretação é exatamente impedir que posições, visões e concepções prévias acabem por se impor, na tarefa da compreensão, pela via de intuições ou convenções. O caminho para isso será uma proteção contra a arbitrariedade de intuições repentinas por meio de um olhar sobre as coisas como são *elas mesmas*. Esse *deixar-se determinar assim pela própria coisa* é “tarefa primeira, constante e última”.⁷⁸³ A coisa em si deve ser mantida em vista contra os desvios que assaltam o intérprete, até porque a “tarefa hermenêutica se converte por si mesma num questionamento pautado na coisa em questão, e já se encontra sempre codeterminada por esta”.⁷⁸⁴

Por tudo isso, nos falará Gadamer, “diante de qualquer texto, nossa tarefa é não introduzir, direta e acriticamente, nossos próprios hábitos extraídos da linguagem (...)”.⁷⁸⁵ Quem verdadeiramente deseja compreender algo não pode se render ao próprio arbítrio e às suas próprias concepções prévias. Ao revés, “quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa”.⁷⁸⁶ Interpretar-aplicar não é ajustar uma generalidade já dada antecipadamente para desembaraçar em seguida os fios de uma situação particular. “Diante de um texto, por exemplo, o intérprete não procura aplicar um critério geral

⁷⁸⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2015. p. 386.

⁷⁸¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2015. p. 385.

⁷⁸² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2015. p. 356.

⁷⁸³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2015. p. 355.

⁷⁸⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2015. p. 358.

⁷⁸⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2015. p. 356.

⁷⁸⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2015. p. 358.

a um caso particular: ele se interessa, ao contrário, pelo significado fundamentalmente original do escrito de que se ocupa.”⁷⁸⁷

Em suma, *se a nós não é dado despir-nos de nossas pré-compreensões e da contingencialidade do nosso existir, é essencial que reconhecamos essas condições que redundam em nós, afinal, são “os preconceitos não percebidos que nos tornam surdos para as coisas de que nos fala a tradição”*.⁷⁸⁸ O que se impõe, isto sim, é que, admitidos os conceitos prévios, convivam eles com uma abertura para a coisa mesma, para o outro, para o texto, para o seu autor.⁷⁸⁹

6.4 A REPRISTINAÇÃO DA FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA E O RESSURGIMENTO DO SUJEITO SOLIPSISTA

Em que pese haver décadas desde a morte do sujeito solipsista pela pena, dentre tantos, de Heidegger e Gadamer, sua presença insiste em se fazer sentir de variadas maneiras ainda atualmente, notadamente no Brasil, sendo uma dessas maneiras, segundo penso, a discricionariedade judicial.

Refratário à viragem linguístico-ontológica⁷⁹⁰, o corpo jurídico brasileiro, como constatado empiricamente acima, tem adotado prática em que a interpretação “frequentemente é um disfarce para encobrir a discricionariedade do juiz, e não um guia para tomada de decisões”.⁷⁹¹

Superado o positivismo exegético, e herdada do giro linguístico a cisão entre texto e norma, o sujeito da modernidade ressurgue na expansão da linguagem. E ressurgue não somente por uma pretensão *assujeitadora* dos conceitos, mas também por meio de um recurso a distintos métodos que buscam conferir uma pretensão *racionalizadora* à subjetividade de suas interpretações.

Lançando referência a conto policial em que um suspeito, ao saber que terá sua casa revistada, esconde prova de seu crime no lugar mais evidente, Alexandre Costa diagnostica que o sujeito da modernidade busca ocultar valores ideológicos no conceito mais preeminente: o da

⁷⁸⁷ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Pierre Fruchon (org.). Tradução: Paulo César Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003. p. 57.

⁷⁸⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2015. p. 359.

⁷⁸⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2015. p. 358.

⁷⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. E-book, posição 1589.

⁷⁹¹ POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 43.

razão.⁷⁹² *Razoabilidade, proporcionalidade, discricionariedade e outros performativos*⁷⁹³ passam a fornecer a ilusão de decisões racionais mediante fiadores linguísticos de decisões morais e valoradas. Sob o fetiche da razão⁷⁹⁴, abandona-se qualquer contingencialidade em favor da afirmação de fatalidades que tudo explicam, uma verdadeira petição de princípio presente “na base da tradição interpretativa que domina o senso comum até os dias de hoje”.⁷⁹⁵

Os distintos métodos, todavia, não ocultam o que de fato se dá: em lugar de razão, voluntarismo. Os métodos próprios, em verdade, se convertem em plataforma da subjetividade interpretativa (*pamprincipiologismo*, ponderação etc.). A distinção entre texto e norma se torna um despreço total pelo texto, que cede frente a qualquer “norma” que dele seja extraída.

Há, como antecipado, uma fusão entre o direito como metalinguagem e como linguagem-objeto. Admitidas as decisões judiciais como dados de produção do direito, passa a haver uma maior desenvoltura — contaminada por valores e pela moral — na construção do direito por magistrados. “O que em Kelsen era uma fatalidade (e não uma solução), para as correntes semanticistas passou a ser a salvação para as ‘insuficiências’ ônticas do direito.”⁷⁹⁶

⁷⁹² COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008, p.19.

⁷⁹³ Repito: fundamento bastante e suficiente em si, mas que não passa de um recurso a fórmulas vazias sem relação com a facticidade do caso que deveriam solucionar e incapazes de se evidenciar como verdadeiras ou falsas. O conceito é de AUSTIN, J. L. *How to do things with words: The William James Lectures delivered at Harvard University in 1955*. London: Oxford University Press, 1962. p. 4, sendo abordado por ABOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial*. O ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: RT, 2014. p. 315 e por STRECK, Lenio Luiz. *Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial*. Florianópolis: Tirant lo Blanche, 2018. p. 40.

⁷⁹⁴ “A Modernidade, em todas as suas versões, admite que a pluralidade de interesses individuais é um fato que precisa ser levado em consideração, pois nenhuma pessoa pode pretender que o seu interesse pessoal valha mais do que o de um outro qualquer. Essa admissão da diferença gera um abismo entre o individual e o coletivo, que tenta ser suplantado mediante alguma espécie de vontade geral ou de interesse coletivo. Porém, também é claro que não existe uma vontade geral de fato, pois a única coisa que existe no mundo é uma pluralidade de interesses pessoais entrelaçados. Como enfrentar essa situação? De Hobbes a Habermas, passando por Rousseau, Kant e Rawls, a modernidade, a enfrenta mediante o estabelecimento de uma vontade geral ideal, baseada em critérios que precisam ser impessoais. E essa impessoalidade é sempre medida pela sua racionalidade, pois, não obstante os pensadores modernos reconhecerem que é imensa diversidade dos interesses humanos, eles pressupõem que os homens compartilham uma única racionalidade. E é justamente essa racionalidade que é afirmada como único elemento unificador de uma humanidade dividida por seus desejos e valores, motivo pelo qual ela é erigida como critério para transcender os interesses pessoais e servir como base para a organização das sociedades. Nessa medida, a necessidade de legitimação do poder é interpretada pelos pensadores modernos como a necessidade de fundamentação da validade de determinados padrões de organização social, sejam eles morais, políticos ou jurídicos. Assim, o discurso filosófico da modernidade, no que toca às questões normativas, está inteiramente voltado à elaboração de discursos fundamentadores que são construídos a partir do dogma de que tudo o que é racional é válido.” (COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008, p.15-16).

⁷⁹⁵ COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 10.

⁷⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. *E-book*, posição 1968.

O problema é que o direito, aqui, é capturado para produzir um não direito. A indeterminabilidade do direito é tomada de assalto em favor de um preenchimento subjetivista de lacunas com elementos não jurídicos. O dano não poderia ser pior: *o direito praticado se despe da censura teórica de um direito como ciência, afinal não haverá mais entre ambos qualquer fronteira.*

A vontade de poder de Nietzsche é revivida e passa a veicular uma forma rebuscada de positivismo, “uma vez que o direito passa a depender de discursos adjudicadores e do protagonismo do poder do intérprete. Sob a falácia de uma superação/morte do sujeito, passe, na verdade, a um protagonismo que a pragmática estabelece a cada (nova) decisão”.⁷⁹⁷ Streck, no ponto, bem consignou que:

(...) a vulgata da filosofia da consciência aparece como um sintoma da discricionariedade judicial, como algo que está recrudescido no imaginário gnosiológico dos juristas, que é a percepção de que a “liberdade da decisão do juiz” está ligada a uma ideia de irresponsabilidade institucional, sempre baseada no subjetivismo do magistrado ou, como já dito, no privilégio cognitivo do juiz. Algo como dizer que o juiz-constrói-sua-decisão-a-partir-de-uma-simbiose-de-razões-e-sentimentos que são aparentemente seus (vale dizer, um juiz solipsista – um *Selbstsüchtiger*).⁷⁹⁸

Eis o sujeito solipsista: que não aceita os constrangimentos da intersubjetividade; que assume a linguagem como um objeto autônomo capaz de ser por ele assujeitado; que passa a crer possuir uma ascendência dominial sobre o direito, podendo livremente apreciar provas e convencer-se; enfim, que crê poder decidir com sua própria discricionariedade⁷⁹⁹, essa “consciência encapsulada que não sai de si no momento de decidir”.⁸⁰⁰

A discricionariedade de hoje, pois, recepciona o humanismo e a filosofia da consciência de maneira deturpada. Toma como premissa uma fusão entre o *homem* e o *sujeito* — como unidade mais simples e imutável de que exsurgiria a realidade como observada —, mas o faz para reduzir o *sujeito* ao *eu* que o porta.⁸⁰¹ De uma pretensa subjetividade universalizadora, cada sujeito se torna um universo em si mesmo.

⁷⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. *E-book*, posição 4980.

⁷⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramentos/Casa do Direito, 2020. p. 110.

⁷⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramentos/Casa do Direito, 2020. p. 413.

⁸⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme a minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. *E-book*, posição 1297.

⁸⁰¹ GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. *O que são sujeito e subjetividade? Um verbete em filosofia contemporânea*. Disponível em: <https://bit.ly/2Z7ohNj>. Acesso em 10 out. 2021.

Daí um dos maiores artifícios erigidos pela tese da discricionariedade: como tese, ela própria não se sustenta em argumentos que a defendam como o que de fato é, senão como uma subversão de matrizes teóricas que advogam premissas diversas das tresleituras em que ela se arrima.

6.5 COMO COMBATER HERMENEUTICAMENTE A DISCRICIONARIEDADE SOLIPSISTA?

Na esteira da filosofia hermenêutica e da hermenêutica filosófica, tem-se que a significação e a interpretação são operações ativas nas quais o sujeito se insere na totalidade de sua experiência situada. O que o sujeito vê é visto a partir de seu mundo, é interrogado segundo sua história, deriva de seu enraizamento cultural, deflui de sua estrutura psicofísica. O “envolvimento do sujeito na operação interpretativa não é uma escolha, mas um elemento constitutivo da operação hermenêutica: pode-se apenas escolher entre desconhecer ou reconhecer o ineliminável aporte da subjetividade.”⁸⁰²

Se o aporte da subjetividade não é uma opção, nada obstante, tampouco o é *o aporte da intersubjetividade na subjetividade*. O sujeito não é somente o sujeito, mas uma soma de interações e de influências nele impressas por acontecimentos, pessoas e por um partilhar linguístico temporal e espacial. Como produto originado biologicamente de uma relação entre seres diversos, o sujeito se faz acompanhar por toda vida dessa dependência e dessa influência do(s) outro(s), que são igualmente afluentes do delta em que o sujeito se torna. *No oceano de nós mesmos, tornamo-nos universais, sem mais nos distinguirmos dos aportes que resultam em nós. Navegar esse oceano é navegar (também) em nós.*

Vem daí que, com apoio em Heidegger, a quebra da ontologia essencial em favor da ontologia fundamental trouxe consigo o predicado de deslocar o foco filosófico do *ente* para o *ser*. A interpretação não mais perquire uma espécie de verdade emanante do *ente*, mas sim a partir do *Dasein*, o *ente sendo* — ou o(s) ser(es) do ente.

No caso da interpretação jurídica, o texto (que talvez apareça como o que de mais próximo teríamos de ente na operação cognitiva de aplicação do direito) funciona como acesso hermenêutico para a identificação do *ser-norma-direito*. No exato momento em que esse acesso se estabelece, todavia, toda uma macroestrutura de sentido simultaneamente se põe para o *Dasein*-intérprete, dele próprio para si próprio.

⁸⁰² COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Tradução: Alexander Rodrigues de Castro *et al.* Curitiba: Juruá, 2010. p. 22-23.

Todo esse constructo não surge de lugar nenhum, mas de uma (re)construção histórico-institucional do *conceito-ser* baseada na experiência de uma comunidade linguística. O intérprete se conduz/é conduzido por essa ponte que (re)constrói entre o ente-texto e o ser-norma-direito. Nesse processo, não há um mapeamento e uma posterior “escolha” entre possibilidades, mas uma imediata limitação de potencialidades do *ente*, que encontrará correspondência em um ser adequado a critérios de validade que o permitam ou que o admitam como *ser*.

Gadamer, de sua vez, fornecerá contributo não menos importante à hermenêutica jurídica ao opor-se tanto à visão do texto como portador de significado como também à ideia do texto como veículo condutor de uma verdade. Não há um algo ínsito a ser compreendido, nem uma busca por uma solução correta que o texto deva revelar. Ao contrário, dirá Gadamer, o processo de compreensão não admite uma tal diferenciação entre interpretação e aplicação, “pois essas são faces de um mesmo processo unitário, na medida em que o processo circular da compreensão dá-se de forma que elementos ligados à aplicação concreta e à definição abstrata do sentido influenciam-se reciprocamente”.⁸⁰³

Ou seja, não existe um sentido essencial oculto na norma/texto. Tampouco há um sentido inerente, como um liame a atrelar significante e significado através de uma interpretação *objetificadora* pelo sujeito cognoscente. O que há, isto sim, é um sujeito que interpreta, inserido num mundo constituído pela linguagem e resultado da tradição, do qual o sujeito é incapaz de dissociar-se.⁸⁰⁴

Com esses alicerces lançados, é um tributo do *ser-no-mundo* entender-se a si mesmo e compreender sua própria interação com o mundo existencial que habita e que lhe/ao qual atribui sentido. O sentido atribuído pelo sujeito é uma projeção de seu mundo interior, parte dele composta por aportes do mundo exterior. Desse modo, da mesma forma que não há neutralidade, não há livre escolha. Quem decide o faz sempre na condição de sujeito da tradição “que lhe servirá de sustentáculo no ato de julgar, nunca parando de repor-se, e de superar-se, pois a sua realidade, como a de outros seres, é a transposição de sentido projetada pelo ser, contextualizado na sua percepção da existência e existindo nela”.⁸⁰⁵

⁸⁰³ COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 82 e 141-142.

⁸⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. *E-book*, posição 7520.

⁸⁰⁵ GIACOMOLLI, Nereu José; DUARTE, Liza Bastos. O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos. *Revista da AJURIS*, v. 33, n. 102, jun. 2006. p. 292.

Em verdade, no direito, como espécie das ciências humanas aplicadas, com ainda maior peso se evidenciarão a historicidade, a tradição, a faticidade e a intersubjetividade. Não apenas a observação dos fatos será um processo complexo e mediado pela linguagem e pela história. Para mais além, o intérprete jurídico será, ao mesmo tempo, observador e ator: “não está ‘fora’ do objeto observado, mas está ‘dentro’ dele, envolvido em um processo que a sua própria atividade de observador contribui para modificar.”⁸⁰⁶ É, por conseguinte, “o conceito mesmo de observação a aparecer como inadequado, é a ideia de um sujeito que se faz puro espelho de uma realidade já dada que não parece fazer justiça à complexidade do processo cognoscitivo”.⁸⁰⁷

Com esteio nessas considerações, remeter a atribuição de sentido para a consciência e ressuscitar o solipsismo é apostar, já na era do predomínio da linguagem, no individualismo do sujeito “que ‘constrói’ o seu próprio objeto de conhecimento. Pensar assim é acreditar que o conhecimento deve estar fundado em estados de experiências interiores e pessoais, não se conseguindo estabelecer uma relação direta entre esses estados e o conhecimento objetivo de algo para além deles”.⁸⁰⁸ É falar, em dizeres *heideggerianos*, que relegar a fundamentação do decidir a uma escolha pessoal é pretender dissociar o *ser* do *sendo* ou, quando menos, sustentar que essa relação observa um fluxo apenas num único sentido.

Ideias — ou representações mentais — não se ancoram em coisas, mas sim em outras representações mentais. A tese de que o julgador, deparando com um significante, compulsa um catálogo de significados para entre eles selecionar o que particularmente o agrada é um contrassenso pueril e ignora que a escolha entre significados com vistas a formatar uma interpretação como meio para uma decisão seria, em si, uma decisão, relegando o tomador de decisão — ou o escolhedor — a um regresso infinito que somente retrocede, mas não progride.

Quando se interpreta, não se escolhe; quando se escolhe, não se está a interpretar. Se vejo um quadro, narro o que o quadro desperta em mim. Não digo o que eu escolhi que fosse despertado em mim. Outros podem experimentar despertamentos diversos, mas todos que olham o quadro têm como parâmetro condutor dos despertamentos o ponto comum-quadro e uma linguagem segundo a qual se exprime despertares. A troca somente é assimilada se houver um mínimo de convergência entre os despertamentos; se forem eles passíveis de alguma

⁸⁰⁶ COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia*: ensaios de história do pensamento jurídico. Tradução: Alexander Rodrigues de Castro *et al.* Curitiba: Juruá, 2010. p. 20.

⁸⁰⁷ COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia*: ensaios de história do pensamento jurídico. Tradução: Alexander Rodrigues de Castro *et al.* Curitiba: Juruá, 2010. p. 20.

⁸⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme a minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. *E-book*, posição 288.

demonstração e recepção. É possível discutir sobre o quadro. Debater despertamentos. As influências artísticas por detrás dele. A época em que foi pintado. Mas nenhum dos intérpretes, ao simplesmente interpretar, pinta um novo quadro. E se pintar, o quadro será novo, já não será o original, interpretado. Uma obra de arte, forma acabada e fechada em sua perfeição de organismo perfeitamente calibrado, “é também aberta, isto é, passível de mil interpretações diferentes, sem que isso redunde em alteração de sua irreproduzível singularidade”.⁸⁰⁹

Por isso é que na discricionariedade, bem ao contrário, *não há atitude interpretativa*. Nela, “somente tem espaço para escolhas que não estão qualificadas no universo jurídico, por isso, são indiferentes. Os critérios estabelecidos não têm amálgama na lei, mas em circunstâncias fáticas que denotam a conveniência e oportunidade da situação que se apresenta”.⁸¹⁰

Tomada em sua acepção usual, a discricionariedade seria imune a um controle jurídico por se dar segundo critérios não jurídicos, quando a uma opção não se pudesse fundamentadamente contrapor outra como sendo mais adequada ou correta. Se é da essência da discricionariedade não ser jurídica, não se presta ela a veicular decisões judiciais que se pretendam calçadas no direito. Uma decisão subjetivista não pode ser válida num contexto intersubjetivo de fundamentação. Todos, indistintamente, somos destinatários do direito como linguagem fiadora de uma forma autêntica de compreensão.

É exatamente essa antítese conferida pela hermenêutica para falseamento da discricionariedade que a converte, hermenêutica, em poderoso antídoto contra o solipsismo. Se, na contramão de uma hermenêutica filosófica, a discricionariedade não apenas fecha a intersubjetividade, como oculta pré-compreensões, ignorando-as, será papel da hermenêutica propiciar uma “compreensão guiada por uma consciência metodológica [que] procurará não simplesmente realizar suas antecipações, mas, antes, torná-las conscientes para poder controlá-las e ganhar assim uma compreensão correta a partir das coisas”.⁸¹¹

Insisto: nem se diga que a hermenêutica conduziria a alguma sorte de relativismo⁸¹² que exatamente buscaria ela combater na figura do solipsismo. Domínios não alcançados por uma

⁸⁰⁹ ECO, Umberto. *A obra aberta*. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 1991. p. 40.

⁸¹⁰ GÓES, Gisele Santos Fernandes. Existe discricionariedade judicial? Discricionariedade x termos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. In: MEDINA, José Miguel Garcia *et al.* (coords.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008. p. 89.

⁸¹¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2015. p. 359.

⁸¹² STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. *E-book*, p. 92-95; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. *E-book*, posição 708 e 1213.

racionalidade no sentido de exatidão matemática não seriam, apenas por isso, irracionais ou sem caráter científico. Uma investigação não é irracional “por se ocupar de fenômenos que, pela sua parte, não são inteiramente racionais”.⁸¹³ Ao contrário, e “isso é um paradoxo surpreendente, a ciência se desenvolve não só a despeito do que ela tem de não científico, mas graças ao que ela tem de não científico”.⁸¹⁴ Exemplificativamente, é indiscutível haver no direito “critérios de verossimilhança, de evidenciação, de falsificação e, assim, uma base para uma argumentação ‘razoável’ bem como para um consenso intersubjectivo”.⁸¹⁵

É como instrumento para identificação desses critérios que aparece a hermenêutica *gadameriana*, suprimindo o esquema sujeito-objeto para admitir uma subjetividade inexpugnável daquele que atribui sentido, reconhecendo a impossibilidade de se separar “a racionalidade da personalidade de quem compreende”.⁸¹⁶

Ao partir dessa premissa, a hermenêutica de Gadamer, assumidamente, não trata a determinação do direito com a pureza de uma conclusão lógico-formal, mas como um “processo muito mais complexo, que também compreende momentos produtivos, dialécticos, porventura até intuitivos”⁸¹⁷, e “procura fazer luz sobre processos que não são racionais, ou, pelo menos, puramente racionais”⁸¹⁸, como é o caso da indeterminação do direito. Enfim, a hermenêutica desvela uma busca por “lidar com o irracional do modo mais racional possível”.⁸¹⁹

A autocompreensão sofre uma correção constante por meio de uma compreensão que repele adaptações inadequadas.⁸²⁰ Assim, se o milagre da compreensão é possível, não é por um sentido inerente ao objeto, mas em razão de a produção de sentidos pelo intérprete não se

⁸¹³ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, W. (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução: Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. 6. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2002. p. 99.

⁸¹⁴ MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Tradução: Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. p. 186.

⁸¹⁵ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, W. (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução: Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. 6. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2002. p. 98.

⁸¹⁶ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, W. (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução: Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. 6. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2002. p. 150.

⁸¹⁷ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, W. (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução: Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. 6. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2002. p. 99.

⁸¹⁸ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, W. (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução: Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. 6. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2002. p. 134.

⁸¹⁹ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, W. (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução: Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. 6. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2002. p. 154.

⁸²⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2015. p. 354.

dar de forma arbitrária, exatamente por não ser possível, ao se interpretar, se atribuir quaisquer sentidos. “Por isso mesmo é que a ideia de jogo ganha espaço, na medida em que ela indica uma certa ordem (porque todo jogo tem as suas regras), mas uma ordem que não é método unificado, porque todo jogo é uma abertura para as diversas formas de jogar”.⁸²¹ O direito seria, assim, como o tarô, em que “o sentido de uma carta somente é dado na sua correlação com as demais, embora o significado do todo seja derivado das potencialidades semânticas de cada uma delas”.⁸²² Ou, como dito antes, como um filme, cujas cenas iniciais somente vão fazendo sentido ao longo do desenvolvimento e findo o qual cada acontecimento em particular apresentará sentido dentro de um contexto maior da obra.⁸²³ Eis o cânone hermenêutico fundamental: “as partes devem ser compreendidas pelo todo, que deve ser compreendido pelo sentido das partes que o compõem.”⁸²⁴

É falar que a tradição, bem assim o círculo hermenêutico, fornecem sim uma margem de aceitabilidade que, ao fim e ao cabo, se converte em baliza para a análise sobre interpretações. Que erige parâmetros a fim de impedir que o fardo de Hermes, ao conectar o mundo dos deuses ao mundo dos homens, seja sucedido pela ascensão dos homens a divindades. Que advoga em favor de uma Crítica Hermenêutica do Direito que introduz os primados do giro ontológico-linguístico, da historicidade, da intersubjetividade, dos limites semânticos do texto, da facticidade e da tradição nos problemas relacionados às decisões judiciais.⁸²⁵ Que assenta uma postura teórica situada entre os extremos positivistas de um lado e a

⁸²¹ COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 143.

⁸²² COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 13-14.

⁸²³ “Quantas vezes entendemos o significado de uma cena que acontece no início do filme apenas quando chegamos ao final da história? Quantas vezes saímos do cinema relembrando os episódios iniciais e revendo o modo como eles deveriam ser interpretados? Isso acontece porque cada cena particular somente pode ser entendida dentro do contexto da obra completa. Todavia, a obra completa é formada pela sequência dos episódios particulares. Logo que começamos a assistir um filme, formamos uma série de expectativas com relação ao significado de cada cena que nos é apresentada. Essas projeções de sentido, esses projetos de interpretação, resultam da avaliação do roteiro a partir das noções prévias que utilizamos como elementos de comparação. Todavia, a cada nova informação recebida, essas projeções de sentido vão sendo alteradas, o que implica uma modificação gradual no sentido que atribuímos ao filme. Além disso, cada vez que se modifica a nossa projeção de sentido sobre o filme, mudam também os significados que atribuímos às cenas anteriores.” (COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 90).

⁸²⁴ COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 14.

⁸²⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 33.

discricionariedade de outro, ou seja, “que se constitui no ser humano enquanto ser-no-mundo”.⁸²⁶

6.6 UM FECHO: UMA ODE À HERMENÊUTICA

A hermenêutica não é um método, mas um estilo. Não busca fabricar identidade, mas compreender diferenças. Não pretende descobertas, mas construção. Não visa à objetividade, mas à contextualização. Não lida com o universal, mas com o contingencial. Dela não resulta o necessário, mas o possível. Não concentrada em resultados (sempre provisórios), a hermenêutica enfoca a travessia (ela sim, constante). E sua história é “a do desenvolvimento desse modo de pensar histórica e reflexivamente o próprio homem, dessa mentalidade que absolutiza a relatividade e universaliza a contingência”.⁸²⁷ Por tudo isso, a hermenêutica se opõe a uma “subjetividade monolítica”, herança da modernidade, para abraçar a pluralidade contemporânea como uma característica de nossa humanidade, não como um problema a ser resolvido.⁸²⁸

A lei pode não ser tudo, mas certamente não pode ser um nada. Se o juiz dela não é escravo, não é, tampouco, dono dos seus sentidos.⁸²⁹ Uma visão estamental que privilegie a imposição de uma representação subjetiva ou de uma consciência isolada sobre expectativas partilhadas por uma comunidade⁸³⁰, como é o caso da discricionariedade, é, por isso, uma impossibilidade hermenêutica.

⁸²⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. *E-book*, posição 3295.

⁸²⁷ COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 34.

⁸²⁸ COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. p. 18.

⁸²⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial*. Florianópolis: Tirant lo Blanche, 2018. p. 7.

⁸³⁰ LIMA, Danilo Pereira. Os “donos” do poder Judiciário: uma crítica à discricionariedade judicial, a partir de Max Weber e Raymundo Faoro. *Revista Jurídica Uniaraxá*, v. 22, n. 21, p. 128, ago. 2018.

7. ALOPOIESE DISCRICIONÁRIA: UMA PERSPECTIVA SISTÊMICA

Niklas Luhmann formulou uma das mais densas teorias sociológicas, gestada ao longo de treze anos e de mais de uma dezena de livros. A razão de ser deste capítulo está, por isso mesmo, na sofisticação do pensamento desse autor, capaz de originar aportes teóricos relevantes para o enfrentamento da discricionariedade judicial como objeto que busco analisar, na esteira da atenta percepção de Abboud:

O direito fixa os próprios limites e um dos meios de que ele dispõe para expandi-los contra a complexidade do mundo é a dogmática jurídica. Sob as abstrações por ela engendradas, paira uma dolorosa exigência. A relação entre sistema jurídico e entorno social — duas realidades que não se comunicam diretamente — deve se ver livre de arbitrariedades. Ela aspira, na medida do possível, a uma certa ordem e, ao almejá-la, reclama a adequação social dos conceitos jurídicos.⁸³¹

Em linha com a passagem acima, uma vez identificada a discricionariedade com o arbítrio, e resgatado o papel prescritivo da dogmática, tornou-se importante dimensionar as consequências que o paradigma da discricionariedade poderia ter sobre o sistema jurídico em si — numa perspectiva endógena — e sobre a interação por ele operada com outros sistemas.

Nesse sentido, a proposta desenvolvida por esta parte do trabalho está em adotar a teoria *luhmanniana* como uma linguagem, uma perspectiva apta a auxiliar os testes acerca da hipótese enunciada: discricionariedade judicial não pode ser um fundamento juridicamente válido, sob pena de romper com a autonomia do sistema jurídico e promover sua degeneração.

7.1 O DIREITO ENQUANTO SISTEMA

Divisando no mundo um horizonte “no qual se forma um emaranhado incomensurável (...) de possibilidades de informações e, com base nelas, de inesgotáveis possibilidades comunicativas”⁸³², Luhmann cunhou uma teoria de sistemas como redutores de complexidade — ou sistemas como uma soma de elementos conexos que, em razão da limitação de acoplamentos entre si, impossibilita que cada um seja vinculado a cada outro a qualquer momento.⁸³³ Nessa acepção, os sistemas funcionariam como verdadeiras “ferramentas de

⁸³¹ ABOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 77-78.

⁸³² VIANA, Ulisses Schwarz. *Horizontes da Justiça: complexidade e contingência no sistema jurídico*. Universidade de São Paulo, 2013. p. 43.

⁸³³ LUHMANN, Niklas. *Social systems*. Tradução: John Bednarz Jr. Stanford: Stanford University Press, 1995. p. 91.

mediação entre a extrema complexidade do mundo e a capacidade muito menor, dificilmente alterável por razões antropológicas, do homem para a elaboração consciente da vivência”.⁸³⁴

Esses sistemas idealizados por Luhmann seriam ainda operacionalmente fechados no sentido de que, autônomos, produziram novos elementos para aqueles mesmos sistemas, dependentes das operações e condicionantes das operações futuras. Esse fechamento, a partir do qual não seria dado ao sistema, autorreferente, operar para além de suas fronteiras, se prestaria ademais como forma de distinção entre o próprio sistema e o ambiente em que ele se insere; ou, ainda, entre o sistema e outros sistemas⁸³⁵, capazes de interagir entre si através, como dito, de acoplamentos estruturais.

Para ilustrar a ideia de acoplamento estrutural, o autor menciona, ao lado dos sistemas sociais, os sistemas psíquicos: aqueles, operando pela comunicação, segundo estruturas semânticas internas; esses, pelo pensamento. O primeiro não é possível sem o segundo e ambos se comunicam induzindo reciprocamente operações nos âmbitos internos de um e de outro. Cada qual é para o outro complexo e contingente, ainda que ambos sejam estruturados de forma que, apesar disso, possam sobreviver. “A estrutura e os limites da sociedade reduzem a complexidade e absorvem a contingência das possibilidades orgânicas e psíquicas.”⁸³⁶

Já para elucidar a mencionada reprodução de si mesmo pelo sistema, Luhmann importou o conceito de *autopoiesis* — inicialmente adotado por Maturana e Varela no âmbito de sistemas biológicos — para aplicá-lo à sua teoria no sentido de “que um sistema complexo reproduz os seus elementos e suas estruturas dentro de um processo operacionalmente fechado com ajuda de seus próprios elementos”.⁸³⁷

“A teoria autopoietica deixa de ser uma teoria explicativa da vida e da percepção para se tornar uma teoria complexa e avançada dos sistemas sociais”, que não possuem apenas “autonomia de organização, mas também possuem a capacidade de produzir, ou melhor, reproduzir seus próprios elementos, e desse modo, acabam por se tornar independentes do meio, porém uma independência de natureza paradoxal, que para reforçar a clausura, precisa reafirmar sua abertura.”^{838 e 839}

⁸³⁴ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2005. p. 80.

⁸³⁵ VIANA, Ulisses Schwarz. *Horizontes da Justiça: complexidade e contingência no sistema jurídico*. Universidade de São Paulo, 2013. p. 27.

⁸³⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 169.

⁸³⁷ NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da constituição e permanência das estruturas reais de poder. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 12, p. 279, 1995.

⁸³⁸ ARNAUD, André-Jean; LOPES JÚNIOR, Dalmir (orgs.). *Niklas Luhman: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 8.

⁸³⁹ Pertinentes, no ponto, as considerações de Edgar Morin: “(...) a compreensão da autonomia levanta um problema de complexidade. A autonomia não era concebível no mundo físico e biológico, tanto assim que a ciência

Cunhada a ideia de sistema, Luhmann aborda a sociedade como sistema primeiro, absolutamente complexo, de que defluiria a necessidade de estruturas reguladoras de reduções básicas, às quais os outros sistemas poderiam referir-se. Ela, sociedade, transformaria o indeterminado em determinado ou, pelo menos, numa complexidade determinável para outros sistemas. Dito de outro modo, a sociedade garante aos outros sistemas um ambiente, por assim dizer, domesticado, de menor complexidade, no qual já está excluída a aleatoriedade das possibilidades, fazendo assim com que ele apresente menos exigências à estrutura do sistema. “Nesse sentido a estrutura da sociedade possui uma função de desafoço para os sistemas parciais formados na sociedade.”⁸⁴⁰

Para sobreviver, “o homem tem que desenvolver mecanismos que garantam, num certo grau de confiança, as expectativas dos outros, as próprias e as seleções de expectativas que ambos fazem. Conviver, assim, é assegurar-se contra desilusões”.⁸⁴¹ Daí que uma “complexidade não reduzida a aspectos nucleares gera angústia, parece subtrair-nos o domínio sobre o objeto”.⁸⁴²

Se a própria ideia de sistema surge para aplacamento daquela complexidade, não seria tolerável que a sociedade, conforme se dinamizasse ou evoluísse, tornasse a ganhar complexidade, assim entendido o conjunto de possibilidades de estados e acontecimentos de um sistema. Surge a necessidade de que essa mesma complexidade seja (nova e ciclicamente) reduzida para tornar possível sua assimilação pelos sistemas psíquicos mediante minoração de possibilidades e maior previsibilidade, enunciando-se constantemente estratégias de seleção⁸⁴³.

“Nesta moldura, os sistemas funcionais (diferenciação sistêmica) se estabelecem diante da necessidade de processar e filtrar as informações existentes esparsamente no ambiente para, com esse processamento, reduzir as cargas de informação de infinitas para finitas.”⁸⁴⁴ O sistema dá lugar, então, como forma de compartimentação funcional para trato com novos problemas,

só conhecia determinismos externos aos seres. O conceito de autonomia só pode ser concebido a partir de uma teoria de sistemas ao mesmo tempo aberta e fechada; um sistema que funciona precisa de uma energia nova para sobreviver e, portanto, deve captar essa energia do meio ambiente. Consequentemente, a autonomia passa a ser um conceito complementar ao da dependência, embora lhe seja, também, antagônico. Aliás, um sistema autônomo aberto deve ser ao mesmo tempo fechado, para preservar sua individualidade e sua originalidade.” (MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Tradução: Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. p. 184).

⁸⁴⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 168.

⁸⁴¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Forense, 2015. p. 101-102.

⁸⁴² FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 34.

⁸⁴³ LUHMANN, Niklas. *Social systems*. Tradução: John Bednarz Jr. Stanford: Stanford University Press, 1995. p. 42.

⁸⁴⁴ LUHMANN, Niklas. *Observations on modernity*. Stanford: Stanford University Press, 1998. p. 1.

a subsistemas — ou a outros sistemas —, entre eles o direito, mecanismo de endereçamento das contingências específicas ou alternativas variáveis de comportamento e de atuação sobre as quais são construídas as expectativas. Isto é, os sistemas operam fechamentos e reproduzem operações a partir de suas próprias operações, criando sistemas autopoieticos dentro de sistemas autopoieticos.⁸⁴⁵

A diferenciação funcional entre sistemas significará uma dissociação sistema/entorno no âmbito da sociedade, partindo de uma função do sistema parcial em relação ao sistema total. Essa diferenciação se dá a partir de um ponto de vista ao qual o sistema parcial confere prioridade e com o qual passa a lidar num código binário.⁸⁴⁶ No direito, o ponto de vista é a “estabilização das expectativas normativas através da regulação da generalização temporal, objetiva e social”⁸⁴⁷ e o código binário é o de conformidade ou não conformidade ao direito.⁸⁴⁸

O direito, dirá então Luhmann, é uma “estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas”.⁸⁴⁹ Essa modulação de expectativas, na medida em que reduz complexidades⁸⁵⁰, acaba por funcionar como elemento tão ínsito e indispensável à vida em sociedade que chega ele a afirmar que “toda convivência humana é direta ou indiretamente cunhada pelo direito”.⁸⁵¹ É falar, o direito “como estrutura e a sociedade como sistema” convivem “em uma relação de interdependência recíproca”.⁸⁵²

Fica então bastante evidente a proposta de Luhmann no sentido de entender que o direito positivo resulta da conexão entre “programação condicional e o processamento condicional da incerteza. Esta incerteza resulta de decisões, como comunicações do direito sobre questões jurídicas”.⁸⁵³ Em outras palavras, “o direito é um sistema de decisões, que ao afirmar o fechamento operacional, o constitui enquanto unidade emergente, produzindo redução de complexidade — em relação ao próprio sistema, assim como em relação ao entorno.”⁸⁵⁴

Cunham-se novas estratégias de seleção e essa indispensável e incansável redução da incerteza passa a níveis aceitáveis por meio da normatização, por meio da qual o sistema jurídico estabelece suas programações condicionais “e as aplica recursivamente em suas

⁸⁴⁵ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2007. p. 592.

⁸⁴⁶ LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2007. p. 590-592.

⁸⁴⁷ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2005. p. 188.

⁸⁴⁸ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2005. p. 225.

⁸⁴⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 121.

⁸⁵⁰ LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Tradução: Amanda Flores e Darío Rodríguez Mansilla. Barcelona: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 1-2 e 25-29.

⁸⁵¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 7.

⁸⁵² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 15.

⁸⁵³ VIANA, Ulisses Schwarz. *Horizontes da justiça: complexidade e contingência no sistema jurídico*. Universidade de São Paulo, 2013. p. 93-94.

⁸⁵⁴ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2005. p. 109.

decisões como normas e procedimentos jurídicos com vistas a estabilizar, de forma congruente, expectativas de comportamento no sistema da sociedade, ou seja, exercer sua função sócio-sistêmica”.⁸⁵⁵

O sistema jurídico fornecerá, portanto, a bem de seu fechamento operacional, critérios para a seleção dos elementos a serem envolvidos em sua *autopoiesis*. O sistema se vê forçado a decidir como consequência de seu imperioso desacoplamento do entorno, conservando-se distinto e autorreferente.⁸⁵⁶ Em seguida, atribui ele valor do código a cada comunicação, definindo critérios de adjudicação do que será definido temporalmente como conforme ou não conforme o direito.⁸⁵⁷

Certo, mas onde a discricionariedade judicial se insere nesse contexto?

7.2 DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL: SISTEMA JURÍDICO OU PSÍQUICO?

Discricionariedade judicial, como a esta altura já está claro, é locução que assume diferentes sentidos. Aqui, sem embargo, insisto, a entenderei como postura decisória, ostensiva ou oculta, adotada pelo tomador de decisão a pretexto de desonerar-se argumentativamente. Uma suposta margem na qual ostentaria ele certa desenvoltura para realizar opções e justificar escolhas à luz de critérios não jurídicos e sob diferentes razões (conceitos abertos, casos difíceis, lacunas normativas etc.), margem essa insuscetível de sindicância — um performativo⁸⁵⁸, portanto —, porque despida de parâmetros de controle na medida em que suas premissas e balizas se situariam no íntimo de personalismos do agente.

Com o registro (re)feito acima, retomo o raciocínio e o faço relembando que o direito, em Luhmann, é um sistema funcionalmente estruturado para produzir comunicação dotada de sentido jurídico, e, se essa estrutura consistirá em “delimitações das relações admitidas no sistema e pelo sistema”⁸⁵⁹, parece lógico que aquele mesmo sistema, sob pena de colapsar, não

⁸⁵⁵ VIANA, Ulisses Schwarz. *Horizontes da justiça: complexidade e contingência no sistema jurídico*. Universidade de São Paulo, 2013. p. 93-94.

⁸⁵⁶ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução: Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 219.

⁸⁵⁷ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2005. p. 248-249.

⁸⁵⁸ Volto a dizer: fundamento bastante e suficiente em si, mas que não passa de um recurso a fórmulas vazias sem relação com a facticidade do caso que deveriam solucionar e incapazes de se evidenciar como verdadeiras ou falsas. O conceito é de AUSTIN, J. L. *How to do things with words: The William James Lectures delivered at Harvard University in 1955*. London: Oxford University Press, 1962. p. 4, sendo abordado por ABOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: RT, 2014. p. 315 e por STRECK, Lenio Luiz. *Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial*. Florianópolis: Tirant lo Blanche, 2018. p. 40.

⁸⁵⁹ VIANA, Ulisses Schwarz. *Horizontes da justiça: complexidade e contingência no sistema jurídico*. Universidade de São Paulo, 2013. p. 28.

poderá, para seguir (re)produzindo seus elementos, se valer de elementos estranhos ao sistema. E é exatamente esta a tese aqui desenvolvida: *a discricionariedade judicial funcionaria como um pretenso elemento jurídico, mas que oculta — ou é preenchida — por elementos não jurídicos.*

Como eu disse mais acima, toda a base da teoria dos sistemas de Luhmann reside, no que diz respeito ao direito, em que ele funda a si mesmo enquanto sistema por meio de uma dinâmica incessante, circular e autorreferente. A discricionariedade judicial seria, pois, uma tentativa de *desparadoxização*⁸⁶⁰ do sistema jurídico, na medida em que buscaria simplificação e ocultação de seus paradoxos — a obrigatoriedade de se decidir contrasta com situações insuscetíveis de decisão, que não admitem no sistema uma solução aparente ou que supostamente admitiriam mais de uma solução.

Essa tentativa, porém, é frustrada, pois, em lugar de *desparadoxizar*, a discricionariedade judicial aparenta, na verdade, revelar um outro paradoxo: de um sistema que não mais se autorrefere, ainda que um de seus elementos (o judicial) passe a ser em si autorreferente. A discricionariedade seria assim um cavalo de troia⁸⁶¹, que, sob o pálio de uma produção judicial do direito, na realidade inseriria no sistema jurídico, usando seus agentes como hospedeiros, idiosincrasias, subjetivismos, personalismos, preconceitos e ideologias a ele, sistema, estranhos.

Quebra-se, com isso, a circularidade: se decisões somente são válidas segundo e conforme as normas, e se as normas somente se validam quando realizadas pelas decisões⁸⁶², essa simbiose é rompida quando as decisões passam a ser tomadas desconforme ou a par das normas, sendo proferidas conforme a discricção do juiz. Não é exagero repetir: a autorreferência como recurso de diferenciação sistêmico-funcional viabiliza um sistema de comunicação, estabelecida, de sua vez, por processos de redução de complexidade.⁸⁶³

O problema é que, repito, a discricionariedade mais parece na realidade uma falsa redutora de complexidade, porque simplesmente nega a própria complexidade. Em verdade, a

⁸⁶⁰ GUIMARÃES, Guilherme Francisco Alfredo Cintra. *O uso criativo dos paradoxos do direito na aplicação de princípios constitucionais: abertura, autoritarismo e pragmatismo na jurisdição constitucional brasileira*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2007. p. 16.

⁸⁶¹ A expressão foi inicialmente usada por Hans Huber, no contexto do direito administrativo. Apud ENTERRÍA, Eduardo García. La lucha contra las inmunidades del poder em el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos. *Revista de Administración Pública*, n. 38, p. 167, 1962. Também é possível rever a metáfora em GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 221.

⁸⁶² VIANA, Ulisses Schwarz. *Horizontes da justiça: complexidade e contingência no sistema jurídico*. Universidade de São Paulo, 2013. p. 94.

⁸⁶³ VIANA, Ulisses Schwarz. *Horizontes da justiça: complexidade e contingência no sistema jurídico*. Universidade de São Paulo, 2013. p. 27.

discricionarietà, na medida em que introduz no discurso um subjetivismo sob o signo de fundamento jurídico, gera imprevisibilidade e torna o sistema ainda mais complexo, porque incrementa o número de possibilidades em lugar de limitá-las. Se a própria ideia de sistema cuida da substituição de incertezas substituídas por certeza, há algo errado quando da incerteza deriva mais incerteza.

No caso do direito, a estabilização de expectativas contra frustrações — ainda que não imunize essas expectativas contra desapontamentos, como abordarei a seguir — se dá por meio da normatização, isto é, por uma institucionalização apoiada sobre um consenso (ainda que fictício) esperado. O direito, por assim dizer, enuncia verdadeiras estruturas de expectativas “fixadas externamente através de um sentido idêntico, compondo uma inter-relação de confirmações e limitações recíprocas”.⁸⁶⁴

A noção comum de sentido acaba por definir os limites do sistema, dividindo o que tem sentido jurídico e o que não tem sentido jurídico. Os critérios de seleção que permitirão essa cisão são orientados, além das normas, também por outros fatores, como valores e objetivos, perfazendo um emaranhado de mecanismos de regulação constituído simbolicamente com o escopo de redução de complexidade através de formas de seleção que buscam minorar possibilidades. Em suma, a sociedade é um sistema comunicativo e o sistema jurídico é um subsistema funcional social cujo modo de operação é o de uma comunicação dotada de sentido (no caso, sentido jurídico).⁸⁶⁵

Nesse processo de comunicação, a decisão judicial assume papel importante, na medida em que veicula uma de suas principais formas de pôr em ação critérios para selecionar uma entre mais de uma formas em tese possíveis de atribuição de sentido jurídico⁸⁶⁶ ou “determinação temporalizada e autoproduzida de sentido enquanto um estado do sistema”.⁸⁶⁷ Ao longo desse processo, o discurso jurídico da decisão busca controlar toda a construção de sua significação num “isolamento semântico”.⁸⁶⁸

O acoplamento estrutural entre sistemas psíquico e jurídico avulta nesse particular e a atribuição de sentido é edificada a partir de sentidos instrumentais, que evidenciam muito

⁸⁶⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 109.

⁸⁶⁵ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2005. p. 123.

⁸⁶⁶ LUHMANN, Niklas. The paradox of observing systems. In: LUHMANN, Niklas. *Theories of distinction: redescribing the descriptions of modernity*. Stanford: Stanford University Press, 2002. p. 83.

⁸⁶⁷ CARNEIRO, Henrique Carvalho. Como participa a decisão jurídica na autopoiesis do direito? Uma leitura a partir do Direito da Sociedade. In: SILVA, Artur Stamford; SANTOS, Gustavo Ferreira (orgs.). *Sociedade, direito e decisão em Niklas Luhmann*. Recife: Editora Universitária UFPE, 2009.

⁸⁶⁸ FULCO, Ana Carolina de C.; FALCÃO, Pablo R. de L. Decisão jurídica sob um olhar retórico-pragmático. In: SILVA, Artur Stamford; SANTOS, Gustavo Ferreira (orgs.). *Sociedade, direito e decisão em Niklas Luhmann*. Recife: Editora Universitária UFPE, 2009. p. 45-64.

fortemente até mesmo aspectos de personalidade do julgador. É dizer, a atividade de atribuição de sentido jurídico se dá por meio de sentidos outros, evitando-se a regressão ao infinito por meio do isolamento a que fiz menção, com premissas dotadas de sentidos que usufruem um consenso mais geral e legítimo que aquele pelo qual virá a concluir a decisão.

A *defensabilidade* do sentido jurídico construído pela decisão dependerá então de sua assimilação como pertencente ao direito, como resultado de sentidos outros integrantes do sistema. Daí por que o teste do fundamento da decisão passará, em grande medida, pelo enfrentamento e pela negação dos demais estados de sentido, em geral invocados pelas partes de um processo.

Parece-me, contudo — e essa perquirição, dita de passagem, não é aprofundada por não representar o objeto deste trabalho —, que não raramente há uma falta de empatia⁸⁶⁹ por parte do julgador, que, seja pelo grande número de casos que tem a decidir, seja pelo fato de em muitos países a função judicial ser exercida por uma elite, recorre à sua posição no sistema como justificadora em si de certos fundamentos. Mais bem explicando, a validade de dado sentido dimanaria do só fato de ter sido atribuído pelo julgador, não (necessariamente) por uma demonstração de que o “sentido dado” faça sentido juridicamente.

A discricionariedade judicial como postura bem representaria a estratégia discursiva acima mencionada. Quando invocada como fundamento, a discricionariedade acaba conformando dado sentido ao direito, porque introduziria no próprio direito *locus* a comportar razões íntimas do juiz, segundo sua discricção. Não há com isso um acoplamento estrutural, *mas uma verdadeira sobreposição entre os sistemas psíquico e jurídico*.

O direito passa a ser o que o juiz discricionariamente decidiu, segundo seu entendimento particular, e não segundo critérios de seleção presentes no próprio direito. “A comunicação é uma operação genuinamente social (e a única genuinamente social)” que “pressupõe o concurso de um grande número de sistemas de consciência, mas, precisamente por isso, como unidade não pode ser atribuída a nenhuma consciência individual.”⁸⁷⁰

A operação do sistema jurídico demanda que o poder persuasivo das razões seja comunicado, independentemente do estado de espírito dos participantes. “Os motivos psicológicos dos juízes não importam. (...) Isso não pode ser feito por meio da referência a razões aleatórias, mas sim alcançado dentro dos limites impostos pela argumentação

⁸⁶⁹ “Reconhecer e absorver as perspectivas de um outro como minhas próprias só é possível se reconheço o outro como um outro eu. Essa é a garantia da propriedade da nossa experiência.” (LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 46-47).

⁸⁷⁰ LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2011. p. 91.

jurídica.”⁸⁷¹ Vem daí constatação importante de que Luhmann considera as pessoas não como parte, mas como entorno dos sistemas sociais: sistemas “sociais e psíquicos só são tais se situados um no entorno do outro e se puderem se compreender como diferentes e particulares em sua própria *autopoiesis*.”⁸⁷² Se sistemas, psíquico e jurídico, acabam por se fundir com a discricionariedade, a *autopoiesis* dá lugar à alopoiese⁸⁷³, isto é, à degeneração.

7.3 O EFEITO DEGENERATIVO DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Importante dimensão da função da autonomia do direito está em saber o que alguém pode esperar dos outros (e de si mesmo). Ou “saber que expectativas não podem acabar fazendo alguém parecer tolo”.⁸⁷⁴ Por isso a necessidade de uma estabilização de expectativas nas interações, congruentemente generalizadas, sem a qual “não poderiam os homens orientar-se mutuamente, não podendo esperar suas próprias expectativas”.⁸⁷⁵ Dito de outra maneira, é precisamente na intersecção entre (i) o “nível das expectativas imediatas de comportamento, na satisfação ou no desapontamento daquilo que se espera do outro” e (ii) a “avaliação do significado do comportamento próprio em relação à expectativa do outro” que se situará o normativo.⁸⁷⁶

Só que a discricionariedade judicial falha na elucidação da operação de contingenciamento da complexidade. E o direito perde com isso sua condição de orientação de condutas sociais. Com uma crescente judicialização da vida, todas as esferas sociais passam a estar sujeitas a decisões judiciais voluntaristas, o que, em suma, acaba por tolher a liberdade de agir, eis que tudo pode ser substituído por comandos do Judiciário. As expectativas próprias e subjetivas do sistema psíquico do elemento juiz acabam por perturbar a identidade do sistema jurídico, porque o *assujeitam* segundo expectativas próprias do decisor, ao ponto de produzir insegurança e imprevisibilidades tais que resultam numa anomia social frente à incerteza sobre a forma (in)adequada de se agir: *o Judiciário poderia em tese decidir qualquer coisa sobre qualquer coisa*.

⁸⁷¹ LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 332

⁸⁷² IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres: Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*. Barcelona: Anthropos Editorial, 2008. p. 233-234.

⁸⁷³ O conceito é bem desenvolvido por Marcelo Neves, que o qualifica como uma releitura que põe de lado o código binário do sistema jurídico para recorrer a outros códigos e critérios, diluindo fronteiras entre sistema e ambiente e frustrando a autonomia operacional do Direito (NEVES, Marcelo. *Da autopoiese à alopoiese do Direito. Anuário do Mestrado em Direito*, Recife, n. 5, p. 291-292, 1992).

⁸⁷⁴ LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 163

⁸⁷⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Forense, 2015. p. 99.

⁸⁷⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 48.

Há um desvirtuamento consubstanciado na parametrização do sistema jurídico a partir do sistema psíquico, em lugar do contrário. *A identidade do sistema jurídico se funde ao sistema psíquico do elemento julgador, produzindo uma infinidade de versões particulares de um sistema que passa a ser qualquer outra coisa, mas sistema não mais é.* Enfim, a autonomia do direito acaba por desfalecer “diante de uma simplista visão que repristina exatamente o paradigma que sempre buscamos superar: a filosofia da consciência, que conferiu ao sujeito cognitivo uma posição central com respeito à natureza e ao objeto (...)”.⁸⁷⁷

Traçando um paralelo com a filosofia matemática, aqui representada pelo teorema da incompletude de Gödel⁸⁷⁸, um sistema não pode ser consistente e, ao mesmo tempo, completo. Os axiomas de veracidade demonstrável são infinitos, o que gera inconsistência. Um recorte teórico sobre um intervalo pode até gerar consistência, mas não fará da teoria algo completo. O que o direito faz é, como linguagem, estabelecer critérios de validade para admissão ou rejeição de axiomas. *Se não se nega que o subjetivismo é um dado de realidade, não é possível que se juridicize esse subjetivismo, sob pena de se cambiar incompletude consistente por uma inconsistência que não será menos incompleta.*

Com a discricionariedade, pois, há uma passagem da complexidade para o contingenciamento e, novamente, para uma nova complexidade, que inviabiliza previsibilidade e modulação de expectativas, produzindo uma verdadeira anomia e uma deslegitimação do sistema jurídico como um todo, dada a ruptura da projeção de expectativas que o jurisdicionado poderia ter do elemento investido de jurisdição. *A parte contrária dá lugar ao próprio Estado como elemento adversarial.* Essa ausência completa de empatia dificulta uma submissão espontânea e põe em xeque o sistema na medida em que, ao revés de promover a superação do conflito, o perpetua e estimula uma continuidade da discussão.

Claro que a possibilidade de desapontamento integra o sistema, notadamente porque uma discussão judicializada naturalmente conviverá, no mínimo, com duas versões de sentido advogadas de lado a lado. Mas fundamento que se presta a *juridicizar* qualquer sentido peca por não ser, propriamente, uma fundamentação. A expectativa que se frustra, assim, é de uma atribuição de sentido jurídico, que não ocorre.

No longo prazo, “a não satisfação de expectativas se torna um problema”, pois ameaça “anular o efeito redutor da expectativa estabilizada, fazer reaparecer a complexidade das

⁸⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 75.

⁸⁷⁸ GÖDEL, Kurt. On formally undecidable propositions of principia mathematica and related systems I. In: FEFERMAN, Solomon (ed.). *Kurt Gödel, collected works, volume I: Publications 1929-1936*. New York: Oxford University Press, 1986. p. 144-195.

possibilidades e a contingência do poder atuar diferentemente, desacreditar a história das expectativas e das comprovações acumuladas”.⁸⁷⁹ A instabilidade construtiva dá lugar à insegurança destrutiva.⁸⁸⁰

A racionalização das estruturas “envolve a dosagem da relação entre uma complexidade sustentável e uma carga suportável de desapontamentos”⁸⁸¹, mas da discricionariedade deflui uma expectativa reiteradamente frustrada e, portanto, uma carga de desapontamento sistematicamente insuportável.

É que, diante de um desapontamento, surgem como possíveis a sua assimilação e o redirecionamento de agir ou a insistência na expectativa. Como a discricionariedade não veicula justificativa de sentido, sua assimilação se torna impossível, do que resulta uma acumulação de desapontamentos que persistem e se somam a ponto de sedimentar no ambiente social uma expectativa que consubstancia a incerteza sobre expectativas, como o conhecido adágio: de boca de juiz não se sabe o que irá sair.

Sim, o direito pode usar premissas de outros sistemas — incluído o psíquico —, aos quais o sistema jurídico pode acoplar-se estruturalmente. O que não pode ocorrer, dirá Luhmann — com o que concordo —, é o sistema guiar-se por normas externas, do entorno. O sistema não orienta suas operações a partir de normas do entorno, mas apenas as processa enquanto conhecimento, “de modo que qualquer utilização de metas normativas originárias da moral ou de outras fontes sociais necessita de juridificação, ou seja: da transformação explícita em direito a partir de procedimentos próprios do sistema”.⁸⁸²

A discricionariedade, nesse sentido, não é heterorreferência — não reduz complexidade nem funciona como abertura cognitiva —, porque não gera internamente informações atribuídas ao entorno, mas sim assume a lógica de um outro sistema. A discricionariedade seria, portanto, *corrupção sistêmica*, já que pretende *juridicizar* elementos não pertencentes ao direito, operando lógica do sistema psíquico e introduzindo códigos binários alheios ao sistema jurídico, gerando por isso disfuncionalidade.

A função primordial do direito, vale relembrar, está em estabilizar uma “redução autorizada do uso arbitrário de sinais”⁸⁸³, cuja única alternativa possível seria uma anomia. Se

⁸⁷⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 66.

⁸⁸⁰ NEVES, Marcelo. Da autoipoiese à aloipoiese do Direito. *Anuário do Mestrado em Direito*, Recife, n. 5, p. 291-292, 1992.

⁸⁸¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 55.

⁸⁸² LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2005. p. 298.

⁸⁸³ LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 145.

a função original é limitar arbítrio, não faz sentido admitir como sistemático elemento que, travestido de um sinal jurídico, contempla em seu bojo qualquer sinal, impassível de controle.

As razões devem ser restringidas pelos “pontos de vista da justiça.”⁸⁸⁴ As limitações de comportamento pelos tribunais devem obedecer aos “padrões metodológicos e conteúdos vigentes”.⁸⁸⁵ “Quando expectativas juridicamente normatizadas são contrariadas, o juiz deve resguardar a expectativa, e não a adaptar aos fatos.”⁸⁸⁶

A degenerativa consequência de uma ampliação desse papel judicial resulta então na “perda da segurança jurídica (e dessa forma também da capacidade do direito orientar o comportamento da vida cotidiana)”.⁸⁸⁷ Mas não somente isso: a discricionariedade deslegitima o direito porque esvazia a mais objetiva das formas de controle, “o controle hermenêutico da interpretação do sentido de normas jurídicas e da persuasão de argumentos”⁸⁸⁸. Isso não é pouca coisa, já que “o processo da decisão jurídica está tipicamente orientado não em função do seu resultado, mas sim em função de que seus diversos procedimentos e argumentos possam ser controlados”.⁸⁸⁹

A segurança evanesce, pois a admissão da discricionariedade induz uma perigosa tautologia quando instrumentaliza, inclusive, a possibilidade de que os juízes, dotados de discricionariedade, identifiquem discricionariamente quando podem ou não decidir discricionariamente — ou quando operar ou não a diferenciação funcional entre sistemas. Não são consentâneas com o sistema jurídico, por isso, “posições que, aconteça o que aconteça, tenham razão ou às quais seja sempre concedida razão, sem consideração alguma das condições do sistema”.⁸⁹⁰

Inexiste “um direito incondicionado de auto-exceção. Em relação a um ‘direito’ desse tipo não seria possível decidir se está localizado dentro ou fora do sistema”.⁸⁹¹ Noutros dizeres, “a autonomia não pode ser entendida como arbitrariedade, pois contém uma proibição de auto-exceção que impede a discricionariedade e força o sistema a submeter-se à lei da auto-especificação histórica”.⁸⁹²

⁸⁸⁴ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução: Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 217.

⁸⁸⁵ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2005. p. 383

⁸⁸⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 38.

⁸⁸⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 41.

⁸⁸⁸ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 88.

⁸⁸⁹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 88.

⁸⁹⁰ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 399.

⁸⁹¹ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 399.

⁸⁹² LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 399.

“O problema dos *hard cases* já existia antes do processo de diferenciação do sistema do direito. Esses casos difíceis eram decididos pelo juízo de Deus. Atualmente, parece que as convicções morais do juiz (dentro das convicções morais do povo) são um equivalente funcional do juízo divino (...).”⁸⁹³ Esse decidir supremo, referido por Luhmann, não parece encontrar lugar em sua teoria dos sistemas. Em muitos aspectos, ao contrastar sua obra com a ideia de discricionariedade judicial antes delineada, essa parece ser renegada pela ideia de um sistema que se pretenda alopoiético.

Na verdade, a discricionariedade mais se parece com um escancaramento do sistema jurídico, que passa a operar segundo a lógica particular do sistema psíquico da vez, fazendo ruir a separação entre sistemas (ou entre sistema e ambiente). Desfeito o fechamento, o sistema jurídico deixa de ser autônomo e autorreferente e, conseqüentemente, funcional.

7.4 UM FECHO: CORRUPÇÃO SISTÊMICA, QUEBRA DA AUTONOMIA E DEGENERAÇÃO

A discricionariedade judicial revela um entre tantos artefatos por meio dos quais as decisões abdicam de enfrentar as complexidades da atualidade, cada vez mais com isso dissociando-se de uma atualidade mais e mais fragmentada.⁸⁹⁴

A renegação da complexidade por meio de um arbítrio que repele a fundamentação por meio de um ensimesmamento sistêmico rompe a autonomia do direito e o degenera, gradativamente deslegitimando-o. O protagonismo particularmente desempenhado pela discricionariedade judicial talvez resida exatamente nisto: como expediente que patrocina uma esquiva da absorção da complexidade contemporânea, escancara ela a inoperância de um modelo de decibilidade fundado em mera simbologia retórica; um modelo decisional que “provoca mais desregulamentação do que a situação que busca solucionar”.⁸⁹⁵

Via de consequência, combater a discricionariedade judicial é combater a degeneração; é conferir fechamento ao paradigma da decisão, atribuindo ao Judiciário “o empreendimento coletivo de proteção à autonomia do direito”.⁸⁹⁶

⁸⁹³ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 224.

⁸⁹⁴ ABOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 24.

⁸⁹⁵ ABOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 24-25.

⁸⁹⁶ ABOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 477.

PARTE III – UMA PROPOSTA

Esta derradeira parte do trabalho pretende apontar uma proposta de trato com a discricionariedade judicial. Apesar de seu uso ser uma realidade evidente, constatada inclusive empiricamente, o seu enfrentamento se impõe em prol de uma preservação da autonomia do direito. Assim, tornou-se importante, em minha visão, enunciar mecanismos capazes de pôr a discricionariedade a descoberto, expondo-a e até combatendo-a. Vislumbrei, nesse norte, que a forma mais eficiente de um balizamento seria uma espécie de *autocontenção judicial estimulada*, mesmo porque o arbítrio oriundo da discricionariedade frequentemente se revela somente no íntimo do julgador — ou até mesmo nem se revela, como visto acima, enraizado mais profundamente no subconsciente.

A bem da clareza, o que estou a dizer é que a construção de metodologias ou o socorro a tais ou quais teorias seria facilmente contornável pela discricionariedade, que bem poderia, *discricionariamente*, a elas recorrer ou não. Faria mais sentido, pois, *diluir o sujeito solipsista numa inundação cognitiva*. Dissipar suas visões em meio a outras para uma condensação mais plural. Dissolver o indivíduo empaticamente numa sorte de outros aportes e elementos que o onerem sob os prismas da legitimidade, da institucionalidade e da própria constitucionalidade, tudo de modo a tornar insuportável o não enfrentamento do outro, daquilo que lhe é alheio. Enfim, viabilizar um “perder-se no conjunto” como forma de se resgatar a figura do juiz como sendo uma parte de um todo e inculcar-lhe ou avultar-lhe um senso — democrático e sistêmico — de pertencimento. É essa fusão de horizontes que terá o moto de fechar o abismo entre o decisor e o que lhe é estranho, que passa de embaraço à implementação de suas visões a parte integrante e indissociável dele próprio.

De modo a mais bem elucidar a hipótese, seriam duas as principais formas pelas quais seria possível provocar essa autocontenção. A primeira vertente se mostra através de um resgate da doutrina como instância de responsabilização e de iluminação da prática decisória judicial, um verdadeiro farol prescritivo sobre a forma de operar do direito, zelando por sua consistência e previsibilidade. Um *locus*, por assim dizer, qualificado para dar às coisas os nomes que possuam, desenraizar fundamentos, desmistificar alegorias, desfazer engodos epistêmicos e desvendar estereótipos linguísticos. Inculcar, até no próprio subconsciente do decisor, contrapontos a inclinações solipsistas.

A segunda vertente, de sua vez, retoma o instituto do processo como complexo de relações jurídicas no bojo das quais não de se realizar ditames constitucionais. Verdadeiro instrumento garantidor de que a decisão judicial, como resultado do exercício de poder, se

“contamine” positivamente pela Constituição como limitação ao arbítrio. Mais especificamente, a cognição como construção que se erige ao longo de um procedimento tem na decisão seu auge, muito embora nela não encerre. O processo, então, se revela ambiente propício para que a tarefa de edificação da cognição se democratize, numa autocontenção consubstanciada na diluição do subjetivismo judicial noutras visões. Processo como contrapeso, não como mola propulsora, do exercício do poder.

Essas as duas facetas explicitadas nos capítulos que seguem.

8. DOUTRINA E CONSTRANGIMENTO

O *Reichsjuristenführer* (líder dos juristas do *Reich*) estabeleceu, em 14 de janeiro de 1936, que a base de interpretação de qualquer fonte normativa era a ideologia nacional socialista, particularmente aquela expressa no programa do partido e nas declarações do Führer, sobre as quais (em especial leis e decretos) não se admitia *judicial review*.⁸⁹⁷

Esse balizamento interpretativo se provou uma abordagem muito mais eficaz para a destruição do modelo de *Weimar* e para a pavimentação de um regime autoritário que uma reforma legislativa. Mais rápida e flexível, essa interpretação calibrada ainda trouxe consigo o predicado de, diante de casos pontuais, poder ser mais facilmente criticada ou excepcionada do que se as mudanças de paradigma houvessem sido legais.

Isto é, a vagueza da ideologia nacional-socialista possibilitou uma margem de manobra apropriável discricionariamente⁸⁹⁸ de variadas maneiras. E daí o diagnóstico certo de Michael Stolleis, no sentido de que o direito nazista foi produzido mais a partir de milhões de decisões na administração e no sistema judicial que por meio de inovações legislativas, não sendo verdade que ambos teriam sido vítimas de um positivismo formal.⁸⁹⁹

Bernd Rüter, na mesma direção, aduziu que uma das lições deixadas pelo regime nazista foi a de que a manipulação político-ideológica dos institutos e das metodologias jurídicas representou risco até ali subestimado, asseverando que a “versatilidade e o potencial de ideologização dos instrumentos jurídicos devem ser tratados como um objeto necessário de teoria jurídica e análise crítica”.⁹⁰⁰

A constatação não se deu sem penosos sacrifícios. Foi preciso perceber a inanição de uma teoria crítica em patrocínio da degeneração interpretativa da ordem jurídica pelo regime nazista para que ficasse clara a importância ostentada pelo papel constrangedor operado pela doutrina. No ponto, novamente Stolleis, invocando Rüter⁹⁰¹, recorre à aceção de uma

⁸⁹⁷ STOLLEIS, Michael. *The Law under the Swastika: studies on legal history in Nazi Germany*. Tradução: Thomas Dunlap. Chicago: The University of Chicago Press, 1998. p. 15.

⁸⁹⁸ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law. Uma introdução aos Sistemas Jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009. p. 88.

⁸⁹⁹ STOLLEIS, Michael. *The Law under the Swastika: studies on legal history in Nazi Germany*. Tradução: Thomas Dunlap. Chicago: The University of Chicago Press, 1998. p. 8-9. Em idêntico sentido: ABBOD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 37.

⁹⁰⁰ RÜTHERS, Bernd. *Derecho degenerado: teoría jurídica y juristas de cámara em el Tercer Reich*. Tradução: Juan Antonio García Amado. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.. p. 194. Ainda no mesmo sentido: RÜTHERS, Bernd. *Teoría del derecho: concepto, validez y aplicación del derecho*. Tradução: Minor S. Salas. Bogotá: Editorial Temis; Santiago: Ediciones Olejnik, 2018. p. 279.

⁹⁰¹ Rüter, Bernd. *Die unbegrenzte Auslegung: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*. Frankfurt, M., 1968. p. 91 et seq.

“interpretação não constrangida” (*Die Unbegrenzte Auslegung*) para realçar como a doutrina e a academia, em um primeiro momento, foram passivas e, depois, aniquiladas⁹⁰² para não apenas não mais criticar, como também para exercer importante papel na disseminação dos princípios ideológicos do nacional-socialismo.⁹⁰³

Se a erosão da autonomia do direito na Alemanha nos legou um dos períodos mais sombrios de nossa História, seria possível ao menos reconhecer que o trauma trouxe consigo o benefício do aprendizado, não? O problema é que não são raras as leituras, com esteio em Gustav Radbruch⁹⁰⁴, que creditaram a um positivismo hermético e avalorado a responsabilidade pela degeneração jurídica perpetrada pelo nazismo. Em outras palavras, uma percepção controvertida sobre as raízes da degeneração operada pelo nacional-socialismo acabou por convolá-lo em plataforma para uma moralização do direito que representaria um dos traços do “pós-positivismo” atual.

São dois os resultados que advêm da reiteração da duvidosa afirmação de um direito nazista positivo-formal: (i) a ignorância sobre a relevância que a falta de mecanismos de constrangimento e de *accountability* tiveram sobre um direito judicial degenerado; e (ii) uma plataforma para que juízes e tribunais perseverassem numa postura político-ideológico-moral mais ativa frente à lei e ao direito. É falar: não apenas somos premidos da capacidade de diagnosticar medidas de degeneração⁹⁰⁵, como seguimos afiançando uma prática judicial discricionária como algo bom e desejável.

Chego, então, ao escopo deste capítulo, que é o de demonstrar que parcela considerável do que se chama doutrina, dogmática ou ciência do direito hoje, no Brasil, na realidade se furta a desempenhar uma função primordial frente à discricionariedade judicial e à atuação dos juízes e tribunais: a de *constrangimento epistemológico*, de *accountability*, de responsabilização, enfim, de prescrição em lugar de (mera e acrítica) descrição. E se busco, nesta seção, reconhecer a não doutrina, o faço na esperança de tornar mais fácil a identificação da verdadeira doutrina, realçando sua relevância no enfrentamento da discricionariedade e a imperiosidade de que a resgatemos.

8.1 A IMPORTÂNCIA DA DOUTRINA

⁹⁰² Perseguições, exílios, expulsões e aparelhamento de universidades a ponto de eliminar a teoria do estado como uma área de conhecimento. STOLLEIS, Michael. *A history of public law in Germany 1914-1945*. Tradução: Thomas Dunlap. New York: Oxford University Press Inc., 2004. p. 258-312 e 332 et seq.

⁹⁰³ STOLLEIS, Michael. *The Law under the Swastika: studies on legal history in Nazi Germany*. Tradução: Thomas Dunlap. Chicago: The University of Chicago Press, 1998. p. 10 e 97.

⁹⁰⁴ ABOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 34.

⁹⁰⁵ ABOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 35-36.

O conceito de doutrina observou no passado diferentes acepções. Houve época em que o termo veiculava a opinião de certos juristas delegatários de uma função normativa outorgada pelo soberano. Referida limitação, curiosamente, se deu em resposta a uma profusão anterior, em que havia uma “explosão de glosas e comentários a textos de leis, *senatusconsultos*, editos dos pretores e sentenças de grandes expoentes da jurisprudência clássica”⁹⁰⁶.

Como forma de maior apuro, a Lei Romana das Citações, de 426, restringiria o papel doutrinário a jurisconsultos como Ulpiano, Gaio e Papiniano, iniciativa essa replicada no Reino de Castela, na Idade Média, pela Lei das Citações de Madri, e em Portugal, no século XV, pelas Ordenações Manuelinas, que admitiam a glosa de Acúrsio, as opiniões de Bártolo e a vontade do rei como colmatadores de lacunas.⁹⁰⁷

Seja como for, alçada a fonte formal ou não, limitada contingencialmente ou livre, a doutrina, ao longo dos tempos — mais vigorosamente a partir do século XIX —, passou a apresentar como essência um “conjunto de opiniões postas pelos juristas sobre o Direito, seu fundamento, seus institutos, suas figuras e o modo de sua aplicação, com a finalidade de criá-lo e interpretá-lo”⁹⁰⁸: ora antes da lei, sugerindo-a; ora na lei, apoiando-a; ora depois da lei, vivificando-a.⁹⁰⁹ Com essa essência, aliás, tornou-se natural constatar uma relação próxima entre doutrina e dogmática, com a primeira elaborando e desenvolvendo a segunda, ambas tornando-se parte de uma estrutura teórica sobre modelos jurídicos referenciais, buscando captá-los e atualizá-los.⁹¹⁰

O propósito da doutrina, pois, atualmente parece ser o de apoiar a dogmática na explicitação das significações, da linguagem e da estrutura normativa de um macromodelo do ordenamento jurídico. Enfim, auxiliar na construção de modelos dogmáticos como criações teórico-estruturantes capazes de fornecer “esquemas de solução para os casos não regulados (lacunas) ou mal regulados (insuficiência, deficiência, inadequação valorativa) pelos modelos jurídicos, possibilitando uma ordenada atividade de integração hermenêutica”.⁹¹¹

⁹⁰⁶ RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. *Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo)*. Revista dos Tribunais. v. 891, Jan./2010. p. 67.

⁹⁰⁷ RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. *Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo)*. Revista dos Tribunais. v. 891, Jan./2010. p. 67.

⁹⁰⁸ RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. *Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo)*. Revista dos Tribunais. v. 891, Jan./2010. p. 70.

⁹⁰⁹ VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 276.

⁹¹⁰ REALE, Miguel. Vida e morte dos modelos jurídicos. In: REALE, Miguel. *Estudos e filosofia e ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 16.

⁹¹¹ REALE, Miguel. Vida e morte dos modelos jurídicos. In: REALE, Miguel. *Estudos e filosofia e ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 27.

Sem o referido aporte, isto é, sem o trabalho desempenhado pela construção doutrinária — verdadeira âncora —, “é grande a tentação, para o juiz, de se ver como paralegislador, espécie de engenheiro social, esquecido das eficácias práticas implicadas a sua dupla atuação como intérprete e aplicador do Direito”.⁹¹² Vem daí, pois, um dos traços mais relevantes que caracterizam a doutrina: erigir e sistematizar balizas que amparem possíveis soluções sempre que o sistema acusar seus pontos cegos, renegando, assim, um desassombro judicial frente a lacunas.

Nessa esteira, a doutrina há de militar como verdadeira instância de orientação e de reflexão, fruto de um trabalho conjunto de juristas direcionado a “explicitar, confirmar, sistematizar, propor e corrigir os modelos prescritivos (legais, jurisprudenciais, costumeiros, negociais) em vigor”.⁹¹³ Sua função é antecipar possibilidades de sentido e soluções para, ao prover a comunidade jurídica com representações, indicações e proposições de comportamentos, acabar por agir em defesa da sobrevivência de modelos jurídicos, na medida em que zela por sua principal função: garantir estabilidade, segurança.⁹¹⁴

Este um ponto fundamental: a dogmática, bem assim a doutrina, não se encerra apenas na interpretação e sistematização dos modelos jurídicos, senão também se dedica, de modo prescritivo, a realçar os “princípios constitutivos na condicionalidade do ordenamento vigente”⁹¹⁵, contribuindo para a regulação do sistema jurídico e atuando como instância instrumental de sua viabilização.⁹¹⁶

Naquele trato com o direito, a relação da doutrina com a prática judicial, como antecipado, se torna particularmente importante, dado o fato de as decisões empregarem mais vigorosamente o mesmo discurso jurídico manuseado e pelo qual se expressa a dogmática.⁹¹⁷ Como objeto privilegiado, por conseguinte, a prática judicial passa a ser divisada sob uma ótica de “controle de consistência da decidibilidade, sendo, então, a partir dela que se torna viável definir as condições do juridicamente possível”.⁹¹⁸ Seria algo como: *se o direito desenvolve*

⁹¹² MARTINS-COSTA, Judith. A autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários. In: MARTINS-Costa Judith (coord.). *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 19-20 e 24-25.

⁹¹³ MARTINS-COSTA, Judith. A autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários. In: MARTINS-Costa Judith (coord.). *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 19-20 e 32.

⁹¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. A autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários. In: MARTINS-Costa Judith (coord.). *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 19-20 e 32.

⁹¹⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Forense, 2015. p. 92.

⁹¹⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Forense, 2015. p. 122.

⁹¹⁷ SCHLINK, Bernhard. German constitutional culture in transition. *Cardozo Law Review*, New York, n. 14, p. 711-712, 1992-1993.

⁹¹⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Forense, 2015. p. 97.

*uma congruência seletiva voltada para a generalização de expectativas de comportamentos*⁹¹⁹, caberia à dogmática e à doutrina zelar por uma congruência e estabilização de expectativas sobre o modo de operar do direito.

O papel da doutrina e da dogmática, nesse norte, é curial no sentido de constranger em prol de uma “exigência de unidade dentro da variabilidade”⁹²⁰ potencial de que se reveste o direito. Atuar analiticamente para, sistematizando o direito, preservar-lhe a autonomia a partir de uma unidade e do condicionamento do juridicamente possível. E eis seu aspecto essencial: perturbar, criticar, resistir, denunciar e, assim, fomentar reflexões sobre o sistema jurídico.⁹²¹

A missão não é trivial. A doutrina há de extrair sua legitimidade de sua própria “autoridade epistemológica”⁹²², construída a partir da capacidade de se elencarem argumentos poderosos no exame daquilo a que ela se proponha. Somente logrará o *constranger epistemologicamente* a análise que alcance o merecimento do respeito almejado, que se consagre como digna de atenção, que alcance prestígio e que se credencie pelas bases sobre as quais se lance.

Conhecida a possibilidade de uma permeabilidade e de uma resistência institucionais pela prática judicial à crítica e sendo provável uma predisposição humana a um compromisso com as próprias posições, à doutrina competirá, aguerridamente, deteriorar os muros de potenciais vaidades e corporativismos, até que consiga alcançar seu intento de promoção da autorreflexão.

Conquanto desafiador o propósito que descrevo, o denodo e o desprendimento são louváveis, afigurando verdadeiro sacerdócio a tarefa de preservação do direito, democraticamente produzido, como meio de igualmente se preservar, em última instância, a democracia em si. Afinal, “não há democracia saudável que possa conviver com uma ordem jurídica vilipendiada ou que, cotidianamente, é exercida em vilipêndio às estruturas democráticas.”⁹²³ A doutrina, nessa direção, é resistência mobilizada e qualificada em favor da defesa do direito e, em última instância, da democracia que revela condição de possibilidade do verdadeiramente jurídico.

⁹¹⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Forense, 2015. p. 112-114.

⁹²⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Forense, 2015. p. 123.

⁹²¹ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). *Revista dos Tribunais*, v. 891, p. 80, jan. 2010.

⁹²² MARTINS-COSTA, Judith. A autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários. In: MARTINS-Costa Judith (coord.). *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 12.

⁹²³ ABBOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 26.

8.2 A CRISE DA DOCTRINA NO BRASIL

Na introdução de obra coletiva organizada por Horst Ehmann e Holger Sutschet tendo por objeto a Lei de Modernização do Código Civil alemão de 2002, há uma advertência importante: na exposição de motivos do Código anterior, havia expressa previsão de que certas questões lacunosas seriam deixadas nas mãos da ciência jurídica ou da jurisprudência. Já na Lei de Modernização, anos mais tarde, controvérsias semelhantes foram deliberadamente relegadas unicamente à jurisprudência. A observação, feita por Otavio Luiz Rodrigues Júnior, foi de que não se cuidou de uma causalidade, mas sim de uma evidência de menosprezo à doutrina⁹²⁴, diagnóstico esse corroborado por Ingeborg Puppe.⁹²⁵

Essa visão de que os tribunais assumiriam postura autárquica frente à doutrina também foi experimentada pela Itália, onde mereceu atenção a renúncia judicial a uma doutrina que se absteve de exercer seu papel crítico.⁹²⁶

No Brasil, semelhantemente, tem-se observado um acelerado distanciamento do modelo romano-germânico em favor do modelo anglo-americano de precedentes; “uma jurisdição de resultados que pode ser identificada como principal responsável por essa mudança de eixo”.⁹²⁷ Como efeito colateral, informativos jurisprudenciais produziram o que se poderia chamar de “dogmática judicializada”⁹²⁸, na qual, em lugar de um pensar sistemático que busque fomentar a atuação judicial, a doutrina passa a ser exercida descritivamente, na esteira do que já pensado pelos tribunais em suas decisões.⁹²⁹ É nesse sentido a denúncia de Lenio Streck, de uma doutrina “caudatária das decisões tribunalícias”⁹³⁰, em que “campos inteiros do saber são eliminados para remeter os homens a uma esfera simbólica altamente padronizada, instituída e capitalizada a favor do modo de semiotização dominante”.⁹³¹

⁹²⁴ RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). *Revista dos Tribunais*, v. 891, p. 65, jan. 2010.

⁹²⁵ PUPPE, Ingeborg. Ciência do direito penal e jurisprudência. Tradução: Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 14, n. 58, p. 113, jan./fev. 2006.

⁹²⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 21-22.

⁹²⁷ RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). *Revista dos Tribunais*, v. 891, p. 78, jan. 2010.

⁹²⁸ RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). *Revista dos Tribunais*, v. 891, p. 79, jan. 2010.

⁹²⁹ RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). *Revista dos Tribunais*, v. 891, p. 79, jan. 2010.

⁹³⁰ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme a minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. *E-book*, posição 1696.

⁹³¹ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramentos/Casa do Direito, 2020. p. 407.

Mais claramente, reduzida a ciência a instrumento descritivo dos conteúdos teóricos do direito sob um viés pragmático, deixa ela de ter como propósito, como qualquer outra ciência, o esclarecimento e a prescrição de seu próprio objeto, tornando-se, tautologicamente, o próprio objeto que deveria descrever, além de passar a sublimar como pretensamente jurídicos ardis práticos que não seriam jurídicos. Paradoxalmente, a teoria passa a agir de forma responsiva, atuando como cúmplice no zelo por uma ilusão de paz sistêmica, descrevendo e posteriormente esforçando-se em validar justificativas de tradição e autoridade de um intérprete-guardião extrassistêmico.⁹³²

Logicamente, o que sustento ser uma crise da doutrina no Brasil não pode de modo algum soar algo simplista, imputável a uma única causa. O tema é bem mais complexo, com uma derrocada dogmática igualmente sendo passível de ser atribuída a uma formação em grande escala de bacharéis, que, num mercado saturado, e num círculo vicioso, muitas vezes encontram na academia colocação profissional (não raro, a despeito da falta de vocação), ou que enxergam na produção teórica vitrine para sua advocacia. A isso somado, a maior facilidade da produção em massa de escritos gerou um verdadeiro entulhamento teórico⁹³³; uma “produção expansiva de opinião publicada, irrelevante em termos de solidez construtiva, reflexo de uma jurisprudência baseada em chavões”⁹³⁴, o que somente contribui para relegar trabalhos doutrinários a um terreno de desimportância.

Assim é que ideias irrefletidas, um imediatismo novidadeiro e uma profusão de bacharéis que resultam da conversão do conhecimento jurídico em bem de consumo “geram uma doutrina de intelectualidade inconsistente, superficial e contraditória”⁹³⁵, cujo despreço pela tradição implica simplificações que, “sob a capa de um pretense didatismo, aplainam o que é complexo e, por isto, tem ralo ou nulo papel orientador”⁹³⁶, frequentemente simplificando e reduzindo o objeto de foco em algo tão desfigurado que não mais revela traços do objeto original, senão coisa diversa.

Indo mais além, trabalhos encomendados, no mais das vezes teses travestidas de pareceres posteriormente compiladas em obras, contribuem “para o declínio da qualidade e prestígio da

⁹³² LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 23 e 56-57.

⁹³³ RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). *Revista dos Tribunais*, v. 891, p. 71, jan. 2010.

⁹³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. A autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários. In: MARTINS-Costa Judith (coord.). *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 18-19.

⁹³⁵ MARTINS-COSTA, Judith. A autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários. In: MARTINS-Costa Judith (coord.). *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 19-20 e 23.

⁹³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. A autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários. In: MARTINS-Costa Judith (coord.). *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 19-20 e 23.

doutrina”⁹³⁷, expondo uma atuação remunerada de professores de duvidoso compromisso com a intelectualidade.

Todos aqueles traços convergiriam para um desapareço por uma doutrina que vai cessando de ser seguida “porque parou, em parte, de ser necessária à aplicação do Direito e de orientar tanto os operadores quanto os destinatários”⁹³⁸, como restou muito simbolicamente ilustrado em conhecido — e já aludido no capítulo primeiro deste trabalho — voto proferido por Ministro do Superior Tribunal de Justiça:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.⁹³⁹

Que um Ministro do Superior Tribunal de Justiça faça tais afirmações já é algo em si muito sintomático, embora muito mais grave seja o reforço conferido pela própria doutrina àquelas aduções, ecoando-as ao abdicar de seu papel, de fato vislumbrando nos tribunais verdadeiros “detentores de privilégios cognitivos que, em lugar de serem constrangidos, são incentivados a agir.”⁹⁴⁰

Os reflexos não são irrelevantes. Appropriada a racionalidade científica pela prática do direito, o saber vai deixando de ser crítico-reflexivo para produzir o que Luis Alberto Warat chamou de *senso comum teórico*, designação das “condições implícitas de produção, circulação

⁹³⁷ MARTINS-COSTA, Judith. A autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários. In: MARTINS-Costa Judith (coord.). *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 19-20 e 20.

⁹³⁸ ÁVILA, Humberto. Notas sobre o papel da doutrina na interpretação. Conversa sobre a interpretação do direito. Estudos em homenagem ao centenário de Miguel Reale. *Cadernos para debate*, Canela: Instituto de Estudos Culturalistas, n. 4, p. 146, set. 2011.

⁹³⁹ AgRg nos EREsp 279.889/AL, DJ de 7.4.2003.

⁹⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramentos/Casa do Direito, 2020. p. 111.

e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito”⁹⁴¹; ou “conglomerado de opiniões, crenças, ficções, fetiches, hábitos expressivos, estereótipos que governam e disciplinam anonimamente a produção social da subjetividade dos operadores da lei e do saber do direito, compensando-os de suas carências”; ou, ainda, “arsenal de sintagmas prontos, pequenas condensações de saber (...), fluxo de significações que formam uma memória do direito a serviço do poder”.⁹⁴² Um sistema, em resumo, que reduz o conhecimento a uma organização dos dados da realidade que visa a somente assegurar a reprodução dos valores e das práticas dominantes. Dados morais, valores, um portfólio de ideologias que instrumentaliza o direito para que se renuncie à tarefa de pensá-lo criticamente.⁹⁴³ São atalhos cognitivos, heurísticas, mas que se travestem, em lugar de inconscientes, de conhecimento científico.

Faço-me mais claro. Ao limitar-se a uma reprodução acrítica de valores guindados a entendimento jurisprudencial por obra dos tribunais, a doutrina incorre num conhecimento axiológico que se restringe a traduzir seu conformismo.⁹⁴⁴ Tendo presente que significações são instrumentos de poder e que o direito é técnica de controle social, caberia à doutrina, como parte integrante da dogmática, realizar um crivo endógeno das significações judiciais, ou um controle sobre a construção da técnica de controle, firmando bases de aceitabilidade na tecnologia jurídica, um “eco de representações e ideias através do qual determina-se a aceitabilidade do real”.⁹⁴⁵

Quando a doutrina deixa de exercer esse papel, deixando inelutáveis a produção de sentido emanada judicialmente do Estado, “fabrica então um sistema de sublimações semiológicas que servem para criar versões do mundo que nos abstraem da história”⁹⁴⁶, fragmentos teóricos que não passam de “coágulos de sentido surgidos do discurso dos outros, elos rápidos que formam uma minoria do direito a serviço do poder”.⁹⁴⁷ Um emaranhado de

⁹⁴¹ WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito I: interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 13.

⁹⁴² WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 96.

⁹⁴³ WARAT, Luis Alberto. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Síntese, 1979. p. 19-21.

⁹⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramentos/Casa do Direito, 2020. p. 408.

⁹⁴⁵ WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito I: interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 14.

⁹⁴⁶ WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito I: interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 15.

⁹⁴⁷ WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito I: interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 15.

costumes aceitos como “verdades de princípios para ocultar o componente político da investigação de verdades”⁹⁴⁸, canonizando imagens e crenças como ocultação do real.

O senso comum teórico opera assim um efeito fabulador que nos conforta e acomoda, ocultando tensões entre a realidade prática do direito e o saber jurídico. Uma anestesia que se presta a moldar ou mesmo a negar os fatos a partir de um emaranhado uniforme e tranquilizador de significações coesas. Um campo simbólico “que serve para dissimular conflitos e antagonismos que se desenvolvem fora da cena linguística”.⁹⁴⁹

Volto a dizer: *a significação se fortalece como um instrumento de poder. Os tribunais exercem esse poder estabelecendo hábitos de significação.*⁹⁵⁰ *Esses hábitos, uma vez assimilados e não problematizados, consagram uma estrutura de poder, reforçando uma ilusão não contestada de racionalidade que regula o imaginário jurídico-político e infantiliza os atores sociais, que deixam de pensar por si para somente refletir “a partir da mediação que o Estado exerce sobre a produção, circulação e recepção de todos os discursos de verdade”.*⁹⁵¹

O resultado último são “visões normalizadoras das relações de poder, princípios de autoridade”⁹⁵², e o risco, escancarado, é personificado, uma vez mais, em exemplo recente e catastrófico, testemunhado por Victor Klemperer, judeu alemão e filólogo que escreveu obra seminal gestada durante o regime nacional-socialista: “o nazismo se embrenhou na carne e no sangue das massas por meio de palavras, expressões e frases impostas pela repetição, milhares de vezes, e aceitas inconsciente e mecanicamente”.⁹⁵³

No que toca à discricionariedade, a debilidade doutrinária acaba por funcionar como uma chancela a que conceitos jurídicos “indeterminados” e cláusulas gerais revertam em favor de uma aceitável — e, por isso, justificada — discricionariedade não submetida a uma relação com a totalidade do Direito.⁹⁵⁴

8.3 UM FECHO: A DOUTRINA DEVE RESGATAR-SE PARA VOLTAR A DOUTRINAR

⁹⁴⁸ WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito I: interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 15.

⁹⁴⁹ WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 58.

⁹⁵⁰ WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito I: interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 15.

⁹⁵¹ WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 58 e 69-70.

⁹⁵² WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 75.

⁹⁵³ KLEMPERER, Victor. *LTI: a linguagem do Terceiro Reich*. Tradução: Miriam Bettina Paulina Oelsner. Rio de Janeiro: Contraponto, 2009. p. 55.

⁹⁵⁴ RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). *Revista dos Tribunais*, v. 891, p. 79, jan. 2010.

Se a própria doutrina é capaz de se colocar num círculo *vicioso* de reforço e reprodução do senso comum teórico, ela própria é igualmente capaz de reverter esse círculo em *virtuoso* a partir de uma autocrítica — constranger primeiro a si própria para que volte a constranger — e retomar sua missão de problematização do estado de coisas. Isso porque, quanto mais logre a doutrina evidenciar o quanto as significações denotativo-literais emanadas do senso comum contrastam com as contextuais-reais, maior a tendência de se fomentar uma reflexão crítica; quanto mais o próprio sistema, calcado numa estabilização de sentidos, revele, na verdade, o oposto do que esses sentidos emanem, maior há de ser a anomia a impulsionar questionamentos. Enfim, operando num duplo nível — filosófico, ao criticar “encobrimentos significativos”, e jurídico, na crítica ao senso comum teórico⁹⁵⁵ —, a doutrina contribuirá para iluminar os paradoxos do direito, afinal, *a eficiência da ilusão somente perdura enquanto seja ela capaz de ocultar seu próprio caráter ilusório*.

Por isso, nos domínios do ensino, o cariz dogmático deve ceder passo a um olhar crítico. Em lugar de um pensar voltado para o zelar por uma coerência do sistema e de lições que pretendam sublimar suas disfuncionalidades, é de suma importância que se explorem as inconsistências, que se foquem os pontos merecedores de aprimoramento, que se desnudem seus pontos cegos.

Isso há de se dar por uma reformulação de currículo — emblemáticas as propostas de Mangabeira Unger⁹⁵⁶ e de André Gomma e Loussia Félix⁹⁵⁷ — que privilegie disciplinas de formação e que reforce referenciais teóricos reflexivos infensos a um direito que sirva de mera porta de acesso à linguagem pela qual se dão os pactos fundamentais do poder, uma das aparentes causas para o paradoxo de cada vez mais bacharéis desinteressados desde o início em atuar diretamente no terreno jurídico.

Igualmente importante um processo de titulação acadêmica que passe por crivo rigoroso e que, ciente de seu papel no sistema, deixe de tratar o ensino como bem de consumo, servindo como boa diretriz exemplificativa os trabalhos de Salo de Carvalho⁹⁵⁸ e de Nitish Monebhurrun

⁹⁵⁵ TASSINARI, Clarissa; LOPES, Ziel Ferreira. Em que sentido o processo judicial busca a verdade? Constrangimentos epistemológicos e o CPC/2015. In: NUNES, Dierle; LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio Luiz (coords.). *O fim do livre convencimento motivado*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 172.

⁹⁵⁶ UNGER, Roberto Mangabeira. Uma nova faculdade de Direito no Brasil. *Cadernos FGV Direito Rio*, n. 1, p. 16-38, 2005.

⁹⁵⁷ AZEVEDO, André Gomma; FELIX, Loussia P.M. Changing perspectives in Legal Education: competence-based learning and the possibilities to improve access to justice via mediation skills. *Tuning Journal for Higher Education*, v. 2, p. 253-281, 2015.

⁹⁵⁸ CARVALHO, Salo de. *Como não se faz um trabalho de conclusão*: provocações úteis para orientadores e estudantes de Direito. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

e Marcelo Varella⁹⁵⁹, esses últimos, aliás, com grande influência sobre esta pesquisa de doutoramento.

O aprimoramento regulatório do ensino jurídico também releva, e não somente por um papel mais articulado e prático entre Ministério da Educação, Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior e Ordem dos Advogados do Brasil, mas também endógeno, por meio de colegiados acadêmicos que busquem efetivamente aperfeiçoar as dinâmicas internas com um olhar sensível para as expectativas discentes e de mercado, bem como para o impacto de longo prazo no direito.

No plano da produção acadêmica em geral, maior transparência na classificação de periódicos e um aprofundamento dos critérios de seleção de artigos são dignos de nota. A propósito desse último ponto, são merecedoras de referência expressa as preocupações de Vinícius Gomes de Vasconcellos⁹⁶⁰, em que são exploradas exatamente as balizas relevantes que conduzem os diferentes papéis no fluxo de escolha e descarte de trabalhos.

Sobre o trabalho da doutrina, ganham especial destaque as pesquisas empíricas⁹⁶¹, particularmente as jurimétricas, como modo de se traçar os contornos não somente da atividade judicial, mas da própria doutrina, falseando hipóteses e elucidando paradoxos e contradições. Essa ferramenta, aliás, acena como uma promissora válvula de escape do senso comum teórico, favorecendo a partir de análises de dados e achados uma realidade a respeito da qual o senso comum não raro se mostra impermeável.

A título ilustrativo, o Projeto Supremo em Números, da Fundação Getúlio Vargas⁹⁶², representa iniciativa de fôlego. Também merece menção trabalho empírico de Fabio Lima

⁹⁵⁹ MONEBHURRUN, Nitish; VARELLA, Marcelo D. O que é uma boa tese de doutorado em Direito? Uma análise a partir da própria percepção dos programas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 423-443, jul./dez. 2003.

⁹⁶⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Editorial: A função do periódico científico e do editor para a produção do conhecimento no Direito e nas ciências criminais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 3, n. 1, 2017, 2525-510X; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Editorial: As rodadas de correções e a carta-resposta do autor à aprovação condicionada – sobre o controle e o aprimoramento dos artigos no processo editorial científico. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 437-458, maio/ago. 2017; e VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Editorial: Controle por pares e a função do revisor – premissas e orientações para uma avaliação consistente. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 757-768, set./dez. 2017.

⁹⁶¹ Quando falo em trabalhos empíricos, não estou me referindo a um realismo que vise a descrever o comportamento dos juízes como forma de descrever o direito; refiro-me à necessidade de se demonstrar a contradição entre o discurso estratégico e a prática, expondo paradoxos.

⁹⁶² O primeiro relatório do projeto está disponível em: <https://diretorio.fgv.br/publicacoes/i-relatorio-supremo-numeros-o-multiplo-supremo>.

Quintas e Cristiano Brilhante de Souza⁹⁶³ em que, investigando o modo (ou a ausência)⁹⁶⁴ de aferição da disciplina judiciária e do respeito a precedentes como parâmetro para promoção por merecimento de magistrados, se denunciou a falibilidade da análise, abrindo campo para que pesquisas seguintes explorem a criação, por exemplo, de uma taxa de reversibilidade de decisões judiciais que se afastem de precedentes, efetivamente constrangendo sistemicamente e onerando argumentativamente magistrados que não os observem — no que seria uma ferramenta de constrangimento epistemológico.

Enfim, esta seção não se presta a apontar peremptoriamente os rumos pelos quais caberia à doutrina resgatar-se. O foco, ao contrário, está na premissa de sua importância, doutrina, e nos efeitos colaterais da lacuna deixada por sua crise, com ilustrações pontuais de propostas e iniciativas que visam exatamente a devolver-lhe a autoridade corretiva. Como parte integrante da dogmática, a doutrina exerce papel fundamental na construção da história institucional do direito e desempenha o papel democrático decisivo de zelar pela *accountability* da jurisdição enquanto poder. Transitando pela mesma tecnologia e linguagem com que a atuação judicial se dá, a doutrina é elo que fomenta um controle exógeno ao processo, testa significações e constrange desvios.

Encerrando: como poder que é, a jurisdição testa constantemente seus próprios limites. Suas apostas de significação, uma vez não constrangidas, convertem-se em hábitos de significação e, reproduzidos pelo senso comum teórico dos juristas, se introduzem acriticamente no direito, dele passando a fazer parte. Quando derivem do arbítrio ou de julgamentos morais, essas significações corroem o direito por dentro, produzem alopoiese, degeneram o sistema ao romper com sua autonomia. Dessa feita, se o “desvelar do mito é a instituição de uma ruptura, através de um processo simbólico não atravessado pelo discurso mitológico”, deve a doutrina, por conseguinte, funcionar como denúncia e explicitação do que seja estranho ao sistema; deve ela, enfim, *cumprir com seu dever sistêmico de ser disruptiva*.⁹⁶⁵

⁹⁶³ QUINTAS, Fabio Lima; SOUZA, Cristiano Brilhante de. Independência judicial e vinculação a precedentes: a aplicação de precedentes como critério de promoção de magistrados por merecimento. *RDU*, Porto Alegre, v. 15, n. 84, p. 85-91, nov./dez. 2018.

⁹⁶⁴ Dos tribunais respondentes, a maioria avalia o requisito com base em um punhado de decisões selecionadas e encaminhadas pelo próprio magistrado avaliado, que, é razoável presumir, tende a prestigiar apenas julgados em que haja observado precedentes e jurisprudência dominante do respectivo tribunal.

⁹⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramentos; Casa do Direito, 2020. p. 62.

9. UMA TEORIA COGNITIVA DA DECISÃO JUDICIAL A PARTIR DO PROCESSO COMO VETOR DE REALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL

Como antecipei, paralelamente ao controle exógeno doutrinário, ganha força a importância da cognição⁹⁶⁶ como instituto de arrefecimento dos subjetivismos, merecendo enfoque perspectivas mais sofisticadas que têm buscado divisar no desenvolvimento do processo mecanismos para a realização concreta de direitos fundamentais.

Nessa esteira, não apenas se revela premente analisar em que medida, no passado recente, a entidade do processo foi sendo desfigurada, mas também a imprescindibilidade da retomada de seu real escopo de contraponto à jurisdição enquanto poder estatal e de vetor de concretização de uma participação efetiva na cognição, incursionando-se ainda, à guisa de ilustração, duas propostas que a mim têm se mostrado alvissareiras.

9.1 A DETERIORAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL COMO LIMITAÇÃO DO PODER

O direito processual organiza e disciplina a jurisdição enquanto atividade tipicamente estatal e, ao fazê-lo, se torna objeto privilegiado de análise dos reflexos do modelo de organização do próprio Estado, ao mesmo tempo em que também revela um cenário bastante representativo de estratégias por meio das quais restrições são apropriadas em favor do próprio poder⁹⁶⁷, passando a servir à estrutura dominante posta.⁹⁶⁸

No que diz respeito aos influxos do modelo estatal, o processo observou, entre os séculos XVIII e XIX⁹⁶⁹, na esteira da Revolução Francesa e da Constituição Americana, uma influência liberal que galvanizou o modelo adversarial-dispositivo, cioso das liberdades das partes e caracterizado por uma passividade judicial.⁹⁷⁰

⁹⁶⁶ Falo aqui de cognição entendendo-a como uma encruzilhada a ligar subjetividade e intersubjetividade; *locus* em que a formação do convencimento há de ser democratizada como condição para uma resposta constitucionalmente adequada.

⁹⁶⁷ Sobre como o sistema político influencia e muitas vezes se utiliza estrategicamente do modelo processual: DAMASKA, Mirjan R. *The faces of Justice and State Authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1986; SILVA, Carlos Augusto. *O processo civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização da política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

⁹⁶⁸ SILVA, Carlos Augusto. *O processo civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização da política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 73.

⁹⁶⁹ Antes disso, entre os séculos XIII a XVIII, preponderou o que Dierle Nunes chamou de sistemas processuais pré-liberais, arbitrários e complexos (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 61).

⁹⁷⁰ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 73.

Com os efeitos da Revolução Industrial e o crescimento de uma insatisfação frente à injustiça social, o direito passa a ser visto como instrumento de transformação, abrindo caminho para a segunda geração de direitos fundamentais, bem ilustrados na Constituição Mexicana de 1917, na Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado da Rússia socialista, de 1918, e na Constituição de Weimar de 1919.

O campo processual não passaria incólume, migrando do liberalismo para uma socialização processual frequentemente creditada à obra de Franz Klein como possivelmente inaugural de um discurso em favor de um “processo de bem-estar social”, de escopos metajurídicos e de um maior protagonismo e intervencionismo judiciais⁹⁷¹, que acabariam por ecoar na ordenação processual austríaca de 1875 e em alterações da ZPO alemã ocorridas em 1909, 1924 e 1933 — nessa última oportunidade, já sob a égide do regime nazista.⁹⁷² No Brasil, particularmente, essa influência igualmente se faria sentir no Código de Processo Civil de 1939, em meio ao Estado Novo de Vargas, com um fortalecimento do poder do Estado sob o signo do paternalismo.

Com o pós-Segunda Guerra e a crise de legitimação estatal oriunda da não concretização de um catálogo de direitos, o Judiciário, braço do próprio Estado, paradoxalmente se torna destinatário das cobranças de promessas não cumpridas por uma estrutura cada vez mais inchada e menos eficaz. A socialização processual se vê, então, diante de uma nova fase, em que preponderam como potencializadores da efetivação e realização de direitos um acesso mais facilitado à Justiça e uma simplificação procedimental, conservado o protagonismo judicial.⁹⁷³

Aliás, mais que conservado o protagonismo judicial, tem início exatamente ali uma relação preocupante: em nome de uma maior efetividade, os ritos passam a ser flexibilizados em favor de um fluxo mais facilitado dos poderes jurisdicionais; isto é, o processo em si passa a ser em alguma medida associado a um embaraço ao agir estatal e a uma realização (judicial) do bem comum, reforçando-se a tese de que deveria ele ceder passo a uma jurisdição mais substancial, material e efetiva.

No nosso modelo, esse fenômeno reverberaria na Lei da Ação Civil Pública, de 1985, no Código de Defesa do Consumidor, de 1990, e nas reformas do Código de Processo Civil de 1973, além de encontrar matriz teórica na ideia de processo como um *instrumento*⁹⁷⁴, no bojo

⁹⁷¹ KLEIN, Franz. *Zeit – und Geistesströmungen im prozesse*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1958. p. 25.

⁹⁷² NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 88.

⁹⁷³ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 88.

⁹⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1987.

do qual se asseguraria uma função ativa e compensadora do juiz, de reequilíbrio frente a déficits de igualdade e de promoção de mudanças sociais a serviço de “um ideal predefinido de bem viver, fruto dos sentimentos da nação, com conteúdos fixos (‘ordem concreta’), atribuído ao critério de sensibilidade de seu agente estatal”.⁹⁷⁵ Em síntese, e a bem da eficiência, a ideia de sofisticação da jurisdição observaria tutelas coletivas mais abrangentes e um afã por práticas menos formalistas, tidas como verdadeiros entraves ao juiz guardião das promessas estatais de bem-estar.

Aquele olhar não perseverou incólume. Menelick Carvalho Netto, no ponto, anotou o risco de a *instrumentalidade* galgar o Judiciário em uma missão de guardião ético das virtudes e de uma ordem concreta de valores facilmente conversível para um decisionismo insensível a um déficit de legitimidade, por força da qual a Constituição é lançada contra si mesma, tendo seu sentido normativo cotidianamente instrumentalizado estratégica e politicamente por decisões aptas a transformar o Judiciário em um “nobre” Poder Constituinte originário permanente.⁹⁷⁶

Em sua dimensão simplificadora, de sua vez, a *instrumentalidade* também mereceria a crítica aguda de Calmon de Passos, que a reputou palavra mágica associada a outras, como “celeridade”, “efetividade” e “informalidade”, num processo de produção do direito que correria o risco de se tornar pura prestidigitação.⁹⁷⁷

Ainda no particular, o diagnóstico de Dierle Nunes igualmente soaria certo ao afirmar que o discurso burocratizante do processo foi fazendo com que todos acreditassem que este “seria um mal, uma doença que deveria ser extirpada mediante sua supressão quase completa, diminuindo o espaço cognitivo formador das decisões e promovendo a defesa da rapidez procedimental a qualquer preço”.⁹⁷⁸ Qualquer olhar garantista, fruto de uma perspectiva democrática constitucional, passou a ser “visto e desnaturado pelo discurso dominante como a defesa de uma perspectiva formalista e burocratizante, como se um processo democrático que respeitasse toda a principiologia processual-constitucional também não pudesse ser célere e funcional”.⁹⁷⁹

⁹⁷⁵ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 142 e 147.

⁹⁷⁶ CARVALHO NETTO, Menelick. Prefácio. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O poder Judiciário e(m) crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. XII-XIII.

⁹⁷⁷ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista Diálogo Jurídico*, ano I, v. 1, n. 1, p. 12-13, abril de 2001.

⁹⁷⁸ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 150.

⁹⁷⁹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 163.

O cenário todo se torna ainda mais complexo quando, a partir da década de 90 do século passado, o direito brasileiro experimenta os efeitos do paradigma neoliberal que sucede a conturbada década anterior. O livre mercado e a defesa da propriedade ganham maior relevância e o processo recrudescer o dogma da efetividade ao aproximar a jurisdição de um bem de consumo, numa “perspectiva interpretativa funcional preocupada com uma máxima rapidez procedimental e produtividade”⁹⁸⁰ e menos afeta à garantia de implementação de direitos fundamentais (de cariz processual incluídos). É dada a senha para *uniformismos decisoriais* — despreocupados com especificidades dos casos a julgar, mas de alta produtividade — e para uma sumarização da cognição que enaltece a visão de mundo do juiz e privilegia livres convencimentos e quejandos em detrimento da participação e influência das partes.

O resultado é de fato curioso. *Primeiro*, um liberalismo que, desconfiadamente, despe os juízes de um papel mais ativo e cede espaço a uma socialização processual que passa a atribuir à magistratura parcela da tarefa de consecução dos direitos sociais; *segundo*, um estado de bem-estar que, desacreditado, promove uma adaptação jurisdicional ao pretender facilitar-lhe o acesso e simplificar-lhe o rito frente a cobranças de promessas não cumpridas, substituindo uma inefetivação de direitos-fim (sociais) por uma maior acessibilidade de um direito-meio (ação); *terceiro*, uma magistratura que, conquanto conserve poderes e protagonismo, abdica de um papel eminentemente orientado pela concretização de direitos, ou que se vê igualmente incapaz de dar vazão a uma jurisdição real, passando a servir-se estrategicamente da simplificação e da renegação a formalismos como meio de produzir decisões em escala industrial num simulacro de prestação jurisdicional.

De mais a mais, a paz propiciada por essa jurisdição relâmpago, de sumarização cognitiva, se torna meramente ilusória, relegando ao público um clientelismo consumista efemeramente satisfeito, mas sem que os conflitos sociais e econômicos de fato sofram redução pelo exercício fiscalizatório de controle de sua democraticidade. Passam a preponderar nas decisões não os fatos e fundamentos jurídicos do processo, mas valores neoliberais de pseudoefetividade colhidos de um mundo político fora do processo.⁹⁸¹

É a era do *processualismo tecnocrático*, em que vigora a racionalização quantitativa do processo a estabelecer como principais métricas de sua efetividade os fatores tempo e

⁹⁸⁰ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 53 e 150.

⁹⁸¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. 3. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017. p. 28 e 109.

produtividade⁹⁸² e que tem como mais recente capítulo a *algocracia* — governo dos algoritmos — e a ameaça de uma automatização empobrecedora⁹⁸³ e ⁹⁸⁴, acrítica e amoral do direito⁹⁸⁵, inclusive com riscos constitucionais e democráticos.⁹⁸⁶ e ⁹⁸⁷

9.2 NÃO É MENOS “EFETIVA” UMA JURISDIÇÃO DEMOCRÁTICA AFIANÇADORA DO CONTRADITÓRIO

A corruptela de um reformismo socializante por uma aplicação neoliberal do ordenamento processual produziu uma mescla inusitada, como dito acima: a inflação dos poderes jurisdicionais não mais para um agir ativo em favor da implementação de direitos, mas para uma maior autonomia judicial e redução do papel das partes; a simplificação procedimental

⁹⁸² HERZL, Ricardo Augusto. Da discricionariedade (neo)processual à crítica hermenêutica do direito processual civil brasileiro. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 199.

⁹⁸³ “A imposição da rapidez levá-lo-á à rotina, a evitar os processos e os domínios jurídicos que obriguem a decisões mais complexas, inovadoras ou controversas.” (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007. p. 58).

⁹⁸⁴ Retomando ponto exposto acima noutra nota de rodapé, o tema deste trabalho — discricionariedade —, recrutado como locução a pretexto de fundamentação, impacta essa potencial nova fase da jurisdição. É que a dispersão decisória patrocinada pela discricionariedade produz níveis de entropia que dificultam, se não inviabilizam, algoritmos simples como a árvore de decisão: ou bem os critérios mais efetivos de obtenção de ganho de informação não são jurídicos (quem interpôs o recurso? Fazenda ou contribuinte? Qual a etnia do réu? Etc.) ou bem a diluição dos níveis de inferência em diversos ramos não satisfaz a contento a redução da aleatoriedade.

⁹⁸⁵ DANAHER, John. The threat of algocracy: reality, resistance and accommodation. *Philosophy & Technology*, v. 29, n. 3. p. 245-268, 2016.

⁹⁸⁶ O’NEIL, Cathy. *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*. New York: Crown, 2016.

⁹⁸⁷ Sem me desviar do foco, mas procurando fazer um registro que reputo relevante, a calibragem de aprendizagem na inteligência artificial e o banco de dados em que ela se baseia sofrem inevitável “contaminação” subjetiva humana. Não são poucos os exemplos que ilustram um enviesamento algorítmico como reflexo do enviesamento humano. Exemplificando, um algoritmo que hoje replique os achados empíricos demonstrados em capítulo anterior talvez atenda seu intento de incremento de performance, reproduzindo um padrão, mas seriam aquelas decisões, discricionárias, um padrão de qualidade a ser seguido? Tratar-se-ia, pois, de um recrudescimento do realismo jurídico, ou um neorealismo em que robôs, de preditores de decisões, passariam a decidir, repetindo em maior escala “o que os tribunais dizem que é o direito”. Ganha cada vez mais relevância, assim, maiores transparência e participação na arquitetura de *design* da inteligência artificial no campo da jurisdição. Nesse sentido, abordando a preocupação sobre uma *governança algorítmica* e a inteligibilidade do conjunto de critérios determinantes para uma decisão fundada em algoritmos como condição para sua contestabilidade: MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; FLORÊNCIO, Juliana Abrusio; ALMADA, Marco. Inteligência artificial aplicada ao direito e o direito da inteligência artificial. *Suprema – Revista de Estudos Constitucionais*, Brasília, v. 1, n. 1. p. 154-180, jan./jun. 2021. Adicionalmente, propondo interessantes critérios para uma mitigação do enviesamento na inteligência artificial: LEE, Nicol Turner; RESNICK, Paul; BARTON, Genie. *Algorithmic bias detection and mitigation: best practices and policies to reduce consumer harms*. Disponível em: <https://www.brookings.edu/research/algorithmic-bias-detection-and-mitigation-best-practices-and-policies-to-reduce-consumer-harms/>. Acesso em: 14 set. 2021; Carta Europeia de Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais e seu ambiente. Estrasburgo, 3 dez. 2018. Disponível em: https://rm.coe.int/carta-etica-traduzida-para-portugues-revista/168093b7e0#_ftn12. Acesso em 5 out. 2021; BALAYN, Agathe Balayn, GÜRSES, Sede. *Beyond debiasing: regulating AI and its inequalities*. European Digital Rights (EDRI), 2021; no Brasil, Resolução n. 332, de 21 de agosto de 2020, e Portaria n. 271, de 4 de dezembro de 2020, ambas do Conselho Nacional de Justiça.

não para facilitação de acesso a uma realização judicial de direitos, mas para uma maior produtividade decisional de larga escala.

O ponto convergente foi que, reduzido o processo a entrave burocrático, a obstáculo desarrazoado a um poder judicial missionário da eficiência, esvaziou-se uma dimensão processual instrumentalizadora de direitos fundamentais e limitadora do arbítrio estatal.

A eficiência, alçada a fim supremo, ao tempo em que sublima o papel ordenador do formalismo, igualmente compromete seu escopo restritivo. Em nome de um ideal *eficientista*, as formalidades são atenuadas não apenas em seu cariz disciplinador, mas de contraponto ao poder.

Tudo o que embarace a obcecada busca por resultado se convola em obstáculo à jurisdição numa visão que acaba por contaminar todo o processo. A função formal de contrapeso ao poder passa a ser associada e identificada, em todas as etapas, com um inconveniente à realização dos fins estatais. Se, no macrocosmo, o processo passa a dirigir-se a escopos externos, “todo e qualquer ato do processo estaria, num microcosmo, visando à decisão justa, de tal modo que o procedimento em si mesmo menos importaria, desde que o seu resultado se prestasse à tutela adequada do direito material”.⁹⁸⁸

Não é noutra direção a observação de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira ao afirmar que o formalismo processual, de acepção dúplice — eficiência, na medida em que busca ordenar e organizar, e segurança, na medida em que busca disciplinar e limitar poderes e faculdades dos sujeitos processuais —, observou no passado uma preponderância de seu primeiro traço, estruturante da dinâmica da prestação jurisdicional. Com o passar do tempo, contudo, a insuficiência de um modelo organizacional rígido frente a disputas cada vez mais complexas deu lugar a um processo civil de resultados, em que a flexibilização e a mescla sincrética de tutelas antagonizariam um suposto “engessamento”. Seguiu relegada a segundo plano, todavia, relevante dimensão do formalismo: a de instrumentalização de uma limitação aos poderes, particularmente o judicial.⁹⁸⁹

Bem parecido é o posicionamento, uma vez mais, de Calmon de Passos, ao lembrar que devido processo constitucional jurisdicional “não é sinônimo de formalismo, nem culto da forma pela forma, do rito pelo rito, sim um complexo de garantias mínimas contra o

⁹⁸⁸ VOGT, Fernanda Costa. *Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos processos cognitivos*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 44.

⁹⁸⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 26, p. 59-86, 2006.

subjetivismo e o arbítrio dos que têm poder de decidir”.⁹⁹⁰ É esse contraponto que, relegado a entrave desimportante, e por isso minimizado, firma um círculo vicioso em que *mais poder judicial e menos processo resulta em ainda mais poder judicial*.

De mais a mais, ao se predicar a efetividade como valiosa em si mesma, a preocupação deixa de ser com a qualidade do que decidido, dando prevalência ao mero fato de se decidir. “Desse prisma, mencionar-se efetividade da tutela e efetividade do processo é um modo de falar apenas sobre a necessidade (política) de se tornar incontrastável o ato de poder do magistrado.”⁹⁹¹ Mais que isso, o só fato de preponderar o decidir pelo decidir regride e empobrece cognitivamente a decisão, que deixa de se oxigenar por outras óticas em favor de um célere juízo singularizado e ainda mais empoderado.

Efetividade, do processo ou da tutela, não pode querer dizer efetividade da sentença enquanto ato de poder, mas da sentença “que atenda ao em nome de quem se institucionaliza numa ordem política democrática”.⁹⁹² Numa organização democrática, o poder só é legitimado nos precisos limites de sua outorga, isto é, no espaço de competência previamente definido e formalizado à luz do pacto político que é a Constituição. Uma relação jurídica de poder “estabelecida entre iguais só é legítima teorizando-se o poder como função, serviço, exercitável exclusivamente na medida em que for deferido pela vontade dos que se obrigaram a obedecer, que se permitiram ser governados em benefício comum”.⁹⁹³

O que confere legitimidade à jurisdição não é o traduzir-se em ato de poder, mas sim a fidelidade do que lhe foi deferido servir segundo expectativas antecipadamente formalizadas, ao que “discursivamente definido pelos que participam da tarefa democrática de autorregulação de sua convivência política”⁹⁹⁴. A construção do direito não há de defluir de algo metafísico, valioso em si mesmo e por si mesmo, a ser revelado por um novo “homem sagrado” e plenipotenciário da modernidade. Antes, há de ser um empreendimento coletivo, um constructo intersubjetivo que vincula as decisões particularizadas.⁹⁹⁵

A democracia é um valor e uma prática “que não pode ser capturada por um ‘super-homem’ solipsista — ou ela é plural, controversa e pública, ou simplesmente não é democracia

⁹⁹⁰ PASSOS, J. J. Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 69 e 72.

⁹⁹¹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Ensaios e artigos*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 392-393. v. 1.

⁹⁹² PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Ensaios e artigos*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 394. v. 1.

⁹⁹³ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Ensaios e artigos*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 394-395. v. 1.

⁹⁹⁴ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Ensaios e artigos*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 394-395. v. 1.

⁹⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 42.

alguma”.⁹⁹⁶ Uma percepção democrática do direito, por conseguinte, rejeita a ideia de um sujeito solitário captar, despótica e singularmente, a percepção do bem viver em sociedades plurais e complexas. Faz-se necessária, no campo jurisdicional, uma procedimentalidade na qual todos os interessados possam influenciar na formação das decisões.⁹⁹⁷

É por isso que tem ganhado cada vez mais força a proposta de um resgate^{998 e 999} do processo como “meio de concretização dos ideais democráticos”¹⁰⁰⁰, *locus* de realização de direitos fundamentais¹⁰⁰¹ (notadamente processuais) que funcionem ao mesmo tempo como um limite ao arbítrio estatal. É nesse norte o formalismo-valorativo de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, previamente citado, no sentido de realçar como subjacentes ao arranjo formal do processo “valores de matriz constitucional, em especial o contraditório substancial, a participação e o diálogo entre os sujeitos como fenômeno de democratização da jurisdição e de limitação do poder judicial”.¹⁰⁰²

Não destoa o modelo democrático de processo participativo advogado por Dierle Nunes,¹⁰⁰³ com inspiração declarada em Karl August Bettermann¹⁰⁰⁴ (*Kooperationsmaxime* ou

⁹⁹⁶ ABEL, Henrique. *Positivismo jurídico e discricionariedade judicial: a filosofia do direito na encruzilhada do constitucionalismo contemporâneo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 141.

⁹⁹⁷ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 203.

⁹⁹⁸ Inevitável reconhecer a importância da teoria de Elio Fazzalari, desenvolvida no Brasil por Aroldo Plínio Gonçalves, que, numa ruptura com a redução do processo a relação jurídica, passou a nele enxergar a necessidade de um procedimento desenvolvido segundo um contraditório simétrico capaz de assegurar aos participantes a possibilidade de dialogar e de exercitar controles, reações e escolhas dentro de sua estrutura. É certo que, atualmente, essa visão se mostra insuficiente, mas certamente revelou premissa indispensável ao desenvolvimento que se seguiu. FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução: Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006. p. 441 et seq.; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

⁹⁹⁹ Rosemiro Leal dá o devido crédito a Fazzalari, a partir de quem a decisão passa a ser entendida como “julgamento vinculado ao espaço técnico-procedimental-discursivo do processo cognitivo de direitos, como conclusão co-extensiva da argumentação das partes, adquiriu conotação de ato integrante final da estrutura do procedimento.” (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. 3. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017. p. 23). E vai além, noutra obra: “(...) a teoria do processo como procedimento em contraditório (Fazzalari) é que nos habilitou a saltar de uma subjetividade apofântica milenar para uma concepção processual expressa numa relação espaço-temporal internormativa como estruturante jurídica do agir em simétrica partidariedade e instaladora do juízo discursivo preparatório do provimento (decisão).” (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. 3. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017. p. 13).

¹⁰⁰⁰ STF, ADPF 378 MC, Relator: Min. Edson Fachin, Relator p/ acórdão: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 17.12.2015, processo eletrônico DJe-043 divulg 7.3.2016. public 8-3-2016.

¹⁰⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Comentário ao artigo 5º, LIV. In: CANOTILHO, J. J.; MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 430.

¹⁰⁰² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 26, p. 59-86, 2006.

¹⁰⁰³ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 41 e 176.

¹⁰⁰⁴ BETTERMANN, Karl August. Verfassungsrechtliche Grundlage und Grundsätze des Prozesses. In: *Juristischer Blätter*, 94, Jahrgang, Heft 3/4, p. 56-68, fev. 1972.

Kooperationsgrundsatz) e em Rudolf Wassermann¹⁰⁰⁵ (processo civil social e comunidade de trabalho, ou *Arbeitsgemeinschaft*), a visar na cognição instância de oxigenação e restrição ao trabalho do juízo.¹⁰⁰⁶ Uma estrutura fomentadora do jogo democrático, de participação e de garantia de influência pelos cidadãos, rechaçando-se que uma dada pessoa, instituição ou órgão possam ter uma sorte de privilégio cognitivo na formação das manifestações de poder estatais.¹⁰⁰⁷

No mesmo norte, ainda, a teoria neoinstitucionalista de Rosemiro Leal¹⁰⁰⁸, esclarecida por uma visão constitucional do direito em “bases de processualidade discursiva dos conteúdos de validade e legitimidade das decisões tomadas a partir de um *status* democrático a ser considerado como espaço de testabilidade incessante das pretensões de certeza (coerção) institutiva da normatividade (ordenamento jurídico)”¹⁰⁰⁹. Esse autor propôs também uma teoria da constitucionalidade a funcionar como pacto de significância a reger e a balizar a construção do direito a partir de uma autocrítica instrumentalizada pelo contraditório, pela ampla defesa e pela isonomia¹⁰¹⁰, ou seja, uma verdadeira assimilação processual/procedimental da ideia de espiral hermenêutica.

As matrizes teóricas acima convergem em favor do resgate da importância do espaço processual como espaço público, apto a credenciar todos os interessados a participar do aprimoramento do sistema jurídico. Uma ressignificação da estrutura normativa processual contra uma redução da cidadania à condição de clientela não participante da jurisdição como serviço.¹⁰¹¹

Ainda além, é a evocação da percepção do procedimento como constitutivo do processo de decisão, democratizado por um policentrismo¹⁰¹² institutivo de direitos fundamentais e ao

¹⁰⁰⁵ WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozeß: Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied-Darmstadt: Luchterhand, 1978. p. 103-109. No mesmo sentido: HAHN, Bernhard. *Kooperationsmaxime im Zivilprozeß?* Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns Verlag, 1983.

¹⁰⁰⁶ Para ver ainda a evolução normativa alemã acerca do contraditório como influência e comparticipação, ver: KOCHER, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (*Kooperationsmaxime*). In: *Revista de Processo*, v. 41, n. 251, p. 75-111, jan. 2016.

¹⁰⁰⁷ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 39-40.

¹⁰⁰⁸ Processo como instituição (linguístico-autocrítica-jurídica) constitucionalizante e constitucionalizada, enunciada pelo contraditório, ampla defesa e isonomia: LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes Editores Ltda., 2013. p. 40.

¹⁰⁰⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 11.

¹⁰¹⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes Editores Ltda., 2013. p. 40.

¹⁰¹¹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 251.

¹⁰¹² FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. In: *The Yale Law Journal*, v. 91, n. 4, p. 645, 1982.

mesmo tempo corretivo e restritivo da jurisdição enquanto poder.¹⁰¹³ É, em essência, a viabilização “de um controle hermenêutico da interpretação e de suas condições semânticas, em superação à discricionariedade”, parte integrante e indispensável à ideia de uma resposta constitucionalmente adequada.¹⁰¹⁴

Não pode haver direito fora do processo de sua produção.¹⁰¹⁵ Nas democracias, a norma é exigível se o destinatário é seu próprio autor; no direito democrático, “o que não é provido pelo devido processo legislativo fiscalizável processualmente por todos (devido processo legal) não é juridicamente existente”.¹⁰¹⁶ A secura histórica de uma decisão legitimada a partir do poder se faz sentir até o hoje: já deveríamos ter feito a travessia para um contexto democrático em que, dimanado o poder do povo, a legitimação haveria de dar-se pela realização processual de diretrizes constitucionais, nomeadamente a fundamentação, o contraditório, a ampla defesa e a isonomia, jamais a simples investitura e um compromisso com um ideal numérico, e vazio, de eficiência.

A legitimidade da decisão, por conseguinte, não há de extrair seu fundamento (somente) da institucionalização do agente político que decide, mas também, e sobretudo, da adequação constitucional do procedimento que nela culmina, fora do qual não pode haver legitimação. Se a decisão, num contexto democrático, não é soberana pela vontade da maioria ou pelo poder do Estado poderoso, e sim a partir da escritura prévia de direitos processualmente teorizados, “o decidir não mais pode escorrer do cérebro de um julgador privilegiado que guardasse um sentir sábio por juízos de justiça e segurança que só ele pudesse, com seus pares, aferir, induzir, ou deduzir, transmitir e aplicar”.¹⁰¹⁷

Não é que a legitimação se encerre pura e simplesmente, encapsulada, no procedimento, bastante em si como fiador de uma adequação constitucional. Numa democracia, os direitos fundamentais não estão consagrados apenas por estarem impregnados no consciente coletivo, e sim porque “são requisitos jurídicos da instalação processual da movimentação do sistema

¹⁰¹³ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 143.

¹⁰¹⁴ O direito a uma resposta constitucionalmente adequada é o cerne da crítica hermenêutica do direito de Lenio Streck. Assim entendida a resposta que preserva a autonomia do direito, submetida a um controle hermenêutico da interpretação e de suas condições semânticas, em superação à discricionariedade; que respeita a integridade e a coerência do direito; que bem se desonera do dever constitucional de fundamentação exauriente. (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 690 et seq.

¹⁰¹⁵ PASSOS, J. J. Calmon de. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo: reflexões de um jurista que trafega na contramão*. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 152.

¹⁰¹⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 33.

¹⁰¹⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 12.

democrático, sem os quais o conceito de Estado Democrático de Direito não se enuncia”.¹⁰¹⁸ A consolidação dos direitos fundamentais não se dá pela mera assimilação de sua incorporação a um catálogo; no permanente construir que é a democracia, a afirmação ou a negação de direitos, notadamente no ambiente processual, é que têm o real poder de testemunhar sua verdadeira existência ou seu caráter puramente ilusório. É no terreno do processo, entre outros cenários, que os direitos fundamentais experimentam concretude ou ruína.

Ferramentas como o princípio inquisitivo e a ausência de um sistema tarifado prefixado de valoração da prova não são convites ao abandono judicial da fundamentação. Não são, absolutamente, catalisadoras de um agir desenvolto ou descompromissado. Ao contrário, são flexibilidades que orientam a abertura do juízo aos fatos, provas, teses e alegações. A desfiguração de mecanismos propiciadores de uma assimilação do caso a partir de seus interessados acaba resultando na apropriação daqueles institutos em favor de uma visão solipsista, não dialógica e inconstitucional, porque vulneradora do contraditório e do dever de fundamentação.

Efetividade por efetividade, que se prefira, sempre e sempre, tornar efetiva a proteção aos direitos fundamentais, notadamente de repercussão processual. *Não é menos jurisdição a atividade que os reafirma, preservando-lhes o núcleo, mas, certamente, é mais constitucional.*

9.3 PROCESSO (E PROCEDIMENTO) COMO ENRIQUECIMENTO DA COGNIÇÃO E COMO VETOR DE LIMITES CONSTITUCIONAIS AO ARBÍTRIO: ALGUNS EXEMPLOS

Ecoando a parte final da subseção anterior, o resgate de um modelo constitucional-democrático de processo tem na cognição espaço primordial, o que determina uma necessária releitura com repercussões importantes no procedimento pelo qual ela se desenvolve.

Em termos de premissas iniciais que têm maculado os estudos sobre cognição, conhecimento e interpretação não observam uma cisão rígida; não são elas atividades compartimentadas cognitivamente. Ao contrário, são fases indissociáveis e simbióticas.

Tampouco é de se cogitar uma cognição relegada à fase final do processo. O juiz que decide não fica neutro ou imune cognitivamente ao que lhe chega para somente iniciar a construção de suas convicções quando do momento de decidir. O juiz já aborda as questões (sem distinção entre as “de fato” e “de direito”) desde o início com pré-compreensões, preconceitos e uma inerente carga de subjetividade. De igual modo, os aportes cognitivos que

¹⁰¹⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. 3. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017. p. 27.

lhe chegam vão moldando sua visão desde sempre, inclusive para influenciar uma maior ou menor abertura ou fechamento para o que se lhe vá apresentando ao longo da tramitação do feito.

Ainda além, a cognição não pode ser reduzida e vinculada a uma preparação para o ato de se decidir. Ao encarar os elementos factuais e jurídicos antevendo conclusões, o magistrado tende a incorrer em vieses de perseverança que favorecem decisões pré-moldadas e que deixam de valorizar subsídios capazes de distanciar a questão analisada de resultados já adredemente concebidos. Pior: o atrelamento da cognição à decisão alimenta a deletéria visão de que o juiz, detentor do monopólio do decidir, igualmente deteria o monopólio da cognição.¹⁰¹⁹

A cognição, é fato, subsidiará a decisão, mas ela própria, cognição, ostenta importância em si ao realizar direitos (notadamente o contraditório), independentemente do que se vier a decidir. Sendo mais claro, não é a cognição de somenos relevância, submissa e orientada a uma decisão futura. Na realidade, é sim a cognição mais relevante, dela defluindo, como consequência, e dela extraíndo sua legitimidade, a decisão. É dizer, não é a cognição que se volta para a decisão, mas a decisão que decorre da cognição, das duas sendo elo a fundamentação.

Por isso é que a teoria da cognição¹⁰²⁰, e bem assim o procedimento, não mais devem pautar-se numa premissa ilusória que espelhe uma cognição concentrada ou limitada na/à fase decisória ou em uma só pessoa. Em verdade, teoria e rito devem aproximar-se da realidade para (i) instrumentalizar um “gerenciamento cognitivo” que se protraí no feito desde o seu princípio e (ii) levar em conta uma *cisão cognitiva* que espraia num policentrismo, para além da figura do magistrado, as fontes alimentadoras e construtoras da verdade processual num *estado cognitivo comunitário*¹⁰²¹, que, integrado pelo juiz, nele há de necessariamente reverberar ao dissolvê-lo num todo em lugar de alocá-lo arbitrária e distantemente acima desse todo.

Uma estruturação cognitiva que valorize a pluralidade das diversas origens dimanantes dos subsídios do caso, isto é, que deixe de cancelar uma ocultação da formação da convicção no íntimo do ator que presidir ato a ato e que lance luzes sobre as contribuições dadas por todos

¹⁰¹⁹ VOGT, Fernanda Costa. *Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos processos cognitivos*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 91.

¹⁰²⁰ Oportuno o conceito de cognição proposto por Dhenis Cruz Madeira: “(...) instituto jurídico regido pelos princípios diretivos da função jurisdicional e institutivos do processo, que permite a valoração e valorização compartilhada dos argumentos e provas estruturados no procedimento e retratados fisicamente nos autos (cartulares ou eletrônicos), cujo exercício resulta na elaboração dos provimentos.” (MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento & cognição: uma inserção no estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 119).

¹⁰²¹ VOGT, Fernanda Costa. *Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos processos cognitivos*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 291-292.

os sujeitos do processo. Uma fragmentação que dilua a cognição no tempo, ao longo do procedimento, e entre diferentes sujeitos, condensando-a na decisão sem mais que se possa distingui-la ou reduzi-la a uma única origem.

Em sociedades abertas, democráticas, opera uma discursividade reconstrutiva incessante das normas, seguidamente reinterpretadas e revisitadas sob a luz da principiologia constitucional. O teatro processual é, por conseguinte, *locus* privilegiado de encenação dessa oxigenação normativa, não cabendo fechá-lo num monólogo estatal infenso à participação e à fiscalidade.¹⁰²²

Nessa intersubjetividade da significação, o procedimento desempenha papel preponderante de instrumentalização de um “espalhamento cognitivo”, seja para ampliar e tornar mais eficientes e efetivos espaços de fala e de contaminação positiva do juiz, seja para agregar e ampliar o escopo subjetivo do feito para contemplar mais atores participantes de uma construção conjunta e cooperada da decisão.

Já há em nosso ordenamento, é verdade, avanços procedimentais importantes que ilustram a preocupação com um maior intercâmbio cognitivo, de que são exemplos o saneamento e a organização compartilhados (notadamente quando há convenção processual homologada), juízos de retratação resultantes do efeito regressivo de recursos, a técnica de ampliação de colegiado, intervenção de terceiros em geral (particularmente o *amicus curiae*), a intervenção do Ministério Público, a realização de audiências públicas, entre outros.

Nada obstante, incursões mais arrojadas e vanguardistas têm povoado o interesse acadêmico atualmente e dado testemunho da democratização cognitiva aqui sustentada, como, por exemplo, teses bastante engenhosas de gerenciamento (*case management*) cooperativo do processo, defendidas por Fredie Didier Júnior *et al*¹⁰²³, Antonio do Passo Cabral¹⁰²⁴ e Fernanda Costa Vogt¹⁰²⁵. Sem embargo dessas investidas teóricas e de seu inegável valor, ilustrarei por outras veredas o que considero o próximo passo rumo a uma revolução procedimental em favor de uma cognição mais democrática e constitucionalmente adequada: os processos estruturais e a proceduralização.

¹⁰²² MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento & cognição: uma inserção no estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 212.

¹⁰²³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 91.

¹⁰²⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. São Paulo: RT, 2021.

¹⁰²⁵ VOGT, Fernanda Costa. *Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos processos cognitivos*. Salvador: JusPodivm, 2020.

Como técnicas que favorecem a oxigenação cognitiva a partir da riqueza e da complexidade do objeto a ser analisado, divisei nos processos estruturais e na proceduralização vias promissoras e ilustrativas da subversão processual e procedimental em favor de uma cognição mais democrática, quiçá em função de que temas de maior sensibilidade política e incorporadores de interesses plurais e diversos potencialmente tornariam mais desgastante o recurso a simulacros de jurisdição, decisões-padrão ou uma impermeabilidade judicial à influência dos atores envolvidos.

Dito de outro modo, minha hipótese aqui é a de que *provimentos ilusoriamente simplificadores da realidade tendem a ser estrategicamente menos eficazes e mais duvidosamente legítimos quanto mais complexa for a realidade; daí essa renegação a um subjetivismo judicial e uma maior abertura procedimental-cognitiva possivelmente encontrarem menos resistência por meio dos processos estruturais e da proceduralização.*

9.3.1 Processos estruturais

Os chamados processos estruturais têm sua origem remontada ao caso *Brown v. Board of Education*¹⁰²⁶, por meio do qual a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou a inconstitucionalidade da segregação racial no acesso a escolas públicas. O ponto, todavia, está em que aquele caso, na verdade, representou somente o marco inaugural de uma série de reformas estruturais institucionais outras, naturalmente decorrentes do estabelecimento da premissa de ser a discriminação racial algo inconstitucional.

Enfim, restou evidenciada a insuficiência do modelo decisório tradicional frente a um estado de coisas complexo, a envolver problemas e práticas arraigados em instituições e a repercutir sobre interesses plúrimos e multifacetados, produzindo litígios irradiados e despolarizados em que as diferentes posições observavam pontos de convergência e de divergência refratários a uma lógica dual de antagonismo.¹⁰²⁷

A bem da clareza, ressalta-se que algumas disputas não são pontuais, decorrendo do mau funcionamento de uma estrutura burocrática capaz de perpetuar o conflito.¹⁰²⁸ Tampouco

¹⁰²⁶ Abordando o caso como marco inicial dos processos estruturais: COTTROL, Robert J.; DIAMOND, Raymond T.; WARE, Leland B. *Brown v. Board of Education: caste, culture, and the Constitution*. Kansas: University Press of Kansas, 2003. p. 6-7; FISS, Owen. Two models of adjudication. In: DIDIER JÚNIOR Fredie, JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 761; KLARMAN, Michael J. *Brown vs. Board of Education: law or politics? UVA School of Law, Public Law Research paper n. 2-11, dez. 2002*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=353361>. Acesso em: 10 out. 2021.

¹⁰²⁷ VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 326.

¹⁰²⁸ VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 56 e 61.

são aquelas disputas restritas a uma sorte de maniqueísmo a separar os interesses envolvidos em apenas dois lados opostos. Por isso é que, em lugar de soluções prontas e acabadas, tornou-se clara, em casos específicos, a necessidade de provimentos pelos quais se estabelecesse com as instituições pertinentes uma relação contínua, frequentemente revisitada e passível de correção ao longo do tempo, que considerasse, ainda, a cooperação e participação das partes e de interessados.¹⁰²⁹

Sem embargo de seu desenvolvimento mais precoce nos Estados Unidos, como antecipado, o tema, em algum momento, atrairia a atenção da doutrina brasileira.¹⁰³⁰ Assim, na esteira da ação popular, da ação civil pública, das ações coletivas e dos juízos recuperacional e falimentar — e, mais recentemente, do artigo 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro —, diversos autores passaram a advogar em favor dos processos estruturais como realidade e *locus* possível para que, também entre nós, o Judiciário, deixando de assumir unilateralmente e com exclusividade a tarefa de construção de planos para uma gradual tutela do bem jurídico pertinente, recorresse a uma função mais de fiscalização que de comando, franqueando aos envolvidos o estabelecimento de programas e etapas.¹⁰³¹

O papel judicial, por conseguinte, sofreria câmbio sensível em feitos daquela natureza, assumindo uma característica contínua, constante, até pela incerteza sobre as consequências que poderiam advir de cada passo no caminho rumo à conformação de um estado de coisas desconforme.¹⁰³²

Ademais, haveria o Judiciário, naqueles casos, de zelar por uma ampla participação de todos os interesses relevantes, colhendo informações e produzindo as provas relevantes, tudo de modo a assegurar maior proporcionalidade e adequação dos impactos decisórios sobre o universo de interesses direta e indiretamente envolvidos. É nessa esteira que se diz que o processo estrutural se abre dialogicamente, ampliando sobremaneira a dinâmica processual para elastecer os canais de debate e potencializar as janelas de participação, tudo de modo a propiciar

¹⁰²⁹ FISS, Owen. *The civil rights injunction*. Indiana University Press: Bloomington, 1978. p. 28.

¹⁰³⁰ MADUREIRA, Cláudio; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processos estruturais e formalismo-valorativo. In: SICA, Heitor; CABRAL, Antonio do Passo; SEDLACEK, Federico; ZANETI JÚNIOR, Hermes (orgs.). *Temas de Direito Processual Civil Contemporâneo*. Serra: Editora Milfontes, 2019. v.1.

¹⁰³¹ ARENHART, Sergio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Felix. *Curso de processo estrutural*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. *E-book*.

¹⁰³² “O problema estrutural se define pela existência de um estado de desconformidade estruturada – uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal. Como quer que seja, o problema estrutural se configura a partir de um estado de coisas que necessita de reorganização (ou de reestruturação).” (DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 75, p. 104, jan./mar. 2020.

um ambiente democrático mais capaz de contemplar a imbricação subjetiva que acompanhe a complexidade do imbróglío a ser superado no tempo.¹⁰³³

Aproximando-se da ideia de um verdadeiro *town meeting*, o processo estrutural surgiria de modo a favorecer a manifestação dos distintos subgrupos sociais atingidos, tomando em conta os interesses de todo e cada um deles. A premissa é a de que, em litígios irradiados — destinatários preferenciais do processo estrutural —, não há falar em “um ‘ponto de vista da sociedade’ de que alguém possa, sozinho, se dizer portador”.¹⁰³⁴

Sem dúvida, mais importante do que se aferrar a ideias preconcebidas de separação e especialização de funções é “desenvolver um processo no qual o protagonismo seja dos valores públicos, consagrados na Constituição, relativamente aos quais os diferentes agentes que exercem parcela de poder, público e privado, possam dialogar”.¹⁰³⁵

O substrato social representado no processo refletiria uma realidade inegável, uma diversidade de perspectivas que, se não pode ser desconsiderada, deve, saudavelmente, ser cooptada em favor da construção de uma solução no tempo. Reconhece-se que as pessoas têm interesses distintos, é claro, mas igualmente se reconhecem, reciprocamente, suas capacidades deliberativas. “Todos os envolvidos esperam que do diálogo processual derivem resultados sociais, de modo que estarão tão mais motivados a dele participar quanto mais claramente perceberem essa conexão.”¹⁰³⁶

Relacionando os processos estruturais com o assunto deste trabalho, nota-se que a complexidade e a sensibilidade social de dadas disputas desfavorecem amplamente padrões decisórios obsoletos e, particularmente, falácias epistêmicas, como é o caso da discricionarietà.

Quanto mais rica a problemática e quanto maior for a repercussão sobre seu endereçamento, mais escancarada haverá de ser a insuficiência e a deslegitimação de uma desacreditada jurisdição ensimesmada. Uma maior abertura, conseqüentemente, vem a galope não de uma espontânea humildade institucional que faça ver não ser o Estado ou seus agentes senhores de todos os ramos de conhecimento, mas sim de uma vulnerável exposição capaz de erodir em larga escala a sua autoridade.

¹⁰³³ ARENHART, Sergio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Felix. *Curso de processo estrutural*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. *E-book*.

¹⁰³⁴ VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 326.

¹⁰³⁵ VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 97.

¹⁰³⁶ VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 56 e 328.

9.3.2 Proceduralização

Paralelamente aos processos estruturais, a proceduralização surge como teoria multitemática¹⁰³⁷ que pretende fornecer uma resposta à crise regulatório-jurídica do *Welfare State*, no contexto de uma sociedade cada vez mais acêntrica, complexa e fragmentada. Como uma nova perspectiva sobre disputas que transcendem o discurso jurídico, a vertente encontra terreno fértil notadamente na jurisdição constitucional, ainda que a ela não se limitando.

Feixes de interesses são trazidos para o centro da arena. Promessas antagonizam a realidade e sobrecarregam o sistema legal. Somado a isso, a sociedade evolui e os problemas vão se tornando cada vez mais complexos. As subjetividades coletivas geram questões multifacetadas.

Diante de novos problemas, novas abordagens, de modo que a proceduralização prega uma guinada: de uma visão tradicional, formal e substantiva do direito (com uma legitimidade procedimental ou meramente de justiça da decisão) rumo a uma visão procedural, com condições para envolvimento e limitação da atuação de diversos agentes no processo de construção da decisão judicial e do direito.¹⁰³⁸

Mais bem explicando, temas mercadológicos, de tecnologia ou de biossegurança não encontram na centralidade política ou na centralidade jurisdicional-constitucional os ambientes ideais de enfrentamento. Surge a necessidade, então, de uma abertura por parte da instância pública para a incorporação de conhecimento cuja geração provém de outras camadas sociais. Um horizonte de formulação de novas distinções e conceitos jurídicos a partir do caso a caso. O processo de construção do direito é aberto para uma dimensão de aprendizagem constante sobre temas complexos.¹⁰³⁹

O conhecimento é gerado a partir do procedimento que se estabelece, e não a partir de normas, princípios ou ponderação abstrata. O valor da decisão se dá segundo procedimentos criados para uma elaboração discursiva da solução; uma construção dialógica das preferências.

¹⁰³⁷ TEUBNER, Gunther. Dealing with paradoxes of law: Derrida, Luhmann, Wiethölter. In: PEREZ, Oren; TEUBNER, Gunther (orgs.). *On paradoxes and inconsistencies in law*. Oxford: Hart Publishing, 2006. p. 62; KENNEDY, Duncan. *Comment on Rudolf Wiethölter's materialization and proceduralization in modern law and proceduralization of the category of law*. Disponível em: www.jura.uni-frankfurt.de/42908776/kennedy.pdf. Acesso em: 1º dez. 2017, p. 511 et seq.

¹⁰³⁸ TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: Constitucionalismo social na Globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 237 et seq.

¹⁰³⁹ TEUBNER, Gunther. Substantive and reflexive elements in modern law. *Law & Society Review*, v. 17, n. 2, 1983, p. 239-286.

As soluções não são impostas pela lei, mas sim induzidas por uma estratégia procedimental-discursiva. Não propriamente se alteram os objetivos, mas a maneira de persegui-los. A preocupação é com implementar políticas, mais que preocupações normativas sobre como uma política deveria ser.

A proceduralização se opõe a uma materialização (legitimação da decisão a partir de interpretação que se dê adequando conteúdo das normas a valores) e também a uma formalização (criação de regras jurídicas segundo uma dedução axiomática). Há um acesso metodológico distinto, que buscará assimilar todas as nuances do problema e, via de consequência, um melhor direcionamento para a construção da solução.¹⁰⁴⁰

Na prática, e exemplificando, num caso com argumentos fortes de ambos os lados e de alta competição (Estado vs. mercado; empresariado vs. empregados etc.), a corte não dará vitória total a somente um lado. Em vez disso, a corte estabelecerá áreas dentro das quais cada instituição deterá competência argumentativa, sendo esses argumentos submetidos a testes de balanceamento.

A corte deve zelar por esse balanceamento político-econômico de modo que ninguém ganhe tudo e ninguém não ganhe nada. E aqui fica clara a origem da proceduralização: uma alternativa à inexistência de uma técnica neutra que permita decidir de modo inequivocamente certo para qualquer um dos dois lados. Trata-se de questões para as quais não há uma melhor decisão sem que haja também o risco de uma desestabilização social. Em lugar de agências reguladoras, deve ser dada maior importância a mecanismos de autorregulação e auto-organização. É o que ocorre, por exemplo, com as normas comuns na União Europeia.

Com a proceduralização, há um reconhecimento das instituições do sistema democrático-capitalista de bem-estar social, mas ao mesmo tempo uma defesa de áreas de autonomia contra a burocratização por meio da legalidade. As instituições devem ser capazes de funcionar para negociar e decidir questões sem um controle material das cortes.

Não se deve louvar uma decisão que produza injustiça pelo fato de ser ela formal, institucional, emanada de uma corte com base na lei (ex.: reserva do possível). A lei somente pode ser tida como racional se estiver relacionada à justiça. Daí que a racionalidade legal passa por uma mediação entre universalidade normativa e circunstâncias reais. A lei está morta (ou morrendo) e deve renascer por meio da proceduralização. Essa dissociação entre justificação normativa e contingências situacionais deve ser enfrentada. Resumindo: proceduralização parte

¹⁰⁴⁰ WIETHÖLTER, Rudolf. Materialization and proceduralization in modern law. In: TEUBNER, Gunther (org.). *Dilemmas of law in the welfare state*. New York: Walter de Gruyter, 1988. p. 222-225.

do fracasso de tudo (do sujeito, do mercado, do Estado) para propor uma lógica de reconstrução frente à inexistência de alternativas.

Um conceito de direito fechado, correto, substantivo e racional não pode prevalecer sobre um falso ideal de sociedade. A sociedade deve abrir-se para uma nova lógica de reconstrução. Os direitos sociais não devem ser considerados garantias de algo ou mera garantia de participação. Esses direitos estão menos conectados à participação individual ou ao Estado provedor do que à garantia de que se tome em conta as perspectivas (através da proceduralização) das necessidades dos eleitores, dos consumidores, dos destinatários das políticas de bem-estar. Devemos sair de um direito orientado do passado para o presente para uma arena interativa em que passado e futuro se encontrem.

A proceduralização, assim, constitui um ambiente em que regras procedimentais são negociadas para enfrentamento de situações complexas, estruturando regramentos para solução de problemas jurídicos e assegurando abertura institucional para que as inovações sejam apreendidas pela jurisdição, assegurando contemporaneidade normativa.

Uma democratização progressiva das diferentes camadas do direito, sob a perspectiva em alguma medida *habermasiana*, seria a forma de se assegurar uma inserção de determinados segmentos sociais nas condições de ideais de comunicação sob o espectro jurídico.

Os tribunais devem agir como árbitros de interesses, mas definindo condições amplas de interação entre instituições que reivindicuem uma parcela de responsabilidade e de capacidade para contribuir com a construção da decisão.

A proceduralização seria então a transformação de um contexto social de liberdades segundo o direito para um sistema de justificação de um novo contexto social de interesses. A mudança de prisma migra de regras de aplicação para identificação de oportunidades sociais e alocação de realizações. Mercado e público devem assumir proeminência sobre partidos e associações.

O direito passa a depender dos procedimentos que institui com vistas à construção de decisões fundamentadas e justificadas segundo ideais básicos da comunidade, como racionalidade, participação democrática e pluralismo.

Não raro, a discricionariedade incide em razão da judicialização de matérias não propriamente jurídicas. Esse paradoxo da indecidibilidade abre campo para a proceduralização, plataforma de pensamento que confere à jurisdição condições para a produção de conhecimento

e para lidar com temas cada vez mais complexos, funcionando, assim, como instrumento de *accountability* e alternativa a uma predação ou captura do jurídico por outros discursos.¹⁰⁴¹

A realidade atual, complexa, plural e fragmentada, escancara a impossibilidade de um entendimento traduzir-se numa única perspectiva.¹⁰⁴² A democracia pós-moderna exige, assim, uma multiplicidade de visões a tornar os espaços de deliberação importantes elementos do nosso “*eu social*”. As decisões na esfera pública, pois, devem tomar em conta — e jamais se fechar para — uma concepção policontextual de sobreposição de diferentes sistemas funcionais.¹⁰⁴³

A complexidade e a fragmentação só podem ser enfrentadas por uma nova racionalidade, heterárquica e reflexiva. O Estado, quando age como possuidor de todo o conhecimento necessário à solução de todos os aspectos da vida, está fadado à ruína.¹⁰⁴⁴

Uma vez mais: a discricionariedade, não raro, surge como uma (vazia) resposta mágica que preenche as lacunas da indecidibilidade ou da complexidade. Melhor seria, pois, se o Estado admitisse como premissa a própria precariedade cognitiva em alguns casos, abrindo-se ao enriquecimento propiciado pelo outro, alternativa mais democrática, constitucionalmente adequada e, até, mais eficiente, porque mais sustentável como solução, possuindo maior legitimidade e aportes mais qualificados.

Em lugar de perseguir maior reflexão, os Estados da pós-modernidade preferem eliminar os espaços de auto-organização social, neles intervindo para ditar soluções em tom de autoridade; deveriam, antes, se servir do conhecimento e das contribuições sociais. Como espaço social de deliberação pública, o processo tem sido vitimado pela discricionariedade como castração dessa reflexividade.

O Estado procedural, ao revés, assume uma postura de humildade, reconhecendo o privilégio cognitivo de atores privados, estimulando-lhes na produção de conhecimento e assumindo o papel de vetor de promoção da reversão desse conhecimento em favor de toda a comunidade.¹⁰⁴⁵

Como forma de enfrentar as deficiências de aprendizado, de reflexão e de adaptação, a proceduralização estimula e busca viabilizar o diálogo, o acordo e a autorregulação.¹⁰⁴⁶ Afinal,

¹⁰⁴¹ ABOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 506-507.

¹⁰⁴² ABOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 523.

¹⁰⁴³ LADEUR, Karl-Heinz. Globalization and the conversion of democracy to polycentric networks: can democracy survive the end of the nation State? In: LADEUR, Karl-Heinz (org.). *Public governance in the age of globalization*. London: Routledge, 2017. p. 103 e 204.

¹⁰⁴⁴ ABOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 538.

¹⁰⁴⁵ ABOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 545.

¹⁰⁴⁶ ABOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 598.

frequentemente, o conhecimento exigido para a solução de um tema judicializado não será apenas (muitas vezes nem sequer preponderantemente) jurídico. É falar, recorrendo a Abboud:

Do mesmo modo que inexistente o fim da história, também não há fundamento metafísico isolado a justificar o Estado, a sociedade, a democracia e o direito. Outrossim, essa realidade fragmentada em diversos sistemas autônomos e diferenciados torna impossível uma compreensão verdadeiramente holística das diversas áreas do saber ou das diversas estruturas sociais. Enfim, a pós-modernidade escancara a impossibilidade de se pretender acessar a realidade por uma única perspectiva totalizante. Na realidade, a ficção (*als ob*) é a única via “realmente” funcional para se compreender, por fragmentos, a realidade.¹⁰⁴⁷

Eis então que a proceduralização, como matriz teórica, prega uma alternativa a uma jurisdição plenipotente, autocrática, *top down*¹⁰⁴⁸, veiculando, ao contrário, um ambiente aberto, plural e leal de fomento cognitivo e, naturalmente, de maior democratização.

Conquanto mais contingencial e abstrata que os processos estruturais, a premissa em que se enreda a proceduralização tem tudo a ver com a hipótese aqui advogada: por meio de um desintrincheiramento cognitivo da autoridade pública, nomeadamente os juízes e tribunais, franqueia-se a agentes com maior conhecimento e *expertise* em temas complexos a possibilidade de influir no debate público e de participar ativamente da construção de soluções mais sustentáveis.

9.4 UM FECHO: A COGNIÇÃO COMO INSTITUTO PROCESSUAL DE DEMOCRATIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO E DE DILUIÇÃO DE SUBJETIVISMOS

Não mais cabe a visão do julgador como “um achador (descobridor) de um preceito ético diluído na névoa dos tempos só sensibilizável por um *sentire* divinatório do descobridor da sentença”.¹⁰⁴⁹

Se o decisor é uma soma de suas circunstâncias e o produto de contextos históricos e espaciais que o forjam sob o signo de uma intersubjetividade que o acompanha desde o nascimento, deve essa mesma premissa preponderar na construção de um pensar sobre problemas submetidos à sua solução.

¹⁰⁴⁷ ABOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 660.

¹⁰⁴⁸ ABOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 662.

¹⁰⁴⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. 3. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 17.

Não deve o processo ser convertido em embaraço a um agir ensimesmado. Ao contrário, suas etapas e sua organização veiculam direitos fundamentais que impõem uma abertura cognitiva real, apta a contrapor-se ao arbitrário subjetivismo de um único sujeito.

A captura dos institutos processuais em favor do Estado e a perspectiva de um processo civil de resultados denunciam a desnaturação de limites, convertidos pelo ente limitado em formalidades desimportantes que embaraçariam o exercício do poder. Essa alegoria, nada obstante, falece quanto mais complexas e plurais se revelem as disputas e os problemas a se solucionar.

Sob pena de ver erodir sua legitimidade, a jurisdição então se abre, recorrendo a novos olhares que, conquanto ainda contingenciais, bem demonstram ser possível uma forma mais democrática de se enxergar a aplicação do direito.

CONCLUSÃO

Originada de exótica perspectiva positivista, a discricionariedade acabou subvertida para converter-se em uma sorte de margem subjetiva e voluntarista de exercício do poder jurisdicional; arbitrariedade mesmo, porque seria ela supostamente ilimitada e incontrolável — algo que não é coadunado por um contexto democrático. Por isso é que seus mimetismos não desnaturam sua essência e nem logram demasiado tempo ocultar sua verdadeira face: de subversão teórica foi ela guindada a uma ideologia autocrática; a fórmula para se enxergar (capturar) o próprio direito.

Mais que mero artifício teórico, a discricionariedade judicial, notadamente no Brasil, se revela cotidianamente na prática, seja de forma ostensivo-performativa, seja de maneira dissimulada. Fato é que, instrumentalizadora e veiculadora de um discurso de poder e de dominação, serve ela ao propósito de contornar o dever de fundamentação a pretexto de imunizar-se a controles. Sua constatação, nada obstante, se por um lado funciona como demonstrativo da tática de reafirmação como mote para a consagração de sua ambicionada juridicidade, igualmente a fragiliza na medida em que denuncia alguns de seus muitos paradoxos: sua volatilidade e sua suscetibilidade à moldagem que se lhe queira atribuir, o que denota que ela, discricionariedade, observa algum dinamismo e mutações que tornam discricionário o seu próprio preenchimento de sentido.

Por aquelas e outras é que a discricionariedade judicial não se sustenta. Não é ela escolha, pois nossas escolhas não sucedem desvinculadas de aportes de um inconsciente produto de elementos que não dominamos. Mais se aproxima ela, então, de uma heurística fruto de juízos intuitivo-morais que recorrem à própria vaziez como artifício para uma pretensa conformação automática ao direito.

Semiologicamente, como um idealizado preenchimento de sentido, igualmente não passa ela, discricionariedade, de um entimema, um estereótipo; estratégia discursiva que busca fabular um projeto de poder; falácia epistêmica alçada a premissa que embasa um estratagema que se replica visando a se firmar como dogma, mas que não pode se manter acriticamente.

Hermeneuticamente, tampouco há a discricionariedade de prosperar. Se o aporte da subjetividade no direito é inevitável, igualmente inevitável é o aporte da intersubjetividade na subjetividade. Não há uma visão privilegiada, vinda de lugar nenhum, que desça divinamente, por um emissário privilegiado dos sentidos, revelando uma ontologia das coisas. A compreensão não ocorre despida de um (limitador) partilhar em dados contextos histórico e linguístico.

Finalmente, sob um olhar sistêmico, representa a discricionariedade a ruptura da autonomia do direito por de dentro. Uma degeneração do sistema jurídico que, em lugar de reduzir complexidades e estabilizar expectativas, alça a incerteza a níveis não mais assimiláveis, erodindo o próprio sistema a que diz ela pertencer.

A discricionariedade, enfim, não se sustenta juridicamente, o que não a descredencia (antes, a recrudesce!) enquanto ameaça. Se é do poder testar e buscar contornar seus limites, igual dinamismo deve ser ambicionado pelas estratégias que pretendam combater o arbítrio. No que concerne à discricionariedade, ganham relevância o resgate da doutrina como ferramenta de constrangimento epistemológico e a retomada de uma visão de processo e de teoria da decisão como contraponto e restrição à jurisdição enquanto poder. São esses exemplos de trincheiras a partir das quais devem se manter vigilantes aqueles que prezem a democracia como condição de possibilidade do direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABEL, Henrique. *Os fundamentos epistemológicos do direito no constitucionalismo contemporâneo*. 266 f. 2016. Dissertação (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, 2016.

ABEL, Henrique. *Positivismo jurídico e discricionariedade judicial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de; GOUVEIA, Lúcio Grassi de; COLARES, Virgínia. Fatores metaprocessuais e suas influências para a formação da decisão judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, 2018.

ABBOUD, Georges. *Direito constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial*. O ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: RT, 2014.

ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2020.

ABBOUD, Georges; KROSCINSKY, Matthäus. Depois da razão. *Revista Estado da Arte*, São Paulo, 5 out. 2021. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/depois-razao-abboud-kroschinsky/>. Acesso em 25 out. 2021.

ABBOUD, Georges; ROSSI, Júlio César. Riscos da ponderação à brasileira. *Revista de Processo*, v. 269, jul. 2017.

AFONSO, José Roberto Rodrigues; NÓBREGA, Marcos. Comentário ao artigo 52, X. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

ALBERT, Hans. *Tratado da razão crítica*. Tradução: Idalina Azevedo da Silva *et al.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.

ALEXY, Robert. The dual nature of Law. *Ratio Juris*, v. 23, n. 2, jun. 2020.

ALEXY, Robert. The nature of arguments about the nature of law. In: MEYER, Lukas H.; PAULSON, Stanley L.; POGGE, Thomas Winfried Menko (eds.). *Rights, culture, and the law: themes from the legal and political philosophy of Joseph Raz*. Oxford University Press, 2003.

ALMEIDA, Carolina Sampaio. A relevância dos precedentes judiciais como mecanismo de efetividade processual. *Revista dos Tribunais*, v. 922, ago. 2012.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Direito judiciário brasileiro*. São Paulo: Freitas Bastos, 1960.

ANDRADE, Flávio da Silva. A dissonância cognitiva e seus reflexos na tomada da decisão judicial criminal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 3, set./dez. 2019.

ANGWIN, J. *et al.* Machine Bias. *ProPublica*, New York, 23 maio 2016. Disponível em: <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>. Acesso em: 14 nov. 2021.

ARANGO, Rodolfo. *¿Hay respuestas correctas em el Derecho?* 2. ed. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 2016.

AROCA, Juan Montero. Princípios sobre a prova. *Revista IOB* 45/107.

ARROJO, Rosemary. A desconstrução do logocentrismo e a origem do significado. In: ARROJO, Rosemary (org.). *O signo desconstruído: implicações para a tradução, a leitura e o ensino*. Campinas: Pontes Editores, 1992.

ARENHART, Sergio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Felix. *Curso de processo estrutural*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. *E-book*.

ARNAUD, André-Jean; LOPES JÚNIOR, Dalmir (orgs.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ASHENFELTER, Orley; EISENBERG, Theodore; SCHWAB, Stewart. Politics and the Judiciary: the influence of judicial background on case outcomes. *Journal of Legal Studies*, Filadelfia, v. 24, n. 2, jun. 1995.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2000.

ATIENZA, Manuel. *O sentido do direito*. Tradução: Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar; Verba Legis, 2014.

AUSTIN, J. L. *How to do things with words: The William James Lectures delivered at Harvard University in 1955*. London: Oxford University Press, 1962. p. 4.

AUSTIN, John. *Lectures on jurisprudence, or the philosophy of positive law*. 5. ed. London: John Murray, 1911. v. 2.

AUSTIN, William; WILLIAMS III, Thomas A. A survey of judges' responses to simulated legal cases: Research Note on Sentencing Disparity. *Journal of Criminal Law & Criminology*, n. 68, 1977.

ÁVILA, Humberto. Notas sobre o papel da doutrina na interpretação. Conversa sobre a interpretação do direito. Estudos em homenagem ao centenário de Miguel Reale. *Cadernos para debate*, Canela: Instituto de Estudos Culturalistas, n. 4, set. 2011.

AZEVEDO, André Gomma; FELIX, Loussia P.M. Changing perspectives in legal education: competence-based learning and the possibilities to improve access to justice via mediation skills. *Tuning Journal for Higher Education*, v. 2, p. 253-281, 2015.

BALAYN, Agathe Balayn, GÜRSES, Sede. *Beyond debiasing: regulating AI and it's inequalities*. European Digital Rights (EDRi), 2021.

BARBA, Rafael Giorgio Dalla. *Nas fronteiras da argumentação: a discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

BARGH, J. A. The four horsemen of automaticity: Awareness, efficiency, intention and control in social cognition. In: WYER, J. R. S.; SRULL, T. K. (eds.). *Handbook of social cognition*. Hillsdale, NJ: Erlbaum, 1984.

BARKOW, J. H., Cosmides, L; TOOBY, J. (eds.). *The adapted mind: evolutionary psychology and the generation of culture*. Oxford: New York, 1992.

BARRETT, Lisa Feldman. *How emotions are made: the secret life of the brain*. Boston; New York: Houghton Mifflin Harcourt, 2017.

BARTOLOMEO, John *et al.* Sentence decisionmaking: the logic of sentence decisions and the extent and sources of sentence disparity. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 72, n. 2. 1981.

BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences: a perspective on judicial behavior*. Nova Jersey: Princeton University, 2008.

BAYON, Juan Carlos. Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, v. 2, n. 4, 2010.

BENTHAM, Jeremy. Truth versus Ashhurst; or law as it is, contrasted with what is said to be. *The Works of Jeremy Bentham (published under the superintendence of his executor, John Bowring)*. Edimburgh: Willian Tait, 1843. v. 5.

BETTERMANN, Karl August. Verfassungsrechtliche Grundlage und Grundsätze des Prozesses. *Juristischer Blätter*, 94, Jahrgang, Heft 3/4, p. 56-68, feb. 1972.

BITTAR, Eduardo C. B. *Linguagem jurídica: semiótica, discurso e direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *Controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

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

BOSCHI, José Antonio Paganella. Individualização da pena. In: CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRASIL. Anteprojeto de Código de Processo Civil. Comissão de juristas responsável pela elaboração do Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. Disponível em: <https://bit.ly/3cycfQ8>. Acesso em: 4 fev. 2020.

BRENNER, Saul; WHITMEYER, Joseph M. *Strategy on the United States Supreme Court*. Nova York: Cambridge University, 2009.

BURTON, Robert A. *Sobre ter certeza: como a neurociência explica a convicção*. Tradução: Marcelo Barbão. São Paulo: Blucher, 2018.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Súmulas, praticidade e justiça: um olhar crítico sobre o direito sumular e a individualização do direito à luz do pensamento de Misabel de Abreu Machado Derzi. In: COÊLHO, Sacha Calmon Navarro (coord.). *Segurança jurídica: irretroatividade das decisões prejudiciais aos contribuintes*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CABEDO, Jorge de. *Practicarum observationum sive decisionum Supremi Senatus Regni Lusitaniae*. Antuerpiae: ioannem mevrsvim, 1635. dec. CCXII, 3-4.

CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. São Paulo: RT, 2021.

CAENEGEM, R. C. *Judges, legislators and professors: chapters in European legal history*. (Goodhart lectures, 1984-1985). Nova Iorque: Cambridge University Press, 2006.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1995.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Aplicação da pena e o problema da discricionariedade judicial: breve estudo comparativo entre a dosimetria penal brasileira e o modelo de sentencing guidelines norte-americano e inglês*. Salvador: JusPodivm, 2021.

CANIVET, Guy. Activisme judiciaire et prudence interprétative: introduction générale in la création du droit par le juge. *Archives de philosophie du droit*, Paris: Dalloz, t. 50, p. 7-32, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 20, out. 2001.

CARMELO, Luís. *Semiótica: uma introdução*. Mem Martins-PT: Publicações Europa-America, 2003.

CARNAP, R. *The logical syntax of language*. London: Routledge & Kegan Paul Ltd., 1937.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Liminar na segurança individual. *Revista da AJUFE*, mar./jun. 1992.

CARNEIRO, Henrique Carvalho. Como participa a decisão jurídica na autopoiesis do direito? Uma leitura a partir do direito da sociedade. In: SILVA, Artur Stamford; SANTOS, Gustavo Ferreira (orgs.). *Sociedade, direito e decisão em Niklas Luhmann*. Recife: Editora Universitária UFPE, 2009.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*. Curitiba: UFPR, n. 23, p. 115-126, nov. 2004.

CARVALHO, Salo de. *Como não se faz um trabalho de conclusão*: provocações úteis para orientadores e estudantes de direito. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo*: o exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO NETTO, Menelick. Prefácio. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário e(m) crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. *Constituição Federal brasileira, 1891*: comentada. Brasília: Senado Federal, 2002.

CEREZER, C.; FLORES, A. P. M.; ZANARDI, I. Introdução aos estudos heideggerianos a partir de ser e tempo: uma renovação contemporânea da íntima questão do Ser. *Thaumazein: Revista Online de Filosofia*, ano V, n. 9, p. 67-79, jun. 2012. Disponível em: <https://bit.ly/3DBuDTX>. Acesso em: 10 nov. 2021.

CHAMBERLAIN, Daniel Henry. *The doctrine of stare decisis: its reasons and its extent*. New York: Baker, Voorhis & Co Publishers, 1885.

CHARLES, Sébastien. O solipsismo como forma extrema de ceticismo no século das luzes. *Dois Pontos*, Curitiba, São Carlos, v. 4, n. 2, out. 2007.

COELHO, Luiz Fernando. Positivismo e neutralidade ideológica em Kelsen. In: PRADO, Luiz Regis; KARAM, Munir. *Estudos de filosofia do direito*: uma visão integral da obra de Hans Kelsen. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984.

COHEN, Félix Solomon. *Ethical systems and legal ideals*: an essay on the foundations of legal criticism. Westport: Greenwood Press, 1933.

COLEMAN, Jules L. *The practice of principle*: in defense of a pragmatist approach to legal theory. New York: Oxford University Press, 2001.

COMTE, Augusto. *Cours de philosophie positive*. Paris: Rouen Frères (Bachelier), 1830-1842.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

COSTA, Alexandre Araújo. *Direito e método*: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

COSTA, Eduardo Jose Fonseca da. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Salvador: JusPodivm, 2018.

COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Tradução: Alexander Rodrigues de Castro *et al.* Curitiba: Juruá, 2010.

COSTA, Sílvio Nazareno. *Súmula vinculante e reforma do judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. Vinculação a precedentes e livre convencimento judicial. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 266, abr. 2017.

COTTRILL, Robert J.; DIAMOND, Raymond T.; WARE, Leland B. *Brown v. Board of Education: caste, culture, and the Constitution*. Kansas: University Press of Kansas, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários às Leis de Mandado de Segurança*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

CROSS, Frank B.; NELSON, Blake J. Strategic institutional effects on Supreme Court decisionmaking. *New York University Law Review*, Nova York, v. 95, 2001.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4. ed. Oxford: Clarendon Press, 1991.

CRUZ, Guilherme Braga da. O direito subsidiário na história do direito português. In: CRUZ, Guilherme Braga da. *Obras esparsas, estudos de história do direito: direito moderno*. Coimbra: Coimbra Editora, 1981. v. 2.

CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da; REIS, Mauricio Martins. Por uma teoria dos precedentes obrigatórios conformada dialeticamente ao controle concreto de constitucionalidade. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 235, set. 2014.

DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1986.

DANAHER, John. The threat of algocracy: reality, resistance and accommodation. *Philosophy & Technology*, v. 29, n. 3, p. 245-268, 2016.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DE WAAL, Frans. *Good natured: the origins of right and wrong in humans and other animals*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996.

DESCARTES, René. *Discurso do método*. Brasília: UnB, 1985.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 75, jan./mar. 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1987.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

DUBOUCHET, Paul. *Sémiotique juridique: introduction à une Science du droit*. Paris: PUF, 1990.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge University Press: New York, 2008.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

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

EAGLEMAN, Daniel. *Incógnito: as vidas secretas do cérebro*. Tradução: Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Rocco, 2012.

ECO, Umberto. *A estrutura ausente: introdução à pesquisa semiológica*. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

ECO, Umberto. *A obra aberta*. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 1991.

ECO, Umberto. *Lector in fabula: a cooperação interpretativa nos textos narrativos*. Tradução: Atílio Cancian. São Paulo: Perspectiva, 1986.

ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. Tradução: Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2000.

ELLIOT, Catherine; QUINN, Francis. *English legal system*. 7. ed. Dorchester: Pearson Education Limited, 2006.

EMPIRICUS, Sextus. *Outlines of Scepticism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

ENTERRÍA, Eduardo García. La lucha contra las inmunidades del poder em el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). *Revista de administración pública*, n. 38, 1962.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices justices make*. Washington: CQ Press, 1998.

EVANS, Jim. Change in the doctrine of precedent during the nineteenth century. In: GOLDSTEIN, Laurence L. (ed.). *Precedent in law*. Oxford: Clarendon Press, 1987.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução: Elaine Nassif. Bookseller: Campinas, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Forense, 2015.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Por que ler Kelsen, hoje?* In: COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 4. ed. São Paulo, 2001.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*. Tradução: Vitor de Paula Ramos. Salvador: JusPodivm, 2021.

FESTINGER, L. *A Theory of cognitive dissonance*. Stanford: Stanford University, 1957.

FESTINGER, L. *Teoria da dissonância cognitiva*. Tradução: Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.

FIGUEROA, Alonso García. La tesis del caso especial y el positivismo jurídico. In: *Doxa*, n. 22, 1999.

FISH, Stanley. *Is there a text in this class? The authority of interpretive communities*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1980.

FISS, Owen. *The civil rights injunction*. Indiana University Press: Bloomington, 1978.

FISS, Owen. Two models of adjudication. In: DIDIER JÚNIOR Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008.

FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. *The Yale Law Journal*, v. 91, n. 4, 1982.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002.

FOWLER, James H.; JEON, Sangick. The authority of Supreme Court Precedent: a network analysis. *Social Networks*, v. 30, n. 1, jan. 2008. Disponível em: <https://bit.ly/3cj3RDT>. Acesso em: 4 maio 2019.

FRANK, Jerome. Justice and emotions. In: FRANK, Jerome. *Courts on trial: myth and reality in american justice*. Nova Jersey: Princeton University, 1949. Disponível em:

<https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3707&context=ilj>.

Acesso em: 10 nov. 2021.

FRANKEL, Marvin. *Criminal sentences: law without order*. New York: Hill and Wang, 1973.

FRANKEL, Marvin. Lawlessness in sentencing. *University of Cincinnati Law Review*, v. 1, n. 41, 1972.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Vocabulário jurídico com apêndice*. São Paulo: Saraiva, 1883. t. I.

FREUD, Sigmund. *Freud 1923-1925 – obras completas: o eu e o id, autobiografia e outros textos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. v. 16.

FREUD, Sigmund. *Uma neurose infantil e outros trabalhos (1917-1918)*. Edição Standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Tradução: Christiano Monteiro Oiticica e Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Imago, 1969. v. XVII.

FULCO, Ana Carolina de C.; FALCÃO, Pablo R. de L. Decisão jurídica sob um olhar retórico-pragmático. In: SILVA, Artur Stamford; SANTOS, Gustavo Ferreira (orgs.). *Sociedade, direito e decisão em Niklas Luhmann*. Recife: Editora Universitária UFPE, 2009.

FUNKEN, Katja. *The best of both worlds: the trend towards convergence of the civil law and the common law system*. Rochester, New York: SSRN. jul. 2003. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=476461. Acesso em: 3 maio 2019.

FURMAN, Israel. רעדנסארטן און שפריכווערטער יידישע. Hamenora Publishing House, 1968.

GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Pierre Fruchon (org.). Tradução: Paulo César Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 15. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2015.

GALLESE, Vittorio; LAKOFF, George. The brain's concepts: the role of the sensory-motor system in conceptual knowledge. *Cognitive Neuropsychology*, v. 22, 3-4, 2005.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*. Tradução: Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GENNAIOLI, Nicola; SHLEIFER, Andrei. Judicial fact discretion. *Journal of Legal Studies*, v. 37, n. 1, jan. 2008.

GERTNER, Nancy. Neuroscience and sentencing. *Fordham L. Rev.*, n. 85, 2016.

GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. *O que são sujeito e subjetividade? Um verbete em filosofia contemporânea*. Disponível em: <https://bit.ly/2Z7ohNj>. Acesso em: 10 out. 2021.

GIACOMOLLI, Nereu José; DUARTE, Liza Bastos. O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos. *Revista da AJURIS*, v. 33, n. 102, jun. 2006.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. São Paulo, Malheiros, 2002.

GLYNN, Adam; MAYA, Sen. Identifying judicial empathy: does having daughters cause judges to rule for women's issues? *American Journal of Political Science*, v. 59, n. 1, p. 37-54, 2015.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Existe discricionariedade judicial? Discricionariedade x termos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. In: MEDINA, José Miguel Garcia *et al.* (coords.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GOODENOUGH, Oliver R.; PREHN, Kristin. A neuroscientific approach to normative judgment in law and justice. *Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences*, v. 359, n. 1451, p. 1709-1726, 29 nov. 2005. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1693459>. Acesso em: 10 out. 2021.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Tradução: Marina Gascón e Miguel Carbonell. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.

GUIMARÃES, Guilherme Francisco Alfredo Cintra. *O uso criativo dos paradoxos do direito na aplicação de princípios constitucionais: abertura, autoritarismo e pragmatismo na jurisdição constitucional brasileira*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

GRAHAM, Jesse *et al.* Moral foundations theory: the pragmatic validity of moral pluralism. In: ZANNA, Mark P.; DEVINE, Patricia; OLSON, James M.; PLANT, Ashby. *Advances in Experimental Social Psychology*, v. 47, 2013, Chapter Two, p. 65. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/B978-0-12-407236-7.00002-4>. Acesso em: 10 out. 2021.

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

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e dos princípios)*. 10. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2021.

GRECO, Luís *et al.* *Reforma da Parte Geral do Código Penal: uma proposta alternativa para debate*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

GREEN, Alexander *et al.* Implicit bias among physicians and its prediction of thrombolysis decisions for black and white patients. *J. Gen. Internal Med*, 22, jun. 2007.

GREENE, Joshua; COHEN, Jonathan. For law, neuroscience changes nothing and everything. *Philosophical Transactions of the Royal Society of London. Series B, Biological Sciences*. v. 359, n. 1451, 2004. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1693457/>. Acesso em: 10 out. 2021.

GREIMAS, Algirdas Julien. *Semiótica e ciências sociais*. Tradução: Álvaro Lorencini e Sandra Nitrite. São Paulo: Cultrix, 1976.

GUIMARÃES, Guilherme Francisco Alfredo Cintra. *O uso criativo dos paradoxos do direito na aplicação de princípios constitucionais: abertura, autoritarismo e pragmatismo na jurisdição constitucional brasileira*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Blinking on the bench: how judges decide cases. *Cornell Law Faculty Publications*, paper 917, 2007.

HAHN, Bernhard. *Kooperationsmaxime im Zivilprozeß?* Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns Verlag, 1983.

Haidt, Jonathan. *Moral judgment, affect, and culture, or, is it wrong to eat your dog?* 1992. Dissertação (Doutorado em Filosofia) – Universidade da Pennsylvania, 1992, p. 53. Disponível em: <http://people.stern.nyu.edu/jhaidt/articles/haidt.1992.dissertation.pub001b.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.

Haidt, Jonathan. Moral psychology for the twenty-first century. *Journal of Moral Education*, v. 42, n. 3, 2013.

Haidt, Jonathan. The emotional dog and its rational tail: A social intuitionist approach to moral judgment. *Psychological Review*, v. 108, n. 4, out. 2001.

Haidt, Jonathan. The new synthesis in moral psychology. *Science*, v. 316, n. 5827, 18 maio 2007.

Haidt, Jonathan. *The righteous mind: why people are divided by politics and religion*. New York: Pantheon Books, 2012.

Haidt, Jonathan; KOLLER, Silvia Helena; DIAS, Maria G. Affect, culture, and morality, or is it wrong to eat your dog? *Journal of personality and social psychology*, v. 65, n. 4, out. 1993. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/8229648>. Acesso em 10 out. 2021.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução: A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

HEIDEGGER, Martin. *Parmênides*. Tradução: Sérgio Mário Wrublewski. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2008.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução: Márcia de Sá Cavalcante Schuback. 10. ed. Petrópolis: Vozes/Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2008.

HERZL, Ricardo Augusto. Da discricionariedade (neo)processual à crítica hermenêutica do direito processual civil brasileiro. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

HESPANHA, Antonio Manuel. *História das instituições, épocas medieval e moderna*. Coimbra: Almedina, 1982.

HOLMES JÚNIOR, Oliver Wendel. *The common law*. Chicago: American Bar Association, 2009 (originally published: Boston: Little, Brown & Co., 1881).

HUME, David. *Enquiries concerning the human understanding and concerning the principles of morals*. ed. L. A. Selby-Bigge, M.A. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1902. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/titles/341>. Acesso em 10 out. 2021.

ILARI, Rodolfo. O estruturalismo linguístico: alguns caminhos. In: MUSSALIN, Fernanda; BENTES, Anna Christina (orgs.). *Introdução à linguística: fundamentos epistemológicos*. São Paulo: Cortez, 2004. v. 3.

IRWIN, John F.; REAL, Daniel L. Unconscious influences on judicial decision-making: the illusion of objectivity. *McGeorge Law Review*, v. 43, out. 2010.

IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres: Niklas Luhmann o la teoría como escândalo*. Barcelona: Anthropos Editorial, 2008.

JACKSON, Bernard S. *Semiotics and legal theory*. London/New York: Routledge & Kegan Paul, 1987.

JAMES, W. *The varieties of religious experience*. New York: New American Library, 1958.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R. Debiasing through Law. *The Journal of Legal Studies*, v. 35, n. 1, 2006. Disponível em <https://chicagounbound.uchicago.edu/jls/vol35/iss1/8/>. Acesso em: 10 out. 2021.

JUNG, Carl Gustav. *Man and his symbols*. New York: Random House Publishing Group, 2012.

JUSTO, Antonio Santos. O direito brasileiro: raízes históricas. *Revista de Direito Comparado LusoBrasileiro*, Rio de Janeiro, v. 20, 2001.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

KALINOWSKI, G. *La sémiotique juridique. Droit prospectif, revue de recherche juridique: colloque international de sémiotique juridique*. Aix-em-Provence: Presses Universitaires de Aix-em-Provence, 11-13 mar. 1986.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução: Fernando Costa Mattos. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

KARAM, Munir. A sentença como fato criador de normas. In: PRADO, Luiz Regis; KARAM, Munir. *Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, W. (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução: Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. 6. ed. Lisboa: Gulbenkian, 2002.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

KELSEN, Hans. *O que é justiça?* 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KELSEN, Hans. *¿Qué es la teoría pura del derecho?* Colonia del Carmen-MEX: Distribuciones Fontamara S.A., 1997. Disponível em: http://cv.uoc.edu/mat/03_001/Teodret3.htm. Acesso em 10 out. 2020.

KENNEDY, Duncan. *Comment on Rudolf Wiethölter's materialization and proceduralization in modern law and proceduralization of the category of law*. Disponível em: www.jura.uni-frankfurt.de/42908776/kennedy.pdf. Acesso em: 1º dez. 2017.

KLARMAN, Michael J. *Brown vs. Board of Education: law or politics?* UVA School of Law, Public Law Research Paper n. 2-11. dez. 2002. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=353361>. Acesso em: 10 out. 2021.

KLEIN, Franz. *Zeit – und Geistesströmungen im prozesse*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1958.

KLEMPERER, Victor. *LTI: a linguagem do Terceiro Reich*. Tradução: Miriam Bettina Paulina Oelsner. Rio de Janeiro: Contraponto, 2009.

KOCHEM, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (Kooperationsmaxime). *Revista de Processo*, v. 41, n. 251, jan. 2016.

KOHLBERG, L. *Psicología del desarrollo moral*. Bilbao Spain: Desclée de Brouwer, 1992.

KOSELLECK, Reinhart. *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC Rio, 2006.

LA TAILLE, Y. de. Prefácio à edição brasileira. In: PUIG, J. M. *A construção da personalidade moral*. São Paulo: Ática, 1998.

LACROIX, Paul. *Histoire de France. Depuis les temps les plus reculés jusqu'à la révolution de 1789*. Paris: Dufour et Mulat, éditeurs, 1850.

LADEUR, Karl-Heinz. Globalization and the conversion of Democracy to polycentric networks: can Democracy survive the end of the nation State? *In: LADEUR, Karl-Heinz (org.). Public Governance in the age of Globalization*. London: Routledge, 2017.

LARA, Betina Rizzato. *Liminares no processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 1994.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução: José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

LEE, Nicol Turner; RESNICK, Paul; BARTON, Genie. *Algorithmic bias detection and mitigation: Best practices and policies to reduce consumer harms*. Disponível em: <https://www.brookings.edu/research/algorithmic-bias-detection-and-mitigation-best-practices-and-policies-to-reduce-consumer-harms/>. Acesso em: 14 set. 2021.

LEITE, Cília Coelho Pereira (Madre Olívia). Gramática de texto e sintaxe semântica. *In: LEITE, Cília Coelho Pereira (Madre Olívia); FÁVERO, Leonor Lopes; SILVEIRA, Regina Cecília Pagliuchi. (orgs.). Sintaxe-semântica base para gramática de texto*. São Paulo: Cortez, 1985.

LERNER, J. S.; TETLOCK, P. E. Bridging individual, interpersonal, and institutional approaches to judgment and decision making: the impact of accountability on cognitive bias. *In: SCHNEIDER, S. L; SHANTEAU, J. (eds.). Emerging perspectives on judgment and decision research*. New York: Cambridge University Press, 2003. p. 431-457.

LLEWELLYN, Karl. *The bramble bush: on our law and its study*. New York: Oceana, 1951.

LIMA, Alcides de Mendonça. Efeitos do agravo de petição no despacho concessivo de medida liminar em mandado de segurança. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, ano 78, v. 178, 1982.

LIMA, Danilo Pereira. Os “donos” do poder Judiciário: uma crítica à discricionariedade judicial, a partir de Max Weber e Raymundo Faoro. *Revista Jurídica Uniaraxá*, v. 22, n. 21, ago. 2018.

LOSANO, Mario G. *sistema e estrutura no direito: o século XX*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2.

LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Tradução: Amanda Flores e Darío Rodríguez Mansilla. Barcelona: Universidad Iberoamericana, 1996.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2005.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2011.

- LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2007.
- LUHMANN, Niklas. *Law as a social system*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- LUHMANN, Niklas. *Observations on modernity*. Stanford: Stanford University Press, 1998.
- LUHMANN, Niklas. *Social systems*. Tradução: John Bednarz Júnior. Stanford: Stanford University Press, 1995.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- LUHMANN, Niklas. The paradox of observing systems. In: LUHMANN, Niklas. *Theories of distinction: redescribing the descriptions of modernity*. Stanford: Stanford University Press, 2002.
- LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria dela societá*. 6. ed. Milano: Aldine Franco Angeli, 1994.
- MACCORMICK, Neil. *Retórica e estado de direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2017.
- MACINTYRE, Alisdair. *After virtue: a study in moral theory*. 3. ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2007.
- MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento e cognição: uma inserção no estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 119.
- MADUREIRA, Cláudio; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processos estruturais e formalismo-valorativo. In: SICA, Heitor; CABRAL, Antonio do Passo; SEDLACEK, Federico; ZANETI JÚNIOR, Hermes (orgs.). *Temas de direito processual civil contemporâneo*. Serra: Editora Milfontes, 2019. v.1.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.
- MARANHÃO, Juliano. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque; FLORÊNCIO, Juliana Abrusio; ALMADA, Marco. Inteligência artificial aplicada ao direito e o direito da inteligência artificial. *Suprema – Revista de Estudos Constitucionais*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 154-180, jan./jun. 2021.
- MARDEN, Carlos; WYKROTA, Leonardo Martins. Neurodireito: o início, o fim e o meio. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, 2018.
- MARGOLIS, H. *Patterns, thinking and cognition*. Chicago: University of Chicago Press, 1987.

MARGRAF, Alencar Frederico; FREITAS, Rafaela Gonçalves de. Discricionariedade na utilização dos princípios e suas consequências. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, n. 98, nov./dez. 2016. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/22896>. Acesso em: 13 fev. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010.

MARMOR, Andrei. Exclusive legal positivism. In: COLEMAN, Jules L. (ed.). *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

MARMOR, Andrei. Should like cases be treated alike? *Legal Theory*, v. 11, n. 27, 2005. Disponível em: <https://bit.ly/3oC8tLe>. Acesso em: 4 maio 2019.

MARRAFON, Marco Aurélio. Jurista deve entender teoria dos signos para combater totalitarismo. *Revista Consultor Jurídico*, 11 ago. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-11/jurista-entender-teoria-signos-combater-totalitarismo>. Acesso em 10 out. 2021.

MARTINS-COSTA, Judith. A autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários. In: MARTINS-Costa Judith (coord.). *Modelos de direito privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; SOUZA, Joyce Karine de Sá. Sobrevivência do nazifascismo na teoria jurídica contemporânea e seus reflexos na interpretação judicial brasileira. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 9, n. 3, p. 295-310, set./dez. 2017.

MATSUMOTO, David. *The cambridge dictionary of psychology*. New York: Cambridge University Press, 2009.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, e ação civil pública*. 11. ed. São Paulo, 1987.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. “A vida como ela é”: comportamento estratégico nas cortes. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, 2018.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MENAND, Louis. *The methaphysical club: a story of ideas in America*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Comentário ao artigo 5º, LIV*. In: CANOTILHO, J. J.; MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. Critérios de valoração racional da prova e standard probatório para pronúncia no júri. *Revista Consultor Jurídico*, 6 abr. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-06/observatorio-constitucional-criterios-valoracao-racional-prova-standard-probatorio>. Acesso em: 7 out. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional (Estudos em homenagem a Anna Maria Villela). *Revista de Informação Legislativa*, ano 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MERK, Walther. *Vom Werden und Wesen des deutschen Rechts*. Lagensalza, Beyer & Söhne, 1935.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

MINSK, Marvel. *The society of mind*. New York: Simon & Schuster, 1988.

MONEBHURRUN, Nitish; VARELLA, Marcelo D. O que é uma boa tese de doutorado em Direito? Uma análise a partir da própria percepção dos programas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 423-443, jul./dez. 2003.

MORAIS, Fausto Santos de. *Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*. São Leopoldo: Unisinos, 2013.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Recorribilidade das decisões interlocutórias no processo do mandado de segurança. *Revista de Processo*, v. 72.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. 2ª série. São Paulo: Saraiva, 1980.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Tradução: Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

MORRIS, Charles W. Foundations of the theory of signs. In: NEURATH, Otto (ed.). *International Encyclopedia of Unified Science*. Chicago: University of Chicago Press, 1944. v. I, n. 2.

MORSE, Stephen. Avoiding irrational neurolaw exuberance: a plea for neuromodesty. *Law, Innovation and Technology*, v. 3, n. 2, 2011. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.5235/175799611798204932>. Acesso em: 10 out. 2021.

MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. São Paulo: RT, 2008.

MURAMATSU, Roberta. The death and resurrection of economics with psychology: remarks from a methodological standpoint. *Revista de Economia Política*, São Paulo, v. 29, jan./mar. 2009.

MUSCARI, Marco Antônio Botto. *Súmula vinculante*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

NELSON, Caleb. Stare decisis and demonstrable erroneous precedents. *Virginia Law Review*, v. 87, n. 1, 2001.

NEQUETE, Lenine. *O poder judiciário no Brasil a partir da independência*. Porto Alegre: Sulina, 1973. v. 2.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2016.

NEVES, A. Castanheira. *O instituto dos assentos e a função dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 1983.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da constituição e permanência das estruturas reais de poder. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 12, 1995.

NEVES, Marcelo. Da autopoiese à alopoiese do Direito. *Anuário do Mestrado em Direito*, Recife, n. 5. 1992.

NIETZSCHE, Friedrich. *A vontade de poder*. Tradução do original alemão e notas: Marcos Sinésio Pereira Fernandes, Francisco José Dias de Moraes. Apresentação: Gilvan Fogel. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

NIETZSCHE, Friedrich. *Crepúsculo dos ídolos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

NIETZSCHE, Friedrich. *Obras incompletas*. Tradução: Rubens R. Torres Filho. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978 (Os pensadores).

NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *Jurisdição constitucional: limites ao subjetivismo judicial*. São Paulo: Saraiva, 2014.

NOJIRI, Sérgio. Discricionariedade judicial em decisão que concede ou denega liminar em mandado de segurança. *Revista de Processo*, v. 81, jan./mar. 1996.

NORRIS, C. *Deconstruction: theory and Practice*. London-New York: Methuen, 1982.

NUNES, Castro. *Do mandado de segurança*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

NUNES, Dierle *et al.* Breves considerações da politização do Judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 189, n. 43, nov. 2010.

NUNES, Dierle *et al.* Os precedentes judiciais, o art. 926 do CPC e suas propostas de fundamentação: um diálogo com concepções contrastantes. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 263, jan. 2017.

NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing*. Salvador: JusPodium, 2018.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. São Paulo: Saraiva, 2009.

O'NEIL, Cathy. *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*. New York: Crown, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 26, 2006.

OLIVEIRA, Luciano Amaral. Os limites semânticos de Humpty Dumpty. *Revista A Cor das Letras*, v. 5, n. 1, p. 157-169, 2017. DOI: 10.13102/cl.v5i1.1704. Disponível em: <http://periodicos.uefs.br/index.php/acordasletras/article/view/1704>. Acesso em: 10 out. 2021.

OLIVEIRA, Thaís de Bessa Gontijo de. *Os limites da razão na formação das decisões jurídicas: a relação entre direito e moral revisitada à luz das novas teorias cognitivas sobre a formação do julgamento moral*. 2018. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, UFMG, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3oX97TL>. Acesso em 11 out. 2021.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Ensaios e artigos*. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 1.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista Diálogo Jurídico*, ano I, v. 1, n. 1, abr. 2001.

PEER, Eylal; GAMLIEL, Eylal. Heuristics and biases in judicial decisions. *Court Review*, v. 49, p. 114, 2013. Disponível em: <http://aja.ncsc.dni.us/publications/courtrv/cr49-2/CR49-2Peer.pdf>. Acesso em: 11 out. 2021.

PEIRCE, Charles Sanders. *Semiótica*. Tradução: João Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2005.

PEIXOTO, Ravi. *Standards probatórios no direito processual brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2021.

PEREIRA, Thomaz; ARGUELHES, Diego Werneck; ALMEIDA Guilherme da F. C. *VIII Relatório Supremo em Números: quem decide no Supremo?* Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/29679>. Acesso em: 10 out. 2021.

PERELMAN, Chäin; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PÉREZ-DELGADO, E.; GARCIA-ROS, R. *La psicología del desarrollo moral*. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 1991.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIAGET, Jean. *O juízo moral na criança*. São Paulo: Summus Editorial, 1994.

PIAGET, Jean. *The moral judgement of the child*. Tradução: M. Gabain. New York: Free Press, 1965 (original work published 1932).

PLUCKNET, Theodore. *A concise history of the common law*. Indianapolis: Liberty Fund, 2010.

POINACARÉ, H. Le raisonnement mathématique. Science et méthode. In: SZILARD, L.; LANOUILLE, W. *Genius in the shadows*. Nova York: Charles Scribner's Sons, 1992.

PORTUGAL. *Collecção chronologica dos assentos das casas da supplicação e do cível*. Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1791. 2 t.

PORTUGAL, Domingos Antunes. *Tractatus de donationibus jurium et bonorium regiae coronae*. Lugdunum, 1726. t. 1.

POSNER, Richard A. *Comó deciden los jueces*. Madri: Marcial Pons, 2011.

POSNER, Richard A. Judicial behavior and performance: an economic approach. *Florida State University Law Review*, v. 32, 2005.

POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POUND, Roscoe, The need of a sociological jurisprudence. *The Green Bag*. Boston: The Boston Book Company Stanhope Press, 1907. vol. XIX.

PUCHTA, Georg Friedrich. *Outlines of the science of jurisprudence: an introduction to the systematic study of law*. Edinburgh: T. & T. Clark, 38 George Street, 1887. Disponível em: <https://archive.org/details/cu31924017167333/page/n7/mode/2up?q=jurisprudence>.

PUPPE, Ingeborg. Ciência do direito penal e jurisprudência. Tradução: Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 14, n. 58, jan./fev. 2006.

QUINTAS, Fabio Lima; SOUZA, Cristiano Brillhante de. Independência judicial e vinculação a precedentes: a aplicação de precedentes como critério de promoção de magistrados por merecimento. *RDU*, Porto Alegre, v. 15, n. 84, nov./dez. 2018.

RACHLINSKI, Jeffrey J. *et al.* Does unconscious racial bias affect trial judges? *Notre Dame Law Review*, v. 44, 2009.

RAZ, Joseph. *Between authority and interpretation*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

RAZ, Joseph. Legal principles and the limits of law. *Yale Law Journal*, v. 81, 1972.

REALE, Miguel. Vida e morte dos modelos jurídicos. In: REALE, Miguel. *Estudos e filosofia e ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1978.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

RODRIGUES, Adriano Duarte. *As dimensões da pragmática na comunicação*. Rio de Janeiro: Diadorim, 1995.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). *Revista dos Tribunais*, v. 891, jan. 2010.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

RORTY, Richard M. (ed.) *The linguistic turn. Essays in philosophical method: with two retrospective essays*. Chicago-London: Chicago University Press, 1992.

ROSS, Alf. *Directives and norms*. London: Routledge & Kegan Paul; New York: Humanities Press, 1968.

ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. In: *Revista de Processo*, n. 208. São Paulo: RT, jun. 2012.

RÜTHERS, Bernd. *Derecho degenerado: teoría jurídica y juristas de cámara em el Tercer Reich*. Tradução: Juan Antonio García Amado. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

RÜTHER, Bernd: *Die unbegrenzte Auslegung: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*. Frankfurt, M., 1968.

RÜTHERS, Bernd. *Teoría del derecho: concepto, validez y aplicación del derecho*. Tradução: Minor S. Salas. Bogotá: Editorial Temis; Santiago: Ediciones Olejnik, 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Ulderico Pires dos. *O Mandado de segurança na doutrina e na jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística geral*. 15. ed. São Paulo: Cultrix, 1989.

SCHAUER, Frederick. *Is defeasibility an essential property of law?* 12 ago. 2008. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/11b7/4a337b7f34215b3c3e67aa119a8edecdd3.pdf>. Acesso em: 11 out. 2021.

SCHAUER, Frederick. *Is there a psychology of judging?* In: KLEIN, David E.; MITCHELL, Gregory (eds.). *The psychology of judicial decision making*. New York: Oxford University Press, 2008, KSG Working Paper n. RWP07-049, p. 2. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1015143>. Acesso em: 11 out. 2021.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule based decision – making in law and in life*. Oxford: Clarendon Press, 2002.

SCHLINK, Bernhard. German constitutional culture in transition. *Cardozo Law Review*, New York, n. 14, 1992-1993.

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 11, set./dez. 2012.

SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Nova York: Cambridge University, 2002.

SHWEDER, R. A.; LEVINE, R. A. (eds.). *Culture theory: essays on mind, self, emotion*. Cambridge: Cambridge University Press, 1984.

SICHES, Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 2. ed. México: Porrúa, 1973.

SIDOU, J. M. Othon. *Habeas-data, mandado de injunção, habeas corpus, mandado de segurança, ação popular: as garantias ativas dos direitos coletivos, segundo a nova Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SILVA, Carlos Augusto. *O processo civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização da política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SILVA, José Justino de Andrade e. *Collecção chronologica da legislação portugueza compilada e annotada*. 1603-1612. Lisboa: Imprensa de J. J. A. Silva, 1854.

SILVA, Paula Costa e. L'uniformazione della giurisprudenza nel diritto portoghese. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, v. 67, n. 2, 2012.

SLAIBI FILHO, Nagib. Breve história do controle de constitucionalidade. *Academia Brasileira de Direito Processual Civil*, Porto Alegre, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/3FupM7M>. Acesso em: 11 out. 2021.

SLAPPER, Gary; KELLY, David. *The english legal system*. 8. ed. Oxon: Routledge-Cavendish, 2006.

SOUZA, Carlos Aureliano Motta de. *O papel constitucional do STF: uma nova aproximação sobre o efeito vinculante*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

SOUSA, Joaquim José Caetano Pereira e. *Segundas linhas sobre o processo civil, ou antes addicções às primeiras, do bacharel Joaquim José Caetano Pereira e Sousa*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1855.

STEIN, Ernildo. Em busca da linguagem para um dizer não metafísico. *Natureza humana*, São Paulo: PUC, v. 6. n. 1. p. 289-304, 2004.

STOLLEIS, Michael. *A history of public law in Germany: 1914-1945*. Tradução: Thomas Dunlap. New York: Oxford University Press Inc., 2004.

STOLLEIS, Michael. *The law under the Swastika: studies on Legal History in Nazi Germany*. Chicago-London: University of Chicago Press, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. A crítica hermenêutica do direito e a questão da discricionariedade judicial. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Art. 370. In: STRECK, Lenio Luiz Luiz et al. (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Devemos nos importar sim com o que diz a doutrina. *Revista Consultor Jurídico*, jan. 2006. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos-importar-sim-doutrina?pagina=2>. Acesso em: 8 ago. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Letramentos/Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

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

STRECK, Lenio Luiz. O Brasil revive a Escola do Direito Livre! E dá-lhe pedalada na lei! *Revista Consultor Jurídico*, jan. 2006. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-jun-25/senso-incomum-brasil-revive-escola-direito-livre-lhe-pedalada-lei>. Acesso em 8 ago. 2020.

STRECK, Lenio. O direito e o constrangimento epistemológico. *Revista Estado da Arte*, São Paulo, jul. 2020. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/direito-constrangimento-epistemologico-streck/>. Acesso em 22 jul. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. O indulto e a Escola do Direito Livre: o STF que vai de zero a cem. *Revista Consultor Jurídico*, 15 mar. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-15/senso-incomum-indulto-escola-direito-livre-stf-zero-cem>. Acesso em: 8 ago. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme a minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Porque a ponderação e a subsunção são inconsistentes. *Revista Consultor Jurídico*, 26 abr. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-abr-26/observatorio-constitucional-porque-ponderacao-subsuncao-sao-inconsistentes>. Acesso em: 14 nov. 2021

STRECK, Lenio Luiz. *Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial*. Florianópolis: Tirant lo Blanche, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. Súmulas vinculantes em Terrae Brasilis: necessitamos de uma “teoria para a elaboração de precedentes”? In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 78. maio/jun. 2009.

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

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. Art. 927. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. A teoria dos precedentes à brasileira: entre o solipsismo judicial e o positivismo jurisprudencialista ou “de como o mundo (não) é um brechó”. In: *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 262, dez. 2016.

SUSTEIN, Cass R. *The new legal realism*. Chicago: University of Chicago, 2007. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/551/. Acesso em: 22 nov. 2021.

SUNSTEIN, Cass R. *et al. Are judges political? An empirical analysis of the federal judiciary*. Washington: Brookings Institution, 2006.

TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1980.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2011.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Tradução: Chiara de Teffé. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia>. Acesso em: 4 maio 2019.

TARSKI, Alfred. *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*. In: BRUNGE, Mario (comp.). *Antología semántica*. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión, 1968.

TASSINARI, Clarissa. Ensaio sobre filosofia, teoria do direito e atuação do Judiciário. In: STRECK, Lenio Luiz (org.). *A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

TEUBNER, Gunther. Dealing with paradoxes of law: Derrida, Luhmann, Wiethölter. In: PEREZ, Oren; TEUBNER, Gunther (orgs.). *On paradoxes and inconsistencies in law*. Oxford: Hart Publishing, 2006.

TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na Globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016.

TEUBNER, Gunther. Substantive and reflexive elements in modern law. *Law & Society Review*, v. 17, n. 2, p. 239-286, 1983.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. As liminares e a tutela de urgência. *Revista da EMERJ*, v. 5, n. 17, 2002.

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

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. In: *Science*, New Series, v. 185, n. 4157, 27 set. 1974.

UNGER, Roberto Mangabeira. Uma nova faculdade de Direito no Brasil. In: *Cadernos FGV Direito*, Rio, n. 1, p. 16-38, 2005.

VALADÃO, Haroldo. Súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: FRANÇA, R. Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 71.

VALASCO, Álvaro. *Decisionum, consultationum, ac rerum iudicatarum in regno lusitaniae*. Olyssipone: Georgij Rodriguez Typogr., 1601. t. II, Cons. CXLVIII.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Editorial: a função do periódico científico e do editor para a produção do conhecimento no direito e nas ciências criminais. In: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 3, n. 1, 2017, 2525-510X.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Editorial: as rodadas de correções e a carta-resposta do autor à aprovação condicionada – sobre o controle e o aprimoramento dos artigos no processo editorial científico. In: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 437-458, mai./ago. 2017.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Editorial: controle por pares e a função do revisor – premissas e orientações para uma avaliação consistente. In: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 3, p. 757-768, set./dez. 2017.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* Quem somos: a magistratura que queremos. *Associação dos Magistrados Brasileiros*, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf. Acesso em: 4 fev. 2020.

VILANOVA, Lourival. *Sobre o conceito de direito: escritos jurídicos e filosóficos*. Brasília: Axis Mvndi/IBET, 2003. v. 1.

VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

VOESE, Ingo. *Análise do discurso e o ensino de língua portuguesa*. São Paulo: Cortez, 2004.

VOESE, Ingo. *Argumentação jurídica: teoria, técnicas, estratégias*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

VOGT, Fernanda Costa. *Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos processos cognitivos*. Salvador: JusPodivm, 2020.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 172, jun. 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e dos precedentes: common law e civil law. *Revista dos Tribunais*, v. 893, mar. 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Súmula vinculante: figura do common law? *In: Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 44, out. 2011. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao044/teresa_wambier.html. Acesso em: 22 nov. 2021.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 2016.

WARAT, Luis Alberto. A partir de Kelsen. *In: PRADO, Luiz Regis; KARAM, Munir. Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984.

WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito I: interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

WARAT, Luis Alberto. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Síntese, 1979.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.

WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozeß: Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied-Darmstadt: Luchterhand, 1978.

WATSON, J. B. Psychology as the behaviorist views it. *Psychological Review*, v. 20, 1913.

WEBER, Max. *A gênese do capitalismo moderno*. Organização e comentários: Jessé Souza. São Paulo: Ática, 2006.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução: A. M. Botelho Hespanha. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015.

WIETHÖLTER, Rudolf. Materialization and proceduralization in modern law. In: TEUBNER, Gunther (org.). *Dilemmas of Law in the Welfare State*. New York: Walter de Gruyter, 1988.

WILSON, E. O. *Sociobiology*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1975.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Tradução: José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Tradução: Luiz Henrique Lopes dos Santos. 3. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008.

WOLFE, Christopher. *Judicial activism: bulwark of freedom or precarious security?* New York: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1997.

ZAJONC, R. B. Feeling and thinking: preferences need no inferences. *American Psychologist*, v. 35, n. 2, 1980.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

ZANETI JÚNIOR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Teoria da decisão judicial no Código de Processo Civil: uma ponte entre hermenêutica e analítica? In: *Revista de Processo*, v. 259, set. 2016.

ZIMERMANN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Aspectos psicológicos na prática jurídica*. Campinas: Millennium, 2002.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An introduce to comparative law*. 3. ed. Oxford: Clarendon Press, 2011.