

**A FINALIDADE DO PRECEDENTE JUDICIAL E A SUA
RECONDUÇÃO AOS PARÂMETROS DEMOCRÁTICOS**

*THE PURPOSE OF THE JUDICIAL PRECEDENT AND ITS
RECONDUCTION TO DEMOCRATIC PARAMETERS*

Bernardo Luiz Migdalski¹
Daniel Laufer, Dr.²
Maria Francisca Accioly, Me.³

(...) a máquina do mundo se entreabriu
para quem de a romper já se esquivava
e só de o ter pensado se carpia.

Abriu-se majestosa e circumspecta,
sem emitir um som que fosse impuro
nem um clarão maior que o tolerável (...).⁴

¹ Acadêmico de Direito na FAE, certificado em Prevenção à Lavagem de Dinheiro (CPLD-10), pelo IBPLD, em Compliance Anticorrupção, pela PUC-Rio e em Colaboração Premiada, pela PUC-RS. Contato: bernardo@acciolylaufer.com.br

² advogado inscrito na OAB/PR sob n. 32.484, Doutor em Direito pela PUC-SP, Mestre em Direito pela PUCPR com publicação da dissertação pela Editora Renovar cujo título do livro é “Artigo 25 da Lei 7.492/86: problemas de autoria no âmbito jurídico-penal”, certificado em Investigações Corporativas pela KPMG *Business School*, professor de Direito Penal da graduação e da pós-graduação da PUCPR entre os anos de 2004 a 2019, membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), do Instituto de Direito Tributário do Paraná (IDT-PR) e do Instituto dos Advogados do Paraná (IAPR). Contato: daniel@acciolylaufer.com.br

³ advogada inscrita na OAB/PR sob n. 44.119, Mestre em Direito pela UFPR com publicação da dissertação pela Lumen Juris cujo título do livro é “As medidas cautelares patrimoniais na lei de lavagem de dinheiro”, Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela PUC-SP, Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba, certificada em Investigações Corporativas pela KPMG *Business School*, professora de cursos de pós-graduação em Direito, membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e do Instituto dos Advogados do Paraná (IAPPR). Contato: mariafrancisca@acciolylaufer.com.br

⁴ ANDRADE, Carlos Drummond de. Claro enigma/ Carlos Drummond de Andrade; posfácio Samuel Titan Jr. — 1. ed. — São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 105-109.

RESUMO

A concepção de *jurisprudência*, dos *precedentes* e dos *pronunciamentos judiciais* permaneceu adstrita, na sistemática brasileira, a manobras no âmbito doutrinário formal do Código de Processo Civil. E, em verdade, o debate passou à sua fase última sem que se exaurisse a discussão em suas fases iniciais. Afinal, a engenharia do precedente passa pela Filosofia e a Teoria do Direito, Direito Constitucional e, *por fim*, pelo Direito Processual Civil. *A priori*, sobressai da trajetória percorrida pela teorização simbiótica entre o Common Law e o Civil Law, uma deficiência consistente em sua detenção ao formalismo, quando considerações quanto à filosofia da linguagem (Heidegger; Gadamer), à emancipação (permeada pela tomada da consciência na Escola de Frankfurt – Habermas) e ao constitucionalismo (Dworkin) eram necessárias, mormente condicionais para a concepção de um sistema de precedentes democrático. Não mais persiste, como ignição do estudo analítico indutivo ora conduzido, o questionamento quanto à natureza dos elementos deste modelo de sistema de precedentes brasileiro (agora positivado, formalmente, no Código de Processo Civil). Passa-se, noutro giro, a questionamento posterior, à luz de novel Teoria Constitucional Democrática (sintonizada com a elevação da vida humana com dignidade como condição de possibilidade para o Direito): *qual é (deve ser) a finalidade da jurisprudência nas Cortes Superiores?*

Palavras-chave: Democracia. Neoconstitucionalismo. Precedente judicial.

ABSTRACT

The conception of jurisprudence, precedents and judicial pronouncements remained confined, in the Brazilian system, to maneuvers within the formal doctrinal scope of the Code of Civil Procedure. In fact, the debate passed to its last phase without exhausting discussion of its terms in its initial phases. The engineering of precedent goes through Philosophy of Law, Theory of Law, Constitutional Law and, *finally*, Civil Procedural Law. *A priori*, a deficiency stands out from the trajectory presented by the symbiotic theorizing between Common Law and Civil Law, located in its detention to formalism, when considerations regarding the philosophy of language (Heidegger; Gadamer) to emancipation (permeated by awareness in the Frankfurt School, (Habermas) and panprincipiologism (Dworkin) were necessary, especially as a condition of possibility for the conception of a system of democratic precedents. The questioning of the nature of the elements of this brazilian precedent system model (now formally embodied in the Code of Civil Procedure) no longer persists in the involvement of the inductive analytical study being managed. The next question is, in the light of the novel Democratic Constitutional Theory (adapted to the elevation of *human life with dignity* as a condition of possibility for Justice): what is (*should be*) the purpose of jurisprudence in Superior Courts?

Keywords: Democracy. Neoconstitutionalism. Judicial Precedent.

INTRODUÇÃO

A *applicatio* detida à filosofia platônica da busca diuturna pela essência das ideias foi superada com os frutíferos debates que romperam a relação sujeito-objeto na compreensão estratificada da filosofia da consciência, sucedida pelo acolhimento da hermenêutica filosófica⁵.

Vivemos uma realidade submetida, portanto, a evidente refeudalização⁶, operada pelo domínio das transnacionais sobre o poder político⁷ a partir de uma globalização hegemônica que permitiu a penetração da esfera pública pela esfera privada. *Per nature*, o poder limitado pelo Direito⁸ Democrático⁹ gera embates em que

⁵ Ao discutir a recepção da contemplação da aparência natural e a teoria de Copérnico, Gadamer questiona a conciliação entre aparências e compreensão racional: “e não é, na realidade, a linguagem o que intervém, promovendo e conciliando, nessa estratificada compreensão da vida?” (GADAMER, 1997, p. 651).

⁶ Ao explorar a esfera pública e sua transformação estrutural, com respaldo na Teoria Crítica, Jürgen Habermas revolveu o medieval e identificou, na deterioração da qualidade e natureza do público e privado pelo monopólio econômico, um processo de penetração burguês na esfera pública (HABERMAS, 1989) – agora amplo e difundido nos Estados social-democratas neoliberais pós-modernos –, denominado de refeudalização. Nele, a autoridade (legitimada por si só) busca rotineiramente uma *pretensa* legitimação na população despolitizada (em processo de abertura simulado) (NECKEL, 2020, p. 472-486).

⁷ A classe capitalista transnacional é bem sintetizada pelas *empresas multinacionais*, cuja magnitude transcende as relações transfronteiriças das diplomacias estatais – com a sua prevalência financeira e bélica assegurada pela *tripla aliança* firmada com a elite capitalista local e a burguesia estatal (BECKER, 1987, p. 1-18)

⁸ Direito ora concebido como normas válidas e aplicáveis universalmente, elaboradas, emanadas e impostas pela coerção estatal (a despeito da “*Soft Law*”).

⁹ Ao abordar a *vontade de constituição* (*Wille zur Verfassung*), Konrad Hesse resgata lição de Walter Burckhardt, que afirma: “*Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático*”. A insuficiência de argumentos de necessidade frente ao império constitucional – hodiernamente conformado no respeito à constituição (ainda que incômodo) – foi deduzida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 1507641/DF, Rel. Min. Celso de Mello. In BURCKHARDT, Walther. *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung* vom 29. Mai 1874, 3. Aufl., Bern 1931. Disponível em: <https://katalog.ub.uni-heidelberg.de/titel/66433390> *apud* HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo, Saraiva, 2009. p. 135.

se digladiam as forças que governam o mundo¹⁰, cabendo ao julgador edificar morada elevada acima do utilitarismo que permeia a sua manifestação no mundo real (em seu círculo hermenêutico, onde deve se entremear), como bem explanaram Sartre e Heidegger.

Sob o manto da ontologia heideggeriana, a noção de um novo Direito Processual Constitucionalizado, sintonizado com o Estado Democrático de Direito, transformou a jurisdição, hoje constitucionalizada, inserida em uma pauta axiológico-interpretativa (STRECK, 2021, p. 188-189). Hodiernamente, no Estado – no campo jurídico ou legislativo, das decisões judiciais e judiciárias ou das leis *stricto-sensu* – impera a Constituição da República. Contudo, assim como o poder de uma imperatriz não se concentra em sua coroa, não há falar em império da Lei Constitucional, mas sim da norma consubstanciada em sua interpretação (porquanto haja a condensação da compreensão na *applicatio*, em um processo unitário), vislumbrada na ponderação¹¹. Buscou-se preservar a integridade do mundo real que cerca o hermeneuta que revolve o solo sobre o qual caminha, com os olhos voltados ao horizonte.

À primeira vista, com permissivos precursores de novas tendências, o Código de Processo Civil de 2015 apresenta uma completude ímpar (v.g., cita-se o sistema de precedentes agora implementado e os novos mecanismos de saneamento de

¹⁰ Forças compreendidas por Souza Santos como poderes políticos e bélicos patrocinados (*financiados*, no mais literal sentido da palavra – v.g. *Judicial Review* exercido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 4650/DF, Rel. Min. Luiz Fux, em que se constatou a incapacidade do marco regulatório até então vigente em proporcionar equilíbrio nas chances entre candidatos pelo processo eleitoral, à luz do financiamento privado de campanhas políticas) por influentes expoentes econômicos que, ao fim e ao cabo, minam a soberania popular, a cidadania e, por consequência, a própria democracia. Souza Santos traduziu a poderosa força destes atores não-estatais na “*obrigação política que ligava o sujeito de direito ao Rechtsstaat, o Estado constitucional moderno, que tem prevalecido deste lado da linha, está a ser substituída por obrigações contratuais privadas e despolitizadas nas quais a parte mais fraca se encontra mais ao menos à mercê da parte mais forte*” (DE SOUZA SANTOS, 2007). Nesta toada, segue a exposição de Lassalle sobre a essência da Constituição: “*verfassungsfragen sind ursprünglich nicht Rechtsfragen, sondern Machtfragen*” ou “*questões constitucionais não são originalmente questões de direito, mas questões de poder*” (LASSALLE, 1862, tradução nossa).

¹¹ Robert Alexy expunha que “*o procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação*” (ALEXY, 2010, p. 75).

litigância em massa¹²). No entanto, o avivamento das letras frias nele impressas como meio de tutela das razões públicas e dos valores morais encontra forte resistência ao adentrar os Tribunais e Fóruns pelo país afora. Os entraves se manifestam em fenômenos que bloqueiam a efetiva implementação das previsões normativas e que, nada obstante, são compreendidos a partir do estudo mais aprofundado da filosofia da linguagem, cuja raiz ontológica se arvora em frondosas copas na hermenêutica filosófica.

Consiste em relevante avanço reconhecer, de antemão, a iminente falência do modelo de admissibilidade recursal positivado. Contudo, mostra-se necessária a investigação do real cabimento das soluções dadas ao problema que se apresenta, em virtude de uma extensão de parâmetros internacionais: a *Supreme Court of the United States – SCOTUS* (que profere 61 sentenças anualmente¹³), a *House of Lords* britânica (que profere 100 sentenças anualmente) e a Corte de Cassação Alemã (que profere 400 sentenças anualmente) destacam-se defronte às 45.642 decisões finais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em 2020 (quantitativo que representou um acentuado decréscimo, quando comparado às 86.945 decisões finais proferidas em 2017 nas classes recursais de sua competência¹⁴).

Neste entendimento, partindo das premissas apontadas acima, o presente artigo busca questionar paradigmas¹⁵ que travam o sistema de precedentes brasileiro.

¹² O instituto previsto nos artigos 976 a 987 do Código de Processo Civil, denominado de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, foi uma das soluções encontradas pelo legislador ao *contenzioso di massa*, cuja utilização tem servido aos Magistrados Singulares (ALVIM & DANTAS, 2018, p. 541), como terceiros neutros atentos à jurisdição e ao desenvolvimento de ações repetitivas. Questões refinadas concernentes ao novo instituto são tratadas com maior verticalidade na Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça v.g REsp 1631846, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino; Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi.

¹³ A média aritmética das decisões proferidas no âmbito da *Supreme Court of the United States – SCOTUS* foi calculada com base nos dados fornecidos pelo sistema interno da Corte. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/orders/ordersofthecourt/20>.

¹⁴ Dentre as quais figuram o Agravo de Instrumento (AI), Recurso Extraordinário (RE) e Agravo em Recurso Extraordinário (ARE).

¹⁵ A linearidade de evolução processual civil é desbancada pela revolução periódica, denominada de *paradigm shifts*. Observa-se a incorporação da filosofia da linguagem e da hermenêutica filosófica nos

Fundado na reflexão sobre a finalidade da jurisprudência e o seu papel na contemporaneidade, analisados pelos instrumentos da Análise Econômica do Direito (debruçando-se sobre o que o processo *é*, ditando o que *deveria ser*), em metodologia indutivo analítica, o caso paradigmático eleito é da inadmissibilidade simultânea em Recurso Especial (por versar sobre matéria de cunho eminentemente constitucional) e Recurso Extraordinário (por versar sobre matéria eminentemente infraconstitucional) e se, verdadeiramente, diante de nova concepção filosófica das finalidades do processo ora abordadas, subsiste tal matéria prejudicial da análise de questão de fundo, contrastando a eficiência da *jurisprudência defensiva*¹⁶ frente ao elevado volume de mecanismos de uniformização jurisprudencial.

1 A FILOSOFIA DA LINGUAGEM COMO PRESSUPOSTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL

É patente perceber, de início, que do decisor exige-se o mais sensível dos olhares à causa *sub judice*: é a sensibilidade a espinha dorsal da justa solução ao caso concreto, como bem ditava o iluminado manuscrito de *Siete Partidas*, ao dispor

meandros do Código de Processo Civil, como o prognóstico de uma revolução paradigmática. A renovação das normas processuais mostrou-se necessária e tranquilizante, sanando graves inconsistências do Código de 1973. No entanto, a doutrina repousa sobre as concepções deste sistema mais antigo que, deveras insistentemente figura na concretude material do ordenamento pátrio. No entanto, a fenomenologia denuncia um elemento que passa despercebido desta doutrina processual majoritária: o retrato paradigmático da *jurisprudência defensiva* se encaixa perfeitamente nos moldes traçados por Kuhn porque, como abordado mais à frente, o paradigma se trata de uma orientação teórica, alicerçada em epistemologia particular e pesquisa metodológica (*empírica*), reflexivo do pensamento predominante em determinada comunidade científica (o que coincide absolutamente com o conceito de precedente, que perfaz a engenharia da jurisprudência). Nada obstante, defende-se o *diagnóstico* e a *correção* ao invés da rejeição integral do *modus operandi* dominante, como expõe Weidhorn: “*such a maneuver is rather like sewing a patch to cover a tear in a much-loved coat*”, como em uma manobra anterior à superação deste paradigma. O que se apresenta é a lenta fragmentação do paradigmático Código de Processo Civil de 1973. (WEIDHORN, 2001, p. 7-19).

¹⁶ No Superior Tribunal de Justiça, *v.g.* AgRg no AREsp 532.686/RS, Rel. Herman Benjamin; AgRg no AREsp 311.361/PE, Rel. Min. Regina Helena Costa; AgRg nos EDcl no REsp 1.397.096/PR, Rel. Min. Humberto Martins; AgRg no REsp 1.379.298/PE, Rel. Min. Benedito Gonçalves. No Supremo Tribunal Federal, *v.g.* RE 376.483/SC, Rel. Min. Cármen Lúcia; RE 476.086/PR, Rel. Min. Cezar Peluso; RE 379.090/PR, Rel. Min. Eros Grau; RE 438.569/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

que o juiz deve *ser sensível* e saber Direito, se possível (BORJA; MORENO; BELSO, 2006, p. 306).

É assente que o caminhar na história do Direito revela uma dedicação contínua das maiores mentes da história, de Sócrates¹⁷ a Kant¹⁸, convergindo em uma busca incansável por um conceito capaz de bem delinear a Justiça. O transcurso de milênios e a permanência desta pendência levou Kelsen a memoravelmente narrar o império da Justiça, finalmente afirmando que, antes de conceituá-la, o importante é permanecer na incessante busca deste valor maior.

Assim, o conhecimento do Direito transborda (e assim realmente *deve ser*) da letra da lei e vai além, atingindo a sua aplicação na formação da coisa julgada, reconhecidamente concretizada na interpretação do magistrado, *sensível* ao contexto no qual estará inserida a decisão judicial e no qual esta última repercutirá, causando os efeitos benéficos ou os mais nefastos.

Atualmente, o foco no positivismo ortodoxo é fragmentado e afastado pelo *interpretativismo híbrido* (STRECK, 2002, p. 76), considerando a legalidade como fundamentalmente alicerçada em uma questão de princípios¹⁹, ultrapassando as regras escritas, perpassando os direitos fundamentais e combatendo elementos vulneradores de garantias. Afinal, é dever inerente a todo operador do direito resistir aos cantos do fetichismo legal que tentam, a todo custo, puxá-lo para as profundezas da injustiça.

Com efeito, óbvia, na contemporaneidade, é a consagração do método interpretativo constitucional, alçado à esta posição de destaque após três séculos de evolução jurídica. Porém, entender pela obviedade das leis e do direito seria vestir as

¹⁷ Em perspectiva histórico-filosófica, Sócrates passou a enfatizar a relação entre a dignidade e a igualdade, indagando-se sobre a natureza do homem.

¹⁸ Não se deve tratar o homem como meio sem que o considere o homem como fim em si mesmo, afinal “*em geral todo ser racional, existe como fim em si, não apenas como meio, do qual esta ou aquela vontade possa dispor a seu talento*” (KANT, 2006, p. 28).

¹⁹ *Princípios* que, por sua vez, são extraídos de um sistema e aplicados a um conjunto de *regras*, sendo encarregados de realizar a justiça no caso concreto (CASTRO LIMA, 2006, p. 259).

mãos do magistrado com luvas de ferro e menosprezar o papel da magistratura, tornando-a um mero conjunto de *máquinas deliberativas* quando o decisor, em verdade, é muito mais do que isso.

Cabe ao magistrado decidir pela concretização destes princípios constitucionais, ou assumir a função de fazer transcender a promessa na concretude processual – atividade exercida em colaboração com os demais operadores do Direito. Afinal, como bem destacou o Desembargador Luís Osório Moraes Panza do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná: “São nessas situações em que se consolida a função do magistrado, porquanto interpreta e adéqua a norma ao caso concreto, dando vida à letra fria da lei”²⁰.

Sabe-se que não se permite ao intérprete negar vigência à lei. Contudo, a ele é imposta uma leitura das normas infraconstitucionais sob a luz dos mandamentos da Constituição da República, ainda que o incomode.

Pensar o Direito como óbvio, flertando com teoria ontológica já abandonada, é ilógico, tanto pelo ponto de vista acadêmico quanto pelo ponto de vista processual, considerando o neoconstitucionalismo²¹, como bem asseverou a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

O Direito não deve se circunscrever tão-somente à lei e sua aplicação às ultrapassadas diretrizes do positivismo jurídico, a desprezar o pensamento jurídico contemporâneo consubstanciado no neoconstitucionalismo, onde predominam os princípios constitucionais e sua força normativa.²²

A *tônica da lei* passa, destarte, por uma fusão entre o jusnaturalismo e o positivismo, levando ambos a adentrarem em uma esfera ético-moral. Para mais:

²⁰ TJ-PR - APL 10149978 PR (Acórdão). Relator Desembargador Luiz Osorio Moraes Panza. Julgado em 28/07/2015. Publicado no DJ 1639 em 31/08/2015.

²¹ Bem como da força normativa dos princípios.

²² STJ - AgRg no REsp: 1928972 SP 2021/0085788-8, Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Data de Julgamento: 11/05/2021, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/05/2021.

exige-se da manifestação interpretativa do decisor o encaixe em uma moldura principiológica e, acima de tudo, uma leitura das normas processuais ora interpretadas sob a lente dos vetores constitucionais.

Assaz sintomático pontuar as brilhantes considerações postas pelo Ministro Og Fernandes, do Superior Tribunal de Justiça:

A adoção da hermenêutica principiológica da Constituição impõe o abandono do método rígido do pensamento jurídico, abre a compreensão do Direito às infinitas possibilidades de sua aplicação, ampliando os horizontes do conceito de lei e acolhendo a inesgotabilidade da interpretação jurídica²³.

Disso, depreende-se a inviabilidade de qualquer imobilização do exercício hermenêutico que é, *per nature*, maleável²⁴. De posse dos bastidores da decisão judicial – enquanto pronunciamento jurisdicional –, é essencial explorar a engenharia que alça o pronunciamento judicial à posição de precedente e, conseqüentemente, que o consolida como jurisprudência²⁵.

A propósito dos precedentes judiciais, da sua força vinculante e a sua inseparabilidade da *quaestio facti*, prevalece a perspectiva de que sua incidência é condicionada à sobreposição e enquadramento (*identidade*) de seu contexto fático-jurídico àquele sobre o qual se almeja a incidência. Isso posto, não mais persiste o tradicional sentido dado ao precedente (baliza para futuras decisões judiciais e judiciárias, identificado somente em retrospectiva). Hoje, o precedente é indissociável

²³ STJ – REsp 1814919 DF. Relator Ministro Og Fernandes. Julgado em 24/06/2020, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Publicado no DJe em 04/08/2020.

²⁴ Ao menos desde que o *legal positivism* deixou o palco para abrir caminho a uma nova hermenêutica constitucional.

²⁵ É interessante pontuar as divergências na consolidação jurisprudencial em sistemas legais diversos. No Direito Romano, deixaram de sistematizar uma doutrina de conceitos fundamentais, preferindo a adoção de “*uma prática do justo em relação ao cotidiano*” (BRUNO, 1956, p. 79), também referida por Spengler como “*uma ciência empírica de casos particulares*” (SPENGLER, 1926, p. 89).

da unidade fática da questão originária e, como condição de possibilidade para seu manejo, deve se referir a fatos idênticos ao caso concreto no qual se busca aplicá-lo.

Neste *jaez*, no julgamento do processo de Extradução n. 1.362, o Ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal esclareceu a inexistência de força vinculante supostamente emanada de precedentes que, verdadeiramente, não se amoldam ao caso trazido à análise do Pretório Excelso, consignando que “os precedentes, embora relevantes, não são ações idênticas em causa de pedir e pedido (...), sendo apenas semelhantes. Os precedentes têm força persuasiva, mas não vinculam a decisão no presente caso”²⁶.

É dizer: na reflexão que sucede a análise vertical do pronunciamento judicial invocado como precedente é que se opera o *distinguishing*. Similaridades não bastam²⁷. Exige-se, por fidelidade constitucional, que o enunciado normativo (a *decisão paradigma*) esteja escorado em mesmo suporte fático-jurídico (o que foi previsto nos artigos 489, §1º, incisos V e VI, e 926, §2º, do CPC). Caso contrário, diante de um deslocamento nos alicerces obrigatórios do caso concreto, estremeceriam os parâmetros da segurança jurídica e do Direito como *dever-ser*²⁸, transformando o sistema de precedentes em uma tutela de elevada discricionariedade e, em certos casos, arbitrariedades – justamente o que se buscou combater com a sua implementação, como asseveram Fux & Bodart:

Trata-se de uma preocupação central do Código, cujo art. 926 impõe aos Tribunais a uniformização de sua jurisprudência para mantê-la estável, íntegra e coerente. Repise-se que a segurança jurídica quanto ao

²⁶ Ext. 1362, Relator: Ministro Edson Fachin, Relator p/ Acórdão: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno. Julgado em 09/11/2016. Divulgado em 04/09/2017, publicado em 05/09/2017. *Sem grifos no original*.

²⁷ É assente na doutrina a percepção de que “*judgments must be read in the light of the facts of the case in which they are delivered*”. (CROSS & HARRIS, 1991. p. 43).

²⁸ Na concepção contemporânea, Direito é tridimensionalmente sintetizado em *fato*, valor e norma v.g. “o Direito é um processo aberto exatamente porque é próprio dos valores, isto é, das fontes dinamizadoras de todo o ordenamento jurídico, jamais se exaurir em soluções normativas de caráter definitivo” (REALE, 2000. p. 574).

entendimento dos Tribunais pauta não apenas a atuação dos órgãos hierarquicamente inferiores, mas também o comportamento extraprocessual de pessoas envolvidas em controvérsias cuja solução já foi pacificada pela jurisprudência (FUX & BODART, 2017, p. 418-430).

Limitar a incidência dos precedentes federais às hipóteses que se amoldem integralmente ao caso concreto assegura ao jurisdicionado que, ao manejar a via eleita e apropriada, suscitando mérito inédito perante o Superior Tribunal de Justiça, a ela será dado o devido processamento. Outrossim, a análise parte do caso concreto, não dos enunciados universais: a averiguação deve irradiar da *quaestio facti* à reserva jurisprudencial, não o inverso. Por isso, o colegiado é incumbido de verificar a identidade do pronunciamento judicial e se ele se enquadra perfeitamente ao caso *sub judice*.

O suporte fático perfaz a natureza do paradigma jurisprudencial porque não há sentido na vinculação média de um precedente a outros casos concretos diversos daquele sobre o qual se sustentou o pronunciamento judicial em primeiro lugar²⁹: afinal, é “o juiz do caso posterior que determina se há ou não o precedente e, então, – por assim dizer – ‘cria’ o precedente” (TARUFFO, 2007, p. 716). Atenuar as exigências quanto à identidade seria posicionar todos os princípios supramencionados – constitucionais, supralegais e implícitos em diplomas legais federais – em detrimento de uma *pretensa* segurança jurídica, mascarando a verdadeira intenção do legislador ao propor o artigo 926 do Código de Processo Civil, transformando-o em operador de profundas incoerências no ordenamento jurídico.

A questão de fato edificada no pronunciamento judicial emoldura a aplicação da solução jurídica firmada a outros casos concretos supervenientes. O julgado seria

²⁹ Tal perspectiva entra em consonância com a máxima aristotélica *like cases should be treated alike* (*integridade*) (DWORKIN, 1986, p. 220). Aristotélica, pois defendida pelo filósofo no terceiro livro de Ética à Nicômaco: “*the law looks only to the difference created by the injury, treating the parties themselves as equal, and only asking whether the one has done, and the other suffered, injury or damage*” (ARISTÓTELES, 1893. p. 164).

uma solução jurídica em *projeção* e a sua transformação em precedente se dá em *retrospectiva*.

2 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS CONTROVERTIDAS? A SITUAÇÃO DO DUPLO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Tutelam-se os princípios em sua concepção abstrata e, não, a sua materialização; elevando a interpretação sistemática das normas processuais sob a luz da Constituição da República uma posição mais elevada do que a defesa da propriedade ou da liberdade do indivíduo propriamente ditas: versar sobre o *due process of law* é versar, em última análise, sobre a tutela de uma das parênticas basilares do ordenamento jurídico pátrio. Assim sendo, uma compreensão desvirtuada do regramento constitucional, fundada em noções utilitaristas, mostra-se afastada da hermenêutica constitucional contemporânea e dissonante da jurisprudência nacional.

Precisamente neste ponto localiza-se o cerne da discussão levantada sob a metodologia adotada: toda norma que tenha o fim precípua de manter a integridade dos princípios constitucionais deve ser lida à luz da Constituição da República e posicionada debaixo de uma lente hermenêutica circunscrita, primordialmente, pelos direitos cuja titularidade pertence àqueles que os comandos visam proteger – no caso em tela fala-se dos jurisdicionados que, em cada requerimento, “*devem encontrar nas normas processuais, notadamente na seara criminal, a salvaguarda de seus direitos e garantias fundamentais*”³⁰.

In casu, a fim de proporcionar a melhor valia dos recursos excepcionais interpostos perante os Tribunais locais, antes de uma interpretação sistemática, mostra-se mandamental a interpretação teleológica do texto legal, fazendo-o orbitar na trajetória elíptica do horizonte de compreensão delimitado pelo legislador, revestido

³⁰ STJ - RHC: 114683 RJ, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. Julgado em 13/04/2021, T6 - SEXTA TURMA. Publicado no DJe em 27/04/2021.

da representação popular, quando o proferiu – isto por força do primado da tutela jurisdicional efetiva (*razoável e justa*).

Portanto, tendo em mente (a) o conceito e a previsão legal para a interposição de Recursos Especiais e Extraordinários (artigos 105, inciso III, alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’ c/c artigo 102, inciso III, alíneas ‘a’, ‘b’, ‘c’ e ‘d’, respectivamente), bem como (b) o poder vinculante ou persuasivo dos pronunciamentos judiciais proferidos no âmbito das Cortes Superiores – portanto, o (a) texto e sua (b) aplicação –, resta elucidar como deve ocorrer a relação *interlocutor-destinatário* do texto aplicado (*norma*), dentro do método de compreensão alinhavado pela jurisprudência.

O recebimento do comando localiza-se, sobremaneira, na leitura operada pelo destinatário. Contudo, seja qual for o intérprete da norma, sujeita-se aos erros e opiniões prévias³¹ que não se comprovam nas coisas mesmas³². Afastando o *solipcismo*, o sentido está na linguagem e não na consciência individual³³.

Nesta toada, a nova concepção hermenêutica aplicada a partir do século XX não mais comporta a percepção de que a decisão judicial atua como elemento normativo desgarrado do regramento constitucional, especialmente à luz da virada linguística e do círculo hermenêutico, pensado por Heidegger como a concepção pioneira da relação cíclica entendida na compreensão do todo e das partes específicas – sendo aquela o propósito desta.

De fato, todo texto passa por um processo de compreensão, normativo ou não. Entretanto, há uma pré-compreensão trifásica responsável por limitar a interpretação à literalidade do conteúdo das promessas constitucionais – ou até onde a lógica preponderar –, segmentada em *vorhabe* (posição prévia), *vorsicht* (visão prévia) e *vorgriff* (concepção prévia).

³¹ A elevada carga pré-ontológica antecipada ao método fenomenológico v.g. STEIN, Ernildo. Introdução ao método fenomenológico Heideggeriano (HEIDEGGER, 1979, p. 88).

³² STF - ADI: 2675 PE. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 19/10/2016, Tribunal Pleno.

³³ Nas lições de Wittgenstein: “*The limits of my language mean the limits of my world.*” (WITTGENSTEIN, 1922, p. 74).

A arquitetura de um princípio geral epistemológico ficou, portanto, a cargo da filosofia hermenêutica de Heidegger, localizando a compreensão humana justamente na interpretação, deduzida como produto dos *círculos hermenêuticos* – onde o intérprete deve se entremear³⁴. Essa circularidade não representa, contudo, uma restrição aos preconceitos ou concepções cultivadas no pretérito: significa um exame acurado das consequências operadas pela interpretação nas circunstâncias contextuais do processo sobre o qual influirá o enunciado normativo.

Sob o manto da ontologia heideggeriana, a noção de um Direito Processual *Constitucionalizado*, conformado com o Estado Democrático de Direito, transformou a jurisdição, hoje *constitucionalizada*, inserida em uma pauta axiológico-interpretativa (STRECK, 2002, p. 22). Portanto, hodiernamente o mundo – no campo jurídico ou legislativo, das decisões judiciais ou das normas stricto-sensu – é governado pela Constituição da República e seus princípios (STRECK, 2002, p. 311).

Mais do que uma questão de princípios, o fim último dos recursos excepcionais *in casu* transcende uma percepção legalista e superficial, sendo assunto para os frutíferos debates travados nos meandros da corrente fenomenológica, precursora ao apontar a ruptura do pós-moderno com a filosofia da consciência (relação *objeto-sujeito*), abrindo espaço para a já mencionada *filosofia hermenêutica* e à *hermenêutica filosófica* de Hans-Georg Gadamer³⁵.

Isso é interpretar, como orientam os precedentes da C. Terceira Seção do E. Superior Tribunal de Justiça: “A interpretação das normas jurídicas também deve considerar os aspectos sistemático, teleológico e histórico, não sendo possível o

³⁴ Ou seja, “a descoberta do sentido e a aplicação estão inseparavelmente reunidas num processo unitário que inclui necessariamente o sujeito compreendente” (MÜLLER, 1995, p. 40).

³⁵ STJ - REsp: 1745773 DF. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 04/12/2018, T4 - QUARTA TURMA. Publicado no DJe em 08/03/2019.

*processo hermenêutico dissociado do contexto histórico e social no qual foi produzida a norma interpretada*³⁶.

3 BREVE ANÁLISE DAS AÇÕES ECONOMICAMENTE FRÍVOLAS

Propriamente delineadas as premissas, cabe o exame da (in)eficiência das decisões judiciais proferidas em sede de admissibilidade recursal prévia em Tribunais locais – em especial, daquelas pautadas em jurisprudência defensiva –, sob a égide das prejudiciais de mérito (o formalismo em detrimento da questão de fundo). Exemplo magno das suas perversas consequências é a teratológica controvérsia no juízo de admissibilidade dos Recursos Especiais e Extraordinários.

Em especial, analisar-se-ão as hipóteses em que a parte interpõe simultaneamente ambos os recursos excepcionais (como na hipótese em que o entendimento sumulado obriga a parte a assim fazê-lo) e, seja no juízo prévio ou secundário (*final*) de admissibilidade, ambos os recursos são inadmitidos/não conhecidos: o apelo previsto no artigo 105, inc. III, da Constituição da República, *inadmitido por versar sobre matéria constitucional* e o apelo previsto no artigo 102, inc. III, da Constituição da República, *por versar sobre matéria infraconstitucional, cuja competência é afeta ao Superior Tribunal de Justiça*. De pronto, salta aos olhos o presente contexto por sua aparente improcedência lógica – aparência que é devidamente confirmada com a exposição envolta na Análise Econômica do Direito, tornando o cenário que se descortina no horizonte processual ainda mais intrincado.

Veja-se a posição de Cooter & Ulen, propondo o contexto dos mercadores honestos e dos delinquentes³⁷ (e.g., aqueles que cumprem com seu ônus tributário e

³⁶ STJ - REsp: 1111566 DF. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 28/03/2012, S3 - TERCEIRA SEÇÃO. Publicado no DJe em 04/09/2012.

³⁷ Na esteira do que os autores expõe ao tratar dos erros na jurisdição (abordando *An Economic Theory of Tort Law*): “consistent court errors in failing to hold injurers liable under a rule of strict liability cause subsequent injurers to take less precaution” (COOTER, ULEN, 2016. p. 218).

os que, dolosamente, agem configurando crimes tributários): se ambos compartilham o mesmo espaço público e o Estado não é capaz de diferenciar um do outro, naturalmente os mercadores honestos tenderão à delinquência, visto que a transgressão normativa dolosa (muitas vezes, *reiterada*) se mostra mais vantajosa (*menos onerosa*) do que a lisura e retidão no trato com as coisas privada e pública³⁸.

Na ótica deste ensaio, se a expressão da práxis advocatícia mais saliente revela a incapacidade do Poder Judiciário de bem aplicar a lei e reconhecer se a matéria suscitada pela parte em recursos excepcionais é eminentemente constitucional ou não (inaptidão judiciária quanto ao juízo prévio referente à *quaestio iuris* suscitada nos recursos excepcionais), todo defensor que almeje perfectibilizar o Direito de Defesa do seu constituinte interporá tanto o Recurso Especial, quanto o Recurso Extraordinário – mesmo plenamente ciente da prevalência, na decisão guerreada, de celeuma infraconstitucional ou afeta unicamente ao Supremo Tribunal Federal. Seria presenciar a incorporação da inverificabilidade dos estados de mundo, com o assentamento das partes sobre este *status* pré-concebido, motivando que “*conheçam e contem com essa margem de falibilidade judicial, incorporando-a nas suas estratégias*” (ARAÚJO, 2007, p. 569).

Ora, há contradição inerente à adjudicação fundada em *jurisprudência defensiva*, erigida pelas Cortes Superiores como uma solução estanque à enchente de processos (causa direta da sobrecarga dos julgadores), mas que ao fim e ao cabo agrava o caos jurisdicional pois implica na imprevisibilidade, insegurança jurídica e elevada imprecisão na solução judicial dada aos casos concretos, resultando em uma elevação substancial na interposição de recursos frívolos no âmbito dos Tribunais *a quo* (frívolos, do ponto de vista econômico, mas plenamente legítimos, conquanto estejam fulcrados em relevante ***sinalização*** imanente do próprio judiciário).

³⁸ Assim como aqueles que, descrentes no Poder Judiciário, exercem arbitrariamente as suas próprias razões (sujeitando-se, inclusive, às sanções penais impostas pelo artigo 345 do Código Penal), problema mitigado por um dos mais belos princípios processuais consagrados no sistema brasileiro: a Primazia do Julgamento de Mérito. Com o julgamento antecipado da lide (artigo 355 do Código de Processo Civil) seria este princípio simples floreio heurístico? Parece que não.

Logo, o elevado percentual de recursos inadmitidos ou não conhecidos (em primeiro e segundo juízos de admissibilidade) revela um grave equívoco na resposta do poder judiciário às soluções dadas em 2015 pelo Poder Legislativo no que concerne à litigância em massa. Afinal, a construção jurisprudencial e a transformação de pronunciamentos judiciais em “*precedentes*” ostentam um elevadíssimo custo social e econômico à administração pública em geral (pois, como o movimento das marés, as soluções judiciais idênticas dadas a casos concretos igualmente idênticos estão suscetíveis ao eventual *overruling*).

Por conseguinte, repousa sobre as congestionadas tutelas jurisdicionais federal e constitucional brasileiras uma nebulosa tensão, cada dia mais densa, fruto de uma *witch-hunt* processual (constante busca pela responsabilização de algum dos sujeitos processuais) que culmina, invariavelmente, em custo implícito incalculável cobrado das partes que se voltam ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal buscando um alento, irresignadas com a prestação jurisdicional – ou solução ao litígio – proporcionada pelas jurisdições *a quo*. Considerar-se-iam proibitivos, em qualquer processo judicial, custos calculáveis evidentemente inferiores àqueles exigidos das partes pela adjudicação.

Assim, depreende-se que a contemporaneidade alçou a prestação jurisdicional à crista da curva que bem representa a inefetividade do sistema. Dar a solução justa³⁹ a um caso concreto, com uma fundamentação exaustiva da decisão judicial, rebatendo todos os pontos arguidos pela parte, em tempo proporcional às exigências do feito, sem que a via processual seja por isso congestionada, culmina em um

³⁹ Com o sentido mais estrito de Justiça, porquanto seja impossível julgar justa uma decisão que sequer observe os parâmetros constitucionais propostas pelo ordenamento jurídico no qual almeja imprimir seus efeitos.

sistema eficiente sob o ponto de vista do ótimo de pareto⁴⁰ (*aspecto delator da incolumidade do impasse entre a celeridade e a precisão*⁴¹ da decisão judicial).

Algo vai mal no ordenamento processual brasileiro que, recentemente renovado com a instituição do Código de Processo Civil, mostra-se exaurido vis-à-vis da celeuma instalada, sintetizada no seguinte: a *solução* dada às causas (judicialização das esferas pública e privada e recursos frívolos) e à consequência (sobrecarga das Cortes Superiores) foi modelo *defensivo* de jurisprudência, meio assaz custoso e eleito pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça que, como no infeliz contexto sob análise, mostra-se ainda mais devastadora que os problemas que buscava solucionar, posicionando-se defronte à prestação jurisdicional efetiva e absolutamente injusta como solução ao litígio ou à transgressão normativa, submetendo as partes à imprevisibilidade decisória, expressa em pronunciamentos dotados de acurácia inconstante.

Verdadeiramente, consiste em afronta à toda a construção da hermenêutica jurídico-penal contemporânea, seguindo na contramão de séculos de avanços na teoria do direito, pautados pela teoria constitucional e, conseqüentemente, pela teia valorativo-principiológica do processo penal constitucionalizado, por minimizar a acurácia da decisão judicial, tornando eminentemente reduzida a eficiência do

⁴⁰ Revela-se *pareto-ineficiente* o sistema em que a análise vertical de um caso concreto deságua em *mora* estatal substancial para o julgamento de uma miríade de outros processos que aguardam a apreciação judicial. A noção absoluta da eficiência de pareto implica a alocação dos esforços da forma mais bem posicionada economicamente, mas não implica igualdade ou justiça, sendo o sistema processual brasileiro representante de alicerce que comporta um *pareto improvement*. Entende-se, ainda, descabida a aplicação do ótimo *potencial* de pareto (Kaldor-Hicks) justamente porque a análise lançada pelo Poder Judiciário sobre as ações ajuizadas não pode culminar um “*perdedor*” e um “*vencedor*”. Se a adjudicação faz valer a tutela jurisdicional efetiva, não serão comportadas relações processuais perdedoras em relação à outras (como se vê na contemporaneidade) porque todas serão analisadas e julgadas pelo tempo proporcional à complexidade da demanda. Este entendimento é consentâneo com o aspecto teleológico da Emenda Constitucional 45/2004.

⁴¹ Precisão que, nos casos criminais, refere-se à prova *beyond reasonable doubt* da culpa (razoabilidade remetente ao *reasonable man*, ou *homem médio*), recentemente arbitrada e estipulada por estudos empíricos em cerca de 90% ou mais a certeza do julgador ao proferir o juízo de convicção quanto à responsabilidade penal e autoria (DHAMI, 2008, pp. 353-363).

processo (quando considerado o seu fim precípua, de dar a razão àquele que a tenha⁴²).

Nesta lógica, cada *decisum* passa a representar novo atrito tangencial ao Direito de Ação e aos princípios da inafastabilidade e efetiva prestação jurisdicionais, constitucionalmente assegurados às partes, de modo que a jurisprudência defensiva cotidianamente aperfeiçoada pelas Cortes Superiores se revela a inimiga capital da consolidação dos maiores benefícios do sistema de precedentes e da simbiose entre o *Common Law* e o *Civil Law*, instituída pelos artigos 489, §1º, inciso VI e 926 do Código de Processo Civil.

CONCLUSÃO

No final da década de 1980, prelecionou Souza Santos que a sociedade vivia “*ainda no século XIX e que o século XX ainda não começou, nem talvez comece antes de terminar*” (DE SOUZA SANTOS, 2018, p. 31). Ora, é plausível asseverar que, livrando-se das amarras formalistas, permitindo-se de um aprofundamento nos avanços da filosofia anglo-eurocêntrica, o século XXI começou sem que findasse a imprópria extensão do século XIX.

Então, almejando fazer frente às potencialidades abandonadas e chances perdidas, o legislador (conjuntamente com parte da comunidade jurídica e da sociedade brasileira) elaborou o novo Código de Processo Civil. Certamente um

⁴² Exemplo disto é o AI-AgR 519125 SE, Rel. Min. Joaquim Barbosa, no qual se discutia a decisão monocrática, proferida pelo Relator, que denegou seguimento ao Agravo em Recurso Extraordinário pela ausência da assinatura do advogado constituído com procuração nos autos. Arguiu-se, nas razões do Agravo Regimental, ser o fato mera irregularidade formal, sanável pela intimação do agravante a corrigir tal defeito. Ratificada a decisão monocrática pelo Ministro Relator, insurgiu-se em divergência o Ministro Gilmar Mendes (defensor, assim como o Ministro Ayres Britto, da mitigação da jurisprudência defensiva), provendo o agravo e afirmando “*parece-me que deveríamos superar a jurisprudência – se for o caso – e prover o agravo. Entendo que a jurisprudência até aqui adotada é reveladora de um modelo de jurisprudência defensiva*”. Em seguida, acompanhou a divergência o Ministro Carlos Velloso e o voto do Ministro Relator a Ministra Ellen Gracie. In STF - AI-AgR 519125 SE, Relator Ministro Joaquim Barbosa. Julgado em 12/04/2005, Segunda Turma. Publicado no DJ em 05/08/2005. v. 17, n. 505, 2005, p. 45.

prêmio de consolação àqueles que esperavam uma mudança na teorização acompanhada da *práxis*, a mudança almejou acompanhar o Direito evoluído, na esteira do que assinalou Vivante: “*Altro Tempo, Altro Diritto*”⁴³.

Em ledô engano incorreu aquele que imaginou um Código de Processo Civil imutável: a despeito da miríade de avanços significativos empreendidos no ordenamento pelo novo Codex, o que ocorreu foi um novo (*e significativo*) ataque ao paradigma proveniente do Código de Processo Civil de 1973, em que pese a conservação de controvérsias em questões relevantes que, novamente, permaneceram sem uma solução definitiva e eficaz proporcionada pelo Poder Legislativo.

A lei pode sofrer reforma, mas a sua fonte ainda resiste: explorou-se, anteriormente, o processo de compreensão elucidado pela hermenêutica filosófica e neste passo, a fim de compreender o texto (ou a realidade) é preciso reconhecer, *a priori*, a posição do observador como imerso em um contexto histórico – situação envolta pela visão de mundo que passa a alcançar a partir da tradição a que pertence (da comunidade jurídica, a título de exemplo). Queira ou não, a tradição implica um horizonte de compreensão predeterminado ao sujeito (submetido à fusão, em específicos contextos). Neste escopo, carregado de suas pré compreensões, o sujeito tende a torná-las ponto de partida ao empreender a interpretação do texto normativo, quando deveria silenciar as suas vozes e permitir ao texto que fale em sua inteireza, ressoando e transmitido ao interlocutor a alteridade. O percalço para o rompimento com o paradigma secular diz respeito à hermenêutica jurídica, que passa a impor amarras às inovações legislativas e traz, aos pronunciamentos judiciais, questões destoantes da novel legislação processual.

Importante memorar a categórica colocação de Gramsci: “*A crise consiste precisamente no fato de que o velho está morrendo e o novo não pode nascer; neste*

⁴³ Memorável proclamação que constou na mensagem encaminhada ao Senador José Sarney pelo Ministro Luiz Fux, então Presidente da comissão de juristas nomeados pelo Senado Federal para a elaboração do Código (BRASIL, 2010, s.p).

*ínterim uma grande variedade de mórbidos sintomas surgem*⁴⁴. No caso, o prognóstico fenomenológico revela a falência do velho e o surgimento gradual do novo, não obstante a imensidão de nefastos sintomas – cujo controle se mostra custoso e complexo e, sobremaneira, apresenta-se como alternativa inviável para o futuro.

Um destes sintomas, como pontuado ao longo deste diagnóstico, concerne à sobrecarga das Cortes Superiores brasileiras e a sobrevivência do modelo defensivo de jurisprudência – justamente estes que ressaltam o percalço existencial que não pode ser resolvido dentro dos limites deste cenário atual: a alteração operada pelo novo Codex foi suprida pela sanção de nova redação legislativa⁴⁵.

Ocorre que o modo-de-ser-no-mundo contemporâneo clama por uma nova postura do Poder Judiciário, prestando continência quando convocado a resguardar direitos, curvando-se antes à sistemática constitucional do que à cultura *metafísico-objetificante* – outrora imposta pela filosofia da consciência –, sendo este um pleito reiterado por uma efetiva solução, uma efetiva prestação jurisdicional na admissibilidade dos recursos excepcionais (ou seja, pelo cumprimento do justo concreto).

Destarte, sendo dever do julgador conduzir uma interpretação conforme os cânones constitucionais, pautar-se simplesmente em uma compreensão aprisionada ao plano racional mostra-se absolutamente insuficiente, porquanto caracteriza uma detenção indevida à filosofia platônica da busca diuturna pela essência das ideias, já superada com a superveniente concepção de que o julgador deve se sobrepôr à realidade.

⁴⁴ Tradução nossa: “The crisis consists precisely in the fact that the old is dying and the new cannot be born; in this interregnum a great variety of morbid symptoms appear” (GRAMSCI, 1971, p. 276)

⁴⁵ O Código de Processo Civil de 2015 foi sancionado com a supressão do juízo prévio de admissibilidade dos recursos excepcionais, sob o argumento de que o instituto do Agravo em Recurso Especial e em Recurso Extraordinário já permitia a subida dos recursos de qualquer forma. A supressão do duplo juízo foi prevista no artigo 1.030, §1º, da Lei 13.105, de 2.015, *in verbis*: “A remessa de que trata o caput dar-se-á independentemente de juízo de admissibilidade”. Contudo, sobreveio a sanção da Lei 13.256, de 2016, restabelecendo o prévio juízo de admissibilidade nas cortes locais.

Considerando o *breath of fresh air* conduzido pela virada linguística de Heidegger e Wittgenstein, vigas protendidas que sustentaram a hermenêutica filosófica de Gadamer, a interpretação teleológica mais adequada à lógica sistemática é a que converge para a improcedência da conservação de jurisprudência defensiva que, ao final, tutela as mais perceptíveis nuances do pacto oligárquico responsável pela estagnação e aprisionamento de parcela da comunidade jurídica a posições cuja obsolescência se comprova pela análise econômica de seus impactos, constitucional de sua legitimidade e filosófica de seus fundamentos – contexto cada vez mais realçado pelo gradual despertar da consciência doutrinária.

Afinal, a jurisprudência deve servir à democracia: à limitação do poder estatal, não à sua expansão desenfreada; à consumação da promessa constitucional, não à sua subversão; deve concretizar a indivisível dignidade (DWORKIN, 2012, p. 430) da pessoa humana nas linhas do processo legal devido⁴⁶.

Ultimamente, há um eclipse de argumentos de necessidade que passam a obscurecer e posicionar os verdadeiros protagonistas do processo em segundo plano. Este é o paradigma que se apresenta. O que se pleiteia é a sua quebra, sendo este brevíssimo estudo um dos fragmentos fortalecedores do rompimento com a consolidada barreira levantada nas duas últimas décadas. Mas se a luta é legítima, não há barreiras invencíveis e não há nada mais legítimo do que a lente moral através da qual o jurista passou a enxergar os bastidores da tempestade jurídica que assola as Cortes Superiores.

Enfim, salienta-se a imensurável contribuição do Ministro Luiz Fux (à época, integrante da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça) nos Embargos de Divergência no REsp 435835/SC: “*Somente o sol, a lua e as estrelas continuam a brilhar da mesma forma desde a criação do Universo. A jurisprudência é mutável*” –

⁴⁶ A nova corrente jurídica concebida na Itália Meridional (*nos idos do século XX*) gerou fortes ventos transformadores que percorreram a Espanha, em primeiro lugar (com Perfecto Ibañes e os Jueces Para la Democracia) e resgatada em Portugal (com a concepção do Direito como meio interdisciplinar, proposta por Souza Santos). Estes movimentos consistiram em prenúncio de novas e relevantíssimas mudanças.

mas não só. O precedente deve ser mecanismo de isonomia, previsibilidade jurisdicional, cognição do Direito, segurança jurídica e, acima de tudo, *justiça*, porquanto (em última análise) deve servir à vida dos que sofrem e atender às ânsias e esperanças daqueles que lutam pela sobrevivência, atendendo à finalidade do Direito. Se a jurisprudência desviar do malfadado e sombrio caminho *defensivo* e enveredar pela iluminada passagem neoconstitucionalista, brilhará tanto quanto qualquer astro do vasto Universo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 217.

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: Precedentes no direito brasileiro. 5ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. – 10.ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARISTÓTELES. *The Nicomachean Ethics of Aristotle*. Traduzido por F.H. Peters. – 5.ed. – Londres: Kegan Paul, Trench, Trübner & Co, 1893.

BECKER, David G.; J. Frieden; SCHATZ, Sayre P.; SKLAR, Richard L. *Post-Imperialism: International Capitalism and Development in the Late Twentieth Century*. Londres: Lynne Rienner Pub, 1987. in Becker et al, p. 1-18.

BORJA, P. Sánchez-Prieto; MORENO, Rocío Díaz; BELSO, Elena Trujillo. *Siete Partidas*. Edición de textos alfonsíes en REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Banco de datos (CORDE) [en línea], corpus diacrónico del español, 2006. Disponível em: <http://www.rae.es>.

BRASIL. SENADO FEDERAL. *Anteprojeto do novo código de processo civil – comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto do novo código de processo civil*. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Extradução 1362. Relator Ministro Edson Fachin. Relator p/ Acórdão: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno. Julgado em 09/11/2016. Divulgado em 04/09/2017. Publicado em 05/09/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI: 2675 PE. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 19/10/2016, Tribunal Pleno.

_____. Supremo Tribunal Federal. AI-AgR: 519125 SE. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Julgado em 12/04/2005, Segunda Turma. Publicado no DJ em 05/08/2005, RB v. 17, n. 505, 2005. p. 45.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp: 1928972 SP (2021/0085788-8). Relator Ministro Joel Ilan Paciornik. Julgado em 11/05/2021, T5 - QUINTA TURMA. Publicado no DJe em 14/05/2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. EREsp: 435835 SC (2003/0037960-2). Relator Ministro Francisco Peçanha Martins. Julgado em 24/03/2004, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO. Publicado no DJ em 04/06/2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1814919 DF. Relator Ministro Og Fernandes. Julgado em 24/06/2020, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO. Publicado no DJe em 04/08/2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RHC: 114683 RJ, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz. Julgado em 13/04/2021, T6 - SEXTA TURMA. Publicado no DJe em 27/04/2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1631846 DF. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 05/11/2019, T3 - TERCEIRA TURMA. Publicado no DJe em 22/11/2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação 10149978/PR (Acórdão). Relator Desembargador Luiz Osorio Moraes Panza. Julgado em 28/07/2015. Publicado no DJ 1639 em 31/08/2015.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal. Parte Geral*, tomo I. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito LTDA, 1956. p. 79.

CASTRO LIMA, Regina Lucia Chuquer de A. C.; *Hermenêutica Constitucional. Série Aperfeiçoamento de Magistrados – Curso de Constitucional – Normatividade Jurídica*. p. 259.

COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Law & economics*. Boston: Berkeley Law Books, 2016.

CROSS, Hupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 1991.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Construindo as Epistemologias do Sul: Antologia Essencial*. Volume I: Para um pensamento alternativo de alternativas / Boaventura de Sousa Santos; compilado por Maria Paula Meneses... [et al.]. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2018.

_____. *Para além do Pensamento Abissal: Das linhas globais a uma ecologia de saberes*. Revista Crítica de Ciências Sociais [online], 78 | 2007, publicado a 01 outubro 2012. Acesso em 20 setembro 2021. Disponível em: <http://journals.openedition.org/rccs/753>.

DHAMI, Mandeep K. *On measuring quantitative interpretations of reasonable doubt*. Washington: Journal of Experimental Psychology, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 1986.

_____. *Justiça para ouriços*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra, Almedina, 2012.

_____. *Taking rights seriously*. Cambridge [Mass], Harvard University Press, 1977.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo Código de Processo Civil à luz da análise econômica do Direito*. Revista de Processo, v. 269, jun. 2017.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GRAMSCI, Antonio. *Selections from the prison notebooks*. Nova Iorque: Quintin Hoare and Geoffrey Nowell Smith, 1971.

HABERMAS, J. *Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática*. Estudos Avançados, [S. l.], v. 3, n. 7, p. 4-19, 1989. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/8528>. Acesso em: 16 set. 2021.

HEIDEGGER, Martin. *Conferências e escritos filosóficos*. Tradução e notas de Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1979 [Os pensadores].

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2006.

KELSEN, Hans. *¿Qué es la justicia?* Córdoba: Universidad de Córdoba, 1956.

LASSALLE, Ferdinand. *Über Verfassungswesen. Ein Vortrag, gehalten 1862 in einem Berliner Bürger-Bezirksverein*. Disponível em: <https://www.marxists.org/deutsch/referenz/lassalle/1862/xx/verfassungswesen.htm>.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2018.

MÜLLER, Friedrich. *Direito, linguagem e violência: elementos de uma teoria constitucional*. Tradução Peter Naumann. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 40.

NECKEL, Sighard. *The refeudalization of modern capitalism*. Journal of Sociology 56, no. 3. Set, 2020. p. 472-486.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

SPENGLER, Oswald. *La decadencia de Occidente*. Trad. III. Madrid: Espasa Calpe, 1926.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev., atual. e ampl. 4. tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021.

_____. *Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffré, 2007.

WEIDHORN, Manfred. *The Great Paradigm Shift*. Journal of Thought, vol. 36, no. 3, Caddo Gap Press, 2001, p. 7–19, <http://www.jstor.org/stable/42589665>.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Trad. C. K. Ogden. Londres: Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., Ltd., 1922.