

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo — PUC/SP
Mestrado em Direito das Relações Sociais
Sub-área de Direito Processual Civil (Acesso à Justiça)

REEXAME DE PROVA EM RECURSO ESPECIAL

Orientador: Professor Doutor João Batista Lopes
Mestrando: Henrique Araújo Costa

São Paulo — 2006

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo — PUC/SP
Mestrado em Direito das Relações Sociais
Sub-área de Direito Processual Civil (Acesso à Justiça)

REEXAME DE PROVA EM RECURSO ESPECIAL

Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de mestre em direito, sob a orientação do Professor Doutor João Batista Lopes.

Mestrando: Henrique Araújo Costa

São Paulo — 2006

Folha de aprovação

Resumo

O reexame de prova em recurso especial é o tema abordado pelo presente texto, que — sob o ponto de vista epistemológico e dogmático — retoma os conceitos de fato e direito no propósito de analisar criticamente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no que concerne à aplicação da sua Súmula 7, segundo a qual: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

Nesse intuito, parte-se em retrospectiva epistemológica e processual, desde o direito romano à instrumentalidade, questionando-se acerca da atualidade desse marco de análise para objetivo proposto. Ao mesmo tempo, cogita-se, sob um ponto de vista mais dogmático, da possibilidade de fixação de critérios distintivos dos conceitos de fato e direito, concluindo-se pela sua impossibilidade, especialmente se ancorada a discussão no paradigma subsuntivo.

A partir desse ponto, o texto aborda tentativas de superação desse paradigma, inclinando-se à Teoria Tricotomia de Knijnik e seu conceito de questão mista. No entanto, conclui que mesmo a Teoria Tricotômica está comprometida em demasia com uma divisão artificial dos conceitos, pelo que se propõe uma abordagem lingüística e discursiva do tema como contribuição para uma nova dogmática.

Em amparo a essa abordagem, são cotejadas axiologia e semiologia rumo a uma reconstrução retórica, que — relida à moda pós-moderna — oferece ao pensamento processual oportunidade de reflexão sob os prismas argumentativos e sistemáticos mais atuais.

Somente após essa retomada é analisada a jurisprudência do STJ, fazendo-se possível isolar e criticar casos emblemáticos da incompatibilidade entre a teoria embasadora do senso comum do processualista (subsuntiva e binária) em contraste com a prática judiciária (retórica e complexa).

Abstract

The subject addressed by the present text is the evidence reexame in an appeal to the Brazilian Superior Court of Justice. The topic — under epistemological and dogmatic points of view — retakes the concepts of fact and norm to critically analyze the court decisions in the application of its seventh abridgement that states: "The pretension of simple evidence reexame does not try the appeal to the Superior Court of Justice".

Therefore, is applied an epistemological and procedural retrospect, from Roman Law to nowadays Instrumentalism, questioning the current landmark of analysis. Under a dogmatic boarding it is cogitated the possibility of setting distinctive criterias of fact and norm concepts, concluding for its impossibility, especially if anchored in the subsumptive paradigm.

The present text, based on the Knijnik's Tricotomic Theory and its concept of mixed questions, attempts to overcome the subsumptive paradigm. However, it concludes that the Tricotomic Theory tackles in an artificial division of concepts. As contribution for a new dogmatic, the present text offers a linguistic and discursive approach of the subject.

In support to this approach, axiology and semiotics are binded towards a rhetorical reconstruction, that — reread after-modern fashion — offers a chance of reflection under more current argumentative and systematic prisms to the procedural thought.

After these retaken cases are analyzed it is possible to isolate and criticize emblematic examples of the incompatibility involving the theory of the common sense of the procedure (subsumitive and binary) in contrast with the court decisions (rhetorical and complex).

Sumário

Introdução	1
A. Apresentação do tema	1
B. Esclarecimento epistemológico.....	4
I. Fato e direito	8
1. Conceitos propedêuticos	8
A. Fato e prova	8
B. Direito e norma	12
2. Teorias de diferenciação entre fato e direito	15
A. Etapa teórica	15
a. Escolas jurídicas.....	15
b. Instrumentalismo x ontologia dos conceitos	24
c. Senso comum teórico do processualista	26
B. Etapa dogmática	29
a. Critérios de distinção: ontológico, técnico e preponderância.....	29
b. Impossibilidade de separação entre fato e direito	33
c. Teoria Tricotômica de Knijnenik	36
d. Comentários à Teoria Tricotômica.....	40
II. Epistemologia	51
3. Subsunção do fato ao direito	52
A. Subsunção e decidibilidade	52
B. Em busca de uma alternativa à subsunção	56
a. Norma, interpretação e decisão	56
b. Insuficiência da sistemática subsuntiva	58
c. Superação da subsunção e a transmutação bilateral	61
d. Motivações ideológicas e a fundamentação de estrito direito	65
C. Contribuições para uma nova dogmática.....	68
a. Conceitos indeterminados	68
b. Máximas da experiência	70
c. Fatos notórios.....	72
d. Má fundamentação	73
e. Jurisprudência como fonte de direito: autoridade e diferença	74
f. Reação ao positivismo em Castanheira Neves	75
g. Abertura à ótica argumentativa.....	78
4. Axiologia	81
A. Princípio, sistema e constitucionalização do processo	81
B. Regra, princípio e ponderação	86
C. Crítica pela racionalidade intersubjetiva.....	90
5. Semiologia	92
A. Teoria do signo: base de um marco teórico alternativo.....	92
B. Outros conceitos semiológicos	93
C. A importância da pragmática	95
6. Argumentação jurídica	98
A. Pensamento retórico	98
B. Pensamento tópico	106
C. Usos da linguagem	109
7. Marcos sistemático e discursivo	115
A. Concepção tradicional de sistema	115
B. Concepções recentes de sistema	118
C. Ambientação epistemológica rumo ao discurso pós-moderno.....	124
D. Legitimidade no discurso pós-moderno	133

III. Prova e recurso especial	143
8. Modelos recursais.....	143
A. Modelos de cassação e revisão	143
a. Direito romano	143
b. Modelos puros	145
c. Análise comparativa	149
d. Revisitação da nomofilaquia de Calamandrei	150
B. Critérios de acesso à cassação ou revisão	152
a. No direito romano-germânico	152
Critério lógico-conceitual (e a ontologia em subsunção).....	152
Critério teleológico (e relevância prospectiva)	154
Critério estrutural (e a vedação de nova instrução)	155
Critério misto (e a associação de outros critérios)	156
b. No <i>common law</i>	157
Aproximação ao sistema.....	157
Questão mista como fato (e nomofilaquia no <i>common law</i>)	159
Questão mista como direito (e qualificação jurídica dos fatos)	159
Controle seletivo da questão mista (e relevância prospectiva).....	160
Discricionariedade na questão mista (e ausência de critério científico).....	160
C. Modelo brasileiro.....	160
a. Ambientação do STF e STJ	160
b. Berço histórico do recurso extraordinário	162
c. Nosso modelo <i>sui generis</i>	163
d. Limites cognitivos do estrito direito.....	167
9. Teoria Tricotômica	169
a. Teoria Tricotômica e cabimento cassacional.....	169
Retomada da Teoria Tricotômica	169
Observações à Teoria Tricotômica	170
b. Categorias da Teoria Tricotômica.....	172
Questão de fato	172
Questão de direito.....	172
Questão mista.....	173
c. Regime jurídico das categorias tricotômicas	173
Margem de decisão e questões mistas.....	173
10. Recurso especial	176
A. A súmula 7 do STJ.....	176
a. Ambientação do tema.....	176
b. Últimas considerações epistemológicas.....	177
c. Releitura da Súmula 7 do STJ segundo a Teoria Tricotômica	179
B. Levantamento jurisprudencial	180
a. Teoria	180
b. Processo	195
c. Superveniência.....	198
d. Culpa	202
e. Paradigma e justiça	208
Conclusão	214
Referência	227
Abreviaturas	237

Introdução

A. Apresentação do tema

O problema da distinção entre fato e direito não é novo e, na língua portuguesa, desde o doutoramento de Castanheira Neves, poder-se-ia crer que não há nenhum motivo razoável para que fosse retomado no ambiente contemporâneo. Entretanto, no fito de atualizar metodologicamente suas conclusões e abordar, pela razão prática, a nossa jurisprudência, dá-se ensejo a uma análise que curiosamente vem a ratificar, após quase meio século, as conclusões do autor no sentido de que o problema da mencionada distinção é um “nódulo problemático-metodológico do pensamento jurídico”¹.

Adiantando a conclusão — aliás como fez Castanheira Neves em sua obra — registramos que o problema da distinção entre fato e direito é, em última instância, um problema metodológico, de modo que não pode ser outra a ênfase do estudo, senão verificar a mesma problemática à luz das contribuições da epistemologia nascidas nesse produtivo meio século. Justamente sobre esse período, afirma Ovídio Baptista:

“Tendo ingressado na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, no ano de 1950, iniciei meu bacharelado em Direito no começo da fecunda e surpeendente segunda metade do século XX. Nesta condição, tive oportunidade de acompanhar, como participante curioso, as transformações ocorridas não apenas no campo da Filosofia do Direito (...)”

Em vista disso constata que: “Como nossa formação cultural conserva-se solidamente dogmática, os juristas que trabalham com o processual civil não conseguem fazer um diagnóstico dos fatores que contribuem para a crise. A indispensável atitude crítica os obrigaria a questionar o próprio paradigma, o que, sob o ponto de vista epistemológico, seria contraditório.”²

¹ NEVES, *Questão (...)*, Prefácio.

² Ovídio Baptista da SILVA, *Processo e ideologia*, prefácio.

Assimilando essa contribuição lúcida e madura, assumimos uma abordagem lingüística pautada nas recentes contribuições epistemológicas. De outro modo, ou escolheríamos a ontologia ou a arbitrariedade, caminhos que consideramos infrutíferos, pois já exaustivamente trilhados sem sucesso. Curiosamente, essa conclusão aproxima os trabalhos que ganharam relevo internacional no último meio século, como, *v.g.*, o de Henke ao concluir que *“la ‘cuestión de hecho’ está aún a la espera de solución”*.³

Mais um traço comum entre os referidos trabalhos é serem dotados de descrição epistemológica muito complexa, sendo possível dizer que a obra de Castanheira Neves é um tratado da história da filosofia do direito com tendência à superação do positivismo por uma linha sociológica e retomadora do historicismo. Henke, por seu turno, elege trabalhar o tema sob a perspectiva da cassação e a inserção da questão de direito em seu bojo. Já Knijnik, representando o maior esforço nacional recente, parte do direito comparado com as definições de questão mista e, por meio de uma leitura atualizada pelo círculo hermenêutico, propõe o conceito de margem de decisão como âncora da sua Teoria Tricotômica.

Diante disso tudo, o presente trabalho não pode se furtar a ter perspectiva semelhante — feita a ressalva de não se pretender escrever nenhum tratado filosófico, sob pena de passar conhecimento superficial e perder toda sua utilidade científica. O que procuramos é promover uma ambientação filosófica suficiente para repensar as bases da distinção que hoje fazemos entre fato e direito, sempre chamando à colação nossa recente jurisprudência.

Traçados os contornos do nosso pano de fundo, qual seja, a distinção entre fato e direito, cabe-nos delimitar o ponto dogmático específico sobre o qual nos debruçamos, consistente em pesquisar a distinção entre fato e direito para fim de admissibilidade do recurso especial brasileiro. Diante disso, inevitavelmente, trabalharemos, menos à luz da doutrina estrangeira e mais sob a inspiração de Knijnik, que se dedicou exclusivamente ao tema do recurso especial brasileiro.

³ HENKE, *La cuestion de hecho (...)*, prólogo.

Nosso propósito é o de refletir sobre suas conclusões acerca da Teoria Tricotômica, que sustenta a classificação das questões jurídicas em (i) de direito, (ii) de fato e (iii) mistas.

Como se vê, a temática é tão madura quanto incerta na doutrina. Contudo, não há receio na escolha, certo que não é o tema que determina a qualidade do trabalho — tampouco o fato de haver sido ele exaustivamente explorado — mas sim a profundidade da pesquisa e o comprometimento com padrões científicos na sua realização. Assim, ficamos à vontade para prosseguir caminhos já trilhados com maestria, não só por Castanheira Neves e Henke, mas também por Arruda Alvim, Teresa Arruda Alvim Wambier e Knijnik, apenas para citar autores brasileiros mais recentes.

Em suma, nosso trabalho será este: cotejar os mencionados autores e, na medida do possível, agregar observações epistemológicas que se julguem pertinentes, sempre em face da prática jurisprudencial recente, para, ao final, avaliar como atualmente vem sendo utilizada a distinção entre fato e direito. Nesse mister, abordamos a temática da distinção conceitual entre fato e direito — etapa que contém esclarecimento sobre conceitos propedêuticos e ambientação epistemológica que nos leva a compreender o pensamento positivista, seguido de observações dogmáticas suficientes para uma apresentação da Teoria Tricotômica. Logo após, o tema da subsunção é abordado em pormenores até concluirmos pelo seu esgotamento e lançarmos a base do que seria sua superação. Nesse propósito, retomamos a ambientação epistemológica do positivismo até a pós-modernidade e elegemos os parâmetros de discussão da releitura da diferenciação entre fato e direito para, ao cabo, analisarmos esses conceitos na prática jurisprudencial da admissibilidade do recurso especial junto ao STJ.

Já resta evidenciado que a dinâmica deste trabalho é repleta de remissões aos seus próprios tópicos, de modo que vários assuntos são abordados duas vezes. No entanto, isso não denota falta de estrutura, senão que sua estrutura é multivetorial e encerra, em última instância, um exercício de espiral argumentativa em que os níveis conceituais são gradativamente construídos e gradativamente revistos. Não é

à toa que se opta por um índice exaustivo e que deve servir de guia à leitura do presente texto, seja em sua totalidade, seja em consulta tópica, seja como espelho fiel do nosso retroceder e projetar compreensivos.⁴

B. Esclarecimento epistemológico

Antes de prosseguirmos, deve ser consignado que o marco teórico esposado, qual seja, o lingüístico, não reflete o senso comum da dogmática⁵ atual dos processualistas. Diante disso, é advertido que o trabalho precisa ser lido com outros olhos — olhos críticos e que não se contentem com a busca da ontologia jurídica, tratada na prática jurídica geralmente por *natureza jurídica dos conceitos*. Sobre o esgotamento do essencialismo, lembra-nos Marcelo Lima Guerra, com base em Scarpelli e Eros Grau:

“Na realidade, nesse tipo de atitude, lamentavelmente freqüente na ciência jurídica, revela-se a adoção do chamado “essencialismo”, o que resta evidente na tentativa, não declarada e talvez sequer consciente, do uso de definições reais. Recorde-se que por “essencialismo” entende-se a atitude filosófica que sustenta ser possível e ser missão do conhecimento humano a “apreensão da essência última das coisas”. Reflexo dessa orientação epistemológica é, precisamente, a defesa da definição real, em contraposição à definição nominal: esta voltada a estabelecer as condições de uso de um termo através de outros termos, aquela voltada a identificar a “coisa em si”. Tem sido seriamente criticado o essencialismo na ciência em geral e na ciência do direito, em particular, assim como da possibilidade de formular (definições nominais: sejam definições lexicais,

⁴ “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.” GADAMER, *Verdade e método* (...), p. 356.

⁵ Alexandre Araújo COSTA, em *Introdução ao direito* (...), p. 163, com base em Tercio FERRAZ JR., em *Introdução* (...), esclarece que “a dogmática avalia o direito a partir de uma perspectiva interna, enquanto a zetética o estuda normalmente sob uma perspectiva externa. Com isso, quer-se dizer que a dogmática descreve o sistema interno do direito, ou seja, as relações entre os conceitos jurídicos preestabelecidos (dogmas) e entre as normas que o ordenamento positivo reconhece como jurídicas. Já o enfoque da zetética normalmente privilegia a análise das relações entre o direito e os outros sistemas sociais, não se restringindo aos dogmas preestabelecidos e questionando-se sobre a adequação entre valores jurídicos e os metajurídicos, sobre a legitimidade do direito, sobre os modos como as normas são criadas etc.”

estipulativas ou redefinições).

Exata a lição, a esse respeito, de Eros Grau: “Em verdade, ao aplicador do Direito não importa descobrir a essência das coisas, mas sim o significado dos conceitos. Cabe-lhe, assim, inicialmente, enunciar o contexto em que se insere o conceito e, posteriormente, buscar uma definição operacional (funcional) — e não essencialista — dele.”⁶

É de se frisar, com efeito, que as ferramentas epistemológicas agora utilizadas não se identificam com as que aparelham a atual dogmática, notadamente as que remontam ao modernismo de Descartes⁷, quando não à exegese napoleônica⁸ ou ao empirismo lógico do positivismo kelseniano⁹. Seja qual for o mais forte desses matizes, surge daí um contraste: embora assistamos a um processo que beira ao estado da arte em suas articulações normais¹⁰, tanto na doutrina como na jurisprudência, já temos mais de cinquenta anos sem que praticamente nada tenha sido acrescentado à interpretação da linguagem processual. Talvez seja essa a

⁶ Uberto SCARPELLI, *La definizione nel diritto in diritto e analisi del linguaggio*. Milano: Comunità, 1976, p. 183-198; e Eros GRAU, *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: RT, 1988, p. 80; ambos citados por Marcelo Lima GUERRA, em *Direitos (...)*, p. 64.

⁷ Refere-se aqui à metodologia da busca da redução às partes evidentes do objeto estudado e, a partir daí, da aplicação da lógica para a montagem de modelos científicos. Cf. DESCARTES, René. *O discurso sobre o método*. Bauru: Edipro, 1996.

⁸ Num período delimitado entre a edição do código napoleônico e os últimos cinquenta anos, ou seja, num período de aproximadamente um século e meio, “os ideais iluministas que inspiraram a implantação dos Estados de Direito foram continuamente reinterpretados pelos juristas, adaptando esses princípios ao seu tempo presente e levando-os, paulatinamente, às suas últimas conseqüências (...). Esse foi o período de formação do senso comum que domina o pensamento jurídico até os dias de hoje e, por isso, estudar o desenvolvimento dessa maneira de ver e viver o direito normalmente significa observar, como em um espelho, as nossas próprias idéias pré-concebidas — e enxergar muito daquilo que atualmente consideramos inovador e original nas reflexões de um velho autor do século XIX é uma experiência que nos faz repensar nossos critérios de inovação e originalidade.” COSTA, Alexandre Araújo. *Introdução (...)*, no prelo.

⁹ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3 ed., São Paulo: Martins Fontes, 1991.

¹⁰ “Resolver um problema da pesquisa normal é alcançar o antecipado de uma nova maneira. Isso requer a solução de todo o tipo de complexos quebra-cabeças instrumentais, conceituais e matemáticos. O indivíduo que é bem sucedido nessa tarefa prova que é um perito na resolução de quebra-cabeças. O desafio apresentado pelo quebra-cabeça constitui uma parte importante da motivação do cientista para o trabalho.” KUHN, *A estrutura (...)*, p. 59.

Para melhor entendermos a metáfora dos quebra-cabeças, devemos trazer a lume o conceito de paradigma, cuja melhor acepção é a de uma teoria compartilhada cientificamente — no bojo da qual encontram-se os conceitos representados pelas peças do quebra-cabeça. Feito o esclarecimento, vale lembrar que o presente trabalho volta-se mais à remodelagem das peças do que propriamente à sua montagem, nos molde da “revisitação” de conceitos processuais promovidos pela doutrina italiana. O termo revisitação será aboradado adiante, conforme João Batista LOPES, em *Ação declaratória*, p. 21-22.

maior contribuição desse texto: chamar atenção para nosso avanço tecnológico¹¹ e nossa defasagem epistemológica¹². Fazemos nossas as palavras de Ovídio Baptista:

“Em resumo, superar o dogmatismo, fazendo com que o Direito aproxime-se de seu leito natural, como ciência da cultura, recuperando sua dimensão hermenêutica.”¹³

Tudo isso sem se deixar guiar pela estética da desconstrução científica¹⁴, o que seria uma precipitação talvez ocasionada pela insipiência do autor e pela possibilidade de um novo enfoque que a pós-graduação incita. Em contra-partida, a insipiência também pode ser uma característica benéfica, da qual tentaremos tirar vantagem, lembrando a lição de Boaventura:

“Tal como noutros períodos de transição, difíceis de entender e de percorrer, é necessário voltar às coisas simples, à capacidade de formular perguntas simples, perguntas que, como Einstein costumava dizer, só uma criança pode fazer mas que, depois de feitas, são capazes de trazer uma luz nova à nossa perplexidade.”¹⁵

¹¹ “Podemos dizer que a ciência dogmática cumpre as funções típicas de uma tecnologia (...) Nestes termos um pensamento tecnológico é, sobretudo, um pensamento fechado à problematização dos seus pressupostos — suas premissas e conceitos básicos têm de ser tomados de modo não-problemático — a fim de cumprir sua função: criar condições para a ação. No caso da ciência dogmática, criar condições para a decidibilidade de conflitos juridicamente definidos.” Tercio FERRAZ JR., *Introdução (...)*, p. 87.

¹² Nisso vem a calhar a citação de Marcelo Lima Guerra, embora restrita às contribuições negligenciadas do constitucionalismo: “Observa-se que a processualística nacional ainda não incorporou, plenamente, as novas ferramentas conceituais fornecidas pelo moderno constitucionalismo (...).” Marcelo Lima GUERRA, *Direitos (...)*, p. 12.

¹³ Ovídio Baptista da SILVA, *Processo e ideologia*, introdução.

¹⁴ “A dimensão estética da ciência tem sido reconhecida por cientistas e filósofos da ciência, de POINCARÉ a KUHN, de POLANYI a POPPER. Roger JONES considera que o sistema de NEWTON é tanto uma obra de arte com uma obra de ciência.” Boaventura SANTOS, *Um discurso (...)*, p. 86.

¹⁵ Boaventura SANTOS complementa a citação: “Tenho comigo uma criança que há precisamente duzentos e trinta e cinco anos fez algumas perguntas simples sobre as ciências e os cientistas. Fê-las no início de um ciclo de produção científica que muitos de nós julgam estar agora a chegar ao fim. Essa criança é Jean-Jacques ROUSSEAU.” Boaventura SANTOS, *Um discurso (...)*, p. 14 e ss.

Por fim, ter atenção redobrada para não “ousar sem açodamento de quem quer afrontar, inovar sem desprezar os grandes pilares do sistema”¹⁶ porque, na lição de Couture, a incipiência, bem como a insipiência, demoram um tanto a passar:

“Somente após ter passado mais de vinte anos estudando e pensando sobre o processo, acredito ter começado a entender alguma coisa.”¹⁷

¹⁶ DINAMARCO, *Nova era (...)*, p. 21.

¹⁷ COUTURE, *Introdução (...)*, p. 8.

I. Fato e direito

1. Conceitos propedêuticos

A. Fato e prova

As considerações seguintes não pretendem ser exaustivas. Muito pelo contrário, ambientam somente o núcleo essencial do tema sob exposição em tentativa de avaliar com precisão as manifestações jurisprudenciais concernentes a vedação da matéria de prova na via do recurso especial para o STJ.¹⁸

Delimitados os moldes da abordagem, vale lembrar que, no rigor da linguagem, não se confundem fato e prova, embora a jurisprudência por vezes utilize indistintamente os conceitos. Seguindo a linha rigorosa, é lapidar afirmar que:

“[A] questão de fato assenta-se necessariamente na avaliação da prova, cujo objeto são os fatos relevantes.”¹⁹

Essa abordagem — abstraídas maiores considerações sobre a distinção entre “ponto” e “questão” e mesmo sobre as variações da definição do termo “questão”²⁰

¹⁸ Redação da Súmula 7 do STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

¹⁹ OLIVEIRA, *Recurso (...)*, p. 278.

²⁰ “É oportuno, a esta altura, um esclarecimento de ordem não só terminológica, mas sobretudo conceptual. A palavra “questão” vê-se empregada em dois sentidos diversos na linguagem da lei. Ela serve, primeiro, para designar qualquer ponto duvidoso, de fato ou de direito, de que dependa o teor do pronunciamento judicial. Nessa acepção dir-se-á com propriedade que a solução das “questões” é o meio de que se vale o Juiz para julgar: a “questão” não constitui, em si, objeto de julgamento, mas uma vez resolvida, insere-se entre os fundamentos da decisão, entre as razões de decidir. Assim, por exemplo, a questão consistente em saber se ocorreu ou não o fato constitutivo alegado pelo autor, ou o fato extintivo alegado pelo réu: a questão relativa à vigência ou à constitucionalidade da regra jurídica cuja incidência se afirma etc. É com tal significado que o vocábulo “questão” aparece no texto do art. 458, II, do atual CPC, onde se incluem, entre os “requisitos” (*rectius*: elementos) essenciais da sentença, os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito, assentando as premissas de que extrairá a conclusão.”

“Outras vezes, “questão” é o próprio *thema decidendum*, ou ao menos cada uma das partes em que ele se fraciona. Se alguém, *v.g.*, pleiteia a resolução da promessa de compra e venda e a reintegração da posse do imóvel, dir-se-á, neste outro sentido, que o juiz deve julgar duas “questões”, a da resolução contratual e a possessória. Existe aí manifesta correspondência entre

— é apenas a porta de entrada para o que vem a ser um problema realmente fundamental: a pretensa relação necessária, direta e guiada pela suficiência da razão entre fatos e o sentido jurídico atribuído à prova. Revela-se, desde já, que a linha de pensar descendente do iluminismo encena papel relevantíssimo na fixação desses conceitos, o que será ainda mais evidenciado no desenvolvimento do presente texto.

Não podemos perder de vista, entretanto, que o conceito de prova pode ser visto também por uma ótica menos objetivista, como aliás foi encarada no direito romano. Obviamente não nos interessa tentar embasar o comportamento arbitrário do juiz, mas sim evidenciar o papel retórico da prova e registrar que são possíveis dois pontos de vista diante dela: um ligado à demonstração e outro ligado à persuasão, bem esclarecidos na seguinte passagem:

“[O] conceito clássico de prova, dominante entre os séculos XII a XV, partindo das limitações próprias do homem na apreensão do fato, da falibilidade do próprio conhecimento humano, da sempre presente hipótese do erro e, com isso, da injustiça, procurava, pois, fornecer as bases para que o erro, o equívoco, fossem evitados; já o conceito moderno, numa visão positivista e cientificista, procura, na verdade “conhecer” o fato em sua inteireza fenomênica, reputando-o como um “mundo autônomo”, perfeitamente “apreensível” pelos sentidos com o auxílio da razão.”²¹⁻²²

“questão” e pedido, havendo mais de um pedido ou — o que afinal é o mesmo — compondo-se o pedido de mais de um item, estarão subpostas à cognição judicial tantas “questões” quantos forem os pedidos, ou os itens do pedido. (...)” Teresa Arruda Alvim WAMBIER, em *Nulidades (...)*, p. 111-112, cita Barbosa MOREIRA, em Possibilidade de reiteração em outro processo. In: *Temas de direito processual civil. Segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 243.

²¹ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 87. Cf. GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 12-13.

²² Complementam esta ambientação as observações de João Batista LOPES no sentido de que, em tempos remotos, quando havia mais proximidade entre direito e religião, os germanos utilizaram-se das ordálias (como provas pelo fogo, bebidas amargas, serpentes e água fria). Os gregos e os romanos, por sua vez, valiam-se do juramento, que não deixa de revelar a proximidade entre direito e religião. Somente no séc. XIV é que a prova testemunhal recuperou seu prestígio e somente a partir do século XVI observa-se progresso no sistema probatório, tomando relevo a prova documental, a pericial, a confissão e o interrogatório. E somente no séc. XVIII é que ganhou relevo a atuação do juiz junto às partes, bem como sua convicção na aceitação das provas. Assim, superou-se o sistema em que havia pesos diferentes para provas diferentes. Cf. LOPES, João Batista. *A prova (...)*, p. 20 e ss.

Como se vê, teoricamente a prova reconstrói o fato, pelo que se encontraria numa zona intermediária entre o direito e o processo.²³ Contudo, esta é uma discussão que deve ser abstraída, sendo relevante para o presente estudo apenas a afirmação de que a prova reconstrói idealmente o fato. Disso constatamos que tradicionalmente a atividade probatória (relacionada às questões de fato) estaria ligada à demonstração; enquanto a atividade intelectual (relacionada às questões de direito) estaria ligada à persuasão — motivo pelo qual também se afirma que fato precisa de prova; e direito, de argumento.

“Nunca é demais citar o magistério de Karl Larenz a esse respeito: “A distinção entre questão de facto e de direito perpassa todo o direito processual; o princípio dispositivo pressupõe, especialmente esta distinção. O juiz julga sobre a “questão de facto” com base no que é aduzido pelas partes e na produção da prova; a questão de direito decide-se sem depender do que é alegado pelas partes, com base no seu próprio conhecimento do Direito e da lei, que tem de conseguir por si (*jura novit curia*). Só os factos, isto é, os estados e acontecimentos fácticos, são susceptíveis e carecem de prova; a apreciação jurídica dos factos não é objeto de prova a aduzir por uma das partes, mas tão-só de ponderação e decisão judicial.”²⁴

Sob uma perspectiva tradicional, isto seja, não coincidente com a abordagem lingüística, ganha relevo o carácter objetivo da prova. Contudo devemos salientar que a este carácter devem ser somadas as visões subjetiva e a funcional do mesmo fenómeno, de modo a se afirmar que a prova é atividade (como reflexo do contraditório), resultado (como convicção do juiz) e meio (amparador da convicção do juiz).²⁵ Assim, devemos ter em mente sempre o aspecto dinâmico da prova, como meio tendente a produzir uma convicção judicial — divisão bem evidenciada por João Batista Lopes quando apresenta os critérios objetivo e subjetivo de conceituação da prova:

“Sob o aspecto objetivo, é o conjunto de meios produtores da certeza jurídica ou o conjunto de meios utilizados para demonstrar a existência de fatos relevantes para o processo.

²³ Cf. Fredie DIDIER JR., *Regras processuais (...)*, p. 29 e ss.

²⁴ Karl LARENZ, em *Metodologia (...)*, p. 370-371; é citado por Nelson Luiz PINTO, em *Manual (...)*, p. 269.

²⁵ Teresa Arruda Alvim WAMBIER, *Omissão (...)*, p. 19.

Sob o aspecto subjetivo, é a própria convicção que se forma no espírito do julgador a respeito da existência ou de fatos alegados no processo.²⁶⁻²⁷

De uma forma ou de outra, mesmo ainda carente de uma definição segura de prova, podemos afirmar que o conceito de prova está umbilicalmente ligado à necessidade de fundamentação da sentença, ou ao menos a uma fundamentação plausível dela, na medida em que o tomado por verdadeiro dentro do processo seja realmente persuasivo e motivador da convicção. Em uma palavra, a versão do juiz para os fatos deve ser verossímil — o que apenas adianta a nossa preocupação com a problemática da necessidade de fundamentação da decisão, a ser retomada em tempo oportuno.²⁸

É sob este esquadro que deve ser ambientado o conceito de prova, notadamente pela consciência de que convivem um significante que continua a remeter à separação total entre fato e direito a ensejar uma aplicação silogística; ao mesmo tempo em que sabemos que o processo decisório é bem mais complexo que isso. Tudo isso fica ainda mais nebuloso quando retomamos revisitações²⁹ metodológicas embutidas na instrumentalidade, notadamente a aproximação entre direito e processo, o que nos faz provisoriamente abdicar de um satisfatório conceito de prova. Contentemo-nos, adotando um marco lingüístico, em encarar a

²⁶ João Batista LOPES, *A prova (...)*, p. 26.

²⁷ Especificamente sobre ônus probatório e, principalmente, sobre sua perspectiva histórica, Cf. PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: RT, 2001.

²⁸ “[P]arece poder-se afirmar que a prova é atividade cujo resultado será aquilo que deve ser tido por verdade pelo juiz, para servir de base à sua sentença. (...) O pensamento contemporâneo de um modo geral, rejeita a idéia de que a decisão judicial seja um silogismo, seja lógica, no sentido mais rigoroso. (...) No que diz respeito à análise dos fatos, o juiz sempre acaba por escolher uma “história” (...) ou a do réu, ou a do autor ou a que ele mesmo, juiz, venha a conceber. (...) Assim, de fato, hoje se entende que a estrutura da sentença como regra geral é mais complexa que a de um silogismo (...).” Teresa Arruda Alvim WAMBIER, *Omissão (...)*, p. 81-82.

²⁹ O termo revisitação merece ser esclarecido. “Por influência da doutrina italiana, os processualistas brasileiros passaram a utilizar o termos revisitação para designar postura mais moderna orientada no sentido de rever os institutos fundamentais do Direito Processual Civil.

Essa nova tentativa de atualização (*aggiornamento*) se faz presente na doutrina mais autorizada, que, embora reconhecendo a importância da contribuição de autores clássicos como Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei e Liebman, procura avançar em busca de um modelo de processo mais moderno, ajustado aos anseios e reclamos da sociedade.” João Batista LOPES, *Tutela antecipada (...)*, p. 21.

prova como um artifício argumentativo que ampara a fundamentação do juiz, tornando verossímil sua versão dos fundamentos fáticos da sentença. Sem dúvida, uma definição original, porém mais provisória que original, já que a abordagem lingüística do conceito de prova pode ser intuída por estudo de doutrina já consolidada.³⁰⁻³¹

Por fim, é bom que se frise, seguindo uma linha mais tradicional, que na redação da Súmula 7 do STJ não encontramos propriamente a definição de prova — o que nos leva a crer que o conceito apresentado no verbete remonta à idéia clássica de separação estanque entre fato e direito, a qual pretendemos demonstrar no curso do trabalho encontrar-se equivocada. De uma forma ou de outra, teremos sempre a dicotomia diante de nós, em face da qual propomos uma releitura doutrinária em vista de recentes conquistas epistemológicas e da própria jurisprudência, que tem mitigado as linhas divisórias entre fato e direito e, inevitavelmente, entre prova e direito.

B. Direito e norma

O tema da norma jurídica pode despertar interesse por vários vértices. Particularmente para o fim deste texto, a norma ganha relevo na medida em que pode ser, de certa forma, associada à definição de questão de direito. Ademais, se

³⁰ São reflexos da análise lingüística da prova as citações de João Batista LOPES no seguinte sentido: “À demonstração dos fatos (ou melhor, das alegações sobre fatos) é que se dá o nome de prova (...)” Mais explicitamente, do ponto de vista semiológico, poderíamos dizer que prova é um significante ao qual se atribuiu o sentido de alta carga persuasiva. De remate, vale registrar citação do próprio João Batista LOPES: “Como anota (...) Perelman, o domínio da argumentação é o da verossimilhança, da plausibilidade e não o da certeza do cálculo.” Cf. LOPES, João Batista. *A prova (...)*, p. 27-28; e PERELMAN, *Traité de l’argumentation — La nouvelle rhétorique*. 3 ed., Bruxelles: Éditions de l’Université de Bruxelles, p. 2.

³¹ “¿ Cómo lograremos conseguir en el proceso la base firme que necesitamos para poder dictar una sentencia justa? ¿Cómo encontraremos esa base, si nada está quieto y todo se halla en movimiento? La respuesta que nos da el Derecho vigente es la misma para todas las cuestiones similares de la prueba: ninguna prueba puede lograr algo más que convencer a un hombre inteligente que se halle en la cumbre de la formación y cultura de su época. Tampoco el proceso puede en ningún momento ir por delante de la sabiduría de su tiempo y de su pueblo, la fuente de errores consiste en que el receptor de la prueba es un hombre mortal, susceptible de errar, y no un Dios omnisciente. Pero esa fuente de errores no se puede eliminar (...)” Friedrich STEIN, *El conocimiento (...)*, p. 30.

no item anterior pretendemos esclarecer as relações entre fato e prova; neste item retomamos o tema que deve ser o antípoda do anterior no intuito de que se faça a comparação entre questão de fato e de direito com alguma propriedade.

Enquadrada e justificada a abordagem, vale dizer que a metodologia normativa se mostra — sendo este aspecto de suma relevância — como molde de outros conceitos já cotejados, notadamente prova e direito. Isto porque quando falamos em norma (sentido), falamos nitidamente em algo que transborda o que se constitui em texto normativo (objeto).

“Do ponto de vista formal, que aqui elegemos, uma norma é uma proposição. (...) Por proposição entendemos um conjunto de palavras que possuem um significado em sua unidade. Sua forma mais comum é o que na lógica clássica se chama juízo, uma proposição composta de um sujeito e de um predicado (...).”³²

Da mesma forma, a prova é uma atribuição de sentido ao objeto fático, embora pretenda ser uma relação menos arbitrária. Assim, podemos traçar um paralelo na medida em que o consenso em torno do sentido (referente à norma ou à prova) deriva de uma argumentação que invoca objetos (seja o texto normativo ou o próprio fato). O paralelo fica ainda mais claro se evidenciarmos que ambos os juízos pretendem ser descritivos, ainda que o juízo normativo exista em função de uma prescrição, pois o que se pretende ao interpretar é enunciar o conteúdo normativo correto — ou se negada esta possibilidade, ao menos um conteúdo plausível.

Não obstante essa aproximação — dado que são ambos desenvolvimentos retóricos de atribuição de sentido por consenso jurídico, e que não há formulação de pensamento jurídico fora de sua linguagem³³ — coloca-se um separador

³² BOBBIO, *Teoria da norma (...)*, p. 72-73.

³³ “Uma vez que o homem só pensa por meio de palavras ou outros símbolos externos, estes poderiam voltar-se para o homem e dizer-lhes: “você não significa nada que não lhe tenhamos ensinado, e isto apenas enquanto dirige algumas palavras como interpretantes do seu pensamento”. Com efeito, os homens e as palavras se educam mutuamente; cada incremento da informação humana comporta, e é comportado, por um correspondente incremento da informação das palavras. E o signo ou a palavra que os homens usam são o próprio homem. Porque o fato de cada pensamento ser um signo, em conexão com o fato de a vida ser uma cadeia de pensamentos, prova que o homem é um signo, e que todo pensamento seja um signo externo prova que o homem é um

intransponível entre os objetos. Separam-se os conceitos, ou melhor, busca-se uma separação em vista de imperiosa previsão de súmula orientada pelo nosso modelo constitucional de recursos. O problema se recapitula nesses moldes: buscar a distinção entre fato e direito no propósito de delimitar uma exigência pragmática do processo.

Não é preciso lembrar, de outra parte, que a distinção estanque, tal qual foi colocada, cai por terra ao percebermos que a dinâmica argumentativa definidora dos conceitos está embutida num discurso jurídico muito assemelhado. Ainda mais ao nos darmos conta de que a utilidade dessa definição é estabelecer critérios de procedimentalidade (admitir ou não o recurso), ou seja, é um critério atingido por meio do contraditório para a obtenção de uma vantagem. Daí que ambos (fato ou direito) são definidos da mesma forma, embora o direito seja assumidamente reconhecido por argumentos e o fato pretensamente demonstrado por prova. Em outras palavras, a prova é um conceito jurídico e só pode ser reconhecido como tal e aplicado como tal, tendo como consequência imediata sua prevalência sobre qualquer ontologia, ainda que na mitologia jurídica as provas tenham relação necessária e direta com o mundo dos fatos. Trata-se de mais uma face da persuasão, agora extrapolando os limites do caso concreto e funcionamento como critério de aceitação e estabilidade das decisões fundamentadas em atenção a estes critérios.

Ainda no que concerne especificamente à norma, teremos a oportunidade de discorrer mais adiante sobre sua constituição e seu papel, notadamente quando abordados os temas da interpretação normativa e da construção de uma teoria da decisão.

signo externo. O que equivale a dizer que o homem e os signos externos são idênticos, no mesmo sentido em que são idênticas as palavras *homo* e *man*. Portanto, minha linguagem é a soma global de mim mesmo: porque o homem é o pensamento". Umberto Eco, *Tratado geral de semiótica*, p. 257-258.

2. Teorias de diferenciação entre fato e direito

A. Etapa teórica

a. Escolas jurídicas

Direito romano e cientificidade

Pois bem, seguindo na nossa proposta, algumas considerações são oportunas para melhor compreender o nosso modo de pensar atual. A primeira observação concerne à carga positiva gerada no receptor do discurso quando atribuímos à conclusão comunicada o caráter científico, como se o caráter científico fosse algo imanente às conclusões a serem aceitas e como se esse conceito fosse necessário para gerar aceitação ao resultado apresentado. Isso chega a ser irônico ao nos darmos conta de que outro significante veiculado para atribuir autoridade ao argumento — e não raro associado a uma abordagem científica do direito — encontra-se em boa medida dissociado da cientificidade que esperamos de um argumento aceitável. Esse significante é: direito romano.

Diante disso, seria salutar ambientar melhor esses significantes — que chegam a ser palavras mágicas no ambiente jurídico — dizendo que *(i)* entre os romanos não havia preocupação com a cientificidade do conhecimento jurídico, pois o que valia era a práxis; e que *(ii)* a cientificidade do direito é uma criação do séc. XIX, mais especificamente da escola histórica, sendo portanto um problema marcadamente da modernidade.³⁴

³⁴ FERRAZ JR., *A ciência (...)*, p. 18.

No entanto, não é sem motivo aproximarmos os dois conceitos em cotejo, quais sejam, ciência e direito romano. Existe um momento marcante na história do direito em que eles se cruzam e passam a influenciar fortemente, desde então, o nosso pensamento. Esse momento coincide com o séc. XI, bem como o período que o sucedeu, e é marcado pela retomada dos estudos romanos nos moldes científicos exigidos pelas universidades da época.

“As universidades italianas do século XII promoveram um renascimento dos estudos de direito Romano, aplicando à sua pesquisa o método didático concebido por Irnerius, no ano 1100, derivado da filosofia escolástica, à época dominante. A metodologia de Santo Tomás de Aquino exige que cada argumento seja baseado na autoridade: é o dogmatismo que a igreja católica adotou como filosofia oficial e que vai ser incorporado ao estudo da *jurisprudência* de maneira tão intensa que até nossos dias os dois serão confundidos como uma só coisa.”³⁵

Nasce assim o caminho para outra associação bastante influente e duradoura pautada pela autoridade do direito romano e sua pretensa correspondência com a verdade. Essa é a lição de Tercio Ferraz Jr.:

“Isso porque ela se enraizava em dimensões culturais já perdidas como a crença na identidade do *Corpus Christianum* com o Direito Romano e, mais tarde, no humanismo jurídico conformado pelos modelos da Antiguidade.”³⁶

Apenas a modernidade rompeu esse vínculo, substituindo-o pelo ideal de sistematicidade em sua nova roupagem, nos moldes exigidos pelo séc. XVI. É bem verdade, entretanto, que a sistematicidade tem raízes também no próprio direito romano e no ideal clássico que orientou sua retomada nos séculos XVII e XVIII, impulsionado pela pretensa possibilidade de descobertas dos elementos essenciais e sua composição progressiva.³⁷

³⁵ Willis Santiago GUERRA FILHO, *A filosofia (...)*, p. 39.

³⁶ FERRAZ JR., *A ciência (...)*, p. 22.

³⁷ FERRAZ JR., *A ciência (...)*, p. 23. Cf. FOUCAULT, Michel. *Les mots et les choses*. Paris: Gallimard, 1966, p. 89.

Com efeito, não se deve falar em nascimento da sistematicidade no séc. XVI, mas sim num crescendo dela que culminou no desenvolvimento do jusnaturalismo racional da modernidade e sua ambição de sistematizar, não só textos romanos isolados, mas também deduzir todo conhecimento não-arbitrário (conhecimento essencial) e cristalizá-los em códigos. O direito conquista, enfim, uma dignidade metodológica totalmente fundada na razão ao mesmo tempo em que associa ao direito natural:

“Os séculos XVII e XVIII foram a era do racionalismo e do iluminismo e, ao mesmo tempo, o período de esplendor dos grandes sistemas de direito natural. O direito natural tornou-se a filosofia prática fundamental de toda uma época, o pensamento dominante não apenas nos estudos jurídicos e na filosofia moral, como também na economia e na política. Despojou-se de seu traje teológico e adotou a roupa da ciência pura, auxiliada pelo método matemático dedutivo que constituiu a grande descoberta da época.”³⁸

Cuida-se de momento tão determinante para a cultura do jurista de hoje, que até mesmo os conceitos abordados são comunicados sem muito esforço, ou sem que seja necessário atribuir adjetivos a eles, por exemplo, como se fosse necessário traduzir “razão” em “razão moderna”. Esse momento representa o alicerce do senso comum teórico do jurista.

Do ponto de vista político, o ideal iluminista desembocou na Revolução Francesa, que veio consolidar um governo de leis e não de homens, de códigos e não de interpretação, dado que a legitimidade da lei derivava do próprio povo, na pessoa do legislador. Disso resulta um golpe ao ideal iluminista ortodoxo, que fundava a igualdade dos homens pela razão, instrumento capaz de levar qualquer um até a verdade. O que se pretendeu com isso foi engessar a atuação dos juízes, mormente ligados ao regime derrotado, e possibilitar uma maior estabilidade para o estabelecimento do governo. Então, fez-se urgente uma metodologia que vedasse a criatividade e possibilitasse ao juiz encontrar na lei a resposta correta.

“Nessa medida, a atividade do julgador deve limitar-se a interpretar as regras jurídicas (buscando seu sentido original), qualificar os fatos

³⁸ Ross, *Direito e justiça*, p. 287.

relevantes (avaliando o enquadramento das situações fáticas aos conceitos normativos, mediante um processo de subsunção) e, caso verifique a ocorrência do enquadramento dos fatos nas normas, efetuar a aplicação do direito, especificando as conseqüências cabíveis. Trata-se, pois, de uma atividade não-criativa, pois não é o juiz que determina o significado da norma (ele apenas o identifica) nem é ele que determina as conseqüências da sua aplicação (ele apenas as esclarece).”³⁹

Historicismo

Ao alicerce iluminista, porém, devem ser somadas algumas contribuições que as sucederam, notadamente as conquistas da escola história e da escola positivista. O mérito do historicismo do séc. XIX foi evidenciar que o direito pode ter uma fonte positiva, que vem a ser a própria história. Identifica-se, no início do seu desenvolvimento, uma tentativa de aplicar a racionalidade desenvolvida até então para justificar a legalidade, em detrimento de uma explicação essencialmente axiológica ou jusnaturalista. No entanto, em sua fase madura, o historicismo mitiga as conquistas da racionalidade e admite a existência do contingente, como em Savigny:

“As conseqüências destas teorias para a sistemática jurídica no século XIX evidenciam-se e formalizam-se, entretanto, com mais clareza em Savigny. Sua obra revela, até certo ponto, uma inovação decisiva na sistemática jurídica. Nela o sistema perde, em parte, ou pelo menos na aparência, o caráter absoluto da racionalidade lógico-dedutiva que envolve, com sentido de totalidade perfeita, o jurídico. O sistema ganha, ao contrário, uma qualidade contingente, que se torna pressuposto fundamental da sua estrutura.”⁴⁰

Deve-se chamar atenção, desde já — ponto que oportunamente será retomado — para o que vem a ser a admissão ancestral da contingência, da organicidade e da arbitrariedade do direito. Os germes desse tipo de pensamento viriam a marcar uma verdadeira revolução epistemológica só totalmente completada na pós-modernidade e até hoje não digerida pelo senso comum teórico do jurista. De imediato, porém, a escola histórica não significou uma ruptura total com a dogmática lógico formal,

³⁹ Alexandre Araújo COSTA. *Introdução (...)*, no prelo.

⁴⁰ FERRAZ JR., *A ciência (...)*, p. 28. Cf. SAVIGNY. *System des heutigen römischen rechts*. v. 1, Berlim, 1840, p. 9.

retomando esse caminho após as elaborações de Savigny, e dando azo à escola pandectista alemã, à escola da exegese francesa e à escola analítica inglesa.

Para o fim do presente texto, é deste momento metodológico que brotará o embasamento da distinção de Castanheira Neves, como se verá adiante:

“A vida comunitária, como forma da vida humana, é histórica. Isto significa, em primeiro lugar, que se encontra imersa na história e que, portanto, “não podendo começar nunca do princípio” sempre se vê referida a uma situação histórica. É isto só um modo diferente de dizer que a existência humana, sendo um ser-no-mundo, sempre a si mesma se depara determinada pela facticidade do mundo. Não uma existência absoluta a actuar num meio vazio, mas uma existência fáctica cujo agir depara com a resistência de uma situação, a definir-lhe um campo de possibilidade. A “situação” (história) é aquele contexto natural-social-cultural que se impõe como um dado à existência, em que ela se encontra imersa e de que terá de emergir a sua acção.”⁴¹

Jurisprudência dos conceitos

Para que sirva de remate à abordagem historicista, indispensável resumir que após o percalço representado por Savigny, em sua maturidade, ao pensamento sistematizador, a razão implacável retomou seu curso propiciando o que viria a ser a ditadura metodológica do positivismo jurídico. Dentre as vertentes desenvolvidas a partir daí destaca-se a jurisprudência dos conceitos, conhecida pelo “caráter lógico-dedutivo do sistema jurídico, enquanto desdobramento de conceitos e normas abstratas, da generalidade para a singularidade, em termos de uma totalidade fechada e acabada”⁴². E, como revisão dessa corrente, surge a jurisprudência dos interesses, com amparo da mitigação da concepção de direito segundo um sistema lógico, abstrato e completo. A partir daí, tem-se a noção de que a completude sistemática é um dogma e que a teoria das lacunas é fictícia.

Ainda assim, não se apagam as luzes do que marcou a cultura jurídica do séc. XIX: a lógica formal e o pensamento subsuntivo. É o que nos revela Tercio Ferraz Jr.:

⁴¹ Castanheira NEVES, *Questão (...)*, p. 300.

⁴² FERRAZ JR., *A ciência (...)*, p. 33-34.

“Independentemente do caráter lógico-formal da construção e da subsunção e sem querer fazer aqui uma generalização indevida, podemos afirmar que, grosso modo, esses dois procedimentos marcam significativamente a Ciência do Direito do século XIX.”⁴³

A partir de então, a “ciência jurídica constrói-se, assim, como um processo de subsunção, dominado por uma dualidade lógica em que todo fenômeno jurídico é reduzido a duas possibilidades: ou é isto ou é aquilo, ou se encaixa ou não se encaixa, constituindo enormes redes paralelas de exceções. A busca, para cada ente jurídico, de sua natureza (...) pressupõe uma atividade teórica deste tipo, onde os fenômenos são de direito público ou de direito privado, um direito qualquer é real ou é pessoal, uma sociedade é comercial ou é civil etc., sendo as eventuais incongruências tratadas como exceções ou contornadas por ficções.”⁴⁴

Lição semelhante é a de Portanova:

“A dogmática tradicional elaborou seus paradigmas centrada num pensamento estrutural comum aos séculos XVIII e XIX. A sociedade era vista como um sistema estável, e o Direito era o centro dos estudos das civilizações. Tinha-se o Direito como conjunto geral, abstrato, hierarquizado, unitário, fechado, completo, auto-suficiente e coerente de normas promulgadas pelo Estado.”⁴⁵

Do mesmo modo, Ovídio Baptista:

“Para o sistema, a norma jurídica deverá ter, conseqüentemente, sentido unívoco. Ao intérprete não seria dado hermeneuticamente “compreendê-la” mas, ao contrário, com a neutralidade de um matemático, resolver o problema “algébrico” da descoberta de sua “vontade”. Compreende-se, portanto, as razões que, no século XIX, fizeram com que os autores dos Códigos procurassem impedir que sua obra fosse interpretada. Reproduziu-se no século XIX a tentativa de Justiniano de impedir a compreensão hermenêutica de suas leis.”⁴⁶

Nesse ambiente, o processo se desenvolveu, elaborando nomenclaturas e classificações embaladas pela crença legalista. Somente mais tarde é que os processualistas viriam a tomar consciência da perniciosidade dessa metodologia, vindo como diagnóstico assaz tardio, já no século XX:

⁴³ FERRAZ JR., *A ciência (...)*, p. 34.

⁴⁴ FERRAZ JR., *A ciência (...)*, p. 36-37.

⁴⁵ PORTANOVA, *Motivações (...)*, p. 86. No mesmo sentido, ver Barbosa MOREIRA, em *Tendências contemporâneas do direito processual civil*. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 34, jul., 1985, p. 121; e DINAMARCO, *A instrumentalidade (...)*, p. 306

⁴⁶ Ovídio Baptista da SILVA, *Processo e ideologia*, p. 17.

“A ciência processual se dedicou à construção de grandes arquiteturas conceituais sem contato direto com a realidade econômica e social de seu tempo.”⁴⁷

Positivismo e instrumentalismo

O processo de diferenciação inspirada na jurisprudência dos conceitos levou à consciência de que os conceitos jurídicos agrupam idéias de feição completamente distinta, como é o caso de conceitos empíricos (por exemplo, pretensão) e de conceitos sociais (por exemplo, casamento). No combate a essa causa, trazida aqui por digressão muito limitada, identifica-se um esforço no sentido de isolar os fenômenos jurídicos ao que seria sua essência jurídica. Vem daí a idéia de norma kelseniana, que estratifica definitivamente a “complexidade do ser” da “normatividade do dever-ser”.⁴⁸

A empreitada kelseniana, datada da década de 30 e baseada na mencionada distinção, significou, em última análise, uma reação à vertente sociológica do positivismo jurídico (focalizada no ser), resultando no que veio a se tornar a corrente jurídica hegemônica da família romano-germânica (focalizada no dever-ser). O crescendo positivista normativista, entretanto, não tardou encontrar freio, notadamente quando vieram à tona os traumas da Segunda Guerra Mundial e de seus totalitarismos contemporâneos.⁴⁹

⁴⁷ Willis Santiago GUERRA FILHO, *A filosofia (...)*, p. 49. Cf. DANTE. *Processo civile e giustizia sociale*. Milão: Giuffrè, 1971, p. 29.

⁴⁸ “Nesse quadro muito amplo, cuja pedra angular é a concepção do direito como norma e como realidade empírica, — elementos que guardam entre si diversas relações, variáveis conforme as diferentes escolas —, podemos incluir a Jurisprudência Sociológica de EHRlich, DUGUIT e Roscoe POUND, os princípios exegéticos da Escola da Livre Investigação Científica de GENY e do Direito Livre de KANTOROWICZ, os princípios da Jurisprudência Axiológica de WESTERMANN e REINHARDT, que se propõe um exame da Jurisprudência dos Interesses de HECK, sem falar do realismo americano de HEWELLYN, FRANK, F. COHEN ou do realismo escandinavo de HAGERSTRÖM, LUNDSTEDT, OLIVERCRONA e ROSS.” FERRAZ JR., *A ciência (...)*, p. 38.

⁴⁹ “Ao contrário do século XIX, que foi marcado por um grande otimismo e crença nas ciências, o início do século XX foi um momento de profundo ceticismo, frente a uma realidade marcada por revoluções, por duas guerras mundiais e por totalitarismos de vários matizes (nazismo, fascismo, franquismo etc.)” Alexandre Araújo COSTA, *Introdução ao direito (...)*, p. 279.

Curiosamente, diante disso, não ganhou tanto relevo a retomada puramente jusnaturalista, mas sim um esforço direcionado, tanto contra o jusnaturalismo e contra o positivismo. Na verdade, o positivismo se reinventou, inaugurando a vertente da análise lingüística, ao passo em que ganhavam relevo também outras alternativas, como o realismo e as escolas críticas.⁵⁰

Assumindo que muito foi deixado de lado — seja por ignorância, seja pela ânsia de chegar ao cerne do presente texto — devemos nos contentar com os pontos de apoio lançados nesta breve perspectiva histórica, e tentar enquadrar o atual momento metodológico do processo, denominado instrumental. Nesse mister, limitemo-nos, a lembrar que o instrumentalismo é uma escola de vertente teleológica que, embora permaneça intimamente ligada à fundamentação positivista de seus conceitos, reage energicamente contra o positivismo normativista, representando um terceiro momento metodológico do direito processual.⁵¹ Nessa linha, embalado por Mauro Cappelletti (1969), o processo passou a ser entendido como um sistema de conceituação madura, cujo objetivo deveria ser conduzir a resultados práticos desejados, traçados pela Constituição.⁵² Em última análise e poucas palavras, cuida-se de uma releitura dos conceitos positivistas embalada à luz do constitucionalismo dos anos 70 e do estado democrático de direito.^{53 54}

⁵⁰ “Dessa forma, mesmo que o segundo pós-guerra tenha assistido a uma espécie de renascimento do jusnaturalismo, tal movimento não teve continuidade, sendo que a maioria dos juristas atuais busca desenvolver teorias que opõem-se, simultaneamente, tanto ao positivismo jurídico quanto ao jusnaturalismo. (...) Surgiram, nessa época, diversas teorias que se opunham ao positivismo e que propunham novas saídas, especialmente a partir da retórica da hermenêutica filosófica. Além disso, houve uma renovação do próprio positivismo jurídico, especialmente com o desenvolvimento de teorias ligadas à análise lingüística do direito.” Alexandre Araújo COSTA, *Introdução ao direito (...)*, p. 283.

⁵¹ Cf. DINAMARCO. *Fundamentos (...)*, p. 726-729.

⁵² DINAMARCO, *A Instrumentalidade (...)*, p. 22 e ss.

⁵³ No Estado Liberal, no bojo do qual nasceu a ideologia do atual diploma processual civil, o bem comum é visto como liberdade-autonomia, cuja consequência necessária seria a igualdade entre os cidadãos. A igualdade era um acessório da liberdade. A inconsistência desse fundamento fez emergir a questão da justiça social. Um novo conceito de igualdade passa a dar à liberdade um outro valor. O Estado passa então a assumir uma postura de provedor do bem-estar social, segundo a qual é necessário assegurar ao cidadão um mínimo de condições materiais de igualdade. Cf. MARINONI, *Novas Linhas (...)*, p. 17.

Desse ponto de vista — ou seja, diante da convivência entre a fundamentação instrumental e o aparato positivista conceitual — o instrumentalismo poderia ser tachado de metodologicamente frágil se não houvesse se consolidado e amparado todo o avanço processual brasileiro recente. Em face disso, somos levados a crer que a metodologia conceitual do pensamento processual nunca rompeu verdadeiramente com o positivismo do séc. XIX. Essa herança é mais evidente se invocarmos significantes dotados de alta carga persuasiva, tais como: sistematicidade do código, condições da ação, jurisdição, processo etc. — todos essencialmente ligados ao positivismo e aos desdobramentos da racionalidade moderna.

Não é sem razão que recentemente a instrumentalidade ganhou feroz crítico na pessoa de Rosemiro Pereira Leal, defensor do neo-institucionalismo pós-moderno. Na verdade, uma crítica feita por poucos, mas feita pertinentemente por processualistas da atualidade aptos a transitarem pelos campos da dogmática e da

Jose Afonso da SILVA amplia a lição ao asseverar ser :“(...) insuficiente a concepção do Estado Social de Direito, ainda que, como Estado Material de Direito, revele um tipo de Estado que tende a criar uma situação de bem-estar geral que garanta o desenvolvimento da pessoa humana. Sua ambigüidade, porém, é manifesta. Primeiro, porque a palavra social está sujeita a várias interpretações. Todas as ideologias, com sua própria visão do social e do Direito, podem acolher uma concepção do Estado Social de Direito (...). Em segundo lugar, o importante não é o social, qualificando o Estado, em lugar de qualificar o Direito. (...) Por tudo isso, a expressão Estado Social de Direito manifesta-se carregada de suspeição, ainda que se torne mais precisa quando se lhe adjunta a palavra democrático (...). Mas aí, mantendo o qualificativo social ligado a Estado engasta-se aquela tendência neocapitalista e a petrificação do *Welfare State* (...). [A] construção do Estado Social de Direito (...) não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político. Aonde a concepção mais recente do Estado Democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa (ou Estado de Justiça material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja a que instaure um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção.” Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso positivo* (...), p. 112 e ss.

⁵⁴ Embora discordemos da objetividade necessária à fundamentação judicial, merece transcrição a seguinte passagem. “No Estado Democrático de Direito, em que o exercício do poder é limitado, não há espaço para exercentes de funções públicas irresponsáveis. Não há lugar para tiranos. Dessa forma, o juiz não pode ser visto como o “senhor” do processo. A despeito de expedir ordens, o magistrado tem o dever de se pautar por um critério objetivo fundamental em sua conduta: a lei. Além disso, deve justificar a decisão tomada, através de motivadas razões a serem amplamente expostas a quem tiver interesse em conhecê-las. A fundamentação das decisões judiciais é, pois, uma *garantia constitucional* contra o arbítrio e o abuso de autoridade.” NOJIRI, *O dever de fundamentar* (...), p. 132.

epistemologia com igual desenvoltura. Suas críticas não são sempre as mais gentis, mas são certamente assaz fundamentadas, como a seguinte:

“Ao se falar num direito processual da pós-modernidade, almeja-se, com essa expressão, identificar nos textos positivados o conjunto de normas institucionalizadas pelo modelo jurídico do devido processo constitucional que, em sua gênese, reúna significância de superação da heteronomia produtiva do direito de tal modo a ensejar a construção procedimental de uma legalidade que se abre à crítica corretiva ampla e irrestrita. Esse direito processual assume compromisso teórico com as respostas a serem dadas numa universalidade pós-metafísica de instalação de comunidades jurídicas autoras, simultaneamente destinatárias, confirmadoras, reconstrutoras e operadoras do Estado democrático de direito discursivamente instituído.”⁵⁵

Certamente que uma explicação mais detida do que viria a ser a pós-modernidade do processo não é cabível no presente momento, pelo que se confirma que uma abordagem como a proposta reclama de fato uma dissertação inteira. Por hora, limitemo-nos em saber que a teoria neo-institucionalista traz para o bojo do pensamento processual os desenvolvimentos epistemológicos mais recentes da lingüística e da teoria dos sistemas.

b. Instrumentalismo x ontologia dos conceitos

Antes que o presente trabalho se converta num estudo exclusivo sobre hermenêutica processual, é necessário retomar os trilhos. Permita-se, entretanto, uma última comparação dessa índole, no sentido de que — tal qual no curso de graduação em direito — não se sabe ao certo, num texto deste porte, onde e em que medida devem vir considerações de ordem filosófica e epistemológica. Assim, pecando pelo excesso, a opção é feita pelo seu desdobramento durante todo o texto, sem prejuízo das considerações que dão amparo às conclusões finais, no que são certamente mais densas.

Diante disso, calha repisar neste momento, que — contrariamente ao senso comum teórico do jurista, e notadamente do processualista — não serão buscados

⁵⁵ LEAL, *Teoria processual (...)*, p. 28.

conceitos ontológicos, mas sim conceitos amparados em sua funcionalidade e na consistência dos enunciados formulados a partir deles. Nesse sentido, retomando orientações metodológicas, Tercio Ferraz Jr. é preciso em afirmar que os enunciados podem ser verdadeiros, sem ser cabível juízo a respeito de sua verdade:

“O problema do método (...) diz respeito à própria definição de enunciado verdadeiro. Note-se, de enunciado e não de verdade.”⁵⁶

Essa mesma observação vem sob forma de crítica de Warat dirigida ao neo-positivismo, que “postula um critério de significação para os 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.”⁵⁷

Assim, qualquer distinção doutrinária recapitulada jamais será considerada verdadeira ou falsa, o que reflete, em última instância, uma opção axiomática pelo processo de formalizado⁵⁸ e desmitificado⁵⁹. Em poucas palavras: apesar de cuidar-se de uma monografia eminentemente conceitual, nunca será descurada sua face instrumental — consistente no norte de todo nosso esforço e paradoxalmente alvo de uma tentativa de superação zetética.⁶⁰

⁵⁶ FERRAZ JR., *A ciência (...)*, p. 11.

⁵⁷ WARAT, *O Direito (...)*, p. 25.

⁵⁸ Cf. GRINOVER, Ada Pelegrini. *Deformalização do processo e deformalização das controvérsias*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 97, a. 25, jan./mar., 1998, p. 191-218.

⁵⁹ DINAMARCO, *A instrumentalidade (...)*, p. 12, esclarece sua proposta: “Propõe-se a desmitificação das regras do processo e de suas formas e a correspondente otimização do sistema, para a busca da alcançada efetividade do processo. São temas que de algumas décadas para cá vêm freqüentando as páginas dos escritos especializados e no momento é chegado para que, com a consciência dos defeitos do sistema e visão dos caminhos a trilhar, uma nova mentalidade se forme entre os cultores do processo. É preciso pensar de acordo com os tempos.”

⁶⁰ É justamente essa face instrumental que nos faz reafirmar que a busca conceitual deva se conduzir de forma simples e clara, levando às últimas conseqüências as propostas desta escola de assumir o processo como meio. A exacerbação tecnológica do processo só serve ao processualista — por vezes nem a ele — e, no mais, distancia todo o público jurídico, em nítido desfavor do seu propósito, ou pelo menos no que deveria sê-lo. É o que se vê, por exemplo, em todo o avanço implementado pelas recentes reformas e seu nível de complexidade que beira ao estado da arte do processo. Assim, sem que isso signifique ser contra as mencionadas reformas, fica a lembrança que devemos perseguir, mais do que o estado da arte, o estado de estabilidade e da simplicidade do

c. Senso comum teórico do processualista

Boa parte da doutrina mais autorizada, que reflete o que chamamos aqui de senso comum teórico do processualista, trabalha sob uma visão científica do processo. Tal modo de ver o processo traduz uma íntima associação do uso da razão justificadora do silogismo e da razão justificadora da cognição das coisas tal qual elas são. Assim é, por exemplo, em Roberto Rosas, citando Chiovenda:

Questão de fato “consiste em verificar se existem as circunstâncias baseada nas quais deve o juiz, de acordo com a lei, considerar existentes determinados fatos concretos. A questão de direito consiste na focalização, primeiro, se a norma, a que o autor se refere, existe, como norma abstrata”.⁶¹

Fazendo remissão às observações epistemológicas já realizadas no corpo deste trabalho, isenta-se na medida do possível o leitor de repetição, sem que, contudo, fique sem amparo uma observação: a ótica chiovendiana⁶² está firmada na ficção de que há, realmente, uma divisão estanque entre as questões de direito (vontade abstrata da lei) e de fato (vontade concreta da lei). A postura de Chiovenda remonta à releitura da expressão racionalista “vontade do legislador” promovida por Kohler, Wach e Binding em torno de 1885. A idéia era a de que o legislador como pessoa deveria ser abstraído e encarado como se vontade da lei fosse.⁶³⁻⁶⁴

processo, bandeiras negligenciadas da escola instrumental. É o que basta guardar deste parágrafo antes que se faça de um texto técnico um palco de desabafos.

⁶¹ ROSAS, *Direito sumular*, p. 119.

⁶² Sobre a doutrina de CHIOVENDA, ver obra organizada por Rosemiro Pereira LEAL, *Estudos continuados de teoria do processo*, v. 5, Belo Horizonte: Síntese, 2004, p. 18 e ss. Para uma primeira ambientação, aproveitando para situar outros italianos, anotamos a lição de Willis Santiago GUERRA FILHO, em *A filosofia (...)*, p. 59, no sentido de que Chiovenda inaugurou, com pronunciamento de 1903, uma linha seguida por “Piero CALAMANDREI, Salvatore SATTA, Enrico Tullio LIEBMAN, Ugo e Alfredo ROCCO, Enrico ALLORIO, REDENTI, Elio FAZZALARI (...) e muitos outros, podendo-se ainda mencionar, entre os representantes da “terceira geração”, os nomes de CAPPELLETTI e Vittorio DENTI, pelos estudos comparatísticos, bem como pela preocupação com os condicionamentos ideológicos e sociais do processo.”

⁶³ LARENZ, *Metodologia (...)*, p. 37.

⁶⁴ “Este modo de compreender o fenômeno jurídico tornou-se anacrônico. Hoje ninguém mais duvida de que o processo não tenha por finalidade produzir verdades e que a lei admite duas ou mais soluções legítimas, como já proclamara Kelsen. Depois de haver François Géný, nos albores do

Ainda que a seguinte passagem certamente não reflita o pensamento de Garcia Medina — posto tratar-se de jurista brilhante na dogmática e na epistemologia — serve a menção para registrar que nosso esforço pedagógico ainda está fundado em parâmetros artificiais. A citação é feita com base em Bentham, citado por Teresa Arruda Alvim Wambier como um dos pioneiros na distinção entre fato e direito.⁶⁵

“A questão de fato importa em saber se certo fato existiu num determinado tempo e lugar, enquanto questão do direito consiste em assegurar-se que a lei contenha uma disposição desta ou daquela natureza, aplicável àquele fato individual.”⁶⁶

Revelado um esboço do pensamento mais tradicional do jurista, resta-nos conjecturar a respeito do risco desse pensamento. A lição é de Barbosa Moreira e lembrada por Rui Portanova:

“[A] ânsia de “sistematizar” a todo custo pode às vezes induzir os juristas, sem exclusão dos maiores, a utilizar, na representação da realidade, técnicas que confinam perigosamente com a fotomontagem. Corre-se o risco de manipular os dados, por amor à harmonia plástica da composição. O resultado será talvez fascinante do ponto de vista estético; deixará, porém, certo rressaibo de insatisfação na mente de quem espera

século XX, denunciado a ilusão de imaginar a lei como um “sistema dotado de exatidão matemática”, ou de advertir James Goldschmidt que a futura sentença nada mais é do que um “prognóstico” que perdurará como simples prognóstico até que se conheça seu conteúdo, depois de Chaim Perelman investir-se na condição de Aristóteles moderno, construindo uma “nova retórica”, ou de um Theodor Viehweg recuperar a tópica aristotélica, e de Luis Recasens Siches postular, para a interpretação jurídica, o “logos de lo humano” ou de “lo razonable”, ou depois de Josef Esser — para citar apenas algumas dos mais expressivos do moderno pensamento jurídico — haver transferido para o Direito as proposições básicas de Gadamer; afinal depois de tudo o que se escreveu nas modernas filosofias críticas, e de tudo o que apreendemos com o chamado realismo americano — nosso sistema permanece petrificado, na suposição de que os juizes continuam irresponsáveis, enquanto a “boca da lei”, como desejava o aristocrático Montesquieu, e de que o processo seria um milagroso instrumento capaz de descobrir a “vontade da lei” (Chiovenda).” Ovídio Baptista da SILVA, *Processo e ideologia*, p. 26-27.

Comentando a doutrina de Chiovenda, Ovídio Baptista: “No texto, ficam demarcadas a natureza meramente “intelectiva”, enquanto pura cognição, da função jurisdicional, e o princípio de que a atividade do juiz deve limitar-se a revelar a “vontade concreta da lei”. Suma missão seria apenas verbalizar a “vontade da lei” ou a vontade do legislador. Outra passagem que merece referência é esta em que o jurista refere-se à interpretação: “o juiz *atua*, em todos os casos, a vontade de lei preexistente, e, se faz obra de especialização da lei, é tão-só no sentido de que formula, caso por caso, a vontade de lei *concretizada* antes do processo”. A “vontade da lei”, segundo Chiovenda, já estava “concretizada” ao instaurar-se o processo. A missão do juiz seria apenas revelá-la.” Ovídio Baptista da SILVA, *Processo e ideologia*, p. 93.

⁶⁵ Teresa Arruda Alvim WAMBIER, *Omissão (...)*, p. 218.

⁶⁶ MEDINA, *Prequestionamento (...)*, p. 253. Cf. BENTHAM, Jeremias. *Tratado de las pruebas judiciales*. v. 1, Trad. Manuel Osório Florit, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, p. 25.

algo mais que uma construção doutrinária.”⁶⁷

A lucidez de Barbosa Moreira pode ser melhor avaliada em vista da ambientação epistemológica precedida. Diante dela, devemos estar atentos ao nosso vício metodológico de reduzir a realidade a conceitos e, com isso, gerar um distanciamento artificial entre o real e o conceitual. O resultado do processo, no entanto, nunca se distancia do real na medida em que a resposta processual retorna a ela sem nenhuma maquiagem, levando, por vezes, a uma modificação indesejável no mundo.

Esse paradoxo vem sendo diagnosticado. Contudo, a tentativa de superação está sempre presa ao modo de pensar e à cultura do processualista, que sempre fazem menção à doutrina do século passado como se nessa época se tivesse alcançado a verdade. Esse hábito reflete o respeito por uma época de luzes — em que o processo passou a ser estudado com seriedade e dedicação — mas não pode podar nosso avanço. Passagem sintomática revela esse espírito em Marinoni. O autor reconhece que, embora concebidas impecavelmente em sua lógica, as teorias que deram origem ao processo moderno encontram-se superadas:

“Ainda são sustentadas, depois de aproximadamente cem anos, as teorias de que a jurisdição tem a função de atuar a vontade concreta da lei — atribuída a Chiovenda (...). Como está claro, a escola chiovendiana, apesar de ter contribuído para desenvolver a natureza publicista do processo, manteve-se fiel ao positivismo clássico.”⁶⁸

Chega a ser desconcertante resumir o tópico com a transcrição de uma citação doutrinária. Contudo, devemos homenagear o brilhantismo de Ovídio Baptista e nos contentarmos em ter em mente um objetivo comum, ainda que fora de pretensão igualar o recente estudo levado a cabo pelo professor gaúcho. Em síntese:

“Estamos interessados apenas em demonstrar o compromisso de nosso sistema processual civil como paradigma racionalista, indicando pontualmente o modo através do qual ele se infiltra sutilmente nas mais

⁶⁷ PORTANOVA, em *Motivações (...)*, p. 58. Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Conteúdo e efeito da sentença. Variações sobre o tema*. Porto Alegre, *Ajuris*, v. 35, nov., 1985, p. 211.

⁶⁸ MARINONI, *A jurisdição (...)*, p. 14-20.

variadas questões processuais, determinando-lhes o sentido profundo e orientado, tiranicamente, as suas conseqüências.”⁶⁹

E, no que concerne especificamente ao objeto desse texto: “A separação entre “direito” e “fato”, inspirada nos dois mundos kantianos, o mundo do ser e do dever ser, que deita raízes no racionalismo dos filósofos do século XVII, permanece intocada na doutrina contemporânea, mesmo que ninguém tenha dúvida de que o Direito, como ciência da *comprensão*, exista no “fato”, hermeneuticamente interpretado.”⁷⁰

B. Etapa dogmática

a. Critérios de distinção: ontológico, técnico e preponderância

Critério ontológico

A idéia central justificadora dos recursos de cassação é a de que o arcabouço fático de cada questão jurídica é demais diverso, de modo que uma manifestação de revisão sobre ela nada acrescentaria prospectivamente, remontando uma proposição nitidamente teleológica. Ao mesmo tempo, entretanto, como se pretende demonstrada, a mentalidade dos processualistas operacionaliza este tratamento com base em subsunção — partindo da natureza dos conceitos, como em Henke, ou por distinções bastante artificiais, como Prieto Castro e sua distinção entre essência fática e existência fática, ou como em Stein e sua distinção entre fato geral e fato experimental.⁷¹

Como se vê, sem mais argumentos, são todas teses da linha ontológica e intimamente ligadas a metodologia subsuntiva. O que todas trazem em comum é a

⁶⁹ Ovídio Baptista da SILVA, *Processo e ideologia*, p. 34.

⁷⁰ Ovídio Baptista da SILVA, *Processo e ideologia*, p. 36.

⁷¹ Lucia FONTOURA, em *Recurso especial (...)*, p. 44 e 55 explica que Prieto CASTRO distingue entre o que atesta a existência do fato, passível de análise pela instância ordinária; e o que atesta a sua essência, passível de revisão extraordinária. Ainda segundo a autora, a proposta de Stein é diversa, consistindo em justificar a revisão da carga fática relativa às máximas da experiência ao propor que a elas corresponde apenas o conceito de fato geral. O conceito de fato experimental, por sua vez, seria relativo ao arcabouço fático específico do caso concreto. Cf. CASTRO, Prieto. *Los hechos em casacion*. In: *Revista General de Legislacion y Jurisprudencia*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1955, p. 253; e HENKE. *La cuestion de hecho (...)*, p. 16.

artificialidade, pois, apesar de reconhecerem a carga fática inevitavelmente presente em qualquer análise jurídica, ainda apontam sua medida como critério de distinção da competência extraordinária.

Essa linha é tão marcante, que tem forte influência até mesmo naqueles que intuem uma aproximação entre fato e direito mais evidente, embora trabalhem com categorias da mesma epistemologia. Assim, por exemplo, Calogero argumenta que o próprio juízo de direito é também um juízo de fato porque consistente em juízo sobre o fato particular da vontade da lei ou, como é chamado, o fato do legislador. Outro autor que ataca o tradicional binômio é Barrios de Ángelis. Em síntese, o autor defende que a aplicação de uma norma não deixa de ser uma questão de fato porque consistente na verificação da criação da norma.⁷²

Como se vê, um enorme esforço interpretativo, o que só denota sua fragilidade. Tudo aparenta cuidar-se de um problema epistemológico, como se verá, certamente intransponível se não for superado o próprio modo de pensar do processualista.

Critério técnico-processual

Podemos abordar a distinção entre fato e direito por duas vertentes: (i) uma utilitarista ou técnico-processual, segundo a qual matéria de fato é definida como critério de admissibilidade de apreciação judicial; e (ii) outra ontológica, segundo a qual a própria essência da coisa é que revela a qualidade do objeto analisado.

Diante disso, Teresa Arruda Alvim Wambier⁷³, no que é amparada pela doutrina mais recente, busca uma linha técnico-processual. Nessa trilha, busca uma verdadeira técnica de decisão aplicável aos remédios de estrito direito, pretendendo fazer com que o Judiciário seja mais técnico e previsível em suas decisões. Essa

⁷² Lucia FONTOURA, *Recurso especial (...)*, p. 44. Cf. CALOGERO, Guido. *La logica (...)* p. 138-139.

⁷³ Teresa Arruda Alvim WAMBIER, *Controle (...)*, p. 155 e ss.

aliás, sempre foi uma preocupação de Arruda Alvim, para quem as súmulas têm a função de imprimir clareza aos contornos do cabimento de tais recursos.⁷⁴

Outros autores dogmáticos empreendem esforço semelhante, ou seja, no intuito de fazer coincidir a delimitação dos conceitos de fato e direito com os limites da nossa competência extraordinária. É a lição de Mancuso, valendo destaque para a ótica subsuntiva, que será tratada mais adiante:

“Um dos motivos porque se tem os recursos extraordinário e especial como pertencentes à classe dos *excepcionais*, reside em que o espectro de sua cognição não é amplo, ilimitado, como nos recursos comuns (máxime a apelação), mas, ao invés, é restrito aos lindes da matéria jurídica. Assim, eles não se prestam para o reexame da matéria de fato; presume-se ter esta sido dirimida pelas instâncias ordinárias, quando procederam à tarefa da subsunção do fato à norma de regência. Se ainda nesse ponto fossem cabíveis o extraordinário e o especial, teríamos o STF e o STJ convertidos em novas instâncias ordinárias, e teríamos despojado aqueles recursos de sua característica de *excepcionalidade*, vocacionados que são à preservação do império do direito federal, constitucional ou comum.”⁷⁵

Critério de preponderância

Apesar de Teresa Arruda Alvim Wambier empreender esforço dogmático na busca de parâmetros para a distinção em tela, seu estudo não se olvida de um aprofundamento filosófico e hermenêutico. Desse esforço, resulta a propositura de um modelo segundo o qual o fenômeno jurídico seria de fato e de direito simultaneamente, sendo apenas apurável a predominância de um desses fatores.⁷⁶

“Assim, no plano ontológico, devem-se admitir (tanto quanto no plano técnico-processual) graus de predominância do aspecto jurídico da questão. Ter-se-á, por exemplo, uma questão quase que exclusivamente jurídica, se o foco de atenção do raciocínio do juiz estiver situado em como deve ser entendido o texto normativo, já que estariam “resolvidos” os aspectos fáticos (= que fatos ocorreram e como ocorreram) e o mecanismo de subsunção. Estas primeiras etapas do raciocínio do aplicador da lei terão sido superadas e, agora, sua atenção se centra na

⁷⁴ Arruda ALVIM, *O antigo (...)*, p. 152.

⁷⁵ MANCUSO, *Recurso (...)*, p. 130-131

⁷⁶ Teresa Arruda Alvim WAMBIER, *Controle (...)*, p. 154 e ss.

exata compreensão da regra jurídica.”⁷⁷

Pelo que se vê das fontes citadas por Teresa Arruda Alvim Wambier, trata-se de postura já antiga na doutrina, embora seja ela pouco desenvolvida pelos nossos autores mais recentes. O esforço então deve ser redobrado para atestar a viabilidade do modelo da preponderância, já que, além de defender um modelo, é necessário vencer os preconceitos e a cultura do modelo já consolidado. Não bastasse esse desafio, a questão é ainda agravada pelo aparato interpretativo necessário à sua abordagem, que deve ser construído para o processo nos moldes em que concebido para a teoria geral do direito e, mais recentemente, para o direito constitucional. O quadro mostra-se um tanto desanimador por infelizmente calhar, mais uma vez, a lição de Marcelo Lima Guerra:

“Observa-se que a processualística nacional ainda não incorporou, plenamente, as novas ferramentas conceituais fornecidas pelo moderno constitucionalismo (....).”⁷⁸

Colhem-se nesse momento apenas indícios de um diagnóstico nada animador sobre a questão a ser enfrentada: de um lado um modelo a ser construído; e de outro uma cultura a ser repensada. Continuemos com o nosso estudo no fito de fixar os pilares do que será, efetivamente, o seu desenvolvimento — contudo cientes de que trata-se de um problema de primeira grandeza e causador de grande ceticismo.

“La cuestión de los límites de la casación, o sea la que versa sobre cuándo una conclusión es una “cuestión de derecho” casionable y cuándo es una “cuestión de hecho” no casionable, es uno de los pocos problemas jurídicos en los cuales no ha podido hacer mella ni siquiera el transcurso de toda una centuria.”⁷⁹

⁷⁷ Teresa Arruda Alvim WAMBIER, *Omissão (...)*, p. 98 e ss.

⁷⁸ Marcelo Lima GUERRA, *Direitos (...)*, p. 12.

⁷⁹ HENKE, *La cuestion de hecho (...)*, p. 3.

b. Impossibilidade de separação entre fato e direito

Abordagem comparativa

Não seria temerário afirmar que, em face do desafio de distinguir fato e direito — juntamente enfrentado sem sucesso com a busca de delimitação dos modelos de revisão e cassação pelas doutrinas italiana, espanhola, francesa, norte-americana e sul-americana — devemos nos inclinar pela sua impossibilidade.⁸⁰⁻⁸¹ Vale esclarecer que, apesar disso, continua a doutrina confeccionando teses que possibilitem auxílio numa distinção que sabe-se impossível a pretexto de instruir uma distinção científica para uma demanda prática.

De uma forma ou de outra, sobre esta antiga questão,⁸² fica o diagnóstico que a doutrina mais recente não aceita a total distinção entre fato e direito. Essa é a lição de Arruda Alvim, também citada por Garcia Medina, com base em doutrina espanhola e alemã, conforme citações respectivas de Pedro Aragonese e Jan Schapp:⁸³

“Sin embargo, basta examinar tal cuestión en los aspectos antes

⁸⁰ Além dos autores já citados neste texto pela impossibilidade de diferenciação estanque entre fato e direito, quais sejam, Barbosa MOREIRA, KNIJNIK, Teresa Arruda Alvim WAMBIER, Castanheira NEVES e RIGAUX, entre outros, temos também Paulo Roberto Soares MENDONÇA, em *A argumentação nas decisões judiciais*. Rio de Janeiro: Renovar: 1997, p. 43; Rafael BIELSA, em *La protección constitucional (...)*, p. 184; e Sergi Guasch FERNÁNDEZ, em *El hecho y el derecho en la casación civil*. RePro, São Paulo, n. 22, p. 183.

⁸¹ João de OLIVEIRA FILHO, em *Questão de fato (...)*, p. 501, citando Clarence MORRIS, em *Law and fact*, Harvard law Review, v. 53, p. 1.313 e 1.314, registra: “Quase sempre os elementos “fato” (ocorrência material) e “direito” (norma aplicável) se entrelaçam sutil e imperceptivelmente, embaraçando o intérprete.”

⁸² “A preocupação com a distinção entre questão de fato e questão de direito não é nova. Jeremías BENTHAM, em sua clássica obra sobre provas judiciais, afirma que a questão de fato consiste em saber se certo fato existiu num determinado tempo e lugar, enquanto questão de direito consiste em assegurar-se que a lei contenha uma disposição desta ou daquela natureza, aplicável àquele fato individual.” Teresa Arruda Alvim WAMBIER, *Omissão (...)*, p. 217-218. Cf. BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. v. 1. Trad. Manuel Osório Florit. Buenos Aires: Ejea, 1971, p. 25.

⁸³ Cf. MEDINA, *O prequestionamento (...)*, p. 254; ARRUDA ALVIM, *Reexame (...)*, p. 44; Pedro ARAGONESE, com base em Jayme GUASP, em *Proceso y derecho procesal*. Madrid: Aguilar, 1960, p. 788; e Jan SCHAPP, em *Problemas fundamentales da metodologia jurídica*. Trad. Ernildo Stein, Porto Alegre: SAFE, 1985, p. 40.

señalados, en los que se han mostrado con una mayor irritabilidad, para comprender la dificultad o, mejor diríamos, la imposibilidad, de señalar pautas generales para establecer una correcta distinción. Ello es así porque los hechos, como las normas, no aparecen en el momento de su aplicación como fenómenos puros.”

“Engana a impressão de que a constatação de fatos e a apreciação jurídica se situariam equiparados lado a lado. A constatação de fatos está inserida na apreciação jurídica, ela possui apenas função auxiliar em relação com a apreciação jurídica. Pergunta-se pelos fatos no direito apenas por causa de seu sentido jurídico distinto. (...) Mesmo a maneira de falar que fatos são avaliados, parece-nos já uma simplificação inadmissível, porque isto causa a impressão de que existam também fatos sem a valoração, portanto, fatos “puros”. Quando constatado o fato já sempre está valorado, porque ele não pode existir sem essa valoração.”

Castanheira Neves sintetiza:

“Ao considerar-se a questão-de-fato; ao considerar-se a questão-de-direito não pode prescindir-se da solidária influência da questão-de-fato. Ou numa formulação bem mais expressiva: “para dizer a verdade o “puro fato” e o “puro direito” não se encontram nunca na vida jurídica: o facto não tem existência senão a partir do momento em que se torna matéria de aplicação do direito, o direito não tem interesse senão no momento em que se trata de aplicar o facto; pelo que, quando o jurista pensa o facto, pensa-o como matéria do direito, quando pensa o direito, pensa-o como forma destinada ao facto”⁸⁴

E arremata Ovídio Baptista:

“A alienação dos juristas, a criação do “mundo jurídico” — lugar encantado em que eles poderão construir seus teoremas sem importunar o mundo social e seus gestores — impôs-lhes uma condição singular, radicada na absoluta separação entre “fato” e “direito”⁸⁵.”

⁸⁴ Castanheira NEVES, *Questão (...)*, p. 55-56. Em conclusão, o autor assevera que: “o direito não é elemento, mas síntese; não é premissa de validade, mas validade cumprida (...); não é *prius*, mas *posterius*; não é dado, mas solução; não ponto de partida, mas resultado; não está no princípio, mas no fim. (...) Pelo que o sem-sentido metodológico do esquema normativista-subsumtivo é agora uma evidência. Não é “o direito” que se distingue de “o fato”, pois o direito é a síntese normativo-material em que o “facto” é também elemento, aquela síntese que justamente a distinção problemática criticamente prepara e fundamenta. E se quisermos referir o direito às suas já conseguidas objectivações (as normas, as instituições, os precedentes), então há que ter em conta que só o podemos pensar juridicamente se restabelecemos aí, no seio dessas objectivações do direito constituído, aquela mesma problemática (e aquela mesma distinção) constituinte.” Castanheira NEVES, *Questão (...)*, p. 586.

⁸⁵ Continua o autor: “ Como disse Gadamer, “todos nós somos filhos da Ilustração”, enquanto juristas carregamos ainda o otimismo e a esperança de alcançarmos a certeza do Direito, embora o mundo a

A teoria tridimensional do direito⁸⁶ deve ser entendida como um esforço sintético dirigido contra a distinção kelseniana entre ser e dever-ser — vale dizer, entre o que veio a se desenvolver na vertente positivista e na vertente realista.

Miguel Reale propõe “uma metodologia própria, de caráter dialético, capaz de dar ao teórico do direito os instrumentos de análise integral do fenômeno jurídico, visto como uma unidade sintética de três dimensões básicas: a normativa, a fática e a valorativa”.⁸⁷

Assim é que a dicotomia fato e direito não sobrevive, ou é ao menos insuficiente, na ótica tridimensional. Analiticamente, o fato corresponderia ao ser; e o direito ao dever-se, o que revela a bipartição estanque não se mostra afinada à análise em três dimensões do fenômeno jurídico. Nessa linha manifestou-se José Afonso da Silva de maneira lapidar:

“[N]ão se pode separar fato de Direito, pois este é, como vimos, objeto tridimensional, porque integrado de fato, valor e norma”.⁸⁸

nosso redor esteja literalmente de pernas para o ar, em relação ao pensamento do século XVIII. É o direito que assume a condição de “fato” a ser investigado. O objeto da investigação do jurista prático será sempre a norma, sua incidência, as possibilidades de sua aplicação, enfim o objeto da investigação é sempre a norma. Esta exigência faz com que aqueles que se dedicam à pesquisa jurídica não possam valer-se dos “fatos” de sua experiência pessoal. Poderão certamente tê-los em conta — na verdade tê-los-ão como pressuposto —, porém com a condição de que não os mencionem, de que não tornem explícitos os casos que deram origem ao ponto de vista que eles defendem.” Ovídio Baptista da SILVA, *Processo e ideologia*, p. 302. Cf. GADAMER, Hans-Georg. Humanismo e revolução industrial. In: *Acotaciones hermenêuticas*. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 41.

⁸⁶ Cf. REALE. *Teoria Tridimensional (...)*.

⁸⁷ FERRAZ JR., *Ciência (...)*, p. 38.

⁸⁸ José Afonso da SILVA, *Do recurso extraordinário (...)*, p. 125.

c. Teoria Tricotômica de Knijnik

Aproximação à Teoria Tricotômica

No Brasil, o trabalho definitivo sobre o tema é de Danilo Knijnik⁸⁹, cuja perspicaz observação revela que, embora o critério de distinção entre as cortes superiores e as de cassação seja nebuloso, é possível colher que em qualquer de seus modelos o limite da sua competência é dado pela distinção entre fato e direito. Ocorre que, essa distinção é igualmente nebulosa, de modo que, a resposta a ela se converte na própria pergunta primeira. Em outras palavras, na medida em que não se sabe distinguir questão de fato da questão de direito, não se sabe distinguir igualmente a competência dessas cortes. Diante disso, o autor busca outro critério embasador para a fixação da mencionada competência, que vem a girar em torno do que chama de questão mista.⁹⁰

Especificamente sobre a conceituação das questões mistas, o que se tem a dizer por hora é que, assim como a maioria dos autores citados no presente texto, Knijnik considera um espectro de balanceamento entre as questões puramente de fato e puramente de direito, no bojo do qual insere as tais questões mistas. Essa vem a ser uma contribuição bastante original ao tema, já que o único conceito parecido com o proposto é encontrado no *common law*.

A partir daí — apesar de abordar a impossibilidade dessa distinção e a superação da ótica subsuntiva, bem como a aplicabilidade da espiral hermenêutica segundo uma concreção sucessiva e permanente de ir e vir do fato à norma⁹¹ — Knijnik

⁸⁹ Cf. KNIJNIK, *O recurso (...)*.

⁹⁰ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 12.

⁹¹ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 15. Todo esse aparato está diretamente ligado à superação da autonomia entre fato e direito e encontra-se recheado de densas citações em vários planos. Sobre a construção de ir e vir, pré-compreensão e círculo hermenêutico o autor cita Karl LARENZ, em *Metodologia (...)*, p. 337; Hans-Georg GADAMER, em *Verdade de método (...)*, p. 533; e Baldassare PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica: um approccio ermeneutico*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 120. Esclarece ainda que, sob essa ótica, o processo interpretativo existe sempre em relação dialética entre todos e as partes, na medida em que seus significados são interdependentes. Sobre a

concebe uma proposta eminentemente pragmática, fundada no abordado conceito de questão mista e esclarecedora do papel deste conceito nos modelos de cassação e revisão. Em suma, do ponto de vista metodológico, Knijnik se rende à impossibilidade de diferenciação estanque, mas busca, ainda assim, um método pragmático capaz de atender satisfatoriamente à delimitação da competência extraordinária.

Essa postura leva inevitavelmente à construção de uma teoria dogmática e pragmática, principalmente porque o intuito do autor é avaliar, por esse vértice, implicações sobre o recurso especial brasileiro, propondo, ao cabo, uma releitura da Súmula 7 desta corte. Não obstante o pragmatismo de sua proposta, para ser fiel às suas palavras e a toda sua erudição, fica consignada sua consciência quanto à impossibilidade de um corte teórico preciso a respeito do assunto:

“É impossível, impraticável e ilusório o corte proporcionado pelo critério fato — direito, ou, quando menos, o sentido tradicional que se assinou a tal dicotomia, a respeito de suas implicações específicas no âmbito do Recurso Especial.”⁹²

Vetores hermenêutico, processual e dogmático

Em poucas palavras, o autor é plenamente consciente dos avanços doutrinários e bem discorre sobre eles, mas, por uma questão metodológica, elege um foco restrito para observação.

A partir daí, afinado com a escolha metodológica, é erguido um trinômio organizador da complexidade dos fatores relevantes à pavimentação da hipótese sustentada: a construção de uma Teoria Tricotômica. Essa organização é principalmente vista na abordagem ao vetor hermenêutico (relativo à teoria geral do direito), ao lado dos quais se somam o vetor processual (relativo à teoria geral do processo) e o vetor dogmático (relativo à técnica legislativa marcada pela fuga às cláusulas gerais,

descrição de um sistema aberto, flexível e superador da codificação pelo pensamento problemático, o autor, p. 53, cita Theodor VIEHWEG, em *Tópica e giurisprudenza*. Milano: Giuffrè, 1962, p. 29.

⁹² KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 57.

conceitos jurídicos indeterminados e normas elásticas). Em suma, a esse trinômio o autor reduz a multiplicidade de fatores a ser considerada na busca da justificação de sua hipótese.

Sobre o primeiro vetor, o hermenêutico, e a impossibilidade de distinção entre fato e direito impende registrar:

“Por mais incrível que pareça, a concepção logicista do direito marca, ainda hoje, a ciência jurídica. Um de seus legados indiscutíveis, parecidos, devemos ver na rígida separação entre o *fato* e o *direito*, amparada pelo arcabouço da subsunção, encaixe perfeito entre a hipótese legal e a situação concreta objeto da prova. Esse modelo bem permitiria enquadrar a atuação dos recursos ordinários, de um lado, e os recursos extraordinários, de outro. A possibilidade de um tal raciocínio, contudo, parece fadada, cada vez mais, ao fracasso, seja como modelo descritivo, seja como modelo explicativo.

Com efeito, a derrocada desse pensamento, em que o silogismo e a separação absoluta fato — direito era facilmente estabelecida ao menos em aparência, e, com ele toda a pretensão positivista, não tardou a ocorrer (...). De uma forma geral, passa-se a contestar a idéia de que a lei pode concentrar as soluções de todos os problemas jurídicos, sendo a sentença, outrossim, fonte criadora de direito — em algum grau, dentro de certos limites. As baterias se voltam contra a possibilidade de que o julgamento de um caso funde-se apenas numa pura dedução lógica (...).

Examinando mais de perto as causas que comprovam essa insuficiência, pode-se vincular o abandono da fórmula silogística a três fenômenos histórico-sociológicos bem marcados: a) a crise da idéia de código; b) a fuga do legislador às cláusulas gerais enquanto fenômeno crescente e c) a passagem do estado formal de direito ao estado social de direito (...).⁹³

Diante disso, a descrição de um vetor leva imediatamente à abordagem dos outros. Denota-se uma interdependência entre eles, até mesmo porque a opção hermenêutica desemboca inevitavelmente na opção dogmática. Um exemplo disso é o paralelismo entre as mencionadas concepções de círculo hermenêutico e conceitos jurídicos indeterminados; e, em outro paralelo, pré-compreensão e cláusula geral:

⁹³ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 40-42. Sobre a insuficiência da lógica dedutiva, o autor cita Karl LARENZ, em *Metodologia (...)*, p. 72. Sobre os fenômenos que marcam a insuficiência silogística, o autor cita Giovanni ORRÚ, em *Richterrecht: il problema della libertà e autorità giudiziale nella dottrina tedesca contemporanea*. Milano: Giuffrè, p. 27 e ss.

“[N]os primeiros a indeterminação recai sobre a conformação do fato, sendo necessário o movimento do fato à norma e da norma ao fato para conformá-lo. Nos segundos, o problema justamente está no valor a ser preenchido pelo aplicador para a concreção da norma jurídica, quando então o ponto de partida é a própria concepção e a cultura do aplicador.”⁹⁴

Consideramos completa a primeira abordagem ao tema, dado que prosseguir nela com algum sucesso prescinde de abordagem um tanto detida sobre os conceitos mencionados, notadamente a teoria de Gadamer.⁹⁵ O que deve ficar claro até agora, frise-se, é que a dicotomia apresentada “apresenta uma viscosidade que torna inapreensível a sua significação prática”⁹⁶. Como superação ao problema, o autor constrói a Teoria Tricotômica.

Por fim, indispensável a uma fiel exposição mencionar o último vetor considerado por Knijnik, qual seja, o processual, responsável por uma revisitação do conceito prova, da transcendência do direito privado e individual e do reconhecimento da jurisprudência como fonte do direito.⁹⁷ É da defasagem desse vetor, verificada em face do vetor hermenêutico, que surgem a maioria dos problemas abordados no trabalho, sempre do ponto de vista prático.

Evidenciado resta, com efeito, que a trilha de Knijnik é uma trilha essencialmente dogmática, mais especificamente pertinente à Súmula 7 do STJ e à delimitação da competência deste tribunal: uma proposta tendente a uma maior “racionalidade e controle”⁹⁸ metodológicos e a uma prática mais “operativa e democrática”⁹⁹.

⁹⁴ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 52.

⁹⁵ “Desde os anos cinquenta e sessenta, vêm sendo desenvolvidas, em vários campos do conhecimento, algumas teorias que apontam em um sentido comum: retomam elas a antiga idéia de que a compreensão é feita a partir do relacionamento dinâmico entre as noções particulares e o contexto formado pela soma dessas idéias. No campo filosófico, essa perspectiva é a base da teoria *hermenêutica*, que ganhou consistência na obra *Verdade e Método*, de Hans-Georg Gadamer.” Alexandre Araújo COSTA, *Introdução ao direito (...)*, p. 21. Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método (...)*, p. 241 e ss. Certo de que esta citação é insuficiente, abordaremos o tema adiante.

⁹⁶ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 18.

⁹⁷ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 311.

⁹⁸ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 3.

⁹⁹ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 28.

d. Comentários à Teoria Tricotômica

Revisão vetorial da Teoria Tricotômica

Apesar de uma primeira abordagem à teoria de Knijnik ter sido concluída, impende destacar que tudo quanto se disse é insuficiente para explicar o pensamento do autor. Agora, sem a preocupação de sintetizar, talvez consigamos ser mais claros, mesmo porque é mais fácil ser mais claro em muitas linhas do que em poucas.

Quando se fala em vetor processual, identificando-o com a teoria geral do processo, precisamos estabelecer em que momento metodológico se insere tal teoria. Esse é um primeiro passo e relevantíssimo, pelo qual se deixa claro que a teoria geral do processo coincidente com o vetor processual de Knijnik é afinado com o instrumentalismo, cuja abordagem mais detida terá lugar oportunamente. Dessa identificação de Knijnik com o instrumentalismo derivam algumas observações a serem feitas, sendo a primeira consistente em desvelar que o instrumentalismo, apesar de trazer em seu bojo as conquistas da constitucionalização do processo que marcaram a década de setenta, não rompe com o ideal de ontologia conceitual da qual brotou a tecnicidade do processo.

É bem verdade, o instrumentalismo tem todo o mérito de evidenciar a perniciosidade da exacerbação do purismo conceitual, mas não corta em definitivo a linha de desenvolvimento positivista porque ainda exige para sua operacionalização um purismo conceitual muito grande. Assim é que, se precisamos de colmatagem rigorosa dos conceitos para operacionalizar a dinâmica do reconhecimento da competência extraordinária, é que não rompemos totalmente com a ótica normativista. Aliás, não poderia ser de outra maneira porque a superação de um modo de pensar apenas pode surgir de dentro do próprio modo de pensar superado.

Assim, se verificamos que a maneira de animar a procedimentalidade instrumental é impulsionada por uma primeira estabilização conceitual, não temos de fato sintonia entre o que significa hoje a instrumentalidade e o que deveria se afinar com ela em

seu vetor hermenêutico. Isso porque — e aqui outra importante observação — o vetor hermenêutico deve significar algo muito além do que o próprio processualista médio pode imaginar. Em breves linhas, o vetor hermenêutico deve sofrer releitura para incorporar uma feição democrática ao processo, no sentido de que, muito mais do que precisão conceitual, é necessária a busca de uma legitimidade do emissor do pronunciamento judicial que não se resuma à definição de sua competência.¹⁰⁰

Uma coisa não exclui a outra, é verdade. Mas também não se resume à outra. Vale dizer, então, que a precisão conceitual não é necessariamente perniciosa, mas passa a ser quando deslocamos as luzes em sua busca — o que significa também buscar uma metodologia para definir os conceitos — e esquecemos de legitimar a decisão judicial pelo seu conteúdo. É bem verdade, os conceitos (legitimidade e precisão conceitual) convergem nesse sentido na medida em que a clareza aumenta a legitimidade. É essa a convergência a ser conquistada e dificilmente algum processualista divergiria disso.

Possivelmente, a divergência entre o que agora se sustenta e uma posição predominantemente dogmática do processo (portadora do que chamamos de senso comum teórico dominante) está em justamente aquilo que a dá sustento a ela e que se revela, em última instância, como sua fonte, qual seja, a metodologia adotada para a análise de um mesmo fenômeno jurisprudencial. Mais precisamente, o fenômeno será observado em dois estratos, a conclusão da jurisprudência e sua fundamentação. Diante desse objeto, o senso comum teórico dominante, diagnostica que a falta de padrão verificado na jurisprudência é decorrência de ausência de precisão conceitual. Nós, de outro lado, diagnosticamos que esse método é insuficiente porque não leva em conta que a confecção da sentença é

¹⁰⁰ A remissão a um propósito democrático do processo obedece a sua ambientação no Estado democrático de direito, pelo qual se pressupõe um papel atuante da lei, de modo que tenha representatividades a diversidade social. Ensina José Afonso da SILVA, no seu *Curso positivo (...)*, p. 121, que “(...) precisamente no Estado Democrático de Direito que se ressalta a relevância da lei, pois ele não pode ficar limitado a um conceito de lei, como o que imperou no Estado de Direito clássico. Pois ele tem que estar em condições de realizar, mediante lei, intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade. Significa dizer: a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social.”

impregnada de fundamentos ocultos — ressaltado que oculto aqui não tem carga depreciativa nenhuma: oculto é que não está escrito, mais nada.

O vetor político ausente na Teoria Tricotômica

Mesmo evidenciada a interpenetração e complementaridade da análise vetorial tripartida de Knijnik, tudo indica que não analisamos ainda a complexidade do fenômeno em todas as suas vertentes. O complicador de que se fala agora é político, o que equivale a dizer que o amadurecimento democrático convive não só com o direito e sua dogmática, mas também com a opção política juridicizada. Essa opção é intimamente refletida pela produção legislativa, mas não se resume a ela, consistindo, em verdade, em seu próprio esquadro limitador.

Ante essa limitação, devemos refletir acerca do nosso modelo de corte de superposição, ao qual deve respeitar o desenvolvimento dos conceitos vagos e pretensamente embaixadores de uma igualdade de tratamento pela fixação de uma uniformidade jurisprudencial. A evidência de todos esses vetores, aliada ao cotejo das dimensões políticas e ideológicas do discurso, leva a um objeto de estudo tão complexo que beira à impassibilidade de seu estudo.¹⁰¹ É por isso que quase sempre ele é reduzido a uma cientificidade que, se de um lado permite um estudo com método, de outro camufla suas reais faces. Apesar disso, o esforço pela construção metódica é ainda um norte para a maioria dos processualistas, como Araken de Assis:

“Pois bem: o manancial precisa de uma diretriz para verificar se o resultado teórico e prático dessas proposições é justificado. E o que se busca, então, é fixar na Ciência do Processo um método e, passo seguinte, submetê-lo a testes de credibilidade.”¹⁰²

Conclusões mais proveitosas somente poderão ser tomadas após reflexões oportunas sobre o modelo da nossa instância de superposição, aliadas a reflexões

¹⁰¹ Nesse socorro, consultar os escopos do processo de DINAMARCO, em *A Instrumentalidade (...)*, p. 278 e ss.

¹⁰² Araken de Assis, *Doutrina e prática (...)*, p. 43.

sobre a dinâmica decisória, com todas suas implicações de criatividade e pretensa metodologia. Por hora, antes que a complexidade enfraqueça a hipótese, arquivemos o mote, lembrando a crítica de Ovídio Baptista ao distanciamento entre o direito e a vida social.

“Esta perspectiva obriga-nos a “sujar as mãos” com temas políticos, que a velha doutrina européia considerava uma questão vedada aos juristas, enquanto cientistas “puros””.¹⁰³

Quarto momento metodológico?

A partir da já tradicional tripartição dos momentos metodológicos processuais (imamentismo, abstrativismo e instrumentalismo) — dos quais citamos muito brevemente que o abstrativismo deu início à concepção científica do processo e o instrumentalismo reaproximou-o do direito material, sem prejuízo do seu *status* científico — Knijnik apresenta traços que implicam uma releitura do atual momento. Assim, propõe o que equivaleria a um quarto momento metodológico, baseado na publicização do processo e marcado pelo seu caráter prospectivo e pelo desenvolvimento da procedimentalidade transindividual.¹⁰⁴

No entanto, apesar de reconhecer os traços do que constituem o processo civil contemporâneo, Knijnik identifica seu trabalho como inserido no ambiente do instrumentalismo e trabalha a partir dele sem a pretensão de firmar o que viria a ser um novo momento metodológico. Das principais observações agregadas à instrumentalidade, podemos citar que a sua publicização não é implicação necessária do seu caráter tutelador de direitos transindividuais, de modo que a publicização se mostra algo que permeia todo o processo. Se é assim, traços antes desejáveis somente em função do direito transindividual, passam a ser desejáveis também no bojo do processo transindividual. Diante disso é que se fala que o processo individual assumiu um caráter mais prospectivo e, em vista disso,

¹⁰³ Ovídio Baptista da SILVA, *Processo e ideologia*, prefácio.

¹⁰⁴ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 78. Cf.: JARDIM, Afrânio Silva. *Da publicização do processo civil*. São Paulo: Liber Juris, 1982, p. 17.

regulativo — que foi uma distinção feita em antagonia à resolução individual de conflitos. Assim é que, se antes o processo individual era visto como resolutivo e o processo coletivo era visto como regulativo, não podemos dizer o mesmo da atualidade. O mais correto seria assumir que hoje o processo tende a ser, como um todo, mais regulativo e prospectivo.¹⁰⁵

Nota-se que Knijnik não extrai as conseqüências da atividade regulativa e prospectiva no intuito de marcar o que seria um novo momento metodológico. Na verdade, suas conclusões tendem muito mais a considerar que estes são traços desejáveis no processo civil contemporâneo, tentando identificar sua relevância para o nosso atual modelo de definição de delimitação da competência extraordinária.

Crítica à Teoria Tricotômica

Defendendo ser “possível e praticável a construção de um *standard* de admissibilidade da revisão dos *conceitos jurídicos indeterminados* e do controle *indireto de fatos* para a revisão de forma geral, e, especificamente, para o Recurso Especial brasileiro”¹⁰⁶, Knijnik propõe uma construção dogmática pretensamente capaz de dotar de cientificidade uma solução para o problema abordado.

Aparentemente a solução tem inspiração na doutrina norte-americana e culmina em atribuir tratamento idêntico às questões de direito e às questões mistas. O que se faz, em verdade é, ao compartilhar da cientificidade do critério, atribuir uma mesma conseqüência procedimental a essas categorias. Não se desmerece o estudo de qualquer forma, pois mais que na conclusão, a contribuição científica está no caminho trilhado até ela. Se o caminho é rigoroso, contribuição científica haverá, como é o caso do brilhante texto de Knijnik.

¹⁰⁵ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 78-85.

¹⁰⁶ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 136.

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, como propõe Knijnik. Segundo o autor, a nova súmula STJ deveria vazar os seguintes termos:

“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.”¹⁰⁷

O que é interessante na teoria de Knijnik é a consciência de que nosso modelo é também misto em termos de cassação e revisão. Por isso, se a questão é mista, deve atender ao requisito a previsibilidade da jurisprudência futura (traço da cassação) segundo uma análise do caso feita pelo próprio tribunal (traço de revisão). No mais, tudo indica que se trata de consequência da própria hermenêutica e de seus desdobramentos, como é o caso da colmatagem de conceitos indeterminados e de uma pretensa metodologia racional que seja capaz de lidar com essa complexidade.

Aliás, essa é uma tônica dos modernos problemas jurídicos e que se encontra bastante evidente também nos casos de ponderação de princípios. Muito se fala em margens de decisão, zona de certeza, núcleo duro, mínimo irreduzível etc. Tudo isso, entretanto, não passa de argumentação, pelo que se faz urgente um amadurecimento dessa vertente de análise do direito.

Esse argumento é fortalecido porque existir um método acadêmico para a resolução desse problema conceitual não significa que a jurisprudência irá segui-lo. Muito

¹⁰⁷ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 280.

menos significa que a jurisprudência se ordenará de modo a formar progressivamente um catálogo de conceitos indeterminados colmatados. A jurisprudência é imprevisível — para não dizer mesmo caótica.

Seja como for, a jurisprudência não se mostra seguidora da lei, e sim a própria essência de sua aplicação ou correção. Ao menos é isso que pretende sê-lo, já que somente a observação do caso concreto pode aproximar o juiz da complexidade do caso e assim minimizar os efeitos da perniciosa separação científica entre fato e direito. É o juiz, notadamente o de primeira instância, que tem mais proximidade ao caso e capacidade de avaliá-lo em sua complexidade. Também por isso é que as cortes devem respeitar a sua avaliação. Não seria temerário sustentar que o provimento de primeira instância tende a ser mais justo e, mais do que isso, qualquer tentativa de aproximação do caso sem a intimidade com o acervo probatório e as próprias partes pode levar a uma correção possivelmente indesejável. Entram em cena, mais uma vez, o fator político e a batalha, às vezes evidente, travada dentro da hierarquia do judiciário.

Tudo isso induz a um certo ceticismo metodológico e à reafirmação de que o trabalho de padronização da jurisprudência leva à previsibilidade da decisão, mas não leva necessariamente à busca de justiça do caso concreto. Sem dúvida, é o caso de invocarmos mais uma vez a resolução pela ótica de pesos de princípios. Enfim, questões que — mais uma vez, atendendo a essa nova ótica e papel do juiz — somente pode ser solucionadas caso a caso. É o golpe que faltava na certeza científica iluminista e na reafirmação de um ceticismo em relação à possibilidade de um método satisfatório para a delimitação da problemática em tela.

Contudo, não parece prudente renunciar totalmente ao método, já que o método deve ser encarado, não mais como o portador da verdade, mas como uma possibilidade de controle da redução da realidade. Em outras palavras, o método ruim não é o que reduz a realidade (pois todos o fazem), mas o método ruim, sem dúvida, leva a crer que esse problema não exista. Renunciamos ao método para abraçar com mais consciência a nossa insegurança e imprevisibilidade jurídica.

Reduzimos tudo, até o presente ponto, a uma questão metodológica, como de fato aparenta ser. E, se a questão é mesmo metodológica (pelo menos essa é a nossa hipótese), devemos catalogar quais são as posturas metodológicas possíveis. Pensamos que são as seguintes: foco na sintática (e consistência intrínseca com aparato conceitual pressuposto ou arbitrário); foco na semântica (e justiça da decisão com aparato conceitual ontológico e cognoscível); e foco na pragmática (e evidência dos diversos níveis de persuasão da linguagem).

Como bem se vê, esses tópicos de análise denotam nossa adoção por uma abordagem lingüística do fenômeno. O foco sintático limita-se à análise do encadeamento lógico da decisão, de modo que exige para sua verificação o purismo conceitual. Já lembrava Castanheira Neves, embora não tenha assumido em seu estudo uma vertente propriamente lingüística, que a parte sintática, que coincide com a estruturação lógica do discurso, é incapaz de fundamentá-lo:

“[A] lógica, enquanto ela é, e apenas pode ser, a analítica de um pensamento constituído, por isso mesmo lhe está vedada a possibilidade, não apenas de conduzir o pensamento constituente, mas sequer de fundamentar a validade da intenção objectivo-real constitutiva do conteúdo do pensamento.”¹⁰⁸

A limitação da visão sintática está em que não se cogita sobre a correção do critério embutido dentro do conceito, mas somente sobre a sua aparente lógica de associações. O foco semântico, em certa medida, complementa o sintático, na medida em assume, para o direito, a dimensão axiológica da decisão. Por seu turno, o foco pragmático, ultrapassa essas abordagens para cogitar sobre seu reflexo no sujeito, consciente de que todo conteúdo é arbitrário, sendo por isso uma abordagem focalizada na dinâmica argumentativa.

Não é preciso dizer que essa é uma distinção muito simplificada e que serve de conceituação provisória até que, oportunamente, os conceitos sejam melhor

¹⁰⁸ Castanheira NEVES, *Questão (...)*, p. 128.

esclarecidos. Contudo, servem, desde já, para adiantar algumas hipóteses. São elas: os critérios de distinção entre fato e direito para o fim de delimitação da competência extraordinária inclinam-se a ter uma postura de análise sintática, na medida em que têm foco silogístico. Dizemos, por isso, que a teoria que justifica a revisão da correção entre premissas e conseqüentes está no nível sintático da linguagem porque admite uma verificação da correção lógica.

A teoria que defende essa mesma correção por injustiça evidente assume um foco semântico, ou seja, detido no significado, que teria assumido um significado equivocado. O mesmo se diz sobre a teoria que embasa a distinção entre questão de fato e qualificação jurídica do fato porque ela não cuida do fato em si, mas do seu significado. Nos aproximamos também da semântica como uma seara na qual se insere a problemática dos conceitos indeterminados. A idéia central é de que a instância extraordinária fixaria, dentro de uma margem, a carga semântica do conceito, que no mais seria impugnável apenas no estrato sintático. O critério pragmático, por fim, tomando por base que os signos são arbitrários, analisa a interação dos sujeitos em face do uso da linguagem.

Eleição da pragmática como foco da análise

Conforme já se destacou, cuida-se de um modelo muito rudimentar e que precisa ter suas unidades cruzadas para avaliar algumas hipóteses, como é a de Knijnenk. Sob a perspectiva exposta, podemos dizer que Knijnenk insiste em uma possibilidade de delimitação semântica, embora mais complexa. Para o autor, a unidade de significação não é binária, mas sim ternária. Nada disso leva a crer, entretanto, que tenha se passado do nível semântico — valendo o registro de que o nível sintático é sempre pressuposto, para qualquer que seja o nível de análise, de modo que ele pode ser considerado o mais basilar e o mais simples.

Pelo que se expôs, vemos que o nível pragmático de abordagem a essa distinção não foi adequadamente utilizado, ou melhor, ele foi ignorado. Foi ignorado porque

justamente rompe com a ontologia conceitual pois admite a arbitrariedade do signo.¹⁰⁹ Diante disso, temos um desafio bastante perigoso a encarar, que é o perigo de cair num relativismo total. Por esse lado, o lado relativista, poderíamos lançar mão de teorias sistemáticas e seu conceito de legitimação burocrática, o que descreveria plenamente o problema. Poderíamos também encarar o objeto do ponto de vista do realismo jurídico e nos preocuparmos apenas com a previsibilidade do provimento. Não é esse o caso.

Por fim, poderíamos também assumir uma vertente discursiva pautada por uma racionalidade, por meio da qual semanticamente o discurso é correto por ter obedecido a certas condições ou é correto por ter obedecido aos princípios do Estado democrático de direito — ente metafísico cujo signo carrega em si alta carga persuasiva, mas que não sabemos ao certo qual seria. Então, se não é nenhum desses o modelo esboçado o ideal, qual seria?

Em linhas gerais, propõe-se um modelo focalizado na pragmática, porém não totalmente arbitrário. A idéia é a de que uma pragmática bem desenvolvida leva a um grau de consciência dos participantes tal, que propicia uma tomada de decisão também melhor. Nosso axioma é o de que é desejável um contraditório constitucionalizado dentro do processo. Não nos contentamos com a legitimação pelo procedimento, ou por uma análise realista. Contudo, renunciamos ao desafio de fundamentar valores na crença de que nos cabe ter um atuação consciente dentro do processo. O que pode levar a um grau satisfatório de consciência é perceber a prática judiciária como um discurso em sua dimensão pragmática.

Embora nossas conclusões não coincidam com as de Habermas no que tange à possibilidade de uma fundamentação moral, vale sua citação, no intuito de evidenciar outro aspecto de sua teoria, a qual seguimos incondicionalmente. A idéia

¹⁰⁹ Embora não siga a linha da arbitrariedade lingüística, Habermas nos apresenta argumento condizente com a impossibilidade de uma ontologia conceitual. É o que denota de sua afirmação no sentido de que “permanece o conceito de mundo sem dúvida tão formal, que o sistema para as referências possíveis não prejudica nenhuma determinação sobretudo conceitual dos objetos. Todas as tentativas de reconstruir um sentido material *a priori* para os possíveis objetos de referência são fadadas ao fracasso.” HABERMAS, *Agir comunicativo (...)*, p. 40.

central é que o paradigma da ontologia conceitual deve ser superado pela análise discursiva do direito, marcadamente pela análise pragmática do agir performativo, conceito se que retomará oportunamente.

“[D]eixar de ser privilegiada aquela atitude objetivante em que o sujeito cognoscente se dirige a si mesmo como a entidades no mundo. Ao contrário, no paradigma do entendimento recíproco é fundamental a atitude performativa dos participantes da interação que coordenam seus planos de ação ao se entenderem entre si sobre algo no mundo. (...) Ora, essa atitude dos participantes em uma interação mediada pela linguagem possibilita uma relação do sujeito consigo mesmo distinta daquela mera atitude objetivante adotada por um observador em face das entidades no mundo.”¹¹⁰

¹¹⁰ HABERMAS, *O discurso filosófico (...)*, p. 414-415.

II. Epistemologia

Justificativa da incursão epistemológica

A amplitude do presente texto abre-nos a possibilidade de dedicar um capítulo que se mostraria, quem sabe, contrário à clareza do texto como um todo se dentro dele houvesse sido diluído. Deste modo, em benefício da compreensão das conclusões mais dogmáticas, isolamos as seguintes observações para que, ao cabo, possam ser retomadas com mais propriedade. Ainda assim, nossas próximas linhas não perdem conexão com o propósito final do texto, consistente na distinção entre fato e direito, mesmo porque as justificativas dogmáticas mais satisfatórias sobre o processo de conceituação andam lado a lado com as complexas conquistas epistemológicas, como se vê em Teresa Arruda Alvim Wambier:

“Os conceitos, de um modo geral, mesmos os conceitos determinados, podem ser vistos como algo que tem uma estrutura interna. Um círculo de certeza de tamanho pequeno e um círculo maior que este, que seria a zona de penumbra (*Begriffshof*) e um, ainda maior, que seria uma outra zona de certeza. Assim, esta imagem, com estes três círculos concêntricos encerraria, no centro, uma área em que há a certeza, positiva (é, com certeza — núcleo do conceito — *Begriffsikern*) e como última zona do círculo, uma zona de certeza negativa (não é, com certeza).”¹¹¹

Assim, no propósito de explicitar, não só a questão dos critérios de preponderância, núcleo duro e, entre outros, zona de incerteza, apresentaremos algumas conquistas da filosofia do direito tendentes a uma postura semelhante diante de problemas diferentes e que, como se espera, devem servir diretamente aos nosso propósito. Apenas para citar o mais evidente deles, em adequação à citação acima exposta, referimo-nos à abordagem aos princípios segundo sua coexistência não-exclusiva e balizamento por preponderância.

Ainda sobre este tema, aproveita-se a incursão para esclarecer o que não pode servir de subterfúgio ao pensamento processual mal embasado, que, não raro,

¹¹¹ Teresa Arruda Alvim WAMBIER, *Questões de fato (...)*, p. 443.

atribui a questionamentos que mereceriam digressão muito profunda respostas imediatistas e nebulosas, que invocam, sem suficientes explicações, a ótica da ponderação ou da proporcionalidade. Tudo isso apenas esconde, ou pode vir a esconder, a dimensão ideológica do discurso, a ser tratada nas próximas páginas, o que se aproveita para evidenciar desde já.

Merecida, porém, uma ressalva final no sentido de que a explanação que se faz não pretende obviamente esgotar o assunto, tampouco espelhar o pensamento global de cada autor mencionado. Antes de tudo, cuida-se do relato do caminho trilhado na pesquisa em busca de amparo metodológico — renunciando-se assim a qualquer postura que tenha pretensão didática e, neste sentido, dogmática. Do mesmo modo, os pensadores agora abordados não exaurem as referências utilizadas no decorrer do trabalho. Apenas para citar alguns que prescindiram de uma abordagem sistemática, vale mencionar Alexy, Habermas e Apel, cujas contribuições são explicadas pontualmente a cada tópico processual a ser desenvolvido. Passemos aos fragmentos que compõem o nosso amparo metodológico.

3. Subsunção do fato ao direito

A. Subsunção e decidibilidade

A prática subsuntiva traz embutida pressupostos questionáveis, tais como: a completude do ordenamento; a racionalidade como caminho suficiente para cotejá-lo; e a possibilidade de distinção entre fato (premissa menor) e direito (premissa maior). São esses os elementos corriqueiramente alinhavados em sua definição. Vejamos:

“Essa teoria supunha que o juiz podia solucionar qualquer caso mediante a aplicação das normas gerais, uma vez que o ordenamento jurídico seria completo e coerente (...). Na verdade, o caso sobre o qual o juiz devia se debruçar era encoberto pela lógica da subsunção, para quem os fatos

eram considerados a premissa menor e a norma geral a premissa maior.”¹¹²

“[A] decisão judicial é fruto de um raciocínio silogístico, mercê do qual o juiz fixa as premissas maior, que é a norma jurídica aplicável à espécie, e menor, que são os fatos, para, tão-somente, depois efetuar o enquadramento (subsunção) da situação de fato ao direito, extraindo, por conseguinte, os respectivos efeitos jurídicos e conclusão.”¹¹³

O que está na base dessa definição é a idéia de que a ordem jurídica resolve conflitos de interesses analisando fatos concretos (premissas menores) em face de normas gerais (premissas maiores) ordenadas por critérios notadamente racionais. Nisso retomamos os dogmas já destacados: a completude do sistema normativo e a racionalidade como ferramenta, não só de seu tratamento, mas também da própria delimitação entre o fato e o direito.

Quanto à completude, tudo indica que os processualistas encontram-se familiarizados com sua mitigação. Basta lembrar, nesse sentido, a importância adquirida pela ótica de aplicação dos princípios como tratamento ao problema das lacunas e antinomias. Contudo, a questão da racionalidade, parece ainda um dogma bastante presente, notadamente no tratamento dos princípios como racionalmente deduzidos da moral, o que traria supostas imposição e obediência.

Assim é que a distinção entre fato e direito permanece num segundo plano quando se trata de questionar a atualidade do paradigma subsuntivo — talvez porque a distinção estanque entre fato e direito esteja profundamente arraigada ao nosso modo de pensar. Prova disso é que ela dá sentido à concepção de sistema normativo.

Os problemas se agravam se perquirimos como e em que ordem associam-se as premissas e, até mesmo, a conclusão. Recaséns Siches, por exemplo, defende que o silogismo é construído às avessas, ou seja, intui-se a conclusão e

¹¹² MARINONI, *A jurisdição (...)*, p. 47-48.

¹¹³ OLIVEIRA, *Recurso (...)*, p. 276. Cf. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7 ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 95; e RAÓ, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. v. 1, 4 ed., São Paulo: RT, 1997, p. 453-454.

regressivamente são construídas as premissas.¹¹⁴ Dessa constatação, brota um problema ainda maior, consistente em que não há instrumento nem metodologia capazes de descrever com precisão tal construção às avessas, conforme abordaremos mais adiante.

Ainda questionando o dogma da subsunção, Alexy lembra que sua superação é contemporaneamente um ponto de unanimidade da discussão metodológica:

“Ninguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação das normas *não é senão* uma subsunção lógica às premissas maiores abstratamente formuladas.” Essa constatação de Karl Larenz caracteriza um dos poucos pontos em que há unanimidade dos juristas na discussão da metodologia contemporânea.”¹¹⁵

Cabe lembrar que a sentença, mesmo vista como uma ordem concreta, não perde necessariamente conexão com o paradigma subsuntivo. Aliás, essa é a idéia de Carnelutti, que atua no mesmo eixo subsuntivo, apenas deslocando-o da jurisdição para o conceito de lide — no que se diferencia de Chiovenda. Assim, mostram-se essencialmente parecidas as teorias, ainda que focalizadas no juiz e no conceito de jurisdição (Chiovenda) ou nas partes e no conceito de lide (Carnelutti). Ou seja, não se rompe com o paradigma subsuntivo pela simples diferença entre declarar o direito e reconhecer a carga constitutiva da sentença:

“A sentença realiza o processo de transformação da norma jurídica do mandato abstrato em mandato concreto; mediante a sentença, o mandato toma forma, se individualiza e se define. (...) À duplicidade das premissas corresponde o duplo tema da atividade do juiz; posição da norma jurídica e posição da situação de fato; ou como se diz na linguagem usual: questão de direito (*Rechtsfrage*) e questão de fato (*Thatfrage*).”¹¹⁶

Esclarecidos os dogmas nos quais se fundam a subsunção, cabe-nos buscar uma solução mais fluida, complexa, e fiel à prática decisória. Trata-se do problema da decidibilidade, no qual a sentença assume um papel, não de consequência lógica

¹¹⁴ Tercio FERRAZ JR., em *Ciência (...)*, p. 92. Cf. SICHES, Luis Recaséns. *Tratado general de filosofia del derecho*. Mexico: Porrúa, 1959, p. 632 e ss.

¹¹⁵ ALEXY, *Teoria da argumentação (...)*, introdução.

¹¹⁶ CARNELUTTI, *A prova (...)*, p. 29-31.

da norma, mas de uma opção possível de resposta ao conflito.¹¹⁷ Posta nesses termos, a questão se complica, pois um modelo de teoria da decisão ainda esta para ser plenamente construído.

“A grande dificuldade de expor a questão nos moldes propostos está em que, ao contrário dos modelos analítico e hermenêutico, uma teoria da decisão jurídica está ainda para ser feita.”¹¹⁸

Embora não seja propriamente a pretensão deste trabalho construir uma teoria da decisão, não há dúvidas de que, se pretendemos uma abordagem científica do direito em sua complexidade, devemos lançar mão de uma metodologia que supere a subsunção. Mais do que isso, precisamos de uma metodologia que abdique da racionalidade moderna, que até hoje embala a doutrina brasileira contemporânea na busca da racionalidade.¹¹⁹ É Willis Santiago Guerra Filho quem nos socorre em sua delimitação metodológica, fazendo nossas novamente suas palavras e nos inspirando nos passos seguintes.

“Como não é possível induzir artificialmente a experimentação de fatos humanos jurídicos-sociais, para captar a experiência jurídica, deve-se recorrer àquela passada e atual, no local em que se vive e em outras

¹¹⁷ O direito “não nasce da pena do legislador. Contudo, a decisão do legislador, que não o produz, tem a função importante de escolher uma possibilidade de regulamentação do comportamento em detrimento de outras que, apesar disso, não desaparecem do horizonte da experiência jurídica, mas firma aí, presentes à disposição, toda vez que uma mudança se faça oportuna (...). Ora, essa situação modifica o *status* científico da Ciência do Direito, que deixa de se preocupar com a determinação daquilo que materialmente sempre foi Direito com o fito de descrever aquilo que, então, pode ser direito (relação causal), para ocupar-se com a oportunidade de certas decisões, tendo em vista aquilo que deve ser direito (relação de imputação). Neste sentido, o seu problema não é propriamente uma questão de verdade, mas de decidibilidade.” FERRAZ JR., *Ciência (...)*, p. 44.

¹¹⁸ FERRAZ JR., *Ciência (...)*, p. 88, com a ressalva de que a obra é um tanto antiga, de 1980. Ademais, como registra o autor, na p. 98, o tema vem sendo desenvolvido desde então. Cf: COMPARATO, Fabio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: RT, 1976; e LEAL, *Teoria processual (...)*.

¹¹⁹ Nessa linha, que insiste na racionalidade, devemos citar Marinoni: “O juiz tem o dever de encontrar na legislação processual o procedimento e a técnica idônea à efetiva tutela do direito material. Para isso deve interpretar a regra processual de acordo, tratá-la com base nas técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto e suprir a omissão legal que, ao inviabilizar a tutela das necessidades concretas, impede a realização do direito fundamental à tutela jurisdicional. Porém diante da maior subjetividade outorgada ao juiz para a realização e a proteção dos direitos — natural a uma lógica que faz as normas constitucionais preponderarem sobre a legislação — e da impossibilidade de encontrar uma teoria capaz de sustentar a existência de uma decisão correta para cada concreto, é preciso atribuir ao juiz o dever de demonstrar que a sua decisão é a melhor possível mediante uma argumentação fundada em critérios racionais.” MARINONI, *A jurisdição (...)*, p. 66.

sociedades, para o que se podem utilizar pesquisas de História, Direito Comparado e Jurisprudência, no sentido de decisões tomadas pelos juízes e tribunais. Finalmente, para alcançar maior precisão e consenso na formalização dos conceitos, que possibilitam melhor controle intersubjetivo de verificabilidade, seria de todo útil um instrumental como o da semiótica, que, em suas três dimensões (...) sintaxe, semântica e pragmática. (...) Finalmente, haveria de se estudar a estrutura de motivação da sentença judicial, investigando a possibilidade de formalização (lógica) do modo judicial de raciocínio com base no que lhe é a característica mais específica, a dialogicidade.”¹²⁰

B. Em busca de uma alternativa à subsunção

a. Norma, interpretação e decisão

A estratificação conceitual, como não poderia deixar de ser, reduz a realidade do objeto estudado. Assim é que, na linha do tópico anterior, marcado pela necessidade de reflexão sobre o problema da decidibilidade, será feita uma análise interpretativa da norma.

De outro lado, como quer Ferraz Jr., podemos pensar essas categorias de forma mais ou menos estanques e embasadoras de diferentes abordagens jurídicas. À norma corresponde um modelo analítico, à interpretação um modelo hermenêutico e à decisão um modelo empírico, sobre o qual concentraremos nossas atenções.

É bom que se destaque, desde já, que o modelo empírico de Ferraz Jr. não se liga às ciências do comportamento (como a sociologia e psicologia). Cuida-se, em verdade, de uma construção baseada no direito como instrumento de controle do comportamento, cuja face empírica se volta à investigação dos instrumentos jurídicos que o operacionalizam.¹²¹

A partir daí, o autor identifica duas questões fundamentais sobre o problema da decisão: a da (i) qualificação e a das (ii) regras decisórias. Simplificadamente,

¹²⁰ Willis Santiago GUERRA FILHO, *A filosofia (...)*, p. 62. Especificamente sobre a motivação das sentenças, ver Michelle TARUFFO, em *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.

¹²¹ “Não se trata de saber se o direito é um sistema de controle, mas assumindo-se que ele o seja, como devemos fazer para exercer este controle.” FERRAZ JR., *Ciência (...)*, p. 87.

poder-se-ia dizer que toda regra decisória traduz um imperativo condicional que liga um suposto fático (descrição abstrata e genérica) a uma consequência jurídica (prescrição).¹²²

Nota-se, desde já, que o problema da qualificação a antecede, sendo o fulcro do problema, como lembra Rigaux. O problema da qualificação é tão importante que constitui quase a totalidade do exercício jurídico, dado que, no mais, a carga dedutiva é muito mais relevante — ou seja, a possibilidade de controle dos argumentos no que concerne à qualificação é menos rigorosa. De outro lado, esse rigor busca ser apurado na medida em que se condiciona a prática decisória a uma etapa probatória, concernente a esclarecer o como, o quando, o onde etc.

Tudo quanto se disse cai como uma luva quando estamos diante da hipótese de vedação de análise probatória em nível de instância extraordinária. No caso específico, notamos que o instante metodológico que enceta a vedação antecede até mesmo a focalização de fatos para atribuir-lhes qualificação jurídica. Ao que tudo indica, somente neste exato instante metodológico antecedente é que existe vedação de reexame na instância extraordinária, sendo-lhe no mais tudo permitido analisar. Em outras palavras, são intocáveis as premissas fáticas do como, quando, onde etc, mas não a qualificação atribuída a elas. Exemplos limítrofes surgirão e serão tratados em tempo oportuno, juntamente com a abordagem dos chamados conceitos indeterminados. Para citar apenas um, vale menção à lição de Knijnik:

“Se o Tribunal conclui que um motorista dirigia a 120 quilômetros horários, todos responderão que isso é um dado de fato, portanto não pode ser revisado, por exemplo, em Recurso Especial. Ocorre que, (...) ser nos perguntássemos, agora, se o trafegar naquela velocidade era uma “circulação inadequada”, teríamos um verdadeiro problema.”¹²³

Ressurge, assim, mais uma vez a nossa preocupação com a fundamentação das decisões e o estudo sobre a prática decisória. Este assunto sem dúvida é tradicional, principalmente nos trabalhos que tratam da motivação da sentença,

¹²² FERRAZ JR., *Ciência (...)*, p. 94.

¹²³ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 11.

surgindo sempre a pretexto de limitar racionalmente a arbitrariedade judicial. Contudo, a abordagem pela qual nos inclinamos não é muito familiar à tradição jurídica mais antiga, vindo embasada em posição que reconhece a multiplicidade de possibilidades lógicas dentro do discurso jurídico, como em Teresa Arruda Alvim Wambier e Tercio Ferraz Jr.:

“[O] decisório de uma sentença não é um ponto a que se chegue arbitrariamente: o caminho é racional. Mas o caminho racional não tem uma única saída possível. A racionalidade do discurso jurídico tem de ser concebida situacionalmente. (...)”

“[P]odemos dizer que contemporaneamente, muitas e muitas vezes o juiz decide, legitimamente (observando o princípio da legalidade, tal como hoje vem sendo entendido), com base numa combinação de elementos constantes do sistema jurídico: doutrina, jurisprudência, princípios, textos de lei, elementos estes que se interpenetram e se complementam.”¹²⁴

b. Insuficiência da sistemática subsuntiva

Tudo indica — pelo que já se situou sobre a jurisprudência dos conceitos — que a própria lógica subsuntiva esteja impregnada de ficções, sendo insuficiente a sua utilização para descrição fiel da prática decisória e da fundamentação da decisão.

De início, há a ficção de que o que consta dos autos atesta a efetiva existência de algum fato, bem como do modo como se deu. A partir de então, temos a aplicação de alguma metodologia, algo racional que extraia do ordenamento a “exata compreensão do mandamento legal” e que solucione objetivamente a questão. É bem de ver, entretanto, que, se de um lado insistimos em artifícios positivistas, de outro nos damos conta de que a caracterização de uma questão como sendo jurídica ou de fato depende do “foco de atenção do raciocínio do juiz” no exato “momento de incidência”. Salta aos olhos que o controle lógico da prática decisória não é suficiente e que precisamos abordar também em pormenores como o juiz dirige a sua atividade “focalizadora”, o que reclama uma abordagem detalhada sobre a teoria da decisão.

¹²⁴ Teresa Arruda Alvim WAMBIER, *Omissão (...)*, p. 310 e 329. Cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*. São Paulo, 1973, p. 32-33.

Todos os termos destacados fazem parte da exposição de Teresa Arruda Alvim Wambier¹²⁵ a respeito de como se operacionaliza a sistemática subsuntiva. Interessante notar que convivem na explicação expressões que remontam à análise racional, a qual se vê pela tese de que existe um sentido correto para a norma, ao mesmo tempo em que se caracteriza tal atividade por uma ótica tópica, evidenciada pela eleição do foco de atenção do juiz. A mesma descrição é retomada pela própria autora em obra posterior¹²⁶, oportunidade em que se reafirma a idéia de que existem questões — que remontam aos extremos dos em graus de predominância — fáticas (hipóteses em que a decisão pesa unicamente sobre fatos subjacentes à demanda) e questões de direito (hipóteses em que os fatos são conhecidos e o texto também, resumindo-se o problema à interpretação normativa). A autora, ademais, faz percuciente distinção no sentido de que a questão de direito pode ser simplesmente secundária à questão fática (por exemplo, se são devidos alimentos, desde quando?) ou pode ser tão essencial de tal modo a prejudicá-la (por exemplo, a qualificação jurídica de férias abrange também feriados consecutivos?). Para sermos fiéis às palavras da autora, reclama-se a transcrição.¹²⁷⁻¹²⁸

¹²⁵ Teresa Arruda Alvim WAMBIER, em *Controle (...)*, p. 156 e ss.

¹²⁶ Neste propósito, consultar Teresa Arruda Alvim WAMBIER, em *Omissão (...)*, p. 235 e ss.

¹²⁷ “1.º Há questões “puramente” fáticas. Evidentemente, não se pode rediscutir em âmbito de recurso especial ou extraordinário de quem seria a culpa em acidente de automóvel, propondo que os tribunais superiores reexaminem laudos, fotografias e depoimentos, para, ao depois, constatar o erro da decisão do juízo *a quo*. O foco de atenção dos julgadores, para decidir recurso nesses termos, serão, não predominantemente, mas UNICAMENTE, os fatos subjacentes á demanda.

2.º Há questões que se pode dizer sejam jurídicas (= de direito) quando o foco de atenção do tribunal ao reformar a decisão deva ser algum problema emergente do entendimento do texto (ou do conjunto de regras jurídicas) aplicável ao caso. Já se sabe qual é o caso, e que o texto incide. Há todavia, um ponto problemático, cuja solução independe do exame dos pontos já “resolvidos”. A é filho de B, e este deve àquele pagar alimentos. A partir de quando? De seu nascimento? Da propositura da ação? Da liminar? Da sentença? Ou do trânsito em julgado?

3.º Há questões (= pontos problemáticos a serem resolvidos, sobre os quais deve recair a atenção do tribunal) que se confundem com a própria subsunção. Feriados consecutivos podem ser considerados (= qualificados como) férias, para efeito de contagem de prazo: Há ou não “o encaixe daqueles fatos (a respeito dos quais não há dúvidas) sob aquela lei”? Trata-se, em princípio de uma questão de direito. No caso citado, a questão poderia até ser vista como uma questão de interpretação: a palavra férias, do art. 179 do CPC, abrange também feriados consecutivos?” Teresa Arruda Alvim WAMBIER, em *Omissão (...)*, p. 235.

¹²⁸ Quer nos parecer que realmente a questão, embora a autora não trate nestes termos, é realmente relativa à existência de prejudicialidade à constatação dos fatos ou não. Em outras palavras, a

Essas reflexões preparam terreno para o que vem a ser uma discussão a respeito dos próprios termos utilizados, por exemplo, momento de incidência que, na terminologia de Rigaux, tem paralelo com a questão da qualificação. Antes, entretanto, de expor as idéias do mencionado autor rumo a uma releitura atual da problemática, indispensável lembrar e contextualizar o problema.

“[D]emonstrou-se que a experiência medieval não consentia com a separação ou ruptura do fático perante o jurídico, ou seja, a *quaestio facti* estava implicada na *júris*: havia toda uma teoria para estabelecer as quantidades e as qualidades requeridas para ter-se como provado determinado fato. A introdução do positivismo jurídico, a seu turno, dissociou tais questões, de modo que o fato restou um objeto “*in se*”, um mundo de plena autonomia, próprio das ciências naturalísticas e à margem da ciência jurídica. A visão contemporânea, todavia, da aplicação do direito — recordando-se aqui das noções de espiral hermenêutica e pré-compreensão — reaproximou ambas questões, na medida em que afastou o paradigma da subsunção tradicional.”¹²⁹

Não obstante a consciência de que é inadequado trabalhar a distinção matéria de fato — matéria de direito, é inescusável que, até mesmo de forma intuitiva, trabalhamos com ela. Aparentemente há dois motivos para isso: o primeiro é que se cuida de uma exigência do nosso próprio ordenamento positivo com suas súmulas; o segundo não deixa de ser uma decorrência também do nosso ordenamento, em vista da necessidade de fundamentação das decisões — problema que apenas poderá ser satisfatoriamente abordado quando do desenvolvimento a respeito de teorias lingüísticas.

Nesse sentido, nos lembra Gleydson Oliveira, com base em Engisch, que “o modelo do processo subsuntivo serve muito mais para emprestar uma lógica à decisão judicial, a partir do exame da adequação entre os fatos e a norma jurídica aplicada, do que para explicar a atividade cognitiva do juiz levada a cabo, que não se resume à simples dedução lógica, a fim de estabelecer a norma jurídica individual.”¹³⁰

qualificação jurídica dos fatos prejudica a própria existência deles no plano jurídico (como no mencionado caso das férias); enquanto a qualificação jurídica de consequência atribuída aos fatos não incide de forma tão severa (como no mencionado caso de alimentos).

¹²⁹ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 93.

¹³⁰ OLIVEIRA, *Recurso (...)*, p. 277. Cf. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7 ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 84-85.

Muito mais importante do que evidenciar a falência do modo de pensar subsuntivo, devemos concentrar nossos esforços no que deve ser uma alternativa a ela, pelo que se passa à análise da teoria proposta por Rigaux.

c. Superação da subsunção e a transmutação bilateral

O problema da tautologia

Antes de ingressar numa discussão específica acerca das conseqüências do que viria a ser matéria de fato para a instância extraordinária — efeito mais corriqueiro da discussão abstrata em andamento — é de se perquirir se a própria forma de pensar do jurista médio, em todas as instâncias, é adequada. A hipótese levantada por Rigaux, correspondente até agora com a nossa, é a de que o modo de pensar subsuntivo é sim inadequado e artificial porque parte de uma teoria da decisão que faz coincidir o fato com o direito segundo uma pretensa identidade que apenas existe no mundo da teoria.

Diante disso, seríamos levados a crer no que, na verdade, é uma tautologia. Rigaux trata em pormenores do tema e propõe que o ponto fulcral da temática abordada seja a questão da qualificação jurídica. Salta aos olhos, neste ponto, ser indispensável evidenciar o que significa qualificação jurídica, bem como abordar a mencionada tautologia. Porém, antes de tudo, vale evidenciar que o direito brota juntamente com os atos das pessoas de uma forma indissociável. O que deve ficar claro — e para esse fim, ainda que artificialmente, melhor que se use a palavra antecede — é que o direito antecede aos próprios fatos. Assim, na busca de uma descrição de uma complexa “situação da vida”¹³¹, para ser fiel à terminologia de Rigaux, nos valem de termos jurídicos que pretensamente refletem a riqueza do mundo dos fatos. Por exemplo, ao utilizarmos os termos “marido”, “casamento”, “locador”, “dolo”, apenas para citar termos jurídicos

¹³¹ RIGAUX, *A lei (...)*, p. 47.

corriqueiros, temos uma descrição dos fatos segundo uma qualificação jurídica que os precede. É esse o sentido da citação:

“O direito está presente nos fatos, antes que o profissional tenha iniciado qualquer emprego que seja das regras de sua arte.”¹³²

A vida não cabe no direito

Não somente por isso é que os fatos juridicamente qualificados não refletem toda a dimensão fática deles. O outro fator que influencia a falta de fidelidade na transposição do fato ao direito é a própria limitação da descrição jurídica ou, para ser direto, a incapacidade do direito de trabalhar os fatos em sua complexidade. Não seria demais dizer que o mundo não cabe no direito:

“O que a vida comporta de emoção, de singularidade inédita que não mais se repetirá, é eliminado, não porque estes elementos não são comunicáveis, — a arte, a poesia, uma relação afetiva fazem-nos partilhá-los —, mas porque são estranhos ao magistério do direito. Eis porque o direito expropria os fatos. Eles são despojados do que têm de peculiar, de singular, de individual.”¹³³

O problema ressurgue, entretanto, se desejamos evidenciar um momento posterior de aplicação do direito, no qual o intérprete recria a situação fática com remissão à sua própria experiência de vida. Nesse instante, a depender do intérprete, diferentes experiências de vida são retomadas em toda a sua complexidade e reinseridas no bojo do conflito sob processamento. Caminhamos, nesse sentido, rumo à evidência da carga ideológica do discurso, que se camufla atendendo ao jogo argumentativo aceito pelo próprio direito e tenta sustentar que a fundamentação é livre desse tipo de preconceito. Tudo isso conduz a uma análise argumentativa bastante complexa e que deve ser retomada somente mais adiante. Por hora, vale dizer que a prática demonstra que não há barreiras à interpretação. O que existe em verdade é um formal limite dado pela procedimentalidade e a

¹³² RIGAUX, *A lei (...)*, p. 47.

¹³³ RIGAUX, *A lei (...)*, p. 47.

previsão recursal, de modo que não há se falar em qualquer método, razoabilidade de aplicação ou justiça da decisão (decisão boa ou ruim).

“Certamente, seja a decisão boa ou ruim, oportuna ou não — e não cabe à doutrina julgar isso —, a jurisdição de última instância porá necessariamente um ponto final ao litígio, mas trata-se de uma resposta ao mesmo tempo formal e fatural, que não permite concluir que o método, ou a ausência de método, que a levou a isto o fez opor inteira necessidade e que nenhuma solução alternativa poderia ter sido preferida.”¹³⁴

O problema da qualificação

Retomando o fio da meada, cabe, evidenciada a falta de fiel correspondência entre fato e direito, trazer a lume o que vem a ser para Rigaux o problema da qualificação. Para o autor, a qualificação ou a passagem do particular ao geral é o “nervo do raciocínio judiciário”¹³⁵. Nesta etapa, que sucede ao provisório conhecimento sobre os fatos, o intérprete deve escolher qual é a regra de direito aplicável ao caso. Nesse sentido, o juiz atua amparado e atado por garantias constitucionais, com base nas quais orienta o contraditório e decide ao “estabelecer uma relação de vínculo entre a situação fatural e certo tipo de situação designado na hipótese da regra de direito”¹³⁶.

Notamos que a descrição é um tanto precária porque encontra-se despida da constitucionalização porque tem passado o processo e da relevância que a ótica dos princípios adicionou à prática decisória. Ademais não leva às últimas conseqüências a conclusão de que os fatos não são refletidos nos autos em sua fidelidade. Diante disso, o autor insiste em uma bipartição metodológica da teoria da decisão marcada por etapas probatória e subsuntiva.¹³⁷ De outro lado, o autor é

¹³⁴ RIGAUX, *A lei (...)*, p. 72.

¹³⁵ RIGAUX, *A lei (...)*, p. 49.

¹³⁶ RIGAUX, *A lei (...)*, p. 49.

¹³⁷ “Depois que o juiz declarou certos fatos estabelecidos sob a qualificação que ele lhes atribui, resta-lhe deduzir do dispositivo da norma as conseqüências jurídicas próprias da situação particular, sendo essa própria parte da decisão judiciária denominada “dispositivo”.” RIGAUX, *A lei (...)*, p. 71.

brilhante ao asseverar que a etapa de qualificação corresponde a uma passagem do concreto ao abstrato e que crer o contrário levaria a um caráter tautológico da assertiva.

Transmutação bilateral entre fato e direito

Para que isso fique bem claro vale lembrar, conforme exposto anteriormente, que a descrição dos fatos é realizada com base em um sistema de signos não menos arbitrário e abstrato que o próprio sistema jurídico. E mais, vale lembrar igualmente que o conjunto fático é dotado de uma complexidade que não cabe nas definições jurídicas. Diante disso, a ótica da subsunção revela-se artificial porque, em verdade, a subsunção implica uma ajuste mútuo entre os fatos e o direito. Parece ser essa a maior contribuição do autor no que concerne ao assunto tratado. Todo o resto serve apenas de amparo à conclusão no sentido de que:

“Contrariamente à dicotomia tradicional — *Da mihi factum tibi dabo ius* — , nem o juiz, nem qualquer outro profissional é predisposto a um intercâmbio entre o fato e o direito, concebidos ambos como entidades reificadas, a primeira com sua brutalidade de dado pré-jurídico, a segunda em sua reluzente pureza de norma. A prática contradiz semelhante divisão entre “o” fato e “o” direito, pois o primeiro elemento que tinham em comum, quando deixados a si mesmos, era a opacidade deles, enquanto, postos um diante do outro, esclarecem-se mutuamente.”¹³⁸

“Para que os dois conjuntos conceptuais [fato e direito] possam fundir-se na sentença de subsunção ou de qualificação, é preciso, como quando se ajusta uma roupa ou uma tapeçaria, puxar ora de um lado, ora do outro.”¹³⁹

Se, entretanto, abandonamos por um instante as elucubrações acerca de uma teoria da decisão, percebemos que o nosso direito positivo encontra perfeita sintonia com a teoria de Rigaux no que concerne à distinção entre fato e direito, pelo que não pode ser descartada. Ademais fato e direito são signos relevantes para a argumentação jurídica, de modo que seu domínio e a articulação de suas

¹³⁸ RIGAUX, *A lei (...)*, p. 46.

¹³⁹ RIGAUX, *A lei (...)*, p. 50.

conseqüências são indispensáveis ao jurista. Fica, ao menos, a contribuição de que não se sustém a tradicional distinção entre matéria de fato e de direito — distinção, aliás, segundo aponta Castanheira Neves, nada recente:

“É que, como intenção de estrito carácter lógico-analítico susceptível apenas, como tal, de processar-se no idêntico, a subsunção não pode senão oferecer-nos o esquema pelo qual se exprima o resultado significativo de uma operação metódica que tenha previamente vencido, ainda que sem ultrapassar os limites do domínio simplesmente conceitual, a distância lógica que vai da riqueza mais compreensiva do concreto (própria do “facto”) à amplitude mais extensiva do abstracto (própria do “direito”), por um duplo e recíproco movimento de aproximação conceitual entre as duas intencionalidade significativas — aquele movimento através do qual o concreto se vai abstraindo e o abstracto se vai concretizando, até se encontrarem no ponto em que se revelam idênticos.”¹⁴⁰

d. Motivações ideológicas e a fundamentação de estrito direito

Às vezes leva à perplexidade saber que convivem consciência de liberdade judiciária, fortalecida pelo escopo político do processo¹⁴¹⁻¹⁴², e a busca de um método¹⁴³ sobre a prática decisória. A primeira parte da questão, atinente à liberdade judiciária, se coloca claramente nos seguintes termos:

“A liberdade do juiz, num sistema de direito positivo e codificado, consiste em determinar, em cada caso, o perímetro ou o contorno das determinações legais. O juiz está vinculado à lei, mas ele a manipula de forma criativa. Se o juiz fosse “*la bouche de la loi*” não haveria oscilações

¹⁴⁰ Castanheira NEVES, *Questão (...)*, p. 131. Cf. SAUER. *Grundlagen des prozessrechts*. 2 ed., p. 62 e ss; e MEZGER. *Der psychiatrische sachverständige*. p. 166 e ss.

¹⁴¹ Cf. DINAMARCO, *A Instrumentalidade (...)*, p. 278 e ss.

¹⁴² Nesse sentido, também Arruda ALVIM, em *Arguição (...)*, p. 11: “A figura do juiz é, atualmente, orientada para que as suas decisões sejam “funcionais” (...), ou seja, há de ter em vista as condições sociais e econômicas. (...) Caracteriza-se, o resultado dessa atividade, como produtora de uma “jurisprudência política”, a qual se configura a partir da compreensão do Direito positivo, sob a ótica do seu papel, no contexto político e histórico.”

¹⁴³ Esse método tem o escopo de atribuir mesmas conseqüências jurídicas a fatos idênticos, como se vê em Arruda ALVIM: “Ainda que se trate de um conceito vago ou indeterminado, e carecedor de uma complementação integrativa avaliatória, emergente, quer do sistema, quer da realidade social, econômica, etc., sempre à luz dos reflexos na ordem jurídica, projetadamente é regra destinada a comportar somente um entendimento, desde que presentes, rigorosamente, as mesmas idênticas condições.” Arruda ALVIM, *A arguição (...)*, p. 21.

na jurisprudência. (...) Qual o limite desta criatividade?”¹⁴⁴⁻¹⁴⁵

A segunda parte da questão, atinente à busca de um método decisório, é ainda mais complicada, não só pela força hercúlea de erigi-la, mas também pelo próprio ceticismo que a cerca, na medida em que nem numa visão restrita à descrição poderíamos dar conta de todos os passos e conexões elaborados pelo magistrado no processo decisório.

“[N]ão se dispõe, no estado atual do problema, de um modelo exauriente e unitário que permeia individualizar a estrutura do juízo (...) nem a da motivação (...). É provavelmente impossível delinear um esquema estruturalmente homogêneo e unitário de raciocínio do juiz, decisório e justificativo, que a um só tempo dê conta de todos os momentos nos quais o raciocínio mesmo se articula.”¹⁴⁶

Ainda no que toca à delimitação da moldura criativa do juiz, precisamos esclarecer que a pergunta traz em si uma premissa importantíssima, qual seja, a visão de que o juiz é criador do direito.¹⁴⁷ E sobre a criatividade como fonte do direito — ou em outras palavras, sobre o juiz artista — nos lembra Tercio Sampaio Ferraz Jr:

“A fonte imediata do direito é a capacidade humana de julgar. Não se trata de um ato frio e neutro (embora possa conhecer perversões burocratizantes), mas de uma capacidade que se relaciona com o sentimento de injustiça, que transforma a dor muda e inarticulada em algo

¹⁴⁴ Teresa Arruda Alvim WAMBIER, *Controle (...)*, p. 101. Nas páginas seguintes a autora disserta sobre o que seria uma teoria da decisão, notadamente aplicável aos remédios de estrito direito.

¹⁴⁵ Arruda ALVIM, ao discorrer sobre o tema, assevera: “A tarefa dos juízes não mais é vista, exclusivamente, como só a de aplicar a lei dedutivamente [entenda-se isto como pura e simples “subsunção/dedução”]. A recomendação enfatizada aos juízes é a de que procedam à perquirição do valor de Justiça subjacente às normas (ainda que em relação às minuciosas isto se faça em menor escala) e, aplicando-as, haverão de realizar esse valor [às vezes “quase que apesar da norma”]. Essa identificação do “*substractum*” de Justiça subjacente à norma jurídica, em época tensa e de disputa pelo espaço social, certamente, resta obscurecida, pois a lei é que é posta em cheque, porque seria carente de “fundamento” (...).” Arruda ALVIM, *A argüição (...)*, p. 12.

¹⁴⁶ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 47. Cf. TARUFFO, Michelle. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, p. 207.

¹⁴⁷ Teresa Arruda Alvim WAMBIER, *Controle (...)*, p. 101, cita Winfried HASSEMER, em *O sistema do direito e a codificação: a vinculação do juiz à lei*. Direito e Justiça — Revista da Faculdade de Direito PUC/RS, Porto Alegre, v. 9, a. 7, 1985, p. 17 e ss; LUHMANN, em *A posição dos tribunais no sistema jurídico*. *Ajuris* 49, p. 164; Robert ALEXYS, em *Vícios no exercício do poder discricionário*. RT 779, set., 2000; Mauro CAPPELLETTI, em *Juízes legisladores?* Trad. De Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Porto Alegre: SAFE, 1993, p. 74 e ss; e Ronald DWORKIN, em *Taking rights seriously*. 7 ed., Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 81-82.

comunicativo, voltado para os outros.”¹⁴⁸

Tomando o juiz como fonte do direito e levando esse axioma às últimas conseqüências, temos Portanova:

“O juiz não é escravo da lei. Pelo contrário, o juiz deve ser livre, deve ser responsável. Enfim, dotado de inteligência e vontade, o juiz não pode ser escravo nem da lei. A sentença, provindo de sentir, tal como sentimento, deve expressar o que o juiz sente, diante desse sentimento definir a situação. Não há como afastar, assim, o subjetivismo do julgador no ato de julgar.”¹⁴⁹

De outro lado, demonstrando que a nossa dogmática ainda se encontra essencialmente ligada ao modo de julgar positivista, temos Marinoni:

“O “poder de julgar” é exercido através de uma atividade puramente intelectual, e não produtiva de “direitos novos”. Esta atividade não é apenas limitada pela legislação, mas também pela atividade executiva que, objetivando a segurança pública, abarca igualmente a atividade de execução material das decisões que constituem o conteúdo do “poder de julgar.””¹⁵⁰

Arremata Castanheira Neves:

“Queremos dizer, o esquema subsuntivo — a hipótese metódica que ele traduz — não nos permite definir as coordenadas pelas quais se determine e defina o campo problemático da distinção. (...) E isto porque entre a sua intenção metódica e o verdadeiro sentido do problema se verifica uma incompatibilidade essencial. Ela não visa mesmo senão ocultar (e negar) mediante as suas estruturas estático-analíticas a autonomia dinâmico-constitutiva e o sentido axiológico-normativo do pensamento jurídico, autonomia e sentido sem os quais o problema da juridicidade não pode ser compreendido, nem resolvido. Ela é, pois, para este problema uma hipótese sem sentido (...). Hipótese metódica imanentemente aporética, alheia e aquém do problema para que devia ser o caminho da solução, o esquema subsuntivo não é mais, afinal, do que uma hipótese metódica radicalmente inválida.”¹⁵¹

¹⁴⁸ FERRAZ JR., *Estudos (...)*, p. 253.

¹⁴⁹ PORTANOVA, *Motivações (...)*, p. 128.

¹⁵⁰ MARINONI, *Tutela inibitória (...)*, p. 343. Cf. TARELO, Giovanni. *Storia della Cultura Giuridica Moderna (assolutismo e codificazione del diritto)*. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 287-291.

¹⁵¹ Castanheira NEVES, *Questão (...)*, p. 104.

Mais do que isso, diante da inaptidão da lógica conceitual em descrever fenômenos, Castanheira Neves nega a própria possibilidade de distinção no plano prático — já que, no teórico, por óbvio são perfeitamente distinguíveis. Em outras palavras, o autor afirma que a forma analítica do juízo pode apenas distinguir sujeito e predicado, não sendo capaz de atingir a autonomia objetiva e intencional na prática.

“A falta de um hiato que quebre o contínuo lógico — e com isso já aplicação do direito deixaria de traduzir um esquema puramente lógico — faz com que tudo se possa dizer ou “de facto” ou “direito”, consoante a perspectiva por que se opte (...). o que significa, mais uma vez que ainda por este lado as duas determinações se identificam e, portanto, se não distinguem.”¹⁵²

C. Contribuições para uma nova dogmática

a. Conceitos indeterminados

O presente tópico retoma lições de Teresa Arruda Alvim Wambier no que propõe uma abordagem metodológica sobre a controlabilidade das decisões judiciais ou, em última instância, sobre a demonstração de que elas não devem ser arbitrárias e devem apresentar um certo grau de previsibilidade. O problema se enquadra no amadurecimento da expectativa de uma previsibilidade do Judiciário, juntamente com a paradoxal compreensão de que a lei não pode ser mecanicamente interpretada. Brota daí um elevado desafio hermenêutico, que vem a ser o desenvolvimento de uma teoria capaz de lidar com conceitos vagos ou indeterminados, assim conceituados, respectivamente, por Teresa Arruda Alvim Wambier de Tercio Ferraz Jr.:

“Hoje se admite considerar que o Direito não é um sistema impecável e irrepreensivelmente lógico. O que de mais marcante existe no Direito é uma série de noções-chaves, que desempenham um papel fundamental no que diz respeito à argumentação e à discussão de problemas jurídicos. Esses *topoi* (= noções-chaves) se exteriorizam por meio de conceitos vagos (...), que assumem determinados significados em função dos

¹⁵² Castanheira NEVES, *Questão (...)*, p. 146.

problemas a serem solucionados.”¹⁵³⁻¹⁵⁴

Nas palavras de Ferraz Jr.: “Conceitos indeterminados são aqueles utilizados pelo legislador para a configuração dos supostos fáticos e mesmo das conseqüências jurídicas, cujo sentido pede do aplicador uma explícita determinação. (...) São conceitos indeterminados, por exemplo, “repouso noturno”, “ruído excessivo”, “perigo iminente” etc., mas também alguns estritamente jurídicos como “antijuridicidade”, “ato administrativo” etc. Os conceitos normativos também pedem do decididor uma participação na determinação do seu sentido, porque são indeterminados como os anteriores e, além disso, constituem, de per si valoração de comportamento cujos limites serão especificados na decisão. Assim o são, por exemplo, o conceito de “mulher honesta”, “dignidade”, “honra” etc.”¹⁵⁵⁻¹⁵⁶

O mesmo problema é batizado por Knijnik como vetor dogmático. Na perspectiva do autor, o fenômeno deve ser abordado à luz de um movimento mais amplo, coincidente com o que se passou a identificar por descodificação e que reflete, recentemente, a fuga às cláusulas gerais evidenciada por Cappelletti.¹⁵⁷ Tudo isso, na verdade, deriva da crise do positivismo, marcada pelas suas conseqüências nocivas apenas reveladas após o fim da Segunda Guerra Mundial, bem como do acréscimo de complexidade observado nas próprias relações sociais. Abdica-se então da suposta segurança jurídica aclamada pelos códigos em segue-se o rumo da construção de micro-sistemas normativos, como é o caso da legislação pertinente ao consumidor, direitos difusos, locador, contribuinte etc.

“Assim, se, no século XIX o que se queria, sobretudo, era a segurança do Código, no século XX, a complexidade das relações travadas no contexto de uma sociedade de massas vai exigir, justamente, a edição de normas

¹⁵³ Teresa Arruda Alvim WAMBIER, *Controle (...)*, p. 26. Cf. Arruda ALVIM, *Arguição (...)*, p. 15 e ss.; e ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7 ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 173 e ss.

¹⁵⁴ HENKE, por seu turno assim os define: “El concepto indeterminado es, tal como lo denota su nombre, um elemento de figura legal com límites flúidos. Puesto que su contenido debido a esa fluidez, no está fijado, tal concepto resulta especialmente apto para dar cabida a significados nuevos.” HENKE, *La cuestión de hecho (...)*, 56.

¹⁵⁵ FERRAZ JR., *Ciência (...)*, p. 96.

¹⁵⁶ KNIJNIK, *O recurso (...)*, indica um rol exaustivo presente em Judith MARTINS-COSTA, em *A boa fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999, p. 314.

¹⁵⁷ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 40-42. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: SAFE, 1993.

especiais, ficando o Código, agora, num espaço residual, periférico.”¹⁵⁸

Cuida-se de um fenômeno só e evidenciado em várias faces, a exemplo do que vemos, por exemplo, (i) do ponto de vista dogmático, no aumento na produção de normas especiais; (ii) do ponto de vista hermenêutico, na renúncia ao dogma *in claris cessat interpretatio*; e (iii) do ponto de vista da prática judiciária, no aumento dos poderes do juiz autorizado pela legislação — sentido em que bem lembra Cappelletti:

“[Q]uanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciárias.”¹⁵⁹

Essa questão remonta ao vetor dogmático apontado por Knijnik e, bem assim, a Cappelletti. Da atual jurisprudência podemos extrair, apenas para efeito de exemplo, os seguintes conceitos indeterminados: união estável, bom pai de família, castigar imoderadamente, interesse público, relevância nacional, honorários reciprocamente distribuídos, decaimento em parte mínima, jurisprudência dominante etc.

“Embora se reconheça que aí as dificuldades recrudescem, não há negar que tudo afinal se resume a um problema eminentemente jurídico, donde não poder o operador do Direito deixar de enfrentá-lo, até porque esses conceitos fluidos não são tão raros nos textos legais.”¹⁶⁰

b. Máximas da experiência

O problema da aplicação de conceitos indeterminados faz lembrar algo intimamente a ele associado, consistente na aplicação de máximas da experiência como fator corretivo da interpretação de conceitos abertos. Diante disso, indispensável trazer a baila que:

“As máximas da experiência não são normas jurídicas, nem constituem

¹⁵⁸ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 43.

¹⁵⁹ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 63. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Porto Alegre: SAFE, 1993, p. 42.

¹⁶⁰ MANCUSO, *Recurso (...)*, p. 134.

meios de prova.

Conceituam-se como noções ou conhecimentos adquiridos pelo juiz, ao longo de sua experiência profissional, social e prática, lastreados na observação de casos particulares segundo o que ordinariamente acontece.”¹⁶¹⁻¹⁶²

O tema ganha relevo especificamente quando se cogita que uma decisão recorrida pode ter amparo, não propriamente na norma, mas na norma aplicada por uma máxima da experiência, com base no art. 335 do CPC. Assim, torna-se ainda mais tênue a linha que deve separar os conceitos sob cotejo.

Tudo indica que o problema pode ser abordado de duas maneiras. Se escolhermos uma abordagem lingüística, certamente distinta da lógica da subsunção, diremos que o termo exerce função persuasiva ao fazer crer que o conteúdo da norma é de fato aquele atribuído segundo a máxima da experiência. De outro modo, seguindo uma linha mais tradicional, devemos dizer que a máxima da experiência é um fator integrador da própria premissa maior — no que a elevamos a uma condição normativa, como querem Jellinek¹⁶³ e Stein¹⁶⁴. A mesma idéia está presente, em certo modo, em Henke, que após discorrer sobre os conceitos indeterminados e as máximas da experiência, conclui que esse aparato conceitual permite ao juiz adaptar o seu pronunciamento às peculiaridades do caso concreto. Ou seja, o juiz tem a possibilidade de interpretar satisfatoriamente a norma aplicável a casos distintos, atingindo uma formulação socialmente justa para o caso em análise:

¹⁶¹ João Batista LOPES, *A prova (...)*, p. 68.

¹⁶² Na definição de STEIN, máximas da experiência “son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan em el processo, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”. Friedrich STEIN, *El conocimiento (...)*, p. 22.

¹⁶³ HENKE faz objeção a JELLINEK no sentido de que as máximas da experiência não são puramente normas porque não dotadas da clareza necessária à subsunção e, bem assim, podem não refletir prudência e bons costumes. Cf. HENKE. *La cuestion de hecho (...)*, p. 97.

¹⁶⁴ O autor explica que as máximas da experiência podem estar presentes em qualquer campo do conhecimento, por exemplo, “los efectos mortales de um disparo em el corazón, la naturaleza contagiosa de algunas enfermedades, los síntomas habituales em el campo de la vida anímica del hombre que nos revela la psicología y que nosotros empleamos para el descubrimiento de la culpabilidad en acciones punibles y de buena o mala fe, constituyen (¡y con qué frecuencia todavía!) premissas mayores para los concretos hechos particulares (...)”. Friedrich STEIN, *El conocimiento (...)*, p. 17.

“Ellos [os conceptos indeterminados] hacen posible la determinación del derecho individualizadora, que busca captar el caso em su unicidad y así hacer justicia y satisfacer a la individualidad de las personas interesadas. Colocan al juez en condiciones de hacer valer las máximas de la ética social, que están en gran medida referidas a la situación de cada caso, y de interpretar la ley en consonancia con las costumbres y modos de ver del tráfico social; las máximas éticas y las reglas experienciales de la costumbre y el modo de ver del tráfico social funcionan aquí como medios auxiliares de aplicación del derecho para la formulación de la premissa mayor judicial.”¹⁶⁵

Retomando a aplicação dos conceitos à problemática da admissibilidade na cassação, vale dizer que, quando o juízo é emitido com base em máximas da experiência, Chiovenda defende-o passível de revisão. Entretanto, seu fundamento teórico fica enfraquecido, dado que a considera um juízo de fato e que para justificarmos tal assertiva, deveríamos lançar mão de alguma teoria mista, quando não puramente teleológica. De outro modo, deveríamos então reconhecer, como efetivamente faz Chiovenda, que as máximas da experiência constituem meio auxiliar de interpretação do direito, pelo que estaria aberta a porta da via da cassação.¹⁶⁶ Tudo isso remonta aos conceitos de questão mista e margem de decisão, a serem oportunamente abordados quando da exposição da teoria de Knijnik.

De uma forma ou de outra, no sistema do livre convencimento motivado, a utilização das máximas da experiência deve estar associada a uma ampla fundamentação, que aparenta ser o problema principal quando entram em foco a discricionariedade e a criatividade do julgador.

c. Fatos notórios

Os fatos notórios se inserem nesse contexto, conforme definidos por Stein, como um conhecimento não propriamente pertencente ao direito, mas como algo conhecido pelo homem comum sobre algo. Assim, variam no tempo e no espaço.

¹⁶⁵ HENKE, *La cuestion de hecho (...)*, p. 337.

¹⁶⁶ Lucia da FONTOURA, *Recurso (...)*, p. 53. Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1965, 304.

Isso, no entanto, não é suficiente à definição, que nessa linha caminha à tautologia.¹⁶⁷

Talvez o esforço de Stein, empreendido numa abordagem exemplificativa e indutiva, não seja suficiente à definição. Basta lembrar que o fato notório é algo externo ao processo e que sua relevância dentro dele tem amparo em que, de outro modo, o dispositivo derivado da decisão poderia não encontrar espelho no mundo. Em outras palavras, uma decisão judicial não pode conduzir ao absurdo ao negar a realidade.

Sob o ponto de vista do processualista, esse tratamento pode ser justificado pela instrumentalidade e pela proporcionalidade, dentre outros nomes atrelados à moderação axiológica do processo. De outro ponto de vista, o pragmático, uma decisão contrária a um fato notório, ainda que equivocado, poderia gerar falta de legitimidade tamanha que a própria decisão se enfraqueceria.

d. Má fundamentação

É de se considerar que talvez estejamos, de fato, diante de um problema insolúvel, ao menos se buscarmos uma saída metodológica para o assunto dos conceitos indeterminados. De outra forma, entretanto, se abordarmos a questão pela ótica empírica, podemos chegar a uma conclusão satisfatória. Por óbvio, não será uma solução prescritiva, mas será uma solução harmonizada com a nova postura que se espera do juiz e uma postura voltada a uma estabilização do que está ao alcance de ser previsto, que é justamente a questão da procedimentalidade. Diante disso, conclui-se, mais uma vez, que os conceitos indeterminados terão colmatagem tão legítima quando for a legitimação da sua procedimentalidade.

Assim, é muito importante frisar que qualquer falta de coerência na fundamentação será suficiente para abalar a posição fixada na decisão e, se não for o caso, restará a saída recursal. Surge, entretanto, neste ponto, um complicador pragmático: é

¹⁶⁷ Cf. STEIN, Friedrich. *El conocimiento (...)*, p. 133 e ss.

remota a possibilidade de reverter-se uma solução por vedação ao exame probatório porquanto ela brota em um momento muito avançado no desenvolvimento procedimental, qual seja, em recurso de instância extraordinária. Fora de cogitação, entretanto, pensar numa saída para esse problema segundo a abertura de uma nova via recursal. O que se pode pensar é em tornar mais severa a exigência quanto a uma fundamentação consistente, o que nem sempre vemos em acórdãos que tratam do assunto, na maioria dos quais a menção ao verbete sumular resume, ou melhor, esconde a complexidade do problema. A toda evidência, esse é uma mal que precisa ser evitado: a deficiência de fundamentação.

e. Jurisprudência como fonte de direito: autoridade e diferença

Diante desse quadro, vê-se que a jurisprudência assume definitivamente papel relevante como fonte de direito.¹⁶⁸ É o que esclarece mais uma vez Knijnik:

“Como decorrência da causa dogmática, mas também à luz dos endereços exegéticos decorrentes da causa hermenêutica, a própria jurisprudência vai assumir, assim, um papel diferenciado, elevando as Cortes Superiores ao plano das fontes do direito. Assim, já não se poderá dizer, efetivamente, que o Superior Tribunal de Justiça simplesmente “declare” a solução mais adequada para determinados casos ou assuntos submetidos à sua jurisdição. Em realidade, ele também estará criando ou adicionando algo de novo do ponto de vista da formulação das regras jurídicas. Assim, o precedente judiciário, à vista da legislação moderna, assume um papel decisivo.”¹⁶⁹

“E a Corte de Revisão, enfim, assume relevante papel não apenas de definir a exata aplicação da lei, mas, isto sim, de construir, progressivamente, o próprio sentido da lei cuja interpretação lhe cabe fixar.”¹⁷⁰

Nesse ponto faz-se pertinente trazer uma indagação de Ovídio Baptista no sentido de que um modelo recursal pode traduzir uma imposição autoritária. O problema está em que essa hipótese desloca o eixo argumentativo para fora do direito, tomando como foco as relações de poder existentes na prática judiciária. Assim, a

¹⁶⁸ Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.

¹⁶⁹ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 66.

¹⁷⁰ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 75.

análise volta-se ao exercício de poder pelo judiciário e mesmo sobre ele, pois os recursos foram “concebidos para dar segurança através da vigilância que o poder exerce sobre a magistratura”¹⁷¹. Essa abordagem, fundada na teoria do poder de Luhmann, certamente transborda ao nosso objetivo de pesquisa, embora mereça registro a título de reflexão.¹⁷²

Segundo o autor, a imposição autoritária refletida pelo nosso sistema recursal deriva da nossa incapacidade de lidar com a diferença e de conviver com o outro. Nesse sentido, a distinção entre fato e direito funciona como filtro pragmático das demandas que merecem revisão no que concerne à aplicação do direito. Aceitamos isso porque renunciamos à especificidade do caso concreto na crença de ser satisfatória uma resposta apenas normativa:

“A separação entre *direito* e *fato*, pressupostos de alguns recursos — mais do que isso, princípio estruturante do sistema —, é outro testemunho dessa matriz epistemológica. Direito enquanto norma, direito capaz de ser normatizado, direito que renuncia, ou aspira renunciar, às especificidades do “caso”.¹⁷³

f. Reação ao positivismo em Castanheira Neves

“O tema é decerto aquele que o título enuncia: a distinção entre a questão-de-fato e a questão-de-direito. (...) [O] problema da distinção surge-nos como o problema metodológico da juridicidade.”¹⁷⁴

Talvez a distinção entre fato e direito tenha se convertido, na atual jurisprudência, em mero amontoado de questões dogmáticas sem sistematicidade. Não nos

¹⁷¹ Ovídio Baptista da SILVA, *Processo e ideologia*, p. 247.

¹⁷² “Antes que sejamos acusados de defender um anárquico sistema processual, que prescindiria dos recursos, impõe-se um esclarecimento. Nosso empenho limita-se a mostrar o que, em nosso sistema, pode ser identificado como expressão de uma ideologia centralizadora e autoritária.” O princípio que irá guiar nesta investigação sustenta-se na idéia de que o recurso constitui necessariamente a expressão de uma desconfiança no julgador. Desconfiança no magistrado que decidira, porém confiança nos estratos mais elevados da burocracia judicial. Os recursos são, ao mesmo tempo, expressão de desconfiança no magistrado de grau inferior, e esperança depositada nos escalões superiores da hierarquia judicial, até que se atinja seu grau mais elevado, contra cujas sentenças não mais caiba recurso.” Ovídio Baptista da SILVA, *Processo e ideologia*, p. 239.

¹⁷³ Ovídio Baptista da SILVA, *Processo e ideologia*, p. 240.

¹⁷⁴ Castanheira NEVES, *Questão (...)*, Prefácio.

aparenta temerário levantar essa hipótese, mas não limitamos a isso. O desafio que se coloca exige, para uma compreensão satisfatória do tema, reflexões filosóficas e, acima de tudo, metodológicas.

Diante de cenário semelhante — e de pretensões mais ambiciosas — tudo indica ter estado Castanheira Neves. Ou seria o presente texto, que se debruça sobre tema incessantemente abordado no passado mais ambicioso? Ainda que não se pretenda firmar tal ambição, é de se confessar que os temas mais estudados e que atingiram tal grau de amadurecimento são, de fato, difíceis. Entretanto, não lhes pode ser dispensada uma nova leitura, quando não uma nova abordagem. Nesse sentido os trabalhos se aproximam, sem olvidar é claro sua diferença de magnitude: o mencionado trabalho contém quase mil páginas e está entre nós como referência do tema desde a década de sessenta; o presente trabalho vem e vai imediatamente sem que nada se revolva.

Do ponto de vista metodológico, a contribuição de Castanheira Neves está em evidenciar que o decidir jurídico não se resume a um deduzir abstrato, o que equivaleria a resolver um problema eliminando dele o seu contexto e conteúdo problemático. Assim, a postura equivocada não levaria em conta que a determinação dos fatos é concebida para resolver um certo problema concreto e somente em face dele é que pode ser visto, ao menos para que caminhemos além do campo dos postulados.

“[É] manifestamente um erro pensar-se que há passagem puramente lógica entre o real e o conceitual, ou entre o conceitual e o real — exige-se em qualquer dos casos um acto específico a fundamentar metodologicamente, e perante o qual a lógica apenas pode oferecer a analítica *a posteriori* do conteúdo significativo por ele constituído.”¹⁷⁵

Na verdade, a atuação do direito consiste num *decidir* normativo concreto amparado por uma síntese jurídico-material unitária e indivisível. Ao que aparenta, o autor encontrava-se diante de uma falência positivista e propunha, diante disso, uma

¹⁷⁵ Castanheira NEVES, *Questão (...)*, p. 240.

construção de cunho historicista e negadora da ontologia conceitual no propósito de não sacrificar a compreensão do direito em sua integralidade.

“[O] positivismo jurídico, em qualquer das formas por que pretendeu constituir-se (...) se, por um lado, muito duvidosamente realiza a sua idéia de ciência, é, por outro lado, por essa mesma idéia a pretensão de ciência, impedido de assumir com autenticidade (...), não apenas o seu caráter jurídico, mas ainda a possibilidade de responder, de algum modo, às exigências práticas da vida.”¹⁷⁶

Constrói, a partir daí, uma visão de direito apenas compreensível em face da sua problemática contemporânea e inserido no tempo histórico. Defende, assim que o direito não é determinado concretamente; ele se realiza por si mesmo antecipando o futuro e moldando o presente. O autor reconhece a dimensão axiológica do direito e o julga reflexo e viabilizador da existência humana em comunidade, sob a definição de que o direito seria “o acto histórico do autónomo dever-ser do homem convivente”. Diante disso, o autor repisa a falência da ontologia conceitual, concluindo que ficou sem sentido “a tradicional distinção objectiva entre “o direito” e “o facto”, a traduzir o entendimento também tradicional da “questão-de-direito” e da “questão-de-fato””.¹⁷⁷

Em síntese, o pensamento de Castanheira Neves consubstancia-se em uma reação ao positivismo legalista, o que é perfeitamente compreensível para a sua época. Aliás, como é compreensível a postura culturalista de José Afonso da Silva, em obra de 1963, ao, aproximando-se de Castanheira Neves, asseverar que:

“A concepção de que o Direito é um objeto cultural dá à Ciência do Direito uma riqueza de conteúdo humano jamais suspeitada por qualquer outra teoria jurídica. Enriquece a Jurisprudência e oferece ao jurista novas perspectivas na compreensão de sua ciência.”¹⁷⁸

No entanto, hoje esta contribuição deve ser revista porque vivemos com outro paradoxo, uma consciência científica da complexidade com uma prática jurídica da subsunção. Em outras palavras, se está diagnosticada a insuficiência teórica do

¹⁷⁶ Castanheira NEVES, *Questão (...)*, p. 905.

¹⁷⁷ Castanheira NEVES, *Questão (...)*, p. 913-914.

¹⁷⁸ José Afonso da SILVA, *Do recurso extraordinário (...)*, p. 117.

positivismo legalista, insistimos em ter nele nossa fundamentação metodológica intuitiva. Em Knijnik, autor completamente contemporâneo e que incorporou todos os avanços do pensamento recente, o problema metodológico é posto de outra forma. No entanto, a conclusão também não nos agrada, na medida em que é buscada uma solução de controlabilidade com base no que seria uma margem de decisão manejada pela segunda instância e revista pela instância revisora. Como se vê, as antigas críticas de Castanheira Neves também serviriam contra a teoria de Knijnik porque ele insiste numa definição conceitual que limita a realidade do direito e tenta justificar um comportamento baseado em um conceito que, embora indeterminável, tem abordagem de cunho objetivo. Aparentemente, mais um artifício interpretativo preso à necessidade de uma justificação objetiva da motivação da decisão e dos seus parâmetros de controle.

g. Abertura à ótica argumentativa

Abre-se, diante disso, uma perspectiva de abordagem lingüística do direito, dando ensejo à abertura da ótica argumentativa. Por hora, é importante que se registre tão somente que a doutrina processual de ponta, como em Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁷⁹, domina a lógica dessa argumentação e a consciência de que o modo de atuar do direito é um modo problemático e argumentativo. De outro lado, infelizmente, essa concepção não foi totalmente assimilada pelo senso comum teórico dos processualistas — o que podemos reputar à cultura dogmática que faz corresponder a necessidade de fundamentação do julgado com a evidência de um exercício subsuntivo realizado entre fato e direito. O primeiro passo dessa evolução, com efeito, é a própria revisão do conceito de subsunção.

“[O] raciocínio do juiz parte do fato (do problema cuja solução lhe é “cobrada”) e, em face dos tais casos difíceis ou “*hard cases*” o juiz há de “construir” uma solução normativa a partir de elementos constantes do sistema jurídico: lei, jurisprudência, doutrina e princípios jurídicos. Portanto, a conclusão do “silogismo” se confunde com a solução

¹⁷⁹ Teresa Arruda Alvim WAMBIER, *Controle (...)*, p. 32 e ss., cita, entre outros, VIEHWEG, TOULMIN, MACCORNICK, ALEXY, LARENZ e PERELMAN. De outra parte, cita também LUHMANN e Boaventura SANTOS.

normativa encontrada por aquele que tem que decidir.”¹⁸⁰

O segundo passo é o amadurecimento desse avanço epistemológico para que não se busque dentro das decisões judiciais o silogismo de uma maneira antiquada. Ocorre que essa etapa se mostra muito mais complicada e longa em vista do nosso próprio aparato dogmático, amarrado à jurisprudência dos conceitos e sua ótica subsuntiva. Essa concepção é tão forte, que faz refletir na própria doutrina de ponta uma resistência ao abandono das bases de sua educação, de modo que até hoje é marcante a busca do processualista por explicações fortes em seu perfil analítico e metodológico. Tudo isso indica que, na verdade, não rompemos definitivamente os laços com o positivismo e que qualquer avanço metodológico tem que ser concebido a partir dele, ainda que seja para refutá-lo. Tanto é assim, que os esforços, ao menos brasileiros, de construção de uma dogmática que superasse o positivismo limitaram-se a linhas marxistas e, ao menos metodologicamente, dissolveram-se diante da perda de importância da oposição entre liberalismo e socialismo.¹⁸¹

Assim é que se propõe que a dinâmica argumentativa do direito englobe como uma de suas possibilidades de análise o ponto de vista positivista. Cuida-se de uma ótica típica da análise discursiva, o que será oportunamente desenvolvido. Por hora, devemos apenas ter em mente esse diagnóstico: a busca de um método de colmatagem de conceitos indeterminados não passa muito da releitura da jurisprudência dos conceitos, negligenciando mais uma vez a chave de uma teoria mais completa do direito e que evidencie toda a sua carga pragmática. A necessidade de um estudo retórico, chega a ser evidente, como lembram Atienza e Couture.

¹⁸⁰ Teresa Arruda Alvim WAMBIER, *Controle (...)*, p. 32.

¹⁸¹ “Durante o século XX, a principal alternativa a essa forma de organização foi a ideologia socialista, que propunha um novo ideal, que poderia servir como base para uma nova dogmática. Todavia, como o marxismo tem enfrentado uma severa crise a partir do fim da guerra fria, da queda do muro de Berlim e do colapso da União Soviética, também as concepções jurídicas de linha marxista enfrentam o mesmo problema.” Alexandre Araújo COSTA, em *Introdução ao direito (...)*, p. 304, cita Luis Alberto WARAT e Albano Marcos Bastos PÊPE, em *Filosofia do direito*. São Paulo: Moderna, 1996, p. 68.

“Ninguém duvida que a prática do Direito consista, fundamentalmente, em argumentar, e todos costumamos convir em que a qualidade que melhor define o que se entende por um “bom jurista” talvez seja a sua capacidade de construir argumentos e manejá-los com habilidade. Entretanto, pouquíssimos juristas leram uma única vez um livro sobre a matéria e seguramente muitos ignoram por completo a existência de algo próximo a uma “teoria da argumentação jurídica”.¹⁸²

“O processo é, em si mesmo, um método de debate. Nele participam elementos humanos: juízes, auxiliares, partes, testemunhas, peritos, etc., os quais atuam segundo certas formas preestabelecidas na lei. (...) À verdade se chega por oposições e por refutações; por tese, por antítese e por síntese.”¹⁸³

Alçar um vôo dessa magnitude pode parecer pretensioso por parte de quem o propõe e, ao mesmo, tempo revelar falta de adequação entre a proposta ambiciosa e o dogmatismo que deve prevalecer no trabalho. De outro lado, no entanto, vimos tantas catedrais de conhecimento desabarem na história recente, que terminamos por ser modestos diante da provisoriedade das conquistas científicas. É a lição de Stein:

“[N]ós, filhos do século XIX, vivemos em todos os terrenos científicos tal número de revoluções e com tal violência, que, forçosamente, terminamos por apreender a ser modestos.”¹⁸⁴

A essa lição se soma outra, no sentido de que a postura científica deve sempre ter gesto de despreendimento em relação ao que nos é dado como correto, sempre impulsionando a pesquisa em busca do que é novo, nas palavras de Pontes de Miranda:

“[C]iência é a livre disponibilidade do espírito: o cientista há de ter grande alegria em descobrir o erro em que estava, ou em acrescentar algo novo à sua ciência.”¹⁸⁵

Diante disso, a classificação de uma questão como sendo de fato ou de direito, passa a depender da ótica sob a qual a questão é abordada (tópica) e a sua

¹⁸² ATIENZA, *As razões (...)*, p. 17.

¹⁸³ COUTURE, *Introdução (...)*, p. 43.

¹⁸⁴ KNIJNIK, em *O recurso (...)*, p. 25. Cf. STEIN, Friedrich. *El conocimiento (...)*, p. 19 e 27.

¹⁸⁵ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 25. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. São Paulo: RT, 1970. p. 126.

sustentação vai depender de uma espécie de reconstrução de argumentos normativos realizados pelo juiz. Não que a fundamentação da decisão judicial dependa essencialmente de uma racionalidade normativa, mas que pretensamente ela existe e é compartilhada pelo meio jurídico, o que a revela, em última instância, como um instrumento persuasivo.

Por fim, fica o registro de que a própria formulação do nosso problema de pesquisa reflete nossas raízes subsuntivas, ou seja, fora desse paradigma a distinção entre fato e direito não faria sentido. Dentro da nossa limitação — rompendo com esse modo de vista na medida do possível — devemos apenas consignar que a própria percepção do fato é linguística porque percebida em seu interior. Nessa linha, faz-se possível apenas um preenchimento ideal de conceitos admitidos como fatos dentro de um espaço social e de um tempo histórico.¹⁸⁶

4. Axiologia

A. Princípio, sistema e constitucionalização do processo

A idéia kelseniana de sistema dinâmico, limitado à relação de hierarquia entre normas, não satisfaz a operacionalização do direito processual, principalmente porque na atual fase instrumentalistas, e, portanto, teleológica, há de existir algo que dê coerência ao sistema e mesmo sirva de padrão indicativo para as regras normativas rumo a uma decisão justa. Contemporaneamente, vem sendo indicado que este desiderato seria cumprido à luz do direito processual constitucional. Lembra-nos Dinamarco:

“Generoso aporte ao aprimoramento do processo em face dos seus objetivos tem sido trazido, nestas últimas décadas, pela colocação metodológica a que se denominou direito processual constitucional e que consiste na condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo. A idéia-síntese que está à base dessa moderna visão metodológica consiste na preocupação pelos valores

¹⁸⁶ Cf. HABERMAS. *Direito e democracia (...)*, p. 33 e ss.

consagrados constitucionalmente, especialmente a liberdade e a igualdade, que afinal são manifestações de algo dotado de maior espectro e significado transcendente: o valor justiça”.¹⁸⁷

São os princípios que pretendem atender a esta expectativa e mostrar-se como fonte normativa subsidiária capaz de atender aos anseios da constitucionalização, da publicização e da previsibilidade do processo — axiomas da contemporaneidade do processo. Assim, seu estudo ganha sempre mais relevo, apesar de seu histórico tratamento sempre solene, como lembra Teresa Arruda Alvim Wambier:

“Até o início do século XX, os princípios ditos gerais do direito ainda tinham feições marcadamente privatísticas. Durante muito tempo, foi-lhes negado o caráter de norma. Paradoxalmente, no plano teórico, os juristas sempre trataram dos princípios jurídicos num tom bastante solene, mas o papel realmente importante que desempenham hoje na solução de problemas jurídicos é bastante recente.”¹⁸⁸

A idéia de princípio vem a socorro da manutenção de um pretensa sistematicidade, o que embasaria a justiça e a previsibilidade da decisão, sendo por isso cara ao direito.¹⁸⁹ Mas o que significaria, nesta acepção, a palavra sistema? Vem a calhar, nesta resposta, a definição proposta por Bobbio, segundo a qual um sistema é definido pela inexistência de normas incompatíveis dentro dele. Desta assertiva denota-se que o autor assume uma concepção de completude notadamente ligada à interpretação do sistema segundo um emaranhado de normas.¹⁹⁰ Estas normas estariam submetidas a critérios, não só de hierarquia, mas também a critérios de solução de aparentes antinomias, de modo que o sistema seria realmente dotado de coerência em sua unidade. Mais do que isso, o sistema seria completo, momento em que salta aos olhos a resposta negativa do mesmo fenômeno, consistente na ausência normativa, ou lacuna normativa como se costuma chamar.

¹⁸⁷ DINAMARCO, *A instrumentalidade (...)*, p. 24.

¹⁸⁸ Teresa Arruda Alvim WAMBIER, *Omissão (...)*, p. 33.

¹⁸⁹ “Um trabalho prévio ao de escrever artigos em um Código exige a determinação dos princípios que regerão esse Código. O que, em primeiro lugar, se apresenta ao legislador não é a tarefa de redigir leis, mas a de formular princípios.” COUTURE, *Interpretação (...)*, p. 38.

¹⁹⁰ Norberto BOBBIO, *Teoria do ordenamento (...)*, p. 146.

Devemos abstrair aqui maiores críticas eventualmente concebidas em torno da conceituação de Bobbio, até mesmo porque o autor sempre foi marcadamente analítico e crítico, mas nunca, paradoxalmente ao assunto em tela, um construtor de originalidades sistemáticas. Bobbio foi, antes de tudo, um construtor de perplexidades.¹⁹¹ O fato é que coincide em vários pontos, a leitura dos escritos mais recentes de Bobbio com a problemática que ora se destaca, qual seja, a insuficiência do conceito de sistema como puro emaranhado de normas orientadas por critérios sintáticos de solução de aparentes antinomias. Tanto coincide problematicamente, como coincide cronologicamente, pois data desta época o início do que viria a se levar a cabo com a terceira onda renovatória do processo e a suas conseqüências instrumentais. Antes que se postergue em demasiado a conclusão parcial, registremos que o ponto em comum entre essas duas construções teóricas está em que surgem da concepção de Estado promocional. Com isso, o sistema deixa de ser um emaranhado de regras e passa a assumir também uma função implementadora de comportamentos, de tal modo que, se antes uma análise sintática seria suficiente para eliminação de antinomias, o mesmo sistema se faria carente de um aperfeiçoamento do sentido positivo e construtivo da realidade jurídica. Supera-se a visão estrutural por uma funcionalista.

Este mesmo Estado, assumindo uma postura democrática, exige que as causas sejam todas decididas — e mais, decididas de acordo com a unidade, coerência e completude do sistema, que era reflexo do monopólio de poder estabelecido pelo próprio Estado. Como não poderia deixar de ser, objeções a essa postura foram duramente propostas, notadamente pelas escolas críticas do direito, o que derivou na evidência do que é pacificamente admitido por nós hoje: a constatação do uso da criatividade pelo juiz. Esse é um problema que trará enormes conseqüências e desafios metodológicos, sendo bastante, por hora, estarmos cientes de que uma teoria justificadora da sistematicidade axiológica brota da perplexidade da incompletude do sistema e da manifestação da nossa tendência em atribuir, a pretexto de garantir a cientificidade do direito, uma metodologia racional capaz de

¹⁹¹ Nesse sentido, ver Tercio FERRAZ JR., no prefácio da obra de Norberto BOBBIO, *Teoria do ordenamento (...)*, p. 8.

nos guiar no cotejo com lacunas e antinomias. É o velho problema sob uma nova roupagem e, como se não bastasse, visto por perspectiva metodológica semelhante.

Apesar disso, a vertente a se tornar familiar hoje dos processualistas — cuja marca maior é a interpretação de princípios como normas fundantes e balanceados por critérios de preponderância — consolida avanços gigantescos na medida em que, se vista de uma forma macroscópica, acaba por assumir uma certa contingência dentro do sistema. Assim é que, por exemplo, são admitidos princípios coexistentes e antagônicos. A consequência disso é o inevitável sepultamento dos dogmas da unidade, coerência e completude sistemáticas em seus moldes tradicionais, embora permaneça a regra de fechamento pragmática de que deve sempre haver uma decisão judicial pacificadora do conflito. E, se é assim, que tentemos ao menos imprimir coesão ao conjunto de decisões judiciais, que sabemos, apesar de tudo, refletirem sempre um certo caos.

“Não chegamos ao ponto de afirmar que só princípios tornam o sistema efetivamente harmônico e coeso, mas, certamente, a tendência à harmonia e à coesão que existe nos sistemas jurídicos se deve aos princípios que a eles são subjacentes.”¹⁹²

É esse o desafio da nova ótica dos princípios, que ganha relevo entre nós principalmente pelo nome de Alexy — não pela sua teoria tridimensional e fundamentada numa axiologia racional, mas pelo seu desenvolvimento sobre a ponderação dos princípios.¹⁹³ As citações do autor, entretanto, não podem se tornar apenas frase de efeito, como levianamente fazemos igualmente com a

¹⁹² Teresa Arruda Alvim WAMBIER, *Omissão (...)*, p. 40.

¹⁹³ “Alexy desenvolve sua hipótese de trabalho procurando esclarecer como se constituiria uma teoria (= ciência) jurídica e dogmática ocupada com determinada ordem jurídica positiva. Considerando tal teoria como aquilo que efetivamente se pratica sob o nome de “ciência jurídica em sentido estrito”, “jurisprudência” ou “dogmática jurídica”, o autor em apreço distingue três dimensões de estudos desenvolvidos no âmbito dessa disciplina: uma dimensão analítica, outra empírica e uma terceira normativa.” Willis Santiago GUERRA FILHO, *Teoria (...)*, p. 67.

A idéia central seria a de que a dimensão analítica cuidaria do trabalho de conceituação jurídica; a empírica cuidaria de descrever o direito posto e avaliar a previsibilidade da decisão judicial; e, por fim, a normativa seria uma espécie de corretivo axiológico da insuficiência da vertente empírica — valendo destacar que esta axiologia teria caráter racional.

instrumentalidade, por exemplo, ou vários outros rótulos processuais a pretexto de ocultar uma opção ideológica. Não se lança mão de ideologia em sentido pejorativo, mas sim no sentido de que qualquer orientação de conduta traduz uma escolha axiológica e, inevitavelmente, uma justificativa subjetiva do discurso.

Aparentemente essa é uma distinção que não encontra amparo em Alexy. Pelo contrário, o autor desenvolve uma teoria racional pragmática legitimadora do resultado e guiada por uma axiologia plenamente fundamentada. Diante disso, sua doutrina ganha relevo — ou poderia ganhar — no embasamento da instrumentalidade, pois justifica metodologicamente o desvelamento de princípios orientadores do chamado devido processo substancial.¹⁹⁴ Oportunamente trataremos deste ponto, valendo marcar agora apenas o passo de que para criticarmos qualquer postura meramente analítica ou veladamente axiológica, primeiro precisamos entender satisfatoriamente a sua proposta.

De toda forma, levantando desde já uma metodologia alternativa, não por discordar da pauta do direito pela Constituição, mas adotar posição cética quanto a uma metodologia racional que os revelem, postamos nossas idéias. A proposta que se faz nesse sentido é considerar que, embora os princípios carreguem dentro do emissor do discurso uma pretensão de verdade, só nos interessa sua dimensão persuasiva. Assim, ignoramos a existência dos princípios e os inserimos dentro da dinâmica pragmática do discurso, voltada à persuasão, e não à verdade. Pode-se dizer, contudo, que, assumindo um marco idealista, os princípios existiriam por bastar a crença neles, mas o que se põe em cheque não é exatamente a sua existência, mas a existência de um método racional que nos guie em seu rumo e que legitime assim a decisão. Os princípios não brotam imediatamente da Constituição, mesmo porque a própria Constituição é um fator persuasivo do discurso.

¹⁹⁴ “Talvez pudéssemos denominar essas normas, usando uma antinomia, o direito substancial do processo, a parte básica, a que institui direitos processuais que deverão, no futuro, ser desenvolvidos pelo legislador. Quando, anteriormente, nos referimos às garantias constitucionais do processo civil, fizemo-lo pensando nessa categoria de direitos processuais fundamentais, assegurados pela Constituição.” COUTURE, *Interpretação (...)*, p. 37-38.

É nesse ponto que, de certa forma, rompemos com o pensamento mais atual da teoria do processo, que, sob o paradigma da instrumentalidade, busca balizas constitucionais para os seus valores. Na verdade, propomos o mesmo objetivo, mas sob a ótica mais relativista da teoria discursiva, mesmo porque nem toda teoria discursiva pende ao relativismo, como em Apel, Habermas e Alexy. Antes de chegar a esse ponto, entretanto, é indispensável abordar o desenvolvimento epistemológico que embasa o tratamento dos princípios pela ótica da ponderação, com a ressalva de que os autores a seguir crêem, de uma forma geral, numa metodologia que revele o conteúdo dos princípios. Esse é um aspecto interessante da teoria, mas não o que interessa por hora, de modo que, devemos focalizar apenas a ótica de ponderação por princípios.

B. Regra, princípio e ponderação

Devemos repisar neste ponto algumas observações realizadas anteriormente de maneira genérica. Em linhas gerais, podemos dizer o seguinte sobre a ótica de ponderação por princípios, em face da definição de regra:

“[T]em-se salientado bastante ultimamente a distinção entre normas jurídicas que são formuladas como regras e aquelas que assumem a forma de um princípio. As primeiras possuem a estrutura lógica que tradicionalmente se atribui às normas do Direito, com a descrição (ou “tipificação”) de um fato, ao que se acrescenta sua qualificação prescritiva, amparada em uma sanção (ou na ausência dela, no caso da qualificação como “fato permitido”). Já os princípios fundamentais, igualmente dotados de validade positiva e de modo geral estabelecidos na Constituição, não se reportam a um fato específico, cuja ocorrência se possa precisar com facilidade, extraindo a consequência prevista normativamente. Eles devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis, juntamente com outras tantas opções dessas, outros princípios igualmente adotados, que em determinado caso concreto podem conflitar-se uns com os outros, quando já não são mesmo, *in abstracto*, antinômicos entre si.”¹⁹⁵⁻¹⁹⁶

¹⁹⁵ Willis Santiago GUERRA FILHO. *A filosofia (...)*, p. 74.

¹⁹⁶ Nas palavras de Alexy, as regras são “normas que exigem um cumprimento pleno e, nessa medida, podem apenas ser cumpridas ou descumpridas. Se uma regra é válida, então é obrigatório fazer precisamente o que ela ordena, nem mais nem menos. As regras contém, por isso,

Felizmente, essa maneira de pensar já não é em si novidade para os processualistas e traz em si também outra revelação animadora, qual seja, a falência da pura técnica de subsunção. É o que lembra Teresa Arruda Alvim Wambier:

“Já há, pois, uma consciência razoavelmente generalizada, no sentido de que a dogmática tradicional não conta com instrumental suficiente para resolver todos os problemas que se apresentam no mundo atual. Portanto, esta técnica há de ser complementada. O instrumental com que basicamente trabalha a dogmática tradicional é o raciocínio dedutivo, o processo subsuntivo, considerado em sua acepção mais rigorosa, e a norma posta.”¹⁹⁷

Para evidenciar a idéia de cargas, nos socorremos de Alexy, para quem as regras são espécies de normas que ou se aplicam ou não se aplicam a um caso — *all or nothing fashion*, na terminologia de Dworkin.¹⁹⁸ A idéia central desses autores é a de que, em face de um caso concreto, uma regra é ou não aplicável a ele, de modo que ou a regra atribui um conseqüente ao suposto fático, ou ela é absolutamente irrelevante ao caso. Em outras palavras: não é possível que duas regras estabeleçam conseqüências jurídicas conflitantes para o mesmo caso e, por via de conseqüência, se houver um conflito entre regras, a única solução possível é a exclusão de uma delas, geralmente pelos critérios de hierarquia, especialidade e anterioridade.

Na ótica da ponderação, aplicável aos princípios, o mesmo não ocorre. Quando dois princípios colidem, não é possível simplesmente excluir um dos pólos. Neste caso, é preciso buscar uma solução que harmonize essas duas diretrizes normativas. E, quando se decide que um princípio terá prevalência sobre outro em um caso concreto, isso não implica a invalidade do outro princípio. Diante disso, Alexy propõe o entendimento dos princípios como mandados de otimização, de modo que

determinações no campo do que é fática e juridicamente possível”. Por seu turno, princípios “são normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, mandados de otimização que se caracterizam por poder ser cumpridos em diversos graus”. ALEXY, *Sistema jurídico (...)*.

¹⁹⁷ Teresa Arruda Alvim WAMBIER, *Omissão (...)*, p. 47.

¹⁹⁸ Cf. ATIENZA. *As razões (...)*, p. 33 e ss.

o jurista deve escolher a interpretação que respeite da melhor forma possível os princípios colidentes e otimize a aplicação de ambos.

Dworkin segue essa mesma linha e afirma que, embora vários princípios sejam aplicáveis ao mesmo fato, cada um deles tem um peso diferente. Todavia, não há uma hierarquia fixa e *a priori* dos princípios — não é possível simplesmente estabelecer uma tábua que afirme que tal ou qual princípio sempre terá precedência sobre o outro. É preciso avaliar as peculiaridades do caso concreto para determinar o peso relativo dos princípios a ele aplicáveis.

Embora ambos os autores tenham muito em comum, eles diferem num ponto fundamental: enquanto para Alexy a observação dos princípios é teleológica, para Dworkin ela é deontológica. Isso reflete na facilidade em se extraírem princípios de normas. Numa visão os princípios são somente aqueles estabelecidos em normas, e não os que podem ser extraídos dos valores que supostamente inspiraram os legisladores.

Uma outra visão interessante é a proposta por Aulis Aarnio. O autor propõe que não existe uma diferença qualitativa entre regras e princípios, e sim uma diferença de grau, embora sem retornar à teoria tradicional da generalidade. A idéia é que toda norma tem uma dimensão de peso menos presente em regras e muito presente em princípios. Ao invés de propor categorias estanques, o autor propõe gradações derivadas das combinações entre as duas classes básicas, de modo que uma norma pode ser mais próxima de um princípio puro ou de uma regra pura.

Qualquer um desses três autores está um passo além do positivismo legalista. Sem dúvida uma superação dessa visão pela dogmática jurídica e uma alternativa para entendermos o sistema processual além da interpretação de regras. Conforme se demonstrará mais adiante esses problemas levam à adoção da teoria do discurso como marco teórico para sua abordagem, rompendo com a sua racionalidade moderna.

Retomando aqui as observações já tecidas sobre a tridimensionalidade da teoria de Alexy, bem como a prevalência de sua dimensão normativa como reflexo da racionalidade axiológica, impende ainda esclarecer que se trata de um discurso com pretensões objetivas e práticas. Aproxima-se, nesta medida, e também por condicionar à racionalidade ao procedimento, da linha de Habermas.

“O discurso prático racional, nas bases habermasianas, é desenvolvido por Alexy com especial ênfase ao discurso especializado do Direito, apontando para um modelo procedimental que, não absolutizando os valores fundamentais do discurso jurídico, consiga traçar elementos e formas que indiquem, racionalmente, as opções e condições ideais para o exercício da prática discursiva, gerando uma decisão final com proximidade efetiva da certeza, a probabilidade que satisfaz o Direito.”¹⁹⁹

Assim, em Alexy, o discurso supera a verossimilhança por base racionais de procedimentos e princípios, o que leva à legitimação da sentença e à superação da validade baseada na autoridade.

Felizmente, cada vez mais, os juristas, inclusive os processualistas, vêm se dando conta de que uma análise tradicional sobre o problema dos princípios é insuficiente, principalmente depois da sua constitucionalização que marcou a década de 70. O problema, para os fins do presente texto, está em fazer valer as conquistas epistemológicas da ótica da ponderação, seja em favor de uma visão constitucionalizada do processo (baseada em ponderação de cargas), seja em favor de uma delimitação de conceitos indeterminados e conceitos definidos de forma ambivalente (baseada em ponderação de cargas), como é o caso de definição de fato e direito.

É bom lembrar, especificamente no que toca à distinção entre fato e direito, que não se trata de definição por estipulação, isto seja, não é uma proposta, uma construção conceitual, um modelo explicativo. Quando se trata de definir fato e direito não podemos nos valer de toda arbitrariedade que marca a referência aos signos

¹⁹⁹ DALLA-ROSA, *Uma teoria (...)*, p. 138.

lingüísticos. Pelo contrário, a definição de fato e direito existe para propiciar uma certa previsibilidade normativa na medida em que se sabe de que forma a competência do órgão jurisdicional se manifestará no processo decisório.

C. Crítica pela racionalidade intersubjetiva

Revelar apenas a importância dos princípios, entretanto, não satisfaz a todos os problemas de interpretação. Isso porque há problemas que precisam ser essencialmente resolvidos por regras (como é o caso dos passos da execução forçada, por exemplo) e, além disso, a opção por um sistema tão aberto e imprevisível pode comprometer a previsibilidade do sistema (segurança jurídica).

O método interpretativo utilizado quando se tem em mente assegurar a previsibilidade do sistema precisa ter outro foco, um foco mais tradicional. Nesse sentido podemos dizer que a aceitação do método estaria, em última instância, centrada na própria racionalidade científica. Contudo, ao contrário do que pode ser intuitivamente pensado, a racionalidade do método não precisa ser objetiva.

Podemos pensar a racionalidade dentro de sua intersubjetividade, o que equivale a dizer que existe um grupo relevante de pessoas que devem compartilhar desta racionalidade. Nesse sentido, o método é resumido à legitimação de cientificidade que é atribuída aos resultados da pesquisa, o que molda igualmente o conceito de verdade.

Seguindo a linha da verdade, racionalidade e métodos intersubjetivos, Haba apresenta críticas à limitação da interpretação por princípios, apontando que existe uma saída intermediária ao jurista que se encontra entre as alternativas do racional e do razoável. A intenção do autor é possibilitar um maior controle metódico do conhecimento intuitivo por uma atuação marcante da racionalidade hiperlógica ao lado do conhecimento estritamente racional. Todavia, essa atuação deve ser secundária, motivo pela qual a razoabilidade não pode ser proclamada como ideal da sistematicidade jurídica, sob pena de sacrificar-se sua intersubjetividade. Pelo

contrário, a razoabilidade deve ser vista como um mal menor, uma saída de emergência etc.²⁰⁰

Em última instância, a escolha por um sistema que valorize a racionalidade ou a razoabilidade é diretamente ligada à confiança e à liberdade que se atribuem aos juízes. Enfim, uma questão de política judiciária e de valorização da previsibilidade do sistema. Trata-se, a toda evidência, do papel fundamental da ideologia na racionalidade e na escolha do método – que é, em última instância, uma implicação lingüística e que não tem necessária correspondência com a realidade.

“O conhecimento pós-moderno [...] não é descritivista. É um conhecimento sobre as condições de possibilidade. As condições de possibilidade da acção humana projectada no mundo a partir de um espaço-tempo local. Um conhecimento deste tipo é relativamente imetódico, constitui-se a partir de uma pluralidade metodológica. Cada método é uma linguagem e a realidade responde na língua em que é perguntada. Só uma constelação de métodos pode captar o silêncio que persiste entre cada língua que pergunta.”²⁰¹

Todos enfoques baseados nas mais distintas racionalidades e métodos são perspectivas de análise do fenómeno jurídico, pelo que a opção metodológica do presente trabalho inclina-se, não diante da análise meramente lingüística, nem, mais restritamente, da análise discursiva. Todas essas perspectivas são importantes para uma visão complexa do objeto, pelo que ganha relevo uma abordagem tópica, uma tópica que trabalha não pontos de vista isolados, mas que trabalhe cada uma das teorias como um modo de abordagem possível: uma meta-tópica.

²⁰⁰ Cf. HABA, Enrique P. *Racionalidad y Método (...)*.

²⁰¹ Boaventura SANTOS, *Um discurso (...)*, p. 78.

5. Semiologia

A. Teoria do signo: base de um marco teórico alternativo²⁰²

Saussure, Peirce e Warat

Quase que simultaneamente, mas de forma independente, os primeiros passos no sentido de se desenvolver uma teoria científica sobre os signos foram dados por Ferdinand Saussure (semiologia) e Charles Peirce (semiótica). Assim tiveram início os esforços na busca de uma determinação das categorias fundamentais e regras metodológicas aplicáveis aos signos.

Nesse propósito, Saussure elegeu como modelo analítico a lingüística (teoria dos signos verbais), elevando-a a uma metalinguagem. Assim, de acordo com Barthes, a lingüística de Saussure transcende o plano da teoria geral e alcança a epistemologia. Nesse sentido, os projetos de Saussure e Peirce mostram-se bastante próximos, dado que para Peirce a semiótica deve ir além do aperfeiçoamento dos signos, de modo que sirva também a embasar todo o discurso científico. É de se notar que, em ambas as visões, há uma ontologia da razão firmada como *topos* metodológico.

Warat não se contenta com essa dimensão do estudo, a qual considera estritamente formal, positivista e alienada, o que o leva a buscar compreender também a dimensão política do ator do discurso. Tal crítica é bastante pertinente porque leva em conta que a transmissão da informação não esgota o discurso, que também tem uma dimensão persuasiva. De outro lado, a crítica é problemática porque nos leva ao paradoxo de uma construção científica fora da linguagem.²⁰³

²⁰² As noções aqui trazidas foram retiradas da obra de WARAT, em *O direito (...)*, que faz uma leitura da obra de SAUSSURE.

²⁰³ Sem dúvida que o pensamento de WARAT, em *O direito (...)*, significa uma ruptura com o discurso jurídico comum. O que o autor propõe, por sua semiologia do poder, é evidenciar a dimensão social

A alternativa para esse problema pode ser encontrada na nova retórica (Perelman, Barthes, Viehweg), que regressa a Aristóteles e retoma a tópica.²⁰⁴ A consequência dessa retomada é a centralização do estudo da linguagem nos vínculos entre argumentação e ideologia. Assim, fica revelada a dimensão ideológica e mistificadora do discurso, o que passa a ser seu o novo limite do estudo.

B. Outros conceitos semiológicos

Arbitrariedade, linearidade e mutabilidade

A característica da arbitrariedade exprime que todo sentido deriva de uma convenção, e não de uma existência objetiva do valor comunicado.

Tais valores são comunicados linearmente, ou seja, seguindo uma linha do tempo, um após o outro. A essa combinação linear Saussure denomina sintagma. Diante dessa combinação, o fator da arbitrariedade ganha o limitador da imutabilidade do signo para que o discurso mantenha coerência. Assim, se pela arbitrariedade um sentido foi atribuído ao signo, dentro do mesmo discurso deverá ser observada uma herança comunicacional que empresta rigor à comunicação.

Todavia, não pode ser olvidado que o significado evolui, o que dota o signo também de mutabilidade. Ocorre que essa evolução somente pode ser sentida numa perspectiva diacrônica, devendo ser banida dentro de um mesmo ato de fala.

da significação e do discurso enquanto legitimador do poder. Bem assim, pretende a desmitificação do direito e seu saber, aliada à destruição de seus mitos organizadores. WARAT, *O direito (...)*, p. 18.

²⁰⁴ “Os “*topoi*” são lugares em nome dos quais se fala, como elementos calibradores dos processos argumentativos, de forma tal que se força a aceitação de determinadas teses conclusivas dos discursos, a partir de fórmulas integradoras e estereotipadas. Assim, tais fórmulas, vinculando conclusões às representações sociais culturalmente impostas, forçam, em um processo de identificação ideológica, o consenso sobre as mensagens comunicadas.” WARAT, *O direito (...)*, p. 16-17.

Retomando a característica da arbitrariedade do signo, que tudo indica seja a mais importante delas, indispensável destacar que o discurso jurídico não deve se valer de símbolos. Na teoria de Saussure, o sentido do símbolo não está vazio, de modo que ele traria em si um significado natural. A rigor, essa distinção não pode ser sustentada porque entre o símbolo e seu significado existe também uma relação associativa de sentido, a qual, em algum momento foi estabelecida arbitrariamente.

Essa arbitrariedade, inerente à função dos signos, leva a conclusões contrárias à dogmática jurídica corrente. Uma delas é negar que o significado das palavras deriva de uma relação direta com a realidade, de modo que o significado traduz a essência constitutiva da coisa. Assim, fica também abalada a idéia de que interpretar é encontrar o real significado da lei (ou a vontade do legislador).²⁰⁵

Uma análise como esta, embora baseada no caráter da arbitrariedade dos signos, não pode passar ao largo das conseqüências ocasionadas pelos seus já abordados traços definidores da mutabilidade e imutabilidade. Nota-se de início que qualquer discurso minimamente eloqüente fará uso da mutabilidade do signo no sentido diacrônico, quando não utilizará a característica contrária como artifício de transmitir uma ideologia ou uma legitimação da situação.

Qualquer dos artifícios é válido e deve remeter o receptor do discurso à lembrança de que um discurso tem sempre uma carga ideológica e que a mutabilidade dos signos somente deve ser admitida se as forças históricas e sociais de significação (abordadas por uma perspectiva diacrônica) levarem a esse caminho. Fica evidente que nesse instante já trabalhamos fora dos limites do sistema de Saussure.

Relações sintagmáticas e associativas

Nesse ponto é pertinente repensar uma definição até agora esposada. Se o signo somente pode ser construído e entendido no interior da língua, a limitação aos

²⁰⁵ “Julgar é optar. É adotar uma posição crítica em face de valores ou pretensões divergentes.” DINAMARCO, *Instituições (...)*, v. 3, p. 30.

estratos do significante parece ser insuficiente. Isso porque cada signo é resultante de relações internas e sistêmicas. Nem toda pureza analítica do positivismo lógico é capaz de superar essa limitação, ainda mais no caso do direito, em que a ciência jurídica, que não deixa de ser uma linguagem, se volta sobre outra já existente para construir a sua fala. É essa a limitação que nos levará ao estudo da teoria do discurso. Antes, todavia, dessa guinada, vale abordar alguns aspectos da teoria de Saussure pertinentes à limitação evidenciada.

As relações sintagmáticas apóiam-se na já descrita característica da linearidade dos signos (e também das orações), de modo que cada unidade consecutível é denominada sintagma. A relação sintagmática está afinada com a visão analítica de Saussure e sua abordagem não agrega muito à exposição.

O que se faz realmente necessário destacar é que a fala tem seu sentido construído não só pela estrutura (relações sintagmáticas), mas também por relações que, embora ausentes da fala, são revisitadas e utilizadas na formação do seu sentido. Assim, por exemplo, a palavra mãe evoca, além de seu sentido literal, também ternura proteção etc. A esse tipo de relação Saussure chama de associativa.

O discurso jurídico é profundamente afetado por essas relações associativas, das quais raramente nos damos conta. O processualista, por exemplo, fala sempre em processo justo, efetividade processual — signos estes profundamente determinados por relações associativas e, por vezes, demasiado imprecisas.

C. A importância da pragmática

Esses três níveis de relações dos signos proposto por Carnap evidenciam a já abordada impossibilidade de redução da semiologia aos estratos de significante e significado. Partindo do sincretismo desses dois elementos, o autor analisa (i) o signo em face dos outros signos (sintaxe), (ii) os signos em face dos objetos (semântica), e (iii) os signos em face dos participantes do discurso.

De maneira esquemática é possível dizer que a sintaxe é a teoria da construção da linguagem, ou seja, é o conjunto de regras que trabalha o conjunto de signos. Nesse plano é que os signos se relacionam, segundo regras de formação e derivação, de modo a possibilitarem a transmissão de um sentido. Como é uma análise formal, a sintaxe diagnostica a validade da proposição.

Semântica

De outra forma, se o que se busca analisar é a verdade da proposição, lança-se mão da semântica. É ela quem atribui a qualidade de cientificidade à proposição, ao confrontá-la com a realidade. Não é preciso mais para concluir que a valorização da semântica está bastante ligada ao positivismo lógico, dado que a verificação da proposição é posta à prova em face da realidade e ganha então uma posição privilegiada de sentido. A semântica, com efeito, não é uma mera redução à análise do signo em sua dimensão de significado e arbitrariedade. Ela é, na verdade, uma condição positivista.

Todavia, a semântica pode ganhar outra relevância, como ganha de fato para o direito, a partir do momento em que a semântica passa a concernir mais à validade (pertinência normativa em Kelsen) ou à eficácia e legitimidade do sistema jurídico (fatos sociais e força das sentenças em Ross²⁰⁶), do que propriamente à verdade.

“Enfim, o neopositivismo postula um critério de significação para os 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.”²⁰⁷

²⁰⁶ Cf. ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Bauru: Edipro, 2000.

²⁰⁷ WARAT, *O direito (...)*, p. 25.

Essa última parte da semiótica volta-se à relação dos signos com seus usuários, de modo a voltar-se também às questões intencionais e psicológicas do assunto, uma perspectiva antes alheia ao estudo lingüístico. Assim, fica aberto o campo de análise do discurso científico sem a anterior alienação racionalista, que ignorava as ideologias inexoravelmente presentes no discurso. Ensina Ovídio Baptista:

“Observamos também que o conceito [de ideologia] tem uma ligação genética com o Racionalismo, ao mostrar que a concepção corrente pressupõe que a pessoa que se diz isenta de ideologia — ou que acusa o “outro” de ideológico —, haja superado sua própria cultura, encontrando o sonhado “ponto de Arquimedes”, de onde, livre de qualquer compromisso com a tradição que o tenha formado, haja atingido a verdade absoluta.”²⁰⁸

Especificamente no que toca ao direito, as ideologias (dos legisladores e aplicadores do direito) ficam mais evidentes no discurso normativo se ele for analisado também sob uma perspectiva histórica e social. E mais, fica explicitado assim que o discurso jurídico não é inquestionável, nem inalcançável, permitindo o diagnóstico das desigualdades e dos mecanismos de dominação.

A distinção proposta por Carnap, se levada às últimas conseqüências, evidencia a insuficiência do positivismo lógico. Pode-se dizer que a semiologia até então servia a linguagens ideais e científicas, ignorando a possibilidade de distorção e impressões surgidas no processo comunicativo.

Metalinguagem

Outra conceituação explicitada por Carnap é a do conceito de metalinguagem. Essa necessidade surge quando o estudo lingüístico propõe-se a tomar como objeto outra linguagem (linguagem-objeto). Assim ocorre, por exemplo, quando um estudo lingüístico se debruça sobre a própria linguagem científica a fim de testar a suas regras de controle ou suas incongruências. Bem assim, pratica-se metalinguagem

²⁰⁸ Ovídio Baptista da SILVA, *Processo e ideologia*, p. 15.

se a ciência jurídica estuda o ordenamento jurídico de um país, cujas normas são em si um corpo lingüístico colocado na posição de objeto, . Nessa perspectiva, a norma é uma explicitação metalingüística do sentido social predominante.

6. Argumentação jurídica

O que se entende hoje por teoria da argumentação jurídica tem sua origem nas obras de meados do séc. XX, todas no sentido da rejeição da lógica formal como suficiente para analisar o raciocínio jurídico. Dentre elas se destacam as obras de Perelman, Toulmin e Viehweg. Ainda que a exposição deste trabalho não se guie por essa tripartição, todos esses autores serão de alguma forma abordados, embora sem pretensão de esgotar o assunto.

O importante aqui é ter um panorama do pensamento argumentativo brotado há aproximadamente meio século, bem como em que medida esse pensamento representa uma quebra com o racionalismo da modernidade. Esse será um importante passo para podermos, no intuito de compreender melhor as concepções que embasam o nosso direito processual, ambientar o senso comum teórico do atual jurista brasileiro.

A. Pensamento retórico

Definição de retórica

É retirada da metalinguagem a definição de retórica, qual seja, a metalinguagem cujo objeto é o discurso e cuja pretensão é revelar racionalmente as formas de persuasão e convencimento. Nota-se que o marco teórico retórico, debruçando-se sobre a relação entre seus interlocutores, pretende superar o estudo saussuriano, na medida em que este observa somente o nível individual da linguagem.

A proposta da retórica é outra: colocar em xeque a separação entre língua e fala ao demonstrar que (i) a linguagem é, mais do que um emaranhado de regras

(dimensão sintática) e que (ii) é impossível estudar completamente a significação (dimensão semântica) fora do discurso. Cuida, mais precisamente, a retórica de analisar a prática do discurso (dimensão pragmática).

Conseqüências da retórica²⁰⁹

Sem dúvida que toda essa análise da retórica é recente, mas a retórica em si não é. Seu nascimento remonta a 485 a.C., época em que surgiu o júri para processar demandas relativas à propriedade. Pode-se dizer que nesse ponto e, a partir, daí o processo decisório foi guiado pela argumentação.

Contudo, no séc. XVI, diante da promoção do valor da evidência como suficiente para o processo decisório, a retórica caiu em descrédito.

“Tal evidência, para Barthes, toma três direções: uma evidência racional (no cartesianismo), uma evidência-sensível (no empirismo) e uma evidência pessoal (protestantismo).”²¹⁰

Diante disso, há uma despersonalização do discurso, que passa ser uma prática para enunciação de evidências. Vem daí a necessidade do rigor do discurso científico e do seu distanciamento da linguagem comum. Tudo isso, associada à já destacada valorização do empirismo, acaba por levar ao positivismo jurídico, que é inegavelmente influente sobre a ideologia da atual prática judiciária.

Ocorre, contudo, que as próprias estruturas do processo legislativo e do contraditório jurídicos são uma montagem que serve mais à fundamentação do marco discursivo do que qualquer um que se ligue à evidência. Não obstante, tendemos a tratar dos nossos problemas epistemológicos do direito sob uma luz mais positivista do que argumentativa.

²⁰⁹ Este ponto é um resumo das observações que WARAT, em *O direito (...)*, p. 84 e ss., faz da obra de Roland BARTHES, *A retórica antiga*. Rio de Janeiro: Vozes, 1975.

²¹⁰ WARAT, *O direito (...)*, p. 87.

Tudo isso gera um enorme problema, na medida em que a prática começa a se distanciar da teoria, como é evidente na teoria geral do processo, por exemplo. A consequência imediata disso é o investimento na moldagem de uma nova teoria geral que possibilite a consistência da dimensão semântica do discurso jurídico — construção que se for alçada à totalidade do nosso problema epistemológico jurídico resta perigosamente fadada ao fracasso.

Não se nega assim a utilidade da busca de um rigor, na medida do possível, científico para o direito. Essa busca é importantíssima porque resolve o problema em seu estrato semântico, mas não é capaz de abordar sua dimensão pragmática. O que volta a espantar é que a estrutura do conhecimento jurídico, principalmente se analisada sob uma perspectiva mais realista do direito — ou seja, da sentença vista como ato (Ross) e não como norma (Kelsen) — tem alta afinidade com a estrutura argumentativa do processo do conhecimento. Todavia, esse marco continua ignorado pelo modo de conhecer do operador médio do direito.

Ressalve-se, entretanto, que o que falta é uma análise científica do fenômeno, dado que a prática argumentativa é efetivamente a base da produção do conhecimento jurídico. Para certificar-se disso basta ler qualquer petição (com ênfase para a estrutura de fundamentação fática e jurídica com conexão lógica com o pedido), qualquer acórdão (com ênfase na estrutura de fundamentação e dispositivo exigida pela lei), enfim, qualquer materialização do exercício judiciário. Mais ainda, o próprio fato do pedido da inicial consistir de um projeto da sentença — o qual é posto à prova diante de um processo que garanta o contraditório e a ampla defesa — é uma evidência de que o marco discursivo é o mais apto para a abordagem do fenômeno e, bem assim, do repensar de seus problemas e soluções.

Daí concluir-se pela necessidade do estudo do direito sob uma abordagem discursiva para que o doutrinador, que já domina a prática judiciária, possa superar a limitação da construção de suas soluções baseadas na redução do objeto à sua perspectiva semântica e na ilusão de que o direito é dotado de linguagem científica (sistema fechado).

A luta para a reconstrução da integridade do sistema talvez seja uma luta eterna se não superarmos de vez o modo de pensar positivista. Não será inútil, entretanto, o investimento se nos dermos conta de que essa abordagem não avalia satisfatoriamente os problemas da pragmática.

A partir daí, haverá mais clareza para o pensamento sobre suas soluções — soluções essas que, apesar de uma visão turva do marco teórico adequado, vêm sendo apresentadas com regularidade. São elas propostas de revisão justamente das regras do discurso jurídico, mais precisamente, de acordo com a dogmática atual, do direito processual, sem que se ignore alguma a relevância da axiologia que embasa as posições processuais.²¹¹

Todo esse é um jogo que ultrapassa a sintática e a semântica (definições e estruturas da unidade de pensamento jurídico) e chega à pragmática pela análise do provável comportamento da parte em face da avaliação de suas chances no judiciário.

Entitema

Como já abordado, uma das bases da teoria argumentativa é a abstração da verdade objetiva e sua substituição pela verossimilitude²¹². Assim como o

²¹¹ Aqui, todavia, não se fala de uma divisão estanque entre direito material e processual. A postura assumida é mais na linha defendida por BEDAQUE. O autor parte do princípio de que o direito, como fenômeno humano e social, gera relações que são reguladas pelo Estado (relações jurídicas) — cuja função seria, além de estabelecer a norma geral e abstrata, aplicá-las aos casos concretos. Ainda segundo o autor, a jurisdição sai de sua inércia pelo exercício de ação, que estabelece uma relação jurídica (envolvendo as partes e o Estado) tendente a um provimento sob o conteúdo do pleito. É essa relação jurídica que anima o procedimento e forma o processo. Esse é o caminho concebido desde a Idade Média no sentido de uma atuação que reconheça ou não o direito afirmado (pretensão material) por meio da tutela jurisdicional (pretensão processual). O exercício da ação, por seu turno, independe da verificação da procedência da pretensão material, mas não deixa de existir em função dela. Diz-se então que o direito processual é a ciência que busca a construção de um modelo adequado à verificação sobre a existência de um direito afirmado. É esse binômio direito-processo que se tenta relativizar, uma vez que os aspectos essenciais do processo são todos concebidos em face de uma relação jurídica material. Trata-se de um passo adiante à fase instrumentalista do processo. C.f.: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo (...)*.

²¹² A verossimilitude é resultante da capitação dos sentidos, dos estereótipos, das fórmulas tópicas, das coincidências axiológicas etc. “Diferentemente da verdade, a verossimilhança depende do

cartesianismo parte da evidência lógica, o discurso tenta se firmar na evidência do entitema, que não deixa de ser uma evidência, embora ideológica. O primeiro tipo de evidência tem pretensão de demonstração, enquanto o segundo tem apenas de persuasão.

“O pensamento argumentativo organiza-se a partir de entiteas e, portanto, não permite o controle lógico das evidências que postula. Para os aristotélicos, o entitema é um silogismo fundamentado a partir da verossimilhança, ou seja, uma afirmação das verdades desenvolvida à margem das demonstrações lógicas e apoiada unicamente ao nível do pensamento popular, das crenças socialmente estereotipadas. Substitui-se, assim no entitema, a verdade pela verossimilitude.”²¹³

Modernidade

Em 1958, Perelman escreveu um livro que não despertaria interesse imediato na França, o que somente aconteceria a partir da década de setenta, levando ao reconhecimento de sua obra como um dos grandes clássicos do pensamento contemporâneo. Essa obra contradiz o pensamento cartesiano e retoma o aristotélico, abandonando a concepção de verdade moderna, que durava já mais de três séculos.²¹⁴

Nas palavras de Descartes: “Todas as vezes que dois homens formulam sobre a mesma coisa um juízo contrário, é certo que um dos dois se engana. Há mais, nem um deles possui a verdade, pois se um tivesse dela uma visão clara e nítida poderia expô-la ao seu adversário, de tal modo que ela acabaria por forçar a sua convicção.”²¹⁵

sujeito para admiti-la. Se a verossimilhança significa similar à verdade, para que um ente seja considerado semelhante a outro é preciso que alguém os compare. Assim, a verossimilhança de um enunciado requer sempre a presença de um sujeito para quem o enunciado em questão seja verossímil, isto é, parecido com um enunciado verdadeiro ou, ainda, que possa tornar-se verdadeiro. A verossimilhança, portanto, é a relação existente entre um enunciado, um sujeito e um grupo de enunciados cuja verdade é aceita pelo sujeito em questão.” Alaôr Caffé ALVES, *Lógica (...)*, p. 358-359.

²¹³ WARAT, *O direito (...)*. p. 87.

²¹⁴ Cf. PERELMAN, Chaim. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

²¹⁵ René DESCARTES, em *Discours de la méthode*. Paris: Librairie Générale Française, 1973, p. 206; citado por SUDATTI, em *Raciocínio (...)*, p. 20.

Não é demais lembrar que a estrutura da racionalidade moderna remonta ao séc. XVII e seu ideal de cientificidade, com Copérnico, Kepler e Galileu.²¹⁶ À época foi um ideal que rompeu a moral dominante da Igreja, ao propor um conhecimento amoral e excludente do sujeito. Todavia, nem Descartes, nem Newton, que o seguiu, ignoravam a importância de Deus em suas teorias. Esse rompimento apenas se concretizaria com o iluminismo, que foi também, nos séc. XVII e XVIII, o marco do movimento codificador, pretensamente fundado na razão e fundamentador do direito natural.

Segue-se então o fracasso desse projeto jusnaturalista, cujo saldo foi a utilização dos códigos para a nacionalização dos sistemas jurídicos nacionais e o suporte de seu desenvolvimento jurídico no séc. XIX. Ainda no mesmo século, essa linha de rigor analítico cartesiano desembocaria no positivismo comteano, submetendo as ciências sociais ao método científico e abrindo caminho para a purificação da própria linguagem.

No século seguinte, entretanto, diagnostica-se a falência do pensamento cartesiano para o direito, na medida em que Kelsen nega a passagem do ser para o dever ser, bem como a possibilidade de dedução das normas jurídicas (sistema estático). Propõe então uma relação de hierarquia entre elas (sistema dinâmico), de modo a restar ignorada qualquer possibilidade de fundamentação do posicionamento jurídico. Além disso, embora Kelsen tenha sempre observado a pureza de seu objeto, o próprio autor concebe que sua interpretação guarda certa margem de indeterminação. A ilustração kelseniana é a de que uma moldura circunscreveria os possíveis significados da norma. O problema fica assim colocado: temos uma

²¹⁶ “Depois de COPÉRNICO, a Terra deixou de ser o centro do universo para ser mais um planeta. GALILEU mirou o seu telescópio para o céu e comprovou a validade da teoria de COPÉRNICO. KEPLER completou o sistema heliocêntrico ao formular suas célebres leis empíricas dos movimentos planetários.” SUDATTI, *Raciocínio (...)*, p. 18. Sobreveio então NEWTON, apoiado no método de DESCARTES, em KEPLER e em GALILEU, com uma nova mecânica, capaz de demonstrar que as mesmas leis físicas são aplicáveis aos movimentos dos objetos na terra e no céu. SUDATTI, *Raciocínio (...)*, p. 20.

indeterminação de significados, mas nenhuma ferramenta suficiente que trabalhe a sua dinâmica.²¹⁷

Racionalidade prática

Diante disso, entre outros, Siches, Viehweg e Villey, propõem um alargamento do conceito de racionalidade, o que viria a consubstanciar a razão prática. Nessa linha, Perelman, sem que isso signifique uma iniciativa isolada do autor, rompe as amarras do formalismo e propõe a compreensão do direito aberta às contingências da vida prática e, com isso, a retomada da retórica.

Pode-se dizer que as idéias de Perelman se inserem num momento histórico em que o fanatismo cartesiano já é tido por pernicioso e inibidor da criatividade. O ambiente é então propenso ao pensamento epistemológico afinado com a história da ciência, recentemente marcada pelo fim da Segunda Guerra e as marcas do cruzamento entre a tecnologia científica do átomo e seu uso bélico. Brota daí a consciência científica sobre a necessidade de um estudo baseado na convivência frutífera da pluralidade e destacado da verdade absoluta.²¹⁸

²¹⁷ Na verdade, desde o final do séc. XIX, a racionalidade cartesiana já vinha sofrendo sérios abalos com o inconsciente de FREUD e JUNG e a ideologia de MARX. A idéia de inconsciente esclarece que o homem não é plenamente dono de sua vontade e que sobre a consciência atuam forças alheias ao domínio humano. Por seu turno, o conceito de ideologia evidencia que o discurso, aparentemente de rigor científico, pode servir à manipulação social.

Ainda sobre a psicanálise, ensina Santiago GUERRA FILHO: “Não por acaso a articulação entre direito e psicanálise prenuncia-se como importante contribuição da década passada, a última do século XX, para o “crescimento” do paradigma jurídico, juntamente com aquelas oriundas do “paradigma da complexidade”, dentre as quais se inclui a abordagem construtivista da teoria de sistemas autopoieticos de Maturana e Varela (...)” — os quais serão oportunamente abordados. Willis Santiago GUERRA FILHO, *Teoria (...)*, p. 223.

²¹⁸ Nessa linha, vêm os cientistas pós-popperianos: LAKATOS, FYERABEN, LAUDAN, KUHN entre outros. A tônica é a de que a teoria científica não é um espelho do real, mas apenas uma construção do espírito humano que se esforça numa aplicação sobre o real. Sudatti, *Raciocínio (...)*, p. 26.

Desse amálgama de posicionamentos teóricos da segunda metade do séc. XX, brota a nova retórica de Perelman, com sua racionalidade prática e seu pensamento fundado na plausibilidade de opinião e sua aceitação. Daí uma noção que não pode passar despercebida: a de referência ao auditório como receptor do discurso e sua conseqüente opção pela retórica, em detrimento da dialética.

A importância do conceito de auditório está também em distinguir a persuasão (realizada em face que um auditório qualquer) do convencimento (realizada em face do auditório universal). Partindo dos elementos da argumentação — quais sejam, discurso, orador e auditório — Perelman concebe que o convencimento, realizado diante do auditório universal, tem uma certa dimensão objetiva, na medida em que o conceito ideal é o de que o auditório seria formado por todos aqueles dotados de razão.

Assim Perelman pretende, no que constitui a sua maior contribuição, reabilitar em alguma medida de racionalidade a teoria do conhecimento, ao mesmo tempo em que ressalta a pragmática. Tal pragmática fica mais evidente quando se percebe que o conceito de auditório reflete a importância pelo perfil dos destinatários no caminho de sua convicção.

Seguindo essa linha, as retóricas devem ter diferentes campos de aplicação e diferentes estruturas, sendo uma delas o direito, denominada lógica jurídica. E, por fim, outra idéia cujo registro é imprescindível é a de que a argumentação é um processo no qual todos os seus elementos interagem constantemente, em contraposição à concepção dedutiva e unitária da razão moderna.

Atienza não poupa críticas a Perelman e propõe uma aproximação a Toulmin, que será abordada no próximo tópico.

“Por um lado, Perelman não oferece nenhum esquema que permita uma

²¹⁹ ATIENZA, *As razões (...)*, p. 84 e ss.

análise adequada dos argumentos jurídicos (...) nem do processo da argumentação, embora, evidentemente, em sua obra apareçam sugestões de interesse inquestionável. O modelo analítico de Toulmin (...) me parece preferível a esse respeito.”²²⁰

B. Pensamento tópico

Viehweg

A obra do alemão Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, datada de 1953, propôs a retomada do modo de pensar tópico²²¹ e retórico clássico (Aristóteles e Cícero) para a prática jurídica, o que era uma idéia presente em várias áreas do conhecimento durante o pós-guerra. Aliás, também no direito há manifestações da mesma linha e da mesma época que ganharam projeção, dentre os quais, o pensamento de Recaséns Siches (1956) e Joseph Esser (1961).²²²

Resumindo, porém, a análise à *Tópica e Jurisprudência*, vale dizer que o livro ganhou projeção rapidamente, principalmente na Europa continental, de modo que é hoje um dos clássicos da argumentação contemporânea e a base para tantos outros autores. São três os elementos caracterizadores da tópica:

“Por um lado a tópica é, do ponto de vista de seu objeto, uma técnica do pensamento problemático; por outro lado, do ponto de vista do instrumento com que opera, o que se torna central é a noção de *topos* ou lugar-comum; finalmente, do ponto de vista do tipo de atividade, a tópica é uma busca e exame de premissas: o que caracteriza é ser um modo de pensar no qual a ênfase recai nas premissas, e não nas conclusões.”²²³

²²⁰ ATIENZA, *As razões (...)*, p. 129.

²²¹ Desde POPPER já sabemos que a pesquisa não nasce da observação, mas da resolução de problemas que frustram a teoria. PERELMAN, por seu turno, viria de remate para registrar que o séc. XIX presenciou o domínio do formalismo, enquanto o séc. XX veio como o tempo do realismo e do pluralismo. Assim, prevalecem a eficácia sobre a validade, e bem assim prevalece o papel criativo do juiz. Todo esse trabalho é realizado sob uma perspectiva tópica e lingüística. SUDATTI, *Raciocínio (...)*, p. 43 e 45. Cf. POPPER, K. R. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 2000, p. 111; e PERELMAN, Chaïm. *À propôs de la règle du droit*. Buxelles, Établissements Émile Bruylant, 1971, p. 322.

²²² ATIENZA, *As razões (...)*, p. 59.

²²³ ATIENZA, *As razões (...)*, p. 65. Cf. Arruda ALVIM, *Arguição (...)*, p. 92.

Assim, a dinâmica da tópica não termina nunca, pois as premissas alcançadas são sempre provisórias. Na verdade, resumem-se a fios condutores de pensamento, na medida em que são pontos de vista compartilhados, na busca de conclusões imediatas. Nesse sentido, contrapõe-se à dedução, que trabalha com cadeias de pensamentos evidentes em destino a uma conclusão final nada evidente.

Outra noção importante é a de que o pensamento problemático da tópica se contrapõe ao sistemático da dedução, o que não quer dizer que Viehweg negue a existência de um sistema. Tudo indica que a questão seja apenas de ênfase na abordagem. Basta portanto a ressalva de que a tópica centra-se na resolução de problemas, e não na elaboração de um sistema, mais afinado à idéia da racionalidade cartesiana.²²⁴

Partindo daí, Viehweg analisa o direito romano e afirma que a construção desse direito era essencialmente tópica, ou seja, baseada na resolução de problemas. Traça, após, um paralelo com o direito alemão de sua época, chegando à mesma conclusão. Suas conclusões podem ser assim resumidas:

““1) A estrutura total da jurisprudência só pode ser determinada a partir do problema”; a aporia fundamental é o problema de determinar o que é o justo aqui e agora. 2) “As partes integrantes da jurisprudência, seus conceitos e proposições, precisam ficar ligadas de um modo específico ao problema e só podem ser compreendidas a partir dele”. 3) “Os conceitos e as proposições da jurisprudência só podem ser utilizados numa implicação que conserve a sua vinculação com o problema. É preciso evitar qualquer outra”.”²²⁵

O interessante é notar que Atienza não poupa críticas à teoria tópica. Talvez a mais leve delas seja a de que se trata de uma teoria ingênua e sem consistência. Todavia, não nega a importância do marco, nem dos pensadores que o seguiram.

²²⁴ ATIENZA, *As razões (...)*, p. 66 e ss.

²²⁵ ATIENZA, *As razões (...)*, p. 70, Cf. VIEHWEG. *Tópica y jurisprudencia*. Trad. L. Díez Picazo da 2 ed. alemã de 1963. Madri: Taurus, 1964, p. 129-130.

Em resumo, o que deve restar da tópica deve ser a idéia de que existe raciocínio, mesmo que não exista fundamentação definitiva da conclusão.²²⁶

“O mérito fundamental de Viehweg não é ter construído uma teoria, e sim ter descoberto um campo para a investigação. Algo, ao fim e ao cabo, que parece se encaixar perfeitamente no “espírito” da tópica.”²²⁷

Tópica como estilo

A tópica ainda é bastante ligada ao pensamento cartesiano, pelo que se diz que é menos radical que a nova retórica (Perelman) ou que a lógica do razoável (Siches). Na verdade, a tópica seria um método — embora Viehweg diga que ela é apenas um estilo, e não um método — que possibilita até mesmo a visão de outros marcos. Tanto é assim que podemos chamar a própria tópica de um tópico, fazendo assim uma meta-tópica. É essa a idéia principal de uma abordagem tópica e sua utilidade para o presente texto.

A maior prova de que a tópica é, antes que um método, um estilo, é a existência de autores que se utilizaram da tópica para construir a suas visões. Um exemplo é o pensamento de Siches, que é uma aplicação da axiologia à tópica.

Tópica e processo

Abstraindo-se a aporia fundamental (o que seja o justo), mesmo porque o processo não busca a verdade, mas o consenso, a idéia de tópicos é perfeitamente aplicável ao processo. O processo, nesse aspecto seria uma condição de legitimidade, uma condição de juridicidade²²⁸ da decisão judicial. O processo possibilitaria, atendidas

²²⁶ ATIENZA, *As razões (...)*, p. 70 e ss.

²²⁷ ATIENZA, *As razões (...)*, p. 79.

²²⁸ Partindo da premissa, a decisão de um tribunal faz o direito somente pelo fato de ter sido emitida por órgão do Estado competente para tanto. Se está identificado aí o emissor do direito, que traz embutida em si a sua forma, resta-nos identificar os passos que levam à emissão deste juízo. Seja a manifestação monocrática ou colegiada, o órgão é sempre do Judiciário. No caso do juiz singular, o fenômeno é mais fácil de ser analisado, uma vez que o órgão emissor forma seu convencimento sozinho. Por seu turno, um órgão colegiado forma uma convicção com um discurso multipolar, no

tais condições, a problematização dos argumentos, e não à concatenação de deduções lógicas.²²⁹

Tudo isso tem íntima relação com o que se chama de contraditório e ampla defesa. O contraditório é a garantia de que a dialogicidade será respeitada e a ampla defesa é o pleno exercício do contraditório. Essencialmente são essas as condições para que se profira uma sentença de mérito. Assim, o arcabouço teórico exposto pretende ser uma alternativa à técnica de análise de condições da ação e pressupostos processuais.

C. Usos da linguagem

Retomando a pragmática e sua importância, é impossível analisar o significado de um termo sem considerar o seu contexto. Derivam daí dois níveis básicos de significação: (i) o de base (ii) e o contextual. No primeiro nível, os elementos têm significado denotativo somente, restrito às relações internas dos signos. Já, no segundo, nota-se um processo derivado mais complexo, de modo que seu sentido integral só é revelado entre o dito e o calado. Ainda que sejam infinitas as intenções de significado, a filosofia da linguagem ordinária, trata de apenas quatro delas:

“Dessa forma: a) a instância informativa veiculiza um sentido articulável com os objetos do mundo; b) a instância emotiva indica as conexões valorativas e as emoções que os termos podem transmitir; c) a instância diretiva refere-se às palavras que cumprem a função de provocar conexões de sentido, destinadas a atuar sobre o comportamento futuro do receptor; d) a instância performativa refere-se às palavras cuja característica principal é a de serem empregadas para fazer algo e não para dizer algo sobre algo.”²³⁰

qual o relator tenta convencer os colegas de que analisou tudo com o devido rigor e chegou à conclusão correta. Não fosse isso, não haveria necessidade de fundamentação das decisões judiciais. Esclarecido que o fenômeno é essencialmente o mesmo, fiquemos com o exemplo do julgamento monocrático por enquanto, considerando o juiz como intérprete da norma que atualiza o valor do texto em face da situação dialógica.

²²⁹ Écio DUARTE, *Teoria do discurso (...)*, p. 76. Cf. LARENZ. *Metodologia (...)*, p. 202.

²³⁰ WARAT, *O direito (...)*, p. 66.

Retomando a questão das categorias, sejam quantas forem as adotadas, o importante é registrar que todas derivam de um significado de base e de um textual. É sobre o último que devem ser voltadas as atenções, principalmente sobre a veiculação da carga emotiva e persuasiva.

“As palavras de uma linguagem podem-se associar de forma tal que provoquem os mesmo efeitos de referência e distintos efeitos éticos. Assim, nos exemplos: a) “os servidores públicos exigem melhor remuneração” e b) “os burocratas exigem melhor remuneração”, o emprego dos termos “servidor público” e “burocrata” predispõem-nos a pensar na justiça ou injustiça da reivindicação pedida.”²³¹

Todo esse jogo evidencia que, apesar de veiculada a aparência de função empírica, podem ser camufladas definições de estereótipos persuasivos que encobrem o juízo de valor do emissor. As mais evidentes delas talvez sejam as palavras “justiça” e “democracia”, muito embora o discurso jurídico esteja repleto delas. Vale menção, por exemplo, à “instrumentalidade do processo” ou “processo justo”, como aliás já registrado neste trabalho. Todos esses termos são utilizados em falácias não formais: “formas de persuasão que recorrem, para a aceitação de suas conclusões, a crenças ou intuições ideologicamente respaldadas (mediante estereótipos).”²³²

Espécies de definições²³³

Uma idéia bastante difundida — para não dizer intuitiva — é a de que o direito positivo é um sistema fechado e completo, ou seja, qualquer manifestação deôntica está nele determinada. Essa idéia bastante duvidosa é reflexo da crença de que o direito constitui-se de uma linguagem técnica e formal, qual seja, a linguagem da lei.

²³¹ WARAT, *O direito (...)*, p. 69.

²³² WARAT, *O direito (...)*, p. 76.

²³³ No que concerne aos tipos de definições, WARAT, *O direito (...)*, p. 55 e ss., cita Richard ROBINSON. *Definitions*. Capítulo III, Oxford at the Clarendon Press.

Essa linguagem é alimentada por definições, que (i) ora são puramente elaboradas pela doutrina ou expressas pela lei por meio de seus atributos constitutivos (definições designativas); e (ii) ora são extraídas pela análise dos casos, por exemplo, previstos na própria lei (definições denotativas).

As definições também podem ser classificadas de outras formas. São (i) definições lexicográficas as que explicitam a maneira como pessoas de uma determinada comunidade usam uma expressão, ou seja, esse processo de definição tem perspectiva histórica e contornos pouco rígidos. Um exemplo desse tipo de definição é a disposta em dicionário. De outro lado, se se busca cunhar um significado inédito, lança-se mão de uma (ii) definição estipulativa. Como esta definição tem em vista alterar o significado de um termo, nada impede que esse termo seja um novo significante (que só mais tarde tomará sua dimensão lexicográfica) ou corresponda à revisão de uma definição lexicográfica já difundida.

Outra proposta de descrição do processo de definição — afinada com o positivismo assim como as anteriores — admite somente as (i) definições nominais e repele as (ii) definições reais. O que diferencia essas duas formas de definição é que na real há uma pretensão de conhecimento do ser em si, ou seja, da essência da coisa.

Sem dúvida que para a aceitação de uma definição real é necessário assumir um marco realista do conhecimento, assim como, por exemplo, o do pensamento aristotélico, que tem a postura de definir coisas de acordo com seu gêneros e subclasses até que se revele a essência da coisa. O problema desse tipo de pensamento é fechar os olhos para a possibilidade do conhecimento construtivo e arbitrário das definições nominais, base de tudo o que não pode ser conhecido empiricamente. Como se vê, todas as definições que trabalhamos no presente texto são puramente nominais.

Utopia do sentido unívoco

Como, pela maioria dos processos de definição, a possibilidade de se chegar a um sentido unívoco para o conceito é mínima, o direito estará sempre aquém do grau

de precisão que requer uma linguagem puramente técnica. Se esse for o desafio, qual seja, elevar o direito a um grau de precisão técnica, parece que estamos fadados ao fracasso e ao congelamento dos conceitos, no dizer de Ovídio Baptista:

“Como nosso padrão epistemológico ficou preso ao Iluminismo, ancorado nos dois pressupostos que o inspiram, quais sejam, a redução do fenômeno jurídico apenas ao “mundo normativo”; e ao pressuposto de ser a lei uma proposição de sentido unívoco, o sistema, conseqüentemente, “congelou-se”, dogmatizando-se, sem que a doutrina e mesmo a prática forense ficassem liberadas para acompanhar as transformações sociais, ocorridas nos dois séculos que nos separam dos movimento liberais que culminaram na Revolução Francesa.”²³⁴

Em vista disso, assumimos aqui uma visão voltada à interpretação:

“Partimos do postulado de que a compreensão já é sempre interpretação, porque constitui o horizonte hermenêutico no qual ganha validade a intenção de um texto.”²³⁵

Acredite-se ou não no projeto de trabalhar com o direito buscando sempre uma tecnicidade almejada dos conceitos compartilhados (definições lexicográficas), ou quem sabe uma tecnicidade buscada pelas inovações da lei em face da doutrina e vice-versa (definições estipulativas), pensar nas categorias de definições é sempre um bom instrumento argumentativo. Assim, a busca de definições precisas deve ser também entendida como um exercício do discurso, cuja conseqüência, se não é o alcance de significados unívocos, será ao menos algo mais próximo ao consenso.

Espiral hermenêutica em Gadamer

Compreensão e interpretação são um todo unitário²³⁶. Mais do que isso, a própria aplicação é embutida nesse todo, que é sustentado pela linguagem. Mas como se desenvolve esse círculo (ou espiral): por meio de uma antecipação de sentidos que

²³⁴ Ovídio Baptista da SILVA, *Processo e ideologia*, prefácio.

²³⁵ GADAMER, *Verdade e Método (...)*, p. 512.

²³⁶ A própria linguagem é indispensável ao saber: um não é o outro, mas é pelo outro. A linguagem é um fenômeno intersubjetivo, pelo que até nosso pensamento mais íntimo é carregado de sociedade. Alaôr Caffé ALVES, *Lógica (...)*, p. 11 e ss.

guiam a interpretação. É um retroceder que penetra em um acontecer, na lição de Gadamer:

“A linguagem é o medium universal em que se realiza a própria compreensão. A forma de realização da compreensão é a interpretação (...) Todo compreender é interpretar, e todo interpretar se desenvolve no medium de uma linguagem que pretende deixar falar o objeto e é, ao mesmo tempo, a linguagem própria do intérprete.”²³⁷

Essa idéia rompe com o paradigma da subsunção, uma vez que a interpretação-compreensão-aplicação da norma não pode ser entendida como uma operação lógica unilateral.

“Simplificadamente, Gadamer afirma que uma idéia somente pode ser compreendida dentro de um contexto e que o contexto somente pode ser compreendido a partir dos pontos de vista que o compõem. Quando recebemos uma informação nova, avaliamos esse dado com base nas nossas pré-compreensões. Com base nessas compreensões, projetamos um sentido para todo o texto ou situação analisada, projeção esta que pode ser confirmada ou não pelo aprofundamento do processo de compreensão.”²³⁸

Assim, se esse atuar pressupõe uma antecipação de sentido em face de um todo pré-concebido, podemos dizer que a teoria geral do processo tenta atribuir um conteúdo a esses significantes. A teoria geral tenta explicar esse todo pré-concebido dentro de um marco que supera o voluntarismo semântico, formando uma definição compartilhada por todos os juristas. É justamente sobre essa definição que propomos o reinterpretar, instalando-se no lugar da antiga definição (lexicográfica), uma nova definição (estipulativa) determinada em face de um novo marco teórico, o discursivo.²³⁹

²³⁷ Écio Oto Ramos DUARTE, em *Teoria do discurso (...)*. Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método (...)*, p. 566.

²³⁸ Alexandre Araújo COSTA, *Introdução ao direito (...)*, p. 26-27. Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método (...)*.

²³⁹ A definição lexicográfica, no caso, é fruto de uma concepção histórica das condições da ação e da própria evolução da teoria da ação. A definição estipulativa é a afinada com uma abordagem lingüística. Na verdade, uma definição estipulativa afinada com o marco teórico adotado não pode se contentar com uma mera substituição de conceitos. Isso porque o que se pretende é repensar o próprio modo como opera a interpretação dos conceitos jurídicos.

Especificamente no que concerne ao problema focalizado — distinção entre fato e direito — quem faz o ponto de contato é Knijnenik:

“[A] formulação do juízo de fato e do direito a aplicar é conjunta e reciprocamente elaborada, o que vem potencializado, inclusive, pela situação que caracteriza o direito moderno pós-codificado, um termo exercendo grande influência sobre o outro, num intenso movimento da norma ao fato, do fato à norma, até chegar-se a um produto final, um todo de difícil decomposição.

Desaparece, portanto, a idéia de independência entre *quaestio facti* e *quaestio juris*, que resultam doravante em íntima conexão, no sentido de progressiva e reciprocamente determinarem-se: a aplicação da norma ao fato consiste na determinação (na descoberta) da sua coincidência, através de um movimento circular de compreender, que procede a uma pluralidade de níveis sucessivos: é o direito que define e determina aquilo que no processo constitui o fato.”²⁴⁰

Tudo indica que esse seja um marco interessante para tratar da interpretação-compreensão-aplicação do direito em face de uma pessoa só, o juiz. Ocorre que no processo esse desenrolar acontece com vários participantes e, nesse ponto, sem olvidar a idéia de círculo hermenêutico²⁴¹, o fenômeno deve ser abordado pela tópica de Viehweg.

²⁴⁰ KNIJENIK, *O recurso (...)*, p. 49.

²⁴¹ “Os desenvolvimentos da hermenêutica filosófica, especialmente a partir dos estudos de GADAMER, modificaram profundamente os modos de perceber a atividade interpretativa, e essa mudança de enfoque gera as mais diferentes reações no campo jurídico. Alguns autores buscam reafirmar as bases da hermenêutica anterior, outros buscam assimilar o novo pensamento hermenêutico, outros tentam desenvolvê-lo dentro das peculiaridades do contexto jurídico.” COSTA, Alexandre Araújo. *Introdução [...]*, no prelo.

7. Marcos sistemático e discursivo

A. Concepção tradicional de sistema

Definição

A idéia central a ser discutida envolvendo os marcos discursivo e sistemático é derivada da idéia de linguagem como meio de contato entre diferentes sistemas — o que reclama uma pequena incursão na teoria autopoietica. Apesar dessa convergência lingüística, os marcos diferenciam-se na medida em que apenas o discursivo mostra-se apto a perquirir profundamente sobre a legitimidade democrática, o que faz seu uso pertinente ao presente texto. Em vista disso, serão retomados adiante seus fundamentos, não antes porém de passarmos a uma breve explicação sobre a conceituação tradicional de sistema.

Essencialmente um sistema é um conjunto de relações, que (i) podem ser externas ao pesquisador, como é o caso de análise normativa ou jurisprudencial (sistema extrínseco); ou (ii) derivar do próprio objeto teórico pesquisado, segundo a qual o direito é um sistema posto em si mesmo, notadamente sob a perspectiva histórica (sistema intrínseco). De uma forma ou de outra, parece que sempre construímos sistemas, embora com focos diferentes e uma inevitável referência à completude — traço da nossa mentalidade fortemente marcada pela razão e justificadora da vedação do *non liquet*.²⁴²

²⁴² “Uma noção muito cara para a moderna metodologia das ciências é a de sistema. Em Direito, o termo aparece já no século XVIII, com o Movimento do Direito Racional Jusnaturalista, surgido sob o influxo das meditações cartesianas, fundamentantes da concepção de ciência vigente nos tempos modernos. “Sistema”, conforme se entendia à época, coincidia com a idéia geral que se tem de um todo funcional composto por partes relacionadas entre si e articuladas de acordo com um princípio comum. (...) Nessa altura, a ciência do direito rompe o vínculo entre a elaboração doutrinária e a prática do procedimento dogmática, sem, entretanto, descartar-se de seu caráter dogmático, que na verdade tentou aperfeiçoar, inserindo-o em um sistema construído em bases racionais, conforme o rigor lógico da dedução. A teoria jurídica passa a ser um construído sistemático da razão e, em nome da própria razão, um instrumento de crítica da realidade, aguçando-se o sentido crítico-avaliativo de direito, em normas e padrões éticos contidos nos princípios reconhecidos pela razão.” Willis Santiago GUERRA FILHO, *A filosofia (...)*, p. 41.

Tradicionalmente a sistematicidade é baseada na (i) interpretação literal do texto normativo — hipótese de interpretação que ressalta a coerência sintática, a topografia ou o questionamento sobre a vontade do legislador. Outra proposta igualmente tradicional é a de condicionar a sistematicidade à (ii) constância terminológica — hipótese em que se chega ao sentido da norma por uma análise comparativa entre definições tradicionalmente utilizadas e repetidas pela lei e pela doutrina.

A limitação desses critérios tradicionais está em levarem em conta apenas a dimensão sintática da linguagem jurídica. É bem certo que pode existir, nessa tarefa, uma ponderação razoável de sentido, mas o aparato interpretativo possibilita tão-somente a reflexão sobre uma razoabilidade lingüística, de modo que a superação desse instrumental resume-se a uma eleição de valores e, em última instância, uma interpretação teleológica. Ocorre que se é realizada a opção por uma interpretação teleológica, talvez o problema seja levado a outro mais grave, consistente na impossibilidade de fundamentar critérios valorativos justificadores de uma prescrição.

Como se vê, somos inevitavelmente guiados a escolhas ideológicas para a fundamentação do direito e à eleição de suas finalidades, de modo que o mínimo que a doutrina da interpretação jurídica pode fazer é, senão eleger tais valores, evidenciar a fragilidade dos critérios de sistematicidade escolhidos, de modo que restem transparentes as escolhas axiológicas que serão vetores da interpretação.

Diante da limitação dos modelos expostos, cogita-se da construção de um sistema mais complexo, chamado de (iii) sistema de disposição combinada, como quer Veluzzi.²⁴³ O diferencial desse sistema em face do anterior é o fato de que não se busca uma autonomia conceitual, senão uma possibilidade de interpretação

²⁴³ As possibilidades de fortalecimento do sistema derivam (i) do argumento de coerência (foco num sistema sem hierarquia), (ii) da interpretação adaptativa (foco num sistema de princípios ou num sistema hierárquico, no qual o sentido é moldado a padrões superiores, por exemplo, pela constituição) e (iii) das construções dogmáticas (foco na doutrina sistematizante da doutrina construtora de possíveis aplicações do direito por meio da adaptações de conceitos gerais). Cf. VELLUZZI, Vito. *Interpretación Sistemática (...)*.

conforme uma multiplicidade de conexões normativas, o que o torna um tanto mais forte. Contudo, essa idéia de sistema não rompe com o ideal racional, pretendendo, na verdade, apenas demonstrar uma complexidade maior dos seus vetores. A superação conceitual que nos interessa somente terá lugar a partir do desenvolvimento de contribuições sociológicas, a seguir abordadas.

Concepção sociológica de sistema

Acima foi abordada uma idéia tradicional de sistema, que não é um significante estranho ao jurista pátrio. Ocorre que há uma diversidade de acepções para o termo, a ter início pela própria idéia romana de sistema, seguida pela cientificidade emprestada a eles nos sécs. XIX e XX com as codificações e as teorias pretensamente purificadas do direito. De outra parte, ainda temos a reação sociológica aos sistemas jurídicos, sobre as quais se debruçam agora nossa atenção.²⁴⁴

Do ponto de vista sociológico, a utilidade do trabalho com sistemas está em sua possibilidade de comparação e modificação, em mão dupla, do sistema jurídico em face de uma análise globalizada do sistema social (objetivos, elementos, relações e comportamentos). Essa é a proposta dos sistemas sociológicos: propiciar uma modalidade de análise global da sociedade, na qual o sistema jurídico é apenas uma das molduras concernentes a ações e expectativas sociais.

Assim contextualizado, o comportamento do direito passa a ser visto como — tomando novamente a alegoria de uma via de mão dupla — um ajuste à automatização ao mesmo tempo em que garante, ao menos idealmente, a humanização das relações pela ótica constitucional.

Vemos, desde já, que a construção doutrinária do processo não é tradicionalmente vista dessa perspectiva, a ter início pela sua ótica individualista, ainda que se proponha uma análise sociológica do processo — desafio que a teoria dos sistemas

²⁴⁴ Hassemer, *Introdução (...)*, p. 410 e ss.

dispõe-se a superar. Como todo método, entretanto, tem suas deficiências, dentre as quais a tendência à redução da complexidade social, já que se interessa mais sobre as interações de fluxo de informação entre os sistemas do que pelo próprio estrato jurídico ou axiológico fundamentador deste tipo de conhecimento. É justamente esse o desafio que a teoria dos sistemas de auto-controle tenta solucionar, conforme se verá adiante, numa incursão que antecipa as nossas observações sobre a pós-modernidade por meio da exposição sobre a autopoietica.

B. Concepções recentes de sistema

Paralelo a partir das teorias estruturais e funcionais

As teorias desse tipo são duas e partem da coordenação entre estrutura e função dos sistemas sociais, sendo que em uma o conceito de estrutura precede ao de função (teoria estrutural-funcional de Parsons), enquanto na outra acontece o contrário. A teoria da Parsons pretende servir de base a todas as ciências sociais sem limitação de elementos históricos. Esse tipo de sistema pode se ligar a três óticas: *(i)* a pessoal (fundada em valores pessoais); *(ii)* a social (fundada na interdependência de vários agentes); e *(iii)* a cultural (fundada em valores e crenças compartilhadas).

Nessa linha, a ação humana é resposta a regras estabilizadas pelo consenso a partir de uma simplificação social: a interação entre duas pessoas. A partir daí as únicas diferenças são feitas em termos de diferenciação e estruturação complexa. Os desvios são explicados por uma socialização mal orientada ou de uma própria discrepância entre normas que regem os papéis e as motivações dos seus portadores. Além disso, o sistema jurídico se ocupa das relações de lealdade, bem-estar, mercado de trabalho e consumo, da manutenção da legitimidade do poder etc.

A crítica feita por Luhmann a Parsons — momento em que ingressamos na formulação da teoria autopoietica²⁴⁵ — é consubstanciada na focalização dos conceitos de relação entre parte e todo e da primazia do conceito de estrutura. Para Luhmann, o sistema é definido por uma fronteira entre interno e externo, uma redução da complexidade do mundo por meio do sistema para a descrição da realidade (embora a diferenciação não seja ontológica). Assim, há sempre uma mutabilidade entre ambiente e sistema, de modo que o sistema é uma realidade delimitada e, nesse sentido, construída. Tais sistemas podem ser vistos sob duas óticas, (i) a ótica psicológica (sistema da consciência) e (ii) a ótica da comunicação (sistema social). A linguagem é o que permite a comunicação entre esses sistemas, sem que se constitua um novo sistema, mas somente uma plataforma de conexão e sincronização entre os sistemas, o que permite sua auto-referência e diferenciação.

Assim, Luhmann retira o foco da relação intersubjetiva como núcleo unitário do sistema e pressupõe a primazia de uma realidade anterior à estrutura. Contudo, permanece insolúvel a questão da justiça e da sua legitimidade associada à subordinação a decisões. Nesse ambiente, o papel do direito se mostra como técnica de decisão — por programação condicional da ação em face da redução da complexidade do problema por meio do processo — tendente a organização da sociedade e positivação do direito.

Legitimação na *autopoiesis* e a norma fundamental

Se a teoria dos sistemas se focaliza na estrutura estática e prévia à observação, a *autopoiesis* debruça-se sobre o momento do processo. Nessa ótica, os sistemas se renovam, reproduzindo-se numa dinâmica dotada de estabilidade, superando a

²⁴⁵ Cf.: HABERMAS, *O discurso (...)*, p. e ss. 467; GUERRA FILHO, Willis Santiago, *O direito como sistema autopoietico (...)*; e GUERRA FILHO Willis Santiago, *Teoria (...)*, p. 167 e ss.

lógica *input/output*.²⁴⁶ Diz-se então que o sistema tem autonomia de organização e equilíbrio.

Pela *autopoiesis*, assim é o direito: auto-referente, embora dependente do sistema maior que é a sociedade; e autônomo, na medida em que é modificado pelo próprio direito. Nesse sentido, o direito busca garantir as expectativas sociais legitimando-se por um grau de aceitação generalizada, ponto em que converge no sentido do mito da norma fundamental kelseniana. Todavia, essa busca de legitimação diferencia-se da proposta de Kelsen na medida em que a idéia de Luhmann não é cunhar uma hipótese que autorize a validade e a eficácia do sistema.²⁴⁷

Na verdade, a legitimidade de Luhmann (1969)²⁴⁸ tem fundamento diverso, que seria derivada da própria procedimentalidade e tendente a gerar uma maior tolerância a uma decisão desfavorável, dado que a decisão seria tomada de acordo com regras legitimantes de um processo leal e inibidoras das decepções e rebeldias. Nesse sentido, confundem-se processo e procedimento, que extrapola o relevo da parte visível do processo para mostrar-se como instrumento garantidor das expectativas nascidas na tensão sistema-indivíduo e operacionalizada pela estrutura de social garantidora que é o direito. A opção do autor afina-se, com

²⁴⁶ Considerada a cibernética como a dinâmica global de um sistema em face de um *input* variável, retira-se a aplicação jurídica desse modelo, inicialmente elaborado para explicar o processo de comunicação na ciência política. Nessa perspectiva, o modelo jurídico é um sistema que reage com regulamentação (*output*) a certas perturbações provenientes de seu próprio meio (*input*), de modo a manter a estabilidade do sistema.

A realidade social impõe uma massa de problemas ao aparato jurídico (*input*) que é obrigado a processá-los, o que gera também um impacto social (*output*). Até aí está descrita a dinâmica da decisão, porém em moldes arbitrários. Se se deseja, porém, avaliar também a legitimidade da decisão, são exigidas técnicas de controle dessa dinâmica, papel que é exercido pela dogmática. O resultado desse processo de legitimação é uma maior estabilidade do domínio jurídico. Essa estabilidade é ainda mais fortalecida na medida em que há obrigação de interpretação e fundamentação dos atos judiciais, o que induz a uma análise da realidade aceita pela cultura e pelas instituições. Essa aderência entre doutrina e realidade social por influxo de informações constitui a característica cibernética do sistema (*feedback*).

²⁴⁷ LEAL, *Teoria processual (...)*, p. 49.

²⁴⁸ C.f.: LUHMANN, Niklas. *Legitimação (...)*.

efeito, com uma visão realista e sociológica do direito, justificadora, em alguma medida, de fase do liberalismo.²⁴⁹

“Decorre disso que a crença de Luhmann numa justiça e equidade era distinta dos escolásticos. Não se destinava a “dar a cada um o que lhe era devido”, mas enganar cada qual pela manipulação dos temperamentos, sendo que o nível de eficácia do engano era o que graduaria a legitimação do procedimento.”²⁵⁰

Destoam de uma busca democrática a solução das questões jurídicas, principalmente o processo decisório em face de lacunas e antinomias, qualquer uma das opções sistemáticas, seja a de Luhmann, seja a de Kelsen.²⁵¹ Em suma, era a essa conclusão que se pretendia chegar na intenção de que o discurso democrático habermasiano, que não deixar de ser entendido como superação da autopoiesis, sirva como ponto de observação da problemática ora analisada.

A legitimidade tecnocrática da *autopoiesis*

De toda a teoria dos sistemas exposta, abstraídas quaisquer outras críticas, uma conclusão não pode deixar de ser frisada, qual seja, a concernente ao problema da legitimidade autopoietica. É essa conclusão que nos indicará um caminho da construção de uma teoria da decisão que ultrapasse a redução da legitimidade à validade ou, em última análise, a natureza imperativa da decisão judicial.

Além disso, é a revisão dessa legitimação que tornará útil a aplicação da teoria sistêmica ao direito democrático. De outro modo, uma abordagem sistêmica do direito seria cega aos valores embasadores da prática jurídica, que seriam recebidos como meras informações a serem processadas, ignorando toda carga axiológica presente, por exemplo, no contraditório, na elaboração de sentenças, na prática legislativa etc.

²⁴⁹ LEAL, *Teoria processual (...)*, p. 85-88.

²⁵⁰ LEAL, *Teoria processual (...)*, p. 86.

²⁵¹ LEAL, *Teoria processual (...)*, p. 64.

Para Habermas, representante dessa crítica, a teoria do discurso explica a legitimidade do direito a partir do estudo dos processos e condições de comunicação que fundamentam a suposição de que os processos de criação e aplicação do direito conduzem a resultados racionais²⁵². Destoa, com isso, da teoria de Luhmann, na medida em que esta ignora o plano racional, deslocando-se para o plano fático.²⁵³

“Sob o nome de racionalidade sistêmica, a razão, liquidada como irracional, reconhece-se exatamente nesta função: ela é o conjunto das condições de possibilidade da conservação do sistema.”²⁵⁴

Vale dizer que, para Habermas o discurso é “situação racional validadora e legitimadora de ações finais, que podem ser auferidas e conferidas segundo juízos reconhecedores, por intermédio do discurso, imputando decisões que se legitimam em sua racionalidade e não na imperatividade coativa do poder, exclusivamente.”²⁵⁵

Em crítica semelhante, Hassemer aponta que, na medida em que a teoria dos sistemas tem a pretensão de servir a todo o tipo de problema, acaba sendo inapta para tratar de todos eles, ignorando também o problema da legitimidade. A crítica, de fato, procede porque para esta teoria a essência do sistema está em sua organização, e não em seu conteúdo propriamente dito, a transformando em um espelho de uma consciência tecnocrática que transforma todas as questões em questões técnicas.²⁵⁶

O narcisismo da *autopoiesis*

Essas críticas, seguidas também por Leal, defendem que a legitimação não se resume a uma disposição generalizada da aceitação de decisões, notadamente refletida pelo grau de tolerância de seus destinatários. Se assim fosse, a um só

²⁵² Vale lembrar, entretanto que a racionalidade de Habermas é decorrente do atendimento das regras do discurso, ou seja, de um conceito muito particular de racionalidade intersubjetiva.

²⁵³ FERRAZ JR., na apresentação a LUHMANN, *Legitimação (...)*.

²⁵⁴ HABERMAS, *O discurso filosófico (...)*, p. 517.

²⁵⁵ DALLA-ROSA, *Uma teoria (...)*, p. 133.

²⁵⁶ HASSEMER, *Introdução (...)*, p. 440.

tempo, contrariariam não só a exigência de fundamentação das decisões, ao apoiá-las na “sensibilidade clarividência e magnanimidade” dos julgadores; mas também contrariariam as conquistas da “liberdade, dignidade e igualdade” do Estado Democrático de Direito.²⁵⁷⁻²⁵⁸

É também por isso que a *autopoiesis* não conseguiu superar o paradigma moderno de ciência ao se contentar em substituir a positividade das leis pela eficiência do procedimento, uma ilusão funcionalmente necessária, sendo, por isso, um conceito estratégico e não compatível com as conquistas democráticas.²⁵⁹ Trata-se, no que é mais grave, de uma teoria que não se envolve no processo comunicativo e de aprendizagem, ou seja, uma teoria narcisista e que nega as conquistas da interdisciplinaridade e que é pouco proveitosa para a dinâmica jurídica.

“A *autopoiesis* do sistema jurídico impede um *output* em forma de normatizações que pudesse interferir no mundo circundante, como também um *input* em forma de legitimações, que possibilitasse, de forma direta, qualquer interferência na harmonia do sistema. O direito não produz mais do que sons, que podem ao máximo induzir outros sistemas a alterarem suas ordens internas. Toda a estrutura e funcionamento dos sistemas autopoieticos foram arquitetados de forma a garantir a paz sistêmica, que deve ser protegida contra as inúmeras possibilidades oferecidas pelo mundo circundante.”²⁶⁰

Autopoiética e a teoria processual de Goldschmidt

Talvez aqui seja conveniente uma pequena digressão, marcando que embora o processo majoritariamente, ao menos na nossa cultura, tenha seguido a orientação da relação jurídica e seus desdobramentos, ainda no início de sua caminhada houve tentativa de inaugurar algo que, aos olhos de hoje, seria mais atualizado epistemologicamente. O paralelo que se faz é entre a teoria dos sistemas

²⁵⁷ Terezinha Ribeiro CHAVES, *A insuficiência (...)*, p. 98, Cf. LEAL, *Teoria geral do processo*. 3 ed., Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 49.

²⁵⁸ Cf. HABERMAS. *Direito e democracia (...)*.

²⁵⁹ Cf. HABERMAS. *O discurso filosófico (...)*.

²⁶⁰ Terezinha Ribeiro CHAVES, *A insuficiência (...)*, p. 108. Cf. HABERMAS, em *Direito e democracia (...)*, p. 202.

autopoiéticos e a proposta de Kohler (1888), que veio a ganhar mais projeção em Goldschmidt (1928). Trata-se de linha que valoriza a dinâmica de processo, em detrimento do seu caráter estático.

Goldschmidt “não considera o processo como um conjunto de relações jurídicas, conseqüências juridicamente necessárias de fatos pressupostos como realizados, mas como situação jurídica, em que as partes envolvidas não possuiriam propriamente direitos e obrigações, como diante do Direito Material inerte, e sim expectativas (...) de alcançar situações vantajosas e, ao final, uma sentença favorável; possibilidades de atingi-las, pelo reconhecimento de seu direito; e o ônus de atuar processualmente, para prevenir prejuízos processuais.”²⁶¹

Talvez a proposta do processo como situação jurídica não tenha alcançado êxito em vista do caminho que a ciência jurídica veio a tomar, culminando com a visão sistemática exacerbada da escola da exegese e do processo de codificação. Hoje, no entanto, é de se questionar como seria a nossa atual formação se tal ponto de vista tivesse ganhado o relevo que merecia — ainda mais considerando que nosso direito, além de ter superado a fase da codificação, hoje se encontra mais próximo do *common law* em vários aspectos, o que valoriza ainda mais a contribuição de Goldschmidt à dogmática atual.

C. Ambientação epistemológica rumo ao discurso pós-moderno

Nos capítulos anteriores catalogamos idéias concernentes ao desenvolvimento das escolas jurídicas e, na medida do possível, contextualizamos as conquistas do processo dentro delas. Retomando esses ensinamentos, fazemos nossas as palavras de Willis Santiago Guerra Filho:

“O que até aqui foi exposto sobre a história do pensamento jurídico pode ser sintetizado dizendo-se que a Dogmática Jurídica erigiu-se sobre a base fornecida pelas heranças jurisprudencial antiga, exegética medieval e sistemática moderna, tendo o século XIX e primeira metade do século XX acrescentado a perspectiva história e social, enquanto os estudos mais recentes fazem com que ela passe por um reexame (...).”²⁶²

²⁶¹ Willis Santiago GUERRA FILHO, *A filosofia (...)*, p. 58.

²⁶² Willis Santiago GUERRA FILHO, *A filosofia (...)*, p. 48.

É justamente sobre esses estudos mais recentes que agora nos ocupamos. Nota-se que, nesse propósito, será necessário realizar uma outra ambientação, em face da qual podemos dizer que, se o estudo histórico realizado anteriormente teve como escopo chegar a uma idéia satisfatória do que é a ótica da subsunção e como se insere nela a problemática da conceituação de fato e direito²⁶³, agora almeja-se uma visão do que seria um marco ideal para substituí-lo. Assim é que, se o estudo anterior levou-nos do direito romano até o positivismo e sua tecnicidade processual (com a ressalva de breve explicação sobre a instrumentalidade); o presente pretende levar-nos à pós-modernidade e seu tratamento discursivo do processo. Partamos então de onde nos encontrávamos, da tecnicidade do processo, sempre inspirados na metodologia inaugurada por Willis Santiago Guerra Filho e sua filosofia do processo:

“O que se pratica em teoria do direito (*Rchtstheorie*) abrange não só a temática da “teoria geral” (fontes do direito, norma jurídica, conceitologia jurídica fundamental etc.), indo muito além, para chegar à aplicação das mais diversas formas de cognição ao estudo do Direito: cibernética, teoria dos sistemas, semiótica, lógica simbólica e matemática etc. (...) Isso porque essas disciplinas, como no caso da teoria da comunicação, é de todo evidente, compartilham com a filosofia o desígnio de fornecer explicação global da realidade, só que de uma perspectiva científica, decorrente da metodologia, por elas adotadas.”²⁶⁴

Berço da tecnicidade processual: racionalismo, iluminismo e liberalismo

A título de ambientação, vale dizer que o século que precedeu a revolução da tecnicidade do processo, marcado pela contribuição de Bülow (1868)²⁶⁵, foi

²⁶³ Castanheira NEVES já diagnosticava: “Se logramos compreender que ao esquema lógico-subsuntivo não lhe é possível oferecer-se como o critério de uma válida distinção entre a “questão-de-facto” e a “questão-de-direito” que haja de cumprir-se no problema da aplicação concreta do direito, e, assim, identificar-se com o processo metodológico pelo qual essa aplicação se realize — por que, pressupondo-a já realizada, o que nela explicita é apenas uma constituída identidade significativa e intencional de um contínuo lógico —, forçoso nos é também concluir que o problema daquela distinção, enquanto momento metodológico da aplicação do direito, ou é simplesmente um problema insolúvel ou não poderá pôr-se e resolver-se em termos puramente lógico-analíticos.” Castanheira NEVES, *Questão-de-facto* (...), p. 250.

²⁶⁴ Willis Santiago GUERRA FILHO, *A filosofia* (...), p. 54.

²⁶⁵ “Com relação ao Direito Processual, especificamente, costuma-se afirmar que adquiriu autonomia científica, diante do Direito Material, a partir da obra de Oskar Von Bülow sobre a distinção entre as

preparado pelo racionalismo científico (nas ciências), pelo iluminismo (na filosofia) e pelo amadurecimento das idéias de Locke, Montesquieu e Rousseau (na política) — e notadamente pelo liberalismo²⁶⁶. A postura dominante então refletia a crescente valorização da idéia de que o Estado não poderia praticar ingerências na vida dos cidadãos, o que corroborava a aversão dos juristas a qualquer intervenção na esfera individual. Marcam esse período a independência norte-americana (1776) e sua Constituição (1787), bem como a Revolução Francesa (1789) e sua Constituição (1791).²⁶⁷

Depois de esboçados os contornos do que circundou essa revolução de tecnicidade do processo, é possível firmar algumas conclusões. Revela-se, por exemplo, que a crença na possibilidade do conhecimento esteve presente no século que precedeu à concepção da relação jurídica processual e toda sua tecnicidade. Coincide, portanto, com o humanismo, o renascimento e o iluminismo, que marcam a concepção emancipadora do ser humano, e do ideal de um futuro comum entre os homens — o que não impediu, contudo, uma terrível opressão oposta pela Europa ao resto do mundo.²⁶⁸

A razão desta época vem então embalada pelo humanismo e sua superação do reducionismo, favorecendo a ressurreição das entidades globais, como o cosmos, a natureza, o homem etc.²⁶⁹ Diante disso, o campo epistemológico entraria numa

antigas exceções dilatórias e a nova categoria dos pressupostos processuais.” Willis Santiago GUERRA FILHO, *A filosofia (...)*, p. 58. Vale dizer, a título de curiosidade, que ao mesmo autor se atribui a previsão do que viria a se tornar a escola do direito livre, conforme lição de KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 40.

²⁶⁶ “Nos estados liberais “burgueses” dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigente.” CAPPELLETTI, *Acesso (...)*, p. 9.

²⁶⁷ “Ideologicamente, tal forma estrutural de pensar estava impregnada pelo liberalismo político do século XIX e início do século XX, ou seja, vinculada à concepção burguesa de Estado minimalista e ao reconhecimento da individualidade humana como ponto básico de referência institucional, no plano social (família), econômico (propriedade) e político (livre-arbítrio).” PORTANOVA, *Motivações (...)*, p. 86. No mesmo sentido, ver Barbosa MOREIRA, em *Tendências contemporâneas do direito processual civil*. Porto Alegre, *Ajuris*, v. 34, jul., 1985, p. 121; e DINAMARCO, *A instrumentalidade (...)*, p. 306.

²⁶⁸ Na verdade, essa é uma contradição presente desde Cristóvão COLOMBO e VASCO DA GAMA (séc. XVI) e sua globalização de exploração a pretexto de libertação. MORIN, *A cabeça (...)*, p. 70-72.

²⁶⁹ MORIN, *A cabeça (...)*, p. 87.

encruzilhada: a retomada da busca dos valores e da razão ou a sua ignorância, pela negação desse tipo de conhecimento — escolha que viria a ser tomada mais em favor da segunda a opção do que da primeira numa verdadeira virada epistemológica.

Revoluções científicas rumo à incerteza

Nesse berço de contradições que marcou a mencionada virada estão inseridas revoluções científicas da mais alta importância, que fixam os novos pressupostos do saber científico (Bachelard e Popper) e superam o dogma reducionista descartiano preponderante até o séc. XIX.²⁷⁰ Dessa desagregação da crença que a ciência poderia reduzir a aparente complexidade da realidade em total simplicidade da essência, a arte da época fazia o contraponto, demonstrando a complexidade humana. É essa a complexidade que vai gerar uma reforma do pensamento científico, cuja tônica será, como na arte, o abandono da linearidade e rumo à incerteza, ou seja, a lógica clássica é superada pelo diálogo (circular e multireferencial).²⁷¹

"É Copérnico quem retira do homem o privilégio de ser o centro do Universo. É Darwin quem o torna descendente do antropóide, e não criatura à imagem de seu Criador. É Freud quem dessacraliza o espírito humano, e, finalmente, é Hubble quem nos exila nas periferias mais afastadas do cosmo."²⁷²

"A maior contribuição de conhecimento do século XX foi o conhecimento dos limites do conhecimento. (...)

A primeira revolução científica de nosso século, iniciada pela termodinâmica de Boltzmann, deflagrada pela descoberta dos Quanta,

²⁷⁰ MORIN, *A cabeça (...)*, p. 87.

²⁷¹ "Todas as obras-primas da literatura foram obras-primas de complexidade: a revelação da condição humana na singularidade do indivíduo (MONTAIGNE), a contaminação do real pelo imaginário (o *Dom Quixote*, de CERVANTES), o jogo das paixões de SHAKESPEARE." MORIN, *A cabeça (...)*, p. 91-92.

²⁷² A título de melhor ambientação, vale lembrar que o absolutismo antecedeu ao século da tecnicidade processual, que, por seu turno, brotou do abandono da crisálida medieval contornada pela queda de Bizâncio (1453), pela descoberta do Novo Mundo (1492) e pela mudança de concepção do mundo (COPÉRNICO, 1473-1543). MORIN, *A cabeça (...)*, p. 97.

seguida pela desintegração do Universo de Laplace, mudou profundamente nossa concepção do mundo. Minou a validade absoluta do princípio determinista. Subverteu a ordem do mundo, grandioso resquício da divina Perfeição, para substituí-la por uma relação de diálogo (ao mesmo tempo complementar e antagônica) entre ordem e desordem. Revelou os limites dos axiomas identificativos da lógica clássica. Restringiu o calculável e o mensurável a uma dependência do incalculável e do imensurável. Provocou um questionamento da racionalidade científica, exemplificada pelas obras de Bachelard, Piaget, Popper, Lakatos, Kuhn, Holton, Feyerabend, notadamente. (...)

A Biologia, por seu turno, desembocou na incerteza. Se o aparecimento da vida corresponde à transformação de um turbilhão de macromoléculas e a uma organização de novo tipo, capaz de se auto-organizar, autoconsertar, auto-reproduzir, apta a retirar de seu meio ambiente a organização, a energia e a informação, sua origem não parece obedecer a nenhuma necessidade inevitável.²⁷³

Revolução científica de Kuhn

Kuhn forjou o conceito de paradigma, para "indicar conquistas científicas universalmente reconhecidas, que por certo período fornecem um modelo de problemas e soluções aceitáveis aos que praticam em certo campo de pesquisas".²⁷⁴

"Considero "paradigmas" as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência."²⁷⁵

Dentro da moldura definida pelo paradigma é que se desenvolve a atividade científica (chamada por ele de ciência normal): "a pesquisa estavelmente baseada em um ou mais resultados alcançados pela ciência do passado, aos quais uma comunidade científica particular, por certo período de tempo, reconhece a capacidade de constituir o fundamento de sua práxis ulterior".²⁷⁶

²⁷³ MORIN, *A cabeça (...)*, p. 55-57.

²⁷⁴ Giovanni REALE, *História da filosofia (...)* p. 1.042. Cf. KUHN, Thomas. *A estrutura (...)*.

²⁷⁵ KUHN, *A estrutura (...)*, p. 13.

²⁷⁶ Giovanni REALE, *História da filosofia (...)* p. 1.042. Cf. KUHN, Thomas. *A estrutura (...)*.

A ciência normal não busca criar novos conceitos, mas extrair dos existentes uma explicação adequada sobre seu objeto de estudo. Porém, com o tempo, as explicações construídas com base no paradigma, por mais que sejam uma aplicação correta do modelo, podem vir a mostrar-se inadequadas. Essa crescente inadequação indica que os conceitos fundamentais talvez estejam formulados de forma equivocada, expondo os limites do paradigma e criando a possibilidade de sua superação.

É desse confronto entre o teórico e o empírico que surge a necessidade de moldar novamente a ciência normal e, por esse exercício (ciência extraordinária), são propostos novos fundamentos da metodologia: um novo paradigma, uma revolução científica.

Essa mudança reflete a ruptura de dogmas²⁷⁷ antiquados e o abraço de novos, que não se sabe se virão a resolver a crise pendente. A opção por um novo paradigma acontece por crença em que os atuais e futuros problemas serão mais satisfatoriamente resolvidos, e não pelo que ele já resolveu. É uma decisão prospectiva, tomada com base na frustração com as velhas “verdades” e na fé em novas explicações.²⁷⁸

A idéia de paradigma é, com base no que foi exposto, um ponto de partida sólido para rever a coerência do sistema processual brasileiro. Todavia, apenas esse marco teórico não esgota o assunto, uma vez que precisamos além de perceber a crise do sistema, buscar uma nova coerência para seu funcionamento. Nesse propósito, vem a calhar o seguinte ensinamento:

²⁷⁷ “A neutralidade da ciência processual é nosso dogma.” Ovídio Baptista da SILVA, *Processo e ideologia*, p. 300.

²⁷⁸ A negação do avanço da ciência rumo à verdade também é vista em Popper, p. 305 e ss: “A ciência não é um sistema de enunciados certos ou bem estabelecidos, nem é um sistema que avance continuamente em direção a um estado de finalidade (...). Não sabemos: só podemos conjecturar. Nossas conjecturas são orientadas por fé não científica, metafísica (...). O velho ideal científico da episteme — do conhecimento absolutamente certo, demonstrável — mostrou não passar de um “ídolo”. A exigência de objetividade científica torna inevitável que todo enunciado científico permaneça provisório para sempre. Pode ele, é claro, ser corroborado, mas toda corroboração é feita com referência a outros enunciados, por sua vez provisórios.”

“Na verdade, a idade dos sonhos dogmáticos acabou. A nossa modernidade está na consciência de que o processo, como o direito em geral, é um instrumento da via real, e como tal deve ser tratado e vivido”. Como diz Cappelletti, “a realidade da vida nos impõe, cotidianamente, uma multiplicidade de compromissos, pondo em evidência a existência de conflitos de valores; ao invés de repudiarmos certos princípios essenciais à dignidade humana, devemos, isto sim, orientar nossas ações para uma operação responsável de *balancing* de tais valores, conferindo a cada qual a relevância que merecem, sem nos basearmos em critérios rígidos e aprioristicamente estabelecidos, mas levando em conta valorações que importem em um compromisso com a nossa própria responsabilidade”. É que “ninguém, muito menos o jurista, pode se subtrair ao peso da cruz que recai sobre cada ser humano, furtando-se à difícil responsabilidade de opções, críticas e lutas para resolver os problemas e as dificuldades que, dia após dia, afligem nossa vida, na qual nada está rigidamente determinado”.²⁷⁹

A importância da física

Por mais fora de propósito que pareça, toda essa construção da racionalidade, bem como sua implicação na concepção dos métodos científicos, não pode ser entendida à margem do desenvolvimento da física. É basicamente seu desenvolvimento que trará a perplexidade diante do método, de modo a remodelar o nosso próprio conceito de razão e de procedimento científico.

“Estabelecidos e delineados os avanços obtidos com a Revolução Científica — cosmologia copernicana baseada no heliocentrismo, descrição kepleriana da órbita elíptica dos planetas e lei galileana do movimento dos corpos —, estava inteiramente constituído o panorama histórico e teórico que propiciaria o advento de uma nova descrição da natureza, com pretensões universalizantes: a física newtoniana.”²⁸⁰

Essa pretensão universalizante encaminhada pelas idéias de Newton, ao associar as idéias de Copérnico e Kepler sobre o sistema solar ao que Galileu definia como uma lei fundamental única (a lei da gravidade), alcançou grande êxito de aceitação rapidamente. Tudo isso viria apenas a fortalecer um ideal de racionalidade

²⁷⁹ MARINONI, *Novas linhas (...)*, p. 13, cita Mauro Cappelletti em conferência proferida no Congresso Brasileiro de Direito Processual Civil de Curitiba (1991). In: *Relatório do Congresso Brasileiro de Direito Processual Civil de Curitiba (1991)*, Curitiba, Juruá, 1992.

²⁸⁰ Cristiano Paixão Araújo PINTO, *Modernidade (...)*, p. 25.

universal, tomada ao lado da universalidade de vários outros conceitos, tais como o de tempo e o de força gravitacional.

Autonomia das ciências sociais

Se essa visão utilitária, funcional e absoluta da natureza era a dominante do ponto de vista das ciências, não era diferente no plano social. Resultou daí todo esforço na descoberta das leis da sociedade, levada a cabo com Bacon, Vico e Montesquieu — que foi precursor da sociologia do direito ao estabelecer a relação entre as leis do homem e as inescapáveis leis da natureza. Assim é que todo o esforço científico do séc. XVI desembocou nos sécs. XVIII e XIX.²⁸¹

Estavam então lançadas as bases para o florescimento do positivismo oitocentista, numa tentativa de inserção das ciências sociais aos moldes das ciências naturais, ou seja, era negado às ciências sociais um estatuto epistemológico próprio. Diante disso, é de se esperar que, de alguma forma, as concepções epistemológicas relativas às ciências sociais tivessem íntima relação com a racionalidade da qual brotaram: a racionalidade moderna.

“[A]s próprias ciências sociais constituíram-se no século XIX segundo os modelos de racionalidade das ciências naturais clássicas e, assim, a égide das ciências sociais, afirmada sem mais, pode revelar-se ilusória.”²⁸²

Desaba a catedral moderna

Ocorre que a própria racionalidade da catedral soberba da universalidade começou a ruir quando foram propostos problemas físicos relativos à eletromagnética e à termodinâmica. Tais desafios demonstraram a insuficiência da física clássica na descrição de eventos que ocorressem muito rapidamente ou que envolvessem partículas muito pequenas ou que envolvessem forças muito grandes. As

²⁸¹ Boaventura SANTOS, *Um discurso (...)*, p. 21 e ss.

²⁸² Boaventura SANTOS, *Um discurso (...)*, p. 68.

investigações dessa área viriam a desembocar em teorias que marcaram a ciência no séc. XX: a teoria da relatividade (descrição de fenômenos associados à luz e ao deslocamento de corpos em grande velocidade) e a mecânica quântica (descrição do mundo das partículas muito pequenas).²⁸³

“Se Einstein relativizou o rigor das leis de Newton no domínio da astrofísica, a mecânica quântica fê-lo no domínio da microfísica. Heisenberg e Bohr demonstram que não é possível observar ou medir um objecto sem interferir nele, sem o alterar, e a tal ponto que o objecto que sai de um processo de medição não é o mesmo que lá entrou.”²⁸⁴

Dessa investigação científica mais recente — incluídas aí notadamente as conclusões dos estudos termodinâmicos e da irreversibilidade do tempo — vieram conclusões que abalaram definitivamente o determinismo da ciência precedente. O pensamento científico passou então a trabalhar com as idéias de acasos, probabilidade, aleatoriedade e irreversibilidade na descrição dos sistemas físicos. Nesse contexto é que se faz uma ponte entre o modo de pensar científico e o senso teórico atual dos juristas, representada aqui por publicações que indicam até hoje o rumo do indeterminismo. Um desses marcos é a já abordada publicação de Popper (1934), que evidencia que a física clássica não pode ser quadro de referência para o discurso científico. Corroborar a assertiva Boaventura:

“[S]e fecharmos os olhos e os voltarmos a abrir, verificamos com surpresa que os grandes cientistas que estabeleceram e mapearam o campo teórico em que ainda hoje nos movemos viveram ou trabalharam entre o século XVIII e os primeiros vinte anos do século XX, de Adam Smith e Ricardo a Lavoisier e Darwin, de Marx e Durkheim a Max Weber e Pareto, de Humboldt a Planck a Poincaré e Einstein. E de tal modo é assim que é possível dizer que em termos científicos vivemos ainda no século XIX e que o século XX ainda não começou.”²⁸⁵

²⁸³ Cristiano Paixão Araújo PINTO, *Modernidade (...)*, p. 32.

²⁸⁴ Boaventura SANTOS, *Um discurso (...)*, p. 43.

²⁸⁵ Boaventura SANTOS, *Um discurso (...)*, p. 14.

D. Legitimidade no discurso pós-moderno

Habermas e racionalidade

Pelo pensamento de Habermas caminhamos para um enlace metodológico original e fundamental para nossa conclusão, bastante afinada à sua postura discursiva. Não é sem motivo termos exposto até aqui, ainda que de passagem, idéias de autores que confessadamente influenciaram seu pensamento, dentre os quais, Peirce, Parsons e Luhmann. No entanto, não podemos dizer que adotamos o marco habermasiano, sendo mais preciso registrar que somente a partir dele poderíamos pensar a racionalidade discursiva e o amadurecimento da legitimação pelo procedimento.

Mais do que nunca, é oportuno registrar, sob pena de sermos gravemente levianos, que a teoria de Habermas é tão extensa (compondo aproximadamente quarenta livros) e tão complexa (passando pelas mais diversas áreas do conhecimento) que não caberia sequer se ocupasse um trabalho inteiro como este — de modo que devemos resistir à tentação de discorrer sobre uma teoria do discurso processual, o que seria uma tentativa certamente fadada ao fracasso.

Evidenciada a alta importância de descrevermos a teoria do discurso em Habermas, devemos passar ao que seja talvez a mais importante idéia para o entendimento do pensamento do autor: a racionalidade. Trata-se de um conceito peculiar, notadamente cunhado em superação ao paradigma da consciência e em prol do desenvolvimento de uma racionalidade inter-subjetiva, que vem a ser o cerne da ética da discussão. Esta teoria significou, em última instância, a reformulação do pensamento kantiano (fundado na subjetividade) pela construção paradigma da comunicação (fundado da pragmática)²⁸⁶⁻²⁸⁷ Essa pragmática é traduzida pela verificação das condições do discurso, quais sejam:

²⁸⁶ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação. Vérite et justification*. Tradução para o francês de R. Rchlitz, Paris: Gallimard, 2001; HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão (...)*.

“— [A] primeira: que cada participante individual seja livre, no sentido de ser dotado da autoridade epistêmica da primeira pessoa, para dizer “sim” ou “não”(…); — a segunda: que essa autoridade epistêmica seja exercida de acordo com a busca de um acordo racional; que, portanto, só sejam escolhidas soluções que sejam racionalmente aceitáveis para todos os envolvidos e todos os que por elas forem afetados.”²⁸⁸

A formulação de Habermas, atendidos os requisitos pragmáticos, leva à construção à qual havíamos nos referido: o conceito habermasiano de racionalidade, que vem a ser o eixo de seu construtivismo moral. A genialidade desta construção mostra-se ainda mais admirável quando se percebe que as condições transcendentais de seu discurso transparecem, na verdade, apenas um aspecto reduzido de transcendentalismo (pois se realizam neste espaço, neste tempo e impregnado de interesses práticos, matizes da linguagem, elementos subjetivos e mediações intersubjetivas). Tudo isso, contudo, não retira da conclusão do discurso sua verdade e sua objetividade:

“[A] verdade que alegamos para uma proposição aqui e agora, no nosso contexto e na nossa linguagem, deve transcender qualquer contexto dado de justificação. Segundo uma forte intuição que nós temos, a verdade é uma propriedade que as proposições não podem perder — uma vez que uma proposição é verdadeira, ela é verdadeira para sempre e para qualquer público, não só para nós.”²⁸⁹

Apesar disso, sem negar suas conclusões, o próprio Habermas repensa recentemente o seu conceito de verdade em vista da falibilidade humana, chegando a afirmar que “a redenção discursiva de uma alegação de verdade conduz à aceitabilidade racional, não à verdade”²⁹⁰. Neste, ponto chegamos a uma nível de rigor dispensável, valendo concluir que a construção habermasiana mostra-se útil porque dá conta de toda a complexidade do mundo, ao mesmo tempo em que responde satisfatoriamente ao anseio da delimitação de um critério objetivo para a

²⁸⁷ “Habermas pretende distanciar-se do kantismo especialmente em relação a três temas, a saber: a necessidade de substituir o idealismo transcendental por um realismo interno; a atribuição de uma função regulativa e não mais constitutiva para o conceito de verdade; e a inserção dos referentes mundanos em contextos do mundo da vida.” Lucia ARAGÃO, em prefácio a obra de HABERMAS, *Agir comunicativo (...)*, p. 12.

²⁸⁸ HABERMAS, *A ética da discussão (...)*, p. 16.

²⁸⁹ HABERMAS, *A ética da discussão (...)*, p. 59-60. Cf. HABERMAS, *O Discurso (...)*, p. 411 e ss.

²⁹⁰ HABERMAS, *A ética da discussão (...)*, p. 61.

interpretação normativa. Em outras palavras, desvenda o sentido único da norma e fundamenta, com sua racionalidade, o conteúdo de justiça e o construtivismo moral. Não se cuida, como se vê, de uma construção muito evidente e que somente pode ser compreendida à contraposição do pensamento kantiano, ou seja, a construção do agir comunicativo e da razão descentralizada só surge em superação aos argumentos transcendentais kantianos bem trazidos por Habermas:

“Ao lado da idéia da unidade do sujeito cognoscente e da idéia de Deus como a origem unificadora das condições de todos os objetos de pensamento, Kant acrescenta a idéia cosmológica da unidade do mundo às idéias de razões teóricas.”

E critica: “O pensamento metafísico rui diante da aparência de uma ordem do mundo hipostasiada, pois faz um uso constitutivo dessas idéias regulativas. O uso reificado da razão teórica confunde o projeto construtivo de um foco imaginário para o progresso da pesquisa, com a constituição de um objeto da experiência acessível.”²⁹¹

Habermas e legitimidade

Os conceitos de racionalidade e verdade tal como expostos não são a contribuição imediata mais importante para o processo, valendo citar que o seu conceito de construção democrática vai ocupar função essencial, notadamente pela perspectiva de Leal. No entanto, antes que cheguemos a essa doutrina, cabe registrar que, de alguma forma, ela deriva da racionalidade exposta na medida em que a busca racional ultrapassa a justificação interna do direito e abre a possibilidade de legitimar as ações finais da comunicação.

“Por este motivo é que Habermas aponta a possibilidade de fundamentação e validação dos comandos normativos em bases racionais, pois sendo o recurso último a inferência dos valores, estes, segundo o discurso racional habermasiano, podem ser verificados segundo critérios que permitem identificar sua validade de forma legítima.”²⁹²

²⁹¹ HABERMAS, *Agir comunicativo (...)*, p. 37-38.

²⁹² DALLA-ROSA, *Uma teoria (...)*, p. 133.

Neste instante, cabem como uma luva as críticas de Habermas já expostas sobre a teoria de Luhmann, valendo lembrar, à guisa de conclusão, que são elas que embasarão a construção do estado democrático de direito. Em suma, são estas as considerações a termos em mente quando da abordagem da teoria de Leal.

Propõe-se, diante disso, o primeiro questionamento contra-habermasiano útil ao processo, consistente em perquirir se podemos aplicar ao processo o seu conceito de verdade. A dificuldade surge quando não encontramos dentro do processo os requisitos pragmáticos para uma construção nos moldes de sua teoria do discurso, principalmente por faltar-lhes o intuito de uma postura racional dos participantes. Essa é uma cogitação incipiente e da qual não encontramos eco na doutrina processualista. Questionamos, assim, a validade do processo judicial para servir de *medium* entre direito e democracia, de afirmação da moral e da legitimação fundada na racionalidade pós-metafísica.

Aproximação à teoria de Leal

Tudo indica que Leal compartilhe da observação de Willis Santiago Guerra Filho no sentido de que, embora nas últimas décadas o processo tenha sido interpretado pela ótica constitucional, fundamentalmente voltou-se a conceitos atinentes ao devido processo legal, tais como, independência do órgão julgador, igualdade de tratamento etc. O problema está em que mesmo estas conquistas não foram levadas às últimas conseqüências, o que seria possível apenas com o amadurecimento de uma teoria que passe a justificar o processo dentro do estado democrático. É o que se vê na seguinte passagem:

“O final dos anos 1960 e o princípio da década de 1970 marcam o advento de uma virtual renovação dos estudos do direito processual, quando se passa a enfatizar a consideração da origem constitucional dos institutos processuais básicos. (...) Inexplorada permanece ainda a via que pode levar a uma completa reformulação do modo de conceber o processo, ao se tentar estruturá-lo de acordo com os imperativos de um

Assim, o processo brasileiro encontra em Rosemiro Pereira Leal²⁹⁴ contribuição singular, pois assimila tudo quando disse das conquistas epistemológicas recentes — notadamente as contribuições de Habermas. Critica o autor não só os padrões da dogmática analítica, mas também o próprio paradigma da instrumentalidade de Dinamarco, em face do que propõe a construção de um paradigma fundado em uma teoria constitucional que sirva base a uma teoria discursiva do processo.

Embora não seja tão evidente na obra do autor, não seria temerário afirmar que existe um desenvolvimento linear entre Bülow e Dinamarco marcado pela trilogia estrutural do processo (ação, jurisdição e processo). Isto seja, com a ressalva de que Dinamarco adiciona a essa trilogia também o elemento da defesa, evidenciando a bilateralidade do direito de ação e, bem assim, o papel relevante do próprio juiz. Entretanto, existe sempre neste caminho — que vem de Bülow e passa por Wach, Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei e mais recentemente por Liebman e Dinamarco — a órbita do sistema em torno dos conceitos da trilogia, notadamente a jurisdição.

Eleição da legitimidade decisória como foco sistemático

A proposta de Leal rompe com essa tradição ao propor que o foco do sistema seja fixado na validade e na legitimidade da decisão judicial, que seriam moldadas em face do nosso *status* democrático — ressalvado que a democracia não se resume à vontade da maioria ou ao Estado poderoso. Além disso, Leal rompe também com a idéia de que o juiz seria o legítimo intérprete da lei, seja pelo seu senso de justiça, seja pela sua autoridade. Diante de tudo isso, o autor propõe que construção de uma teoria processual fundada numa hermenêutica constitucional fundamentadora da decisão.

²⁹³ Willis Santiago GUERRA FILHO, *A Filosofia (...)*, p. 77.

²⁹⁴ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002; e LEAL, Rosemiro Pereira (Coordenador). *Estudos Continuados de Teoria do Processo*. V. I a V, Porto Alegre: Síntese, 2000-2004.

Porém, não pela sua vertente constitucional é que Leal se destaca, ou ao menos não no sentido tradicional emprestado ao termo, dado que a constitucionalização do processo é algo que há muito se cogita na doutrina²⁹⁵. Também não se destaca o autor pela pura análise discursiva da ciência. Seu diferencial é verificado na inserção do *status* democrático pós-moderno dentro processo, entendido a partir do conceito de Fazzalari (procedimento em contraditório ou, numa leitura mais atual, o processo entendido como uma estrutura procedimental constitucionalizada)²⁹⁶. Assim, rumo à pós-modernidade do processo, supera-se a metodologia pretensamente científica que marcou o Estado liberal clássico e o Estado social de direito. Cuida-se, em suma, de uma proposta processual afinada ao tempo do Estado democrático de direito e todas as conquistas epistemológicas brotadas na passagem do princípio do discurso ao princípio da democracia – idéias trabalhadas por Popper, e mais recentemente por Habermas.

Retomada sobre modernidade e instrumentalidade²⁹⁷

Toda recapitulação é perigosa, notadamente as que são feitas diante do direito romano, quando, não raro, extraímos linhas de parentesco entre conceitos jurídicos que, numa análise mais detida, podem não guardar nenhuma relação, a não ser a mera aparência. O certo é que tirar de um passado muito distante conclusões que justifiquem uma tomada de posição severa nos dias de hoje aparenta um tanto precipitado — valendo o mesmo quando se trata de um estudo comparado. Justamente por isso é que se pretende, o tanto quanto possível, realizar análises ambientadas na epistemologia da época em que brotaram as teorias criticadas.

²⁹⁵ C.f. ANDOLINA, Italo Augusto. *Il Modello Costituzionale del Processo Civile*. In: Genesis - Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, jan./abril, 1997, p. 142-157; ANDOLINA, Italo Augusto. *O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional*. Revista de Processo, n. 87, 1999, p. 64; ANDOLINA, Italo Augusto; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile — Il modello costituzionale del processo civile italiano*, 2 ed., Torino: G. Giappichelli Editore. 1997; e BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, p. 122, 1984.

²⁹⁶ Sobre o assunto e as interações entre FAZZALARI e LUHMANN, ver DINAMARCO, em *Fundamentos (...)*, p. 1077; e, DINAMARCO, em *A instrumentalidade (...)*, p. 120 e ss.

²⁹⁷ Cf. PINTO, Cristiano Paixão Araújo, *Modernidade (...)*; e HABERMAS, Jürgen. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Assim é que se faz um paralelo, embora em certa anacronia, entre o ideal moderno de ciência e o atual paradigma da instrumentalidade. Não obstante o destacado anacronismo, a razão redentora²⁹⁸ do iluminismo (1789) pode ser verificada no ideal de juiz do instrumentalismo na medida em que retoma a postura criadora do direito tal qual concebida na primeira versão autocrática de processo decisório, que são os interditos romanos, baseados na tradição e na autoridade.

Dizer, entretanto, que tal postura remonta a qualquer instituto romano não significa nada de excepcionalmente bom ou pernicioso, ainda mais quando o paralelo é assim superficial. O que merece destaque é que a visão instrumental do processo não deve correr o risco – ou ao menos correr de forma consciente o risco – de entregar ao juiz incumbência de desvelar o preceito ético subjacente ao ordenamento jurídico nos moldes em que Carnelutti o defendia ou, bem assim, encontrar o que seria a atuação da vontade concreta da lei, nos moldes propostos por Chiovenda.

“[E]m Carnelutti, a sentença é a expressão formular conjuntiva do preceito e a sanção é que é constitutiva de um direito equiparado ao direito legislado. O descobridor-decisor é nesse ensino “aquele que escuta a voz de Deus” emanante de regras éticas de validade universal.”²⁹⁹

De outro lado, elaborar um discurso em que a atividade decisória do juiz esteja adstrita aos limites da consolidação democrática pode se revelar um discurso igualmente mitificado, ou seja, seria a substituição do mito da justiça pelo mito da democracia. Assim, o significante democracia não passaria de um artifício argumentativo capaz de gerar no receptor uma boa predisposição ao convencimento. Para complicar ainda mais, se a crítica é essa à teoria de Leal, corremos o risco de retroceder rumo à busca de uma metodologia e de uma racionalidade capaz de revelar ao juiz o teor dos princípios constitucionais, que é, em última instância, uma das críticas mais ferozes apresentadas pelo autor às teorias que ele pretende superar.

²⁹⁸ LEAL, *Teoria processual (...)*, p. 18.

²⁹⁹ LEAL, *Teoria processual (...)*, p. 19.

Se o instrumentalismo fosse uma escola com pretensões apenas descritivas, como o realismo³⁰⁰, seria completamente satisfatória a sua abordagem tomando o processo como relação jurídica e instrumento da jurisdição. Todavia, se o instrumentalismo tem pretensões prescritivas, tudo indica ser mesmo uma teoria incompleta, dado que não fornece subsídio prescritivo, apenas uma suposta razão instrumental, uma aproximação entre o direito e o processo e, diante disso, uma retomada rumo ao concretismo da ação. Em suma, o instrumentalismo pretende superar a frieza positivista (valor científico), mas também oculta os seus propósitos éticos (valor ideológico), talvez porque seja simplesmente impossível construir uma teoria da fundamentação ética. Bobbio ressalta com propriedade:

“Toda teoria pode ser considerada do ponto de vista do seu significado e do ponto de vista do seu valor científico. Como ideologia, uma teoria tende a afirmar certos valores ideais e a promover certas ações. Como doutrina científica, sua meta não é outra senão compreender uma certa realidade e dar-lhe uma explicação.”³⁰¹

É justamente este pontos de negativa da carga ideológica inerente à postura prescritiva que nos parece equivocado no instrumentalismo — e ele Leal não aborda. Tudo indica derivar tal equívoco da eleição do centro do sistema pela jurisdição e o seu mecanismo de atuação, qual seja a ação. Diante disso, o instrumentalismo fica limitado a um eixo autoritário e não evidencia o eixo da institucionalização de uma comunidade jurídica que deve atuar por meio de um discurso fundado em direitos fundamentais constitucionalizados. Ao menos é essa a conclusão de Leal que, com base em Habermas, afirma que a atuação judicial não pode ser guiada pela discricionariedade concretizadora, mas sim deve atender à legitimação do direito democrático segundo uma processualização da procedimentalidade.³⁰²

³⁰⁰ Nas palavras de HOLMES: “o direito são profecias do que os tribunais farão de fato”. Ver Alaôr Caffé ALVES, em sua apresentação a ROSS, em *Direito e justiça*, p. 13.

³⁰¹ BOBBIO, *Teoria da norma (...)*, p. 33.

³⁰² LEAL, *Teoria processual (...)*, p. 35.

Nessa mesma toada, Leal evidencia o problema das lacunas no sentido de que, novamente com base em Habermas, na democracia nenhuma norma é exigível se não obedeceu ao devido processo legislativo, de modo que o juiz não pode suprir tal falta. Assim é que, se de alguma forma a lei é lacunosa, seu suprimento deve atender à fundamentalidade jurídica dos direitos humanos institucionalizados constitucionalmente. No intuito de demonstrar os antiquados métodos interpretativos, Leal aponta os métodos analógico, consuetudinário, principiológico e de equidade. A partir daí defende que não é possível, com base em qualquer um desses métodos, forjar uma saída interpretativa que afaste a lei em prol de valores; que prefira a práxis por um processo de ontologização; ou que se valha dos insuficientes critérios hierárquico, cronológico e de especialidade.³⁰³

No caso da saída por uma teoria axiológica, um defensor que merece ser repensado é Alexy, dado que uma valoração fundada na racionalidade soa um tanto estranho. É de se repensar igualmente a tradicional doutrina que fala em qualquer forma intuitiva de superação das lacunas por um senso de justiça ou que condicione a emissão de uma decisão justa a qualquer talento do juiz ou bom-senso. Ainda é questionável a solução de lacunas por meio dos critérios de hierarquia, cronologia e especialidade, dado que tais conceitos referem-se somente ao estratos de vigência, validade e eficácia da norma, e não propriamente ao problema da antinomia ou das lacunas.

Bem assim, a questão das lacunas não pode restar cingida ao critério de validade kelseniano (baseado na norma fundamental) ou ao critério de aceitabilidade de Luhmann (baseado na aceitação generalizada das decisões). Mais uma vez a saída parece estar em levar a sério as conquistas democráticas, dado que a proibição do *non-liquet*, que encontra hoje respaldo num hibridismo metodológico, apenas satisfaz os que acreditam nos juízes como legítimos intérpretes da lei ou mesmo como criadores da lei.

³⁰³ LEAL, *Teoria processual (...)*, p. 39.

“As decisões silogísticas que orientam a proibição do *non-liquet* nas legislações modernas emanaram da combinação artificiosa do método exegetico dos franceses (idolatria das leis), pandectista dos alemães (culto do *corpus juris*) e analítico do ingleses (empirismo da indução-dedução) dos séculos XVII e XIX, implantadores da dogmática hermeneutizada em que a decisão dos juízes (*judge made law*) do *common law* dos ingleses, como síntese silogística das premissas legais do exegetismo do *civil law* dos franceses e dos alemães, poderia, com base no princípio da compulsoriedade decisória necessária à unidade dos sistemas jurídicos, resolver os conflitos por valores jurisprudenciais paralelos ao mundo rígido das leis.

Assim essa insólita “ciência do direito” formadora de uma jurisprudência dos conceitos, jungida a uma jurisprudência de interesses, por uma ordem concreta de valores colhida na realidade pelo talento do decisor, é que tem dificultado o senso jurídico pós-moderno (...).”³⁰⁴

Assim, a questão das lacunas assume pleno relevo no estudo recente da técnica de decisão jurídica, na medida em que não devemos nos contentar com validar o direito por um suposto equilíbrio social e de harmonia sistêmica das normas pela vedação do *non-liquet*, mas sim emprestar validade e eficácia ao fazer jurídico e sepultar a idéia segundo a qual o direito é um sistema fechado, como lembra Willis Santiago Guerra Filho:

“Na verdade, o que parece ser mais coerente é uma concepção do direito não como um sistema fechado de proposições, representado pela idéia da codificação, ou, ao contrário, como algo exclusivamente judicial, voltado para a solução particular em cada caso concreto. Aquilo que mais se aproxima do ideal é um sistema aberto, reconhecidamente pontilhado por lacunas a serem preenchidas pela decisão no caso concreto.”³⁰⁵

³⁰⁴ LEAL, *Teoria processual (...)*, p. 61-66.

³⁰⁵ Willis Santiago GUERRA FILHO, *A filosofia (...)*, p. 47. Cf. ESSER, *Grundsatz und norm in der richterlichen forbildung des privatrechts. Rechtsvergleichende beiträge zur rechtsquellen und interpretationslehre*, 2 ed., Tübingen: C. B. Mohr, 1964, p. 7; e LARENZ, em *Metodologia (...)*, p. 187.

III. Prova e recurso especial

8. Modelos recursais

A. Modelos de cassação e revisão

a. Direito romano

Constitui-se o recuso especial num desdobramento do recurso extraordinário, sendo que para o fim deste trabalho, seus tratamentos devem ser idênticos. E esta consciência é indispensável para compreender o papel do nosso recurso especial, que, embora apresente diferenças próprias, dado que cada regime de cassação tem suas regras peculiares, pode ser inserido no grupo mundial dos recursos cassacionais.³⁰⁶

“Esse desdobramento [entre extraordinário e especial] dá ensejo, através do novo instituto, a um recurso comparável ao recurso de cassação existente em alguns países da Europa continental, entre eles França, Itália, Espanha e Alemanha, bem como em países da América latina, como Colômbia, Guatemala, Uruguai e Cuba.”³⁰⁷

Cabe perquirir, com base em Calamandrei,³⁰⁸ quais seriam as raízes deste tipo de recurso. Reputa-se que a cassação francesa seja o berço da idéia pela qual se devolve, em instância extraordinária, apenas a matéria de direito, dado que a matéria probatória não faz parte da questão federal, ou constitucional, conforme o caso. Por seu turno, o modelo francês teria inspiração romana, mais precisamente em sua distinção entre *ius constitutionis* e *ius litigatoris*, bem como na *querela*

³⁰⁶ Lucia FONTOURA, em *Recurso especial (...)*, p. 41, chama atenção para que os recursos cassacionais europeus, que influenciaram o nosso regime, foram desenvolvidos muito em semelhança ao recurso alemão da ZPO § 549 e § 550, respectivamente fundados em infração a lei ou aplicação incorreta dela.

³⁰⁷ Lucia FONTOURA, *Recurso especial (...)*, p. 13.

³⁰⁸ Barbosa MOREIRA, *Comentários (...)*, p. 101 e ss; e Lucia FONTOURA, *Recurso Especial (...)*, p. 13 e ss. Cf. CALAMANDREI, Piero. *La casación civil (...)*.

nullitatis. Esse seria o estágio inicial dos recursos de estrito direito, marcado pela possibilidade de pretensão de revisão tendo em vista erro formal, e não de juízo material.

O labor do juiz, nesta época, se resumia a uma operação mental de distinção seguida de uma de subsunção. Como se vê, este tipo de mentalidade não era centrada na justiça, mas sim na certeza e previsibilidade do direito, de tal modo que uma aplicação errônea da lei — no sentido de eleição equivocada do direito abstrato relativo à premissa maior — não seria apenas um erro interpretativo, mas também uma própria afronta a ela, gerando a nulidade da sentença. Assim, nulas eram somente as sentenças proferidas contra o *ius constitutionis*, como já mencionado, por erro relativo à existência de norma objetiva. No que concerne a uma violação ao *ius litigatoris*, correspondente a uma violação ao direito subjetivo ou a questão fática, não se aplicava a nulidade à sentença, mesmo porque somente existia uma espécie de vício da sentença: sua inexistência.

A impugnação para declaração de nulidade apenas viria a surgir com a *appellatio* no período da *cognitio extra ordinem*. Contudo, seu relevo para aplicação atual apenas se completa com o amadurecimento da apelação, já do direito germânico da legislação visigoda, momento em que se desenvolve, por influência do direito romano, a idéia de que pode haver vício que não invalide a sentença totalmente. Na verdade, os germânicos eram alheios a esta definição porque qualquer vício se resolvia por mandado sem afetar a existência da sentença. É da fusão desses dois direitos que vai surgir a *querela nullitatis*, baseada na exigência da validade formal germânica e na distinção romana entre sentença nula e injusta. A partir de então, a sentença deveria ser anulada por *errores in procedendo* para que houvesse novo julgamento. Nasce assim o conceito de anulabilidade e a idade moderna do processo.

Na história recente, a *querela nullitatis* acabou por tomar duas formas, uma que desembocaria na apelação (*querela nullitatis sanabilis*) e outra (*querela nullitatis insanabilis*), que continuava a não exigir recurso para seu reconhecimento e que viria a perder relevância na maioria dos ordenamentos europeus. No entanto,

seguindo os moldes portugueses, o Brasil manteve essa dicotomia entre recursos e ações impugnativas autônomas. Apenas por curiosidade, vale mencionar que, dentro dos ancestrais das nossas ações impugnativas autônomas, podemos incluir a *restitutio in integrum*, que tinha o escopo de impedir a cristalização de matéria julgada com iniquidade. Era o que acontecia, por exemplo, na hipótese de dolo da parte vencedora ou do juiz.³⁰⁹

Parece temerário atribuir o desenvolvimento de instrumentos atuais ao desenvolvimento histórico da *querela nullitatis* (apontada como precursora das nossas ações autônomas), mesmo porque nunca foi exata a separação entre recursos e ações autônomas e seus respectivos pleitos de injustiça e invalidade.³¹⁰ Ainda assim Ovídio Batista, apontando Calamandrei, atribui à cassação atual como tendo raízes na *querela nullitatis* — o que soa um tanto estranho, dado que a cassação opera-se por recurso, não por ação. Talvez seja mais preciso remontar a cassação à Revolução Francesa, berço do recurso extraordinário, o que faremos mais adiante, valendo a lembrança de que o modelo mais influente no nosso regime é americano, e não europeu continental. Também por isso as observações que seguem devem ser lidas com algum cuidado.³¹¹

b. Modelos puros

Mais uma vez ingressamos em seara de conceitos teóricos, o que só faz sentido se concebido com ambientação histórica e finalidade prática. São eles o modelo de cassação, no qual órgão essencialmente político exerce função exclusiva de controle, de modo a anular a decisão e remetê-la ao órgão prolator para nova análise; e o modelo de revisão, no qual o próprio órgão ao qual se dirige o recurso é

³⁰⁹ Barbosa MOREIRA, *Comentários (...)*, p. 103.

³¹⁰ Barbosa MOREIRA, *Comentários (...)*, p. 104. Cf. ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile*. v. 2, 5 ed., Milão, 1955, p. 175.

³¹¹ A doutrina alemã de HENKE, com base em SHWINGE, evidencia ligações entre o sistema da cassação e o recurso de nulidade prussiano. Cf. HENKE. *La cuestion de hecho (...)*, p. 216-249.

competente para emitir novo pronunciamento judicial sobre o caso, inclusive com incursão na reanálise probatória.³¹²

Ainda que seja difícil encontrar na prática qualquer dos modelos em sua forma pura, sua abordagem é indispensável para pavimentar nossas conclusões. O primeiro passo é lembrar que os dois modelos nasceram em tempos e em ambientes distintos. O modelo de cassação foi concebido no ambiente revolucionário francês e passou a refletir a forte carga ideológica deste momento.³¹³

“Entre 1800 e 1900, reinou, como era de se esperar, uma idolatria quase cega pelo conceito de Estado de Direito e foi violenta a reação contra o *Ancein Régime*. A desconfiança que havia quanto aos órgãos do Estado fez com que se passasse a preferir a rigidez das normas legais a qualquer espécie de liberdade que pudesse caber ao juiz.”³¹⁴

No entanto, esse perfil foi modificado, de modo a termos hoje, tanto na França quanto na Itália, tribunais autorizados a julgar novamente as causas recebidas.³¹⁵ A título de curiosidade, não deve passar despercebida a lição do direito italiano, que desde 1990, passou a permitir a revisão extraordinária sem reenvio da questão ao

³¹² KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 100 e ss. Em estudo bastante profundo, o autor cita: BELLET, Pierre (org). *La Cour Judiciaire Suprême: une enquête comparative*. Paris: Economica, 1978, p. 9; TARUFFO, Michelle. *Il vertice ambiguo: saggi sulla cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1993; GUZMÁN FLUJA, Vicente C. *El recurso de casacion civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996; e, entre tantos outros, FERRAND, Frédérique. *Cassation française et révision allemande*. Paris: PUF, 1993.

³¹³ Teresa Arruda Alvim WAMBIER, *Controle (...)*, p. 16. Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: SAFE, 1992, p. 40 e ss; e PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica — nova retórica*. Milano: Giuffrè, 1979, p. 75.

³¹⁴ Teresa Arruda Alvim WAMBIER, *Controle (...)*, p. 19. Cf. FERRAZ JR., Tercio. *Função social da dogmática jurídica*, São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 67.

³¹⁵ Anota Barbosa MOREIRA: “Oportuno registrar, mesmo na França, a evolução no sentido de permitir-se à *Cour de Cassation*, pelo menos sob certas condições, que decida ela própria “*le fond de l’affaire*”. (...) Cf., na doutrina, GUINCHARD, *Nouveau c.p.c. commenté*, pág. 648; VINCENT — GUINCHARD, *Procéd. civ.*, pág. 1.044; VINCENT — GUINCHARD — MONTAGNIER — VARINARD, *Institutions judiciaires*, págs. 509 e segs.; HÉRON, *Droit judiciaire privé*, págs. 492, 517/8; CADIET, *Dr. jur. privé*, pág. 841; mais extensamente, BORÉ, *La cassation em matière civile*, págs. 823/4; em sentido crítico, JEANTIN, *Réformer la Cour de Cassation?*, in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, págs. 432 e segs. Fenômeno análogo na Itália, onde a Lei nº 353, de 26.11.1990, modificou o art. 384 do *Codice di procedura civile*, a fim de atribuir competência à *Corte di Cassazione* para, acolhendo o recurso por violação ou falsa aplicação de lei, decidir desde logo o mérito da causa, quando desnecessários “*ulteriori accertamenti di fatti*”; vide, a respeito, ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, págs. 177 e segs.; Proto PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, págs. 268 e segs.; TARZIA, *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, págs. 361 e segs.; CONSOLO — LUISO — SASSANI, *La riforma del processo civile*, págs. 342 e segs.; TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, págs. 130 e segs.” Barbosa MOREIRA, *Comentários (...)*, p. 596.

tribunal *a quo*, observado, no entanto, o exaurimento probatório de segunda instância.³¹⁶

Diante disso, não se sustém atualmente qualquer ligação que se faça entre os modelos de cassação e regimes não-democráticos. De outro lado, é inegável a linha condutora do racionalismo, presente desde a concepção do modelo de cassação até a os dias hoje com nosso esforço em uniformizar a jurisprudência, ao qual Ovídio Baptista tece severas críticas:

“Castanheira Neves, no estudo há pouco mencionado, examinando a missão dos tribunais superiores, criação do liberalismo do século XVIII, mostra que a função originariamente imposta à cassação — qual seja a “defesa em abstrato da lei” —, é um dos tantos ideais do Iluminismo que a História sepultou, assim como deveríamos ter superado o desejo de uniformizar a jurisprudência, objetivo que nosso ordenamento constitucional ainda persegue, através dos recursos de índole extraordinária.”³¹⁷

Do mesmo modo, não é prudente associar o modelo de revisão à liberdade judicial e ao espírito anti-autoritário.³¹⁸ O que devemos buscar hoje é a consolidação democrática que se faz por meio do discurso estabilizado dentro do contraditório constitucionalmente previsto e verificado dentro da prática decisória. Esse tema, no entanto, será retomado oportunamente. Por hora, registremos que, mais importante do que saber como um modelo nasceu, é saber o que ele se tornou. Parece essa a angústia de Iacovello:

“Estranha parábola histórica esta da cassação. Originariamente, não devia sequer ser um órgão jurisdicional, mas um órgão paralegislativo: guardião da ortodoxia normativa, da interpretação única e verdadeira da lei. Depois, transformou-se em juiz da legalidade do processo. Agora, se transformou em último juiz do fato.”³¹⁹

³¹⁶ Teresa Arruda Alvim WAMBIER, *Omissão (...)*, p. 253. Cf. TARUFFO, Michelle; COMOGLIO, Luigi Paolo; e FERRI, Corrado. *Lezioni sul processo civile*. Imola: Il Mulino, 1995, p. 728; e LUISO, Francesco P. *Diritto processuale civile*. v. 2, n. 41, 2 ed., Milão: Giuffrè, 1999, p. 438.

³¹⁷ Ovídio Baptista da SILVA, *Processo e ideologia*, p. 249. Cf. NEVES, Antonio Castanheira. *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra Editora, 1983, p. 649.

³¹⁸ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 101-104.

³¹⁹ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 101-104. Cf. IACOVIELLO, Francesco. *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*. Milano: Giuffrè, 1997, p. 261.

Outra associação que é difícil de ser feita com rigor concerne à justificativa de um modelo fundado na tutela de um processo objetivo, isto é, que vise a resguardar a igualdade do direito sendo cego às circunstâncias do caso concreto. Essa circunstância se agrava diante do fato de que rumamos a uma maior liberdade ao juiz, o que se revela, em última instância, numa busca de justiça para o caso concreto. Diante desse nebuloso quadro, parece pouco sólida qualquer afirmação que associe um dos modelos (de cassação ou revisão) a alguma ideologia ou epistemologia dominantes.

O maior exemplo disso talvez seja tentar justificar o modelo de cassação somente com base na ideologia revolucionária (que buscava afastar os juízes do antigo regime) ou somente com base na epistemologia marcadamente iluminista (crente na possibilidade de conhecimento de uma solução única e verdadeira). De uma forma ou de outra, as assertivas seriam temerárias e incompletas, querendo nos parecer que o comportamento ideológico não pode ser totalmente atribuído à postura epistemológica. Mais uma vez, há um fator político a ser desvendado, como destaca Castanheira Neves, ao registrar que prevalece o silogismo mais como postulado político que metodológico:

“O silogismo era, numa palavra, postulado político, não princípio metodológico — embora levando certamente na base o “espírito do século” que tinha por ideal e não duvidava da possibilidade de reduzir todos os processos humanos ao puramente racional.”³²⁰

Abstraindo a questão histórica, o problema mais atual e mais sério é derivado dos desafios encarados pelo poder judiciário, que são basicamente os mesmos, independente do modelo recursal adotado: “legislação diversa, complexa, suscetível de variada interpretação” e “ambigüidade entre o interesse da parte à justa decisão do caso concreto e o interesse objetivo de uniformização jurisprudencial” — tudo, como se disse anteriormente, resultado da interação vetorial bem explicada por Knijnik.³²¹⁻³²²

³²⁰ Castanheira NEVES, *Questão (...)*, p. 109.

³²¹ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 107.

c. Análise comparativa

Curiosamente, o problema da revisão da análise probatória em instância de superposição é posto de forma mais severa diante do modelo de cassação. Todavia, não há justificativa técnica para isso, dado que o modelo de revisão teria as portas igualmente fechadas para este tipo de análise.

Isso deriva, talvez, de uma postura de esconder de si mesmo — porque não caberia no modelo teórico — que em alguma medida fatos sempre são reanalisados, seja na cassação, seja na revisão. Um indicativo que poderia vir a justificar essa postura, aparentemente sem sentido, está em que o exercício de julgamento de cassação é mais nitidamente realizado em face do acórdão, e não do problema particular, porque seria assim um metajuízo.³²³⁻³²⁴ Ao menos é esse o modelo ideal — digamos ideal porque no Brasil não há possibilidade de conhecimento em instância extraordinária se não há interesse jurídico, o que mitiga o modelo de um processo objetivo.

Esclareçamos: tanto a cassação, quanto a revisão podem ter seu dispositivo amparado num fundamento explícito, sendo que o fundamento oculto (por exemplo, a motivação ideológica da sentença) pode ser outro. O problema está em que, no

³²² “O recurso extraordinário (como o especial, ramificação dele) não dá ensejo a novo reexame da causa, análogo ao que propicia a apelação. Com as ressalvas que a seu tempo hão de consignar-se, nele unicamente se discutem *quaestiones iuris*, e desta apenas as relativas ao direito federal. No seu âmbito, contudo, parece excessivo negar que sirva de instrumento à tutela de direitos subjetivos das partes ou de terceiros prejudicados. Quanto interposto pelo Ministério Público, no exercício daquela função, se legitima à interposição de qualquer recurso.

Seja como for, não há desconhecer a importância e a delicadeza do papel que se vê chamada a desempenhar (hoje como outrora, conquanto reduzida sua esfera de atuação) a figura recursal sob exame, qual peça do nosso mecanismo político tomada a palavra em sua mais nobre acepção. É o que justifica, sem dúvida, a consagração do recurso extraordinário em nível constitucional, subtraída ao legislador ordinário a possibilidade de eliminá-lo, ou mesmo de restringir-lhe a área de cabimento, que a própria constituição se incumba de demarcar.” Barbosa MOREIRA, *Comentários (...)*, p. 578.

³²³ A idéia do próprio juízo como objeto do juízo de cassação remonta aos escritores do séc. XVIII. É o que lembra de KNIJNIK, em *O recurso (...)*, p. 12, apontando lição de Jena-Louis HALPERIN, em *Le tribunal de cassation et les pouvoirs sous la révolution*. Paris: LGDJ, 1987, p. 25-26. O termo metajuízo, por seu turno, remonta a Guasch FERNÁNDEZ, em *El hecho y el derecho en la casación civil*. São Paulo, RePro, n. 22, p. 441; citado por KNIJNIK, em *O recurso (...)*, p. 29.

³²⁴ A mesma lição é anotada por Lucia da FONTOURA, em *Recurso (...)*, p. 41, com base em Rafael BIELSA, em *La proteccion constitucional (...)*, p. 222.

modelo de cassação, se a corte cassa, não tem mais controle sobre qual será a próxima fundamentação. Assim é que, por exemplo, o juízo de cassação pode se basear num fundamento oculto, deixando em aberto as possibilidades para um novo julgamento de mérito em primeira instância. Ao menos nesse sentido, o modelo de cassação é mais transparente, na medida em que impede que o fundamento oculto prevaleça definitivamente na instância de superposição.

Obviamente as implicações aludidas dependem do sistema posto. Não obstante, podemos traduzir preocupações semelhantes entre diferentes sistemas no sentido de que atualmente os modelos sofrem abrandamentos na vedação da análise fática ou no concernente à sua fundamentação. Sintomas disso são, na Itália, (i) a falta de correspondência entre o disposto no acórdão e as reais motivações, notadamente a pretexto de reverter injustiça manifesta; na França, (ii) o desrespeito ao estreito limite de revisão, bem denominado pela doutrina de controle mínimo dos fatos na cassação; na América Latina e América Central, (iii) a tendência de que a instância extraordinária aproxime-se de uma terceira instância; no *common law*, (iv) a tolerância em analisar as questões mistas; e, no Brasil, (v) a sutil diferenciação entre o reexame de prova e a qualificação jurídica das provas.³²⁵

d. Revisitação da nomofilaquia de Calamandrei

Apesar da nomofilaquia de Calamandrei, não se pode crer mais atualmente que a resposta da instância superior seja a tese correta. Nada impede que ela seja a errada, ou melhor, que não faça sentido mais se perquirir qualquer encaminhamento científico erigido por esse vértice. Sem chegar a essas

³²⁵ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 12, cita, respectivamente, da Itália, Guido CALOGERO, em *La logica (...)* p. 4; da França, Jacques BORÉ, em *La cassation en matière civile*. Paris: Dalloz, 1997, p. 453; da Espanha, Manuel Miranda ESTRAMPES, em *La minima actividad probatoria em el proceso penal*, Barcelona: Bosch, 1997, p. 601; da América Latina e América Central, Enrique VESCOVI, em *Panorama de la casacion civil latino-americana. In: Escritti in onore di Elio Fazzalari*, v. 3, Milano: Giuffrè, 1993, p. 477; do *common law*, o Federal Rules of Civil Procedure, rule 52, comentado por Evan Tseen LEE, em *Principled decision making and the proper role of federal appellate courts: the mixed questions conflict*. Southern California Law Review, n. 64, 1991, p. 235; e, do Brasil, acórdãos do STF e do STJ, respectivamente, RE 57.420, Rel. Min. Antonio Villas Boas, DJ 26/05/65, e REsp 184.156, Rel. Min. Felix Fisher, DJ 9/11/98.

conclusões, Knijnik, em revisitação ao tema, ensina o sentido originário do termo concebido por Calamandrei, bem como seu sentido atual:

“[E]m seu sentido originário, a nomofilaquia foi identificada com a definição da interpretação exata, única e verdadeira. (...) Entretanto, fala-se, mais atualmente, numa nomofilaquia tendencial ou dialética, em lugar da tradicional ou formalista.”³²⁶

Com efeito, a nova roupagem da nomofilaquia inclui muito mais uma ótica de estabilização pela persuasão, pela racionalidade, pelo diálogo e pela inserção do balanceamento constitucional das questões processuais, com quer Mazzarela.³²⁷ No entanto, Knijnik, ao fundamento que ambas não abandonam a tese da única resposta correta, não se contenta com essa releitura e soma a ela dois fatores: a de que a jurisprudência como fonte do direito tem uma produção contínua e não-monopolizada. Vale dizer, altera-se benignamente (diversidade dinâmica) no tempo e sofre influência também multidirecional das instâncias inferiores. É o que se dessume da passagem:

“Como foi visto, a jurisprudência envolve um desenvolvimento posterior da lei, de natureza criativa, em maior ou menor grau. Esse processo, também se viu, não é monopolizado por nenhum tribunal (...).”³²⁸

Hoje a nomofilaquia traduz um critério teleológico — como se verá mais adiante — o qual, em maior ou menor peso, é sempre levado em consideração, principalmente se considerarmos a exigência atual de que o sistema judicial seja dotado de previsibilidade. Diante disso, essa releitura da nomofilaquia se mostra completamente atual, e, como destaca Henke, evidencia que o interesse prospectivo da cassação se sobrepõe ao interesse individual.³²⁹

³²⁶ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 120-122. Cf. CALAMANDREI, Piero. *La casación civil (...)*, p. 98-99.

³²⁷ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 122. Cf. MAZZARELA, Ferdinando. *Analise del giudizio civile di cassazione*. Padova: CEDAM, 1994, p. 28.

³²⁸ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 124. Sobre a diversidade dinâmica, o autor cita Arruda ALVIM, em *O recurso especial (...)*, p. 33.

³²⁹ “La evolución histórica de la casación muestra que la finalidad jus-unitaria prevalece sobre el interés del recurrente en que se reexamine la aplicación del derecho. (...) La prevalecencia de la finalidad jus-unitaria acarrea las siguientes consecuencias para la casacionabilidad de los conceptos indeterminados: (...) La interpretación de conceptos es casacionable ilimitadamente, salvo

A previsibilidade é, cada vez mais, uma característica buscada pelo sistema jurídico, principalmente quando se leva em conta a massificação e a instabilidade das demandas da idade contemporânea.³³⁰ Diante disso, surgiram algumas novidades na dogmática, marcadamente a argüição de relevância — hoje prestes a ser retomada por nosso ordenamento — e as súmulas, que se constituem instrumento clarificador da norma e tradutor da jurisprudência prevalecente. Embora tenham afinidade de berço, os enunciados advindos de argüição de relevância sempre se distanciaram das súmulas na medida em que os primeiros tinham o intuito de permitir a admissibilidade, enquanto as súmulas poderiam tratar do próprio mérito do recurso.³³¹⁻³³²

B. Critérios de acesso à cassação ou revisão

a. No direito romano-germânico

Critério lógico-conceitual (e a ontologia em subsunção)

Há quatro linhas básicas de pensamento que embasam a limitação do acesso à cassação. São elas: (i) a lógico-conceitual (ou tradicional), (ii) a teleológica, (iii) a estrutural (ou do rendimento ou das possibilidades de julgar), e (iv) a mista.

Não é preciso grande esforço para delimitar o que seria o campo metodológico da teoria (i) lógico-conceitual, dado que dá suporte a ela o senso comum mais

que el juez de los hechos haya formulado premisas mayores de alcance meramente particularístico o local. (...) La subsunción es incasacionable por otro lado, por faltarle efecto ejemplarizador, cuando el juez de los hechos aprovechó las especiales condiciones (...) no aplicable a otros cuadros fácticos.” HENKE, *La cuestion de hecho (...)*, p. 339.

³³⁰ Arruda ALVIM, *Argüição (...)*, p. 2 e ss.

³³¹ Arruda ALVIM, *Argüição (...)*, p. 32 e ss.

³³² Ainda cogitando de instrumentos dogmáticos para a pacificação da jurisprudência, sustenta Ovídio Baptista em defesa das ações coletivas: “Sem o “filtro” da argüição de relevância nada se fará que possa impedir que os tribunais supremos se tornem mais um degrau da jurisdição comum, funcionando como juízo de apelação. Para as ações repetitivas, que é o grande embaraço na experiência dos tribunais superiores, julgamos não ser necessário submeter-nos à “súmula vinculante”. Bastará transformá-las em demandas coletivas, com a produção de coisa julgada com efeito *erga omnes*”. Ovídio Baptista da SILVA, *Processo e ideologia*, p. 263.

tradicional do direito e que impera também na prática. No entanto, não seria temerário afirmar que, apesar de estar na base do senso comum teórico, na atualidade, esta metodologia assume caráter retrógrado na medida em que não permite sequer leve incursão no controle lógico das provas nem na sua valoração jurídica. Nessa linha de pensar, manifestam-se, sem mitigações, a idéia moderna de prova e a lógica da subsunção.

Também não é preciso muito para demonstrar que essa construção ortodoxa logo sofreria duras críticas. Knijnik, nesse sentido, aponta as críticas de Pohle ao modelo tradicional de Manheim, as quais nos parecem muito acertadas ao concluírem que a análise jurídica é valorativa e que o recorte fático sobre o qual se debruça o juiz não é nem neutro nem puro, dado que derivado do conhecimento sensorial, que é falível. Contudo, o modelo de Pohle ainda crê na neutralidade e na pureza científicas, o que denota sua postura afinada com uma epistemologia moderna. De qualquer forma, a contribuição pela evidência de que o objeto analisado pelo juiz é jurídico e não fático, somado a que a observação que o cria é falível, já é por si só inestimável.³³³⁻³³⁴

Apesar das diferenças, há um importantíssimo traço em comum entre eles, que vem a ser sua filiação à ontologia dos conceitos e à lógica da subsunção. Nisso, os autores são idênticos, como são idênticos nos problemas que enfrentam. O desafio que se coloca é o tradicional: permitir ou não acesso à cassação das questões mistas?³³⁵

“Na verdade, a teoria ou método lógico se revela operativo num primeiro

³³³ As remissões sobre MANNHEIM e POHLE feitas por KNIJNIK, em *O recurso (...)*, p. 136 e ss., têm base em Mauro BOVE, em *Il sindacato della corte di cassazione*. Milano: Giuffrè, p. 37 e ss.

³³⁴ HENKE demonstra consciência, não só de que o critério ontológico necessita de complementação de um critério técnico-processual, mas também é consciente de que o juiz é necessário para definir os casos limítrofes. “Si el juez de casación tubiera que abstenerse de juzgar cuando la valoración es insegura, se excluiría su influencia precisamente allí donde resulta más necesaria. Y si el reexamen casacional no procediese cuando la cuestión de hecho y la de derecho son inseparables, no se resolvería cuándo el juez de casación tendría que aceptar esa inseparabilidad como insuperable y cuándo objetarla por estar la sentencia deficientemente fundada.” HENKE, *La cuestion de hecho (...)*, p. 19.

³³⁵ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 141. Cf. HENKE. *La cuestion de hecho (...)*, p. 17.

estágio. Ela tem aptidão e realmente produz bons resultados para resolver um grande número de hipóteses, e até é lícito dizer que o sistema da revisão, e muito especialmente o da revisão brasileira, a pressupõe. Ela funciona muito bem como uma primeira aproximação para o problema e permite excluir um número relativamente significativo de revisões. (...) Em outros termos, ela funcionará mais como um critério excludente, isto é, como redutor, não como seletor.”³³⁶

Critério teleológico (e relevância prospectiva)

A linha teleológica pretende ser uma alternativa às limitações da linha lógico-conceitual. Há alguns que professam essa linha, dentre os quais, cabe mencionar Schwinge e Kchinke.³³⁷ O primeiro parte de premissa interessantíssima, baseada na indivisibilidade entre fato e direito, tendo em vista que o conhecer do fato traz embutido em si já valorações. Curiosamente, a premissa tem pertinência às conquistas do já mencionado círculo hermenêutico de Gadamer, bem como à tendência contemporânea da instrumentalidade segundo a aproximação entre direito e processo. E, sendo um modo teleológico, vai enfrentar as mesmas dificuldades de fundamentação da instrumentalidade:

“Obviamente, ao pôr-se, como critério, a finalidade da cassação, traz-se para o âmago da teoria um outro problema, que é justamente o de defini-la.”³³⁸

Seja como for, o importante é compreender o esforço teleológico como contraposto ao lógico-conceitual, principalmente no que propõe a substituição do par metodológico tradicional (fato e direito) por um novo (caso singular e questão de princípios). Com isso, esboça-se a necessidade de um novo requisito, que vem bem delimitado em Kuchnke: a exigência de que a questão a ser resolvida tenha relevância para o futuro.

³³⁶ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 141. Cf. BORÉ, Jacques. *La cassation en matiere civile*. Paris: Dalloz, 1997, p. 324.

³³⁷ As remissões sobre SCHWINGE e KCHINKE feitas por KNIJNIK, em *O recurso (...)*, p. 147 e ss., têm base em Horst-Edberhard HENKE, em *La cuestion de hecho (...)*, p. 19 e ss; e em Mauro BOVE, em *Il sindacato della corte di cassazione*. Milano: Giuffrè, p. 41 e ss.

³³⁸ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 148.

“A cassação, agora, deve controlar o juízo subsuntivo somente na medida em que possa, com isso, utilizar a oportunidade para enunciar um princípio interpretativo que contribua ao esclarecimento do conceito jurídico aplicado ou não aplicado pelo juiz.”³³⁹

Nota-se daí, que a linha teleológica acrescenta mais uma contribuição importante ao instrumentalismo, na medida em que fundamenta metodologicamente a função prospectiva da decisão de cassação e reconhece a impossibilidade de criar uma regra geral satisfatória. Esse aparato justifica, por exemplo, a abordagem de uma circunstância marcadamente fática no juízo de cassação, dado que o óbice que se coloca não é pertinente aos caracteres essenciais do fato ou à vagueza do conceito. De outro lado, torna-se problemático compatibilizar o ponto de vista metodológico teleológico com a nossa sistemática, porque o foco seria marcadamente objetivista e ignoraria as peculiaridades do caso concreto, caros à nossa sistemática.

Critério estrutural (e a vedação de nova instrução)

Esta linha, também batizada por linha do rendimento ou das possibilidades de julgar, simplesmente abdica de um critério teórico e cinge-se a um critério prático, qual seja, a vedação da nova instrução. Cuida-se de uma opção fundada na idéia de que o juízo probatório ordinário é superior em precisão, motivo pelo qual não se deve revisar algo que se encontra em condições menos propícias de análise. Henke resume:

“[S]ão cassacionáveis todas as constatações, sejam de natureza jurídica ou fática, que o tribunal de cassação está em condições de reexaminar sem uma nova instrução probatória, e não cassacionáveis, pelo contrário, aquelas hipóteses cuja verificação requeira uma instrução nova.”³⁴⁰

Como se vê, essa forma de pensar não padece dos mesmo males das anteriores, respectivamente, a impossibilidade de fixação do conteúdo ontológico dos conceitos e a impossibilidade de fundamentação das orientações teleológicas. Todavia,

³³⁹ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 149.

³⁴⁰ HENKE, em *La cuestion de hecho (...)*, p. 19; citado por KNIJNIK, em *O recurso (...)*, p. 155; define o que seria a linha de orientação de PETERS, HENKE, WARDA e GOTTWALD.

padece, a toda argumentação, de um problema igualmente grave, qual seja, a delimitação da tal margem decisória consistente na avaliação de estar maduro ou não o caso para julgamento. Aliás, tudo indica que se trata de problema bastante semelhante ao qual se pretendia prestar socorro desde o início, não obstante a zona de certeza e incerteza pese sobre outros conceitos.

Critério misto (e a associação de outros critérios)

Por fim, há sempre espaço para definição do que vem a ser uma linha de pensamento mista — ou mais precisamente, várias teorias mistas. No entanto, não se propõe por qualquer delas nenhum critério original. O que há de original nelas é o cruzamento dos critérios já mencionados, ou seja, um meta-critério — o que não suprime a zona de incerteza derivada de cada método eleito. Por exemplo, se elegemos que todas as linhas serão subsidiárias ao critério lógico-conceitual, temos uma zona de incerteza conceitual; se elegemos que a competência cassacional será permitida somente no que a lei não definir, teremos uma zona de incerteza derivada do critério eleito.

“Na verdade, o que as teorias intermediárias — inesgotáveis — evidenciam é a inexistência de um sistema fechado e inflexível, mas variante, cambiante, que não dá origem a um sistema teórico propriamente dito, mas a construções de natureza tópica e aproximativa, intermediárias e mistas, em função dos fracassos a que a aplicação pura e irrestrita de modelos teóricos abstratos acabou por conduzir.”³⁴¹

Podemos, de outra forma, admitir o que seria ainda mais severo: reproduzir uma multiplicidade de variáveis a partir de casos específicos que tentem reproduzir o comportamento de uma corte de cassação, porém, nem assim chegaríamos a um modelo satisfatório porque nem sempre os motivos transparecidos pela decisão são os reais motivos. Como se vê, caminhamos rumo a trilhas bastante nebulosas e não-científicas, o que é ainda mais agravado quando se pensa ceticamente a respeito de uma teoria sobre a decidibilidade.

³⁴¹ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 164-165.

O ceticismo, no entanto, acaba sendo pernicioso porque a corte passa a ser vista como a senhora absoluta de suas decisões, ou seja, dispensa-se a fundamentação das decisões. Assim, nos resta observar com segurança o fenômeno apenas de seu ponto de vista realista. O realismo, no entanto, é incompleto — não por não ser dotado de conceitos ontológicos, porque renuncia a isto, mas por constituir-se numa metodologia nitidamente descritiva. Sem maiores elucubrações, notamos que a metodologia descritiva sofre do problema da indução³⁴², ainda mais em terreno tão complexo como o da teoria da decisão. Esse é um problema que ressurgiu mais adiante, ao nos darmos conta de que a redução da legitimidade à validade acaba sendo uma redução da realidade especialmente perniciosa à construção democrática. Mais uma vez, deixemos a questão em suspenso por hora.³⁴³

b. No *common law*

Aproximação ao sistema

Desborda do escopo deste trabalho ambientar em detalhes o que vem a ser o modelo de *common law*. O que importa é saber que dentro dessa família do direito costumeiro foi forjado conceito importantíssimo ao fim deste trabalho, qual seja, o conceito de questões mistas (*mixed questions*), principalmente pelo o que o conceito significa para o desenvolvimento da Teoria Tricotômica de Knijnik.

Vale registrar, desde o início, que esta escola não tem a distinção entre cassação e revisão vista pela mesma ótica que nós. Isto porque, embora reflexamente se cuide

³⁴² “Ora, está longe de ser óbvio, de um ponto de vista lógico, haver justificativa no inferir enunciados universais de enunciados singulares, independentemente de quão numerosos sejam estes; com efeito, qualquer conclusão colhida desse modo sempre pode revelar-se falsa: independentemente de quantos casos de cisnes brancos possamos observar, isso não justifica a conclusão de que todos os cisnes são brancos. (...) A questão de saber se as inferências indutivas se justificam e em que condições é conhecida como o problema da indução.” POPPER, *A lógica (...)*, p. 27-28.

³⁴³ HENKE compartilha da insuficiência desses métodos. No entanto, defende que a chave para sua superação estaria na abordagem aos conceitos indeterminados, circunstância de direito material. “Como se desprende del análisis de las teorías hasta aquí expuestas, el defecto principal de éstas consiste en haber descuidado las cuestiones básicas de derecho material y de método que plantea el concepto indeterminado.” HENKE, *La cuestión de hecho (...)*, p. 54.

de uma questão importante, o que impera é uma distinção entre juiz e jurado, pela qual se atribui ao *judge* a questão de direito e ao *juror* a questão de fato.

“O processo americano já foi identificado com o processo romano clássico. A separação funcional entre juiz e jurado, que, no segundo encontrava paralelo no pretor e no juiz, implica em [sic] atribui ao juiz (*judge*) o conhecimento e a apreciação da matéria de direito ou das questões de direito (*question of law, matter of law*) e ao júri (*jury*), composto por jurados (*jurors*), as questões de fato (*question of fact* ou *finding of fact*). Aliás, é costume denominar o jurado como “*factfinder*” (*fact* + *finder*), ou seja, aquele que descobre o fato.”³⁴⁴

Diante disso, renasce a nossa velha questão, embora vista sob outra ótica, dado que o problema de distinção brota ainda na instância de apelação, seja na revisão de decisões em que participaram júri, seja naquelas em não se prevê sua participação. De uma forma ou de outra é sempre o juiz de primeira instância que diz o direito, seja a partir da resposta ao quesitos por ele formulados, seja com base em seu próprio juízo. A partir daí, a instância de apelação é competente apenas para revisão da matéria de direito, a não ser que se verifique exceção legal consistente em permitir a revisão no caso de a conclusão de primeiro grau ser claramente equivocada. Como se vê, o mesmo problema, sob novos contornos: “trata-se de problema universal.”³⁴⁵

Brotam, a partir de então, algumas possibilidades de tratamento das questões de fato em apelação, seja por se enquadrarem na exclusão legal, seja por consistirem em casos não puramente de fato nem de direito, ou seja, questão mista. As orientações são as seguintes:

“[U]ma primeira orientação entende que as *mixed questions* devem ser tratadas como questões de fato (no que nos diz respeito, escapando ao controle *in iure*); uma segunda orientação entende que devam ser tratadas como questões de direito (isso redundaria na plena cognoscibilidade *in iure*); uma terceira teoria não formula regras geral, antes analisa cada *mixed question* isoladamente (isso implicaria, tal como no direito francês, um controle seletivo). E existem ainda aquelas decisões das quais não exsurge um padrão definido e não permitem uma formulação geral (algo

³⁴⁴ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 165.

³⁴⁵ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 135.

que redundaria num controle de tipo discricionário).³⁴⁶

Questão mista como fato (e nomofilaquia no *common law*)

O próprio sistema de precedentes propicia que toda decisão sobre a admissibilidade do juízo de revisão probatória tenha uma carga prospectiva, de modo que um juízo teleológico é inevitavelmente presente, mesmo em pequena carga. Assim, se de um lado o juízo teleológico serve para abrir as portas da revisão, no presente caso serve para fechá-las.

Com base em Monaghan, o argumento científico apresentado consiste em que à instância de apelação cabe apenas fixar uma premissa maior (*law declaration*). Assim é que se for necessário ingressar na identificação do fato (*fact identification*) para avaliar a aplicabilidade da premissa maior, o conhecimento da causa seria negado.³⁴⁷

Questão mista como direito (e qualificação jurídica dos fatos)

Essa teoria, que conclui por idéias coincidentes com as dominantes no Brasil, é representada por Goodhart. A tese central é a de que a qualificação jurídica dos fatos é uma questão mista e que ela deve ser tratada como se de direito fosse, permitindo ampla revisão em grau de apelação. Tudo indica que essa tese sofre um agravamento de seus problemas porque a competência do júri vem sendo gradualmente diminuída — o que a leva a se aproximar ainda mais do caso brasileiro, seja em objeto, seja em conclusão.³⁴⁸

³⁴⁶ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 169.

³⁴⁷ KNIJNIK, em *O recurso (...)*, p. 166 e ss., aponta diversos autores, dentre os quais: GREEN, Leon. *Judge and jury*. Kansas City Mo.: Vernon Law, 1930; e MONAGHAN, Henri P. *Constitutional fact review*. In: *Columbia law review*, v. 85, n. 2, mar., 1985, p. 229 e ss.

³⁴⁸ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 173 e ss. Cf. GOODHART, A. L. *Appeals on questions of fact*. In: *Law Quarterly Review*, v. 71, p. 402-414.

Controle seletivo da questão mista (e relevância prospectiva)

Essa forma de abordagem ao assunto não parte nem de uma dicotomia, nem de uma tricotomia. Na verdade, parte de um critério de preponderância da questão, associado à sua relevância. Esta postura, associada ao fato de que o sistema de *common law* preza pela previsibilidade do sistema, acaba por se afinar à descrita para o sistema romano-germânico sob a denominação de teleológica.

Discricionariedade na questão mista (e ausência de critério científico)

A própria abordagem ao direito de *common law* se mostra bastante complicada na medida em que a doutrina parte sempre de precedentes. E é somente isso que existe sobre este assunto: um caótico grupo de precedentes. Ora, se a jurisprudência deriva de um jogo problemático, é natural que existam decisões que fujam a qualquer critério científico. Não obstante sua pouca importância, chamam atenção — para quem insiste em um caminho metodológico, como é o caso de Knijnik — e sua análise serve de estímulo a que se construa um critério científico que as abarque.

C. Modelo brasileiro

a. Ambientação do STF e STJ

Inescusável pensar o modelo brasileiro sem que se aborde o papel do STF conjuntamente com o do STJ porque a competência deste, no que concerne à competência extraordinária, é um desdobramento da competência daquele e oriunda da famosa crise do STF.³⁴⁹ O primeiro passo para visualizar amplamente o desdobramento dessa competência passa pela abordagem à nossa corte

³⁴⁹ “São conhecidos os motivos que levaram o constituinte federal de 1988 à criação do Superior Tribunal de Justiça, e à extinção do Tribunal Federal de Recursos. Em última análise, a chamada “crise do Supremo Tribunal Federal”, pelo número de feitos sempre crescente e absolutamente excessivo, postos a cargo dos integrantes do Excelso Pretório.” Athos Gusmão CARNEIRO, *Recurso especial (...)*, p. 3.

constitucional que, conquanto tenha competências abstratas (ADIN e ADPF, por exemplo), pertence ao judiciário e não é composta por membros de todos os poderes. Bem assim, não há mandato a ser cumprido pelos nomeados. Por fim, para que se distancie ainda mais dos modelos de corte constitucional italiano e alemão, somente o Presidente da República é quem nomeia seus ministros.³⁵⁰ Ainda assim, não aparenta equivocado denominar o STF de corte constitucional, como se vê adiante:

“Têm razão (...) os que sustentam que o Supremo Tribunal Federal é “a Corte Constitucional do Brasil”, condição que não se desnatura pelo fato de acumular outras competências de natureza não-típica da jurisdição constitucional. Mesmo no sistema europeu, as chamadas “Cortes Constitucionais” têm atribuições que não se limitam a apreciar a legitimidade das normas ou a apreciar questões relacionadas com a aplicação direta de preceitos constitucionais.”³⁵¹

De todo modo, é bom que se destaque, que na concepção tradicional, “uma corte Constitucional é uma jurisdição criada para conhecer especial e exclusivamente o contencioso constitucional, situada fora do aparelho constitucional ordinário e independente deste e dos poderes públicos”.³⁵²

No caso do STF, esta competência — no que concerne ao seu controle concreto — foi desdobrada, dando origem aos recursos hoje batizados de extraordinário e especial. Embora separados, os recursos tiveram sempre regime semelhante também no CPC e alterações posteriores, o que pode ter sido uma opção infeliz, já que causou diversas dificuldades em vista dessa regulação conjunta.³⁵³ Podemos citar que, na prática, recorre-se de tudo por duas vias, já que nunca se sabe qual delas irá prosperar. Disso, advém uma duração maior do processo e um custo operacional muito maior ao Estado — sem contar a possibilidade de negativa de jurisdição em dúvida sobre tratar-se de questão federal ou constitucional, na hipótese de o jurisdicionado haver optado pelo caminho indevido.

³⁵⁰ Nelson NERY JR., *Princípios (...)*, p. 29 e ss.

³⁵¹ ZAVASCKI, *Eficácia (...)*, p. 16. Cf. CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 70.

³⁵² FAVOREU, *As cortes (...)*, p. 15.

³⁵³ Barbosa MOREIRA, *Comentários (...)*, p. 579.

Na verdade, a criação brasileira não se aproxima tanto do modelo europeu porque foi inspirada na suprema corte norte-americana, inclusive no que toca à vedação ao controle abstrato da constitucionalidade concebida inicialmente no Brasil. Tal traço, entretanto, mais tarde foi mudado e inserido no nosso país em 1965 — o que lembra Nelson Nery Jr., desvirtua o molde de corte constitucional e altera o equilíbrio entre os poderes da república.³⁵⁴

b. Berço histórico do recurso extraordinário

Seja como for, o que deve ser ressaltado é a afinidade dos recursos extraordinários, enquanto gênero, e a doutrina norte-americana, pela qual foram concebidos.³⁵⁵ Embora se cogite da sua ligação, tanto com a remota suplicação do direito português, bem como com o recurso de revista pré-republicano brasileiro, sua origem mais fiel é norte-americana, como lembra José Afonso da Silva:

“Nos termos em que o Recurso Extraordinário entrou na legislação nacional, reconhece-se, nitidamente, sua filiação ao Direito saxônico, através do *Writ of error* dos americanos.”³⁵⁶

Sua concepção data de 1789, pelo *Judiciary Act* desse ano, que permitiu a revisão de decisões de tribunais estaduais por parte da corte suprema norte-americana, vindo a se consolidar porém apenas com supervenientes decisões (marcadamente os casos *Martin v. Hunter's Lessee* e *Cohens v. Virginia*), as quais reconheceram a constitucionalidade da lei ordinária que inicialmente dispôs sobre o assunto. A partir de então, sobreveio regulamentação sobre a competência recursal da suprema corte no sentido de distinguir o que seria o *writ of certiorari*³⁵⁷ (cujo pedido consistia

³⁵⁴ Nelson NERY JR., *Princípios (...)*, p. 34.

³⁵⁵ José Afonso da Silva aponta que o recurso extraordinário, na verdade, tem essência de recurso ordinário, embora interposto sempre pela via excepcional. Cf. SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário (...)*, p. 105.

³⁵⁶ José Afonso da SILVA, *Do recurso extraordinário (...)*, p. 27. Cf. MARQUES, Frederico. *Instituições (...)*, v. 4, p. 324 e ss; e BERMUDEZ, Sergio. *Comentários (...)*, p. 232 e ss.

³⁵⁷ “O *writ of certiorari*, algo semelhante ao nosso recurso extraordinário, é decidido, em julgamento, em duas espécies de exame, por votos de quatro *Justices*: 1.º) *per curiam* (julgamento sobre o recebimento do recurso ou não recebimento, *granted* ou *denied*) que são dados sem fundamentação, em função das *judicial policies*, deliberações de política judiciária, pois, inexistindo

em mais que “*matter of right, but of sound judicial discretion*” concernente a decisões finais dos tribunais estaduais) do *writ of error* (cujo pedido consistia em revisão ampla de decisões de tribunais inferiores aos estaduais). A partir de então, todo o caminho foi traçado para limitar a admissão, por meio de discricionariedade judicial, do *writ of error*, que viria a ser a raiz do nosso recurso extraordinário.³⁵⁸

No Brasil somente em 1894, embora já houvesse previsão de regime semelhante há três anos, instalou-se o recurso extraordinário. Sob essa denominação — distinguindo-se dos recursos extraordinários do direito comparado concebidos para impugnar decisões transitadas em julgado — foi concebido o recurso tendente a possibilitar revisão extraordinária de julgados de segunda instância. Outro marco importante foi a reforma constitucional de 1926, por meio da qual foi reconhecida a hipótese de cabimento recursal com fulcro em dissídio jurisprudencial. A partir de então, pouco mudou nesse recurso, não obstante a superveniência de diversas alterações legislativas. Isto é, até a edição da atual Constituição, por meio da qual houve o destaque entre os recursos especial e extraordinário, fazendo STF ainda mais próximo de uma corte constitucional.³⁵⁹

c. Nosso modelo *sui generis*

O modelo brasileiro tem uma feição própria, como destaca Knijnik:

“[O] Recurso Especial aproxima-se da revisão, mas pode, e não raro opera, como uma verdadeira cassação, especialmente quando exercita sua função disciplinar. Nesse caso, o Tribunal anula a decisão e a reenvia ao Tribunal Estadual, para que este prossiga no julgamento. Tal ocorre, sobretudo, nos casos de *errores in procedendo*.”³⁶⁰

statute grounds (fundamentos de direito escrito) para justificá-las, são de pertinência dos poderes do *judge-made law*, ou seja, dos *case laws*; 2.º) *on the merits*, em que há o voto do relator (vote), os votos concorrentes, (*concurring opinions*) e os votos vencidos (*dissenting opinions*), com os resultados, em relação decisão recorrida: *affirmed*, ou *reversed and remanded* (essa última decisão, com ordem para o tribunal “a quo” reformar sua decisão, em função da definição dada à norma jurídica *sub specie*). São razões para o *certiorari*: a) razões importantes e especiais; b) conflitos entre as correntes federais e as estaduais (em matéria de competência); c) decisões das cortes estaduais superiores sobre uma *federal question*; e) decisões da própria *Supreme Court*.” Guido Fernando Silva SOARES, *Common law (...)*, p. 92. Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal nos países anglo-saxônicos. In: *Temas de direito processual. Sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 155-178.

³⁵⁸ Barbosa MOREIRA, *Comentários (...)*, p. 573-578.

³⁵⁹ MANCUSO, *Recurso (...)*, p. 88 e ss.

³⁶⁰ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 128.

No fim, temos um regime próprio, cujo molde é a pretensamente científica vedação do reexame de fato. O problema se coloca nesses termos: se a vedação do reexame de fato é relevo importantíssimo para a admissibilidade do recurso, há parâmetro seguro para sua fixação? A pergunta permanece insolúvel porque o comportamento do tribunal revela que muito mais importante do que um modelo teórico a seguir são os óbices da prática judiciária. Assim, se o tribunal encontra-se impossibilitado de prestar um serviço num tempo razoável, a vedação da análise da matéria fática pode acabar servindo de subterfúgio. Tudo isso parece ser muito mais importante que qualquer elucubração teórica. Não há erudição que afaste o conhecimento da prática. Pode até ser anti-científico, mas é inquestionável a influência desse fator sobre o amplo uso desse artifício de negativa de jurisdição.

Ainda contra a adoção pela prática de uma teoria da cassação ou da revisão, é de se notar que, por vezes, os tribunais superiores acabam por admitir o ingresso em matéria probatória para garantir uma decisão mais justa. Talvez isso seja derivado da nossa peculiar construção de competências, na qual, por vezes, a instância majoritariamente extraordinária funciona também como instância ordinária. Para tanto, basta lembrar as hipóteses de competência originária ou de cabimento recursal ordinário. Como o órgão é um só (formado pelos mesmos julgadores e colegiados) a justificativa teórica do seu comportamento acaba por sucumbir diante de uma adaptação do corpo julgador à sua competência. Nosso regime é *sui generis*, seja nas suas competências, seja na própria evolução teórica.

Tudo isso faz da delimitação do critério de admissibilidade fundado na vedação do exame de probatório uma fronteira bastante perigosa, ainda mais porque, como é sabido, a teor da Súmula 456 do STF³⁶¹, o tribunal deve rejulgar a causa se conhecido o recurso, do que se extrai que nosso sistema não é o de cassação.

“Não há no processo civil brasileiro recurso de cassação, onde o tribunal superior cassa o acórdão do tribunal inferior e lhe devolve os autos para que seja proferida nova decisão. Os nossos recursos constitucionais têm

³⁶¹ “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa aplicando o direito à espécie.”

aptidão para modificar o acórdão recorrido. O provimento, tanto do recurso especial quanto do extraordinário, tem como consequência fazer com que o STF e o STJ reformem ou anulem o acórdão recorrido.”³⁶²

De outro lado, ainda que deva rejulgar a causa, com rigor técnico, não está autorizada qualquer incursão na seara probatória. Inexorável, com efeito, que “a interpretação desta súmula gere problemas”³⁶³. O mais evidente deles é a necessidade de compatibilização desta súmula com as mencionadas Súmulas 7 do STJ e 279 do STF. Tal cotejo, na verdade, não se realiza tendo em mente apenas estes verbetes, mas toda a jurisprudência, que se inclina no sentido de estreitar as vias de acesso extraordinárias. Tanto é assim que Teresa Arruda Alvim Wambier passou a adotar posição acorde com a explicitada — diante do diagnóstico de que o acesso à instância extraordinária era de fato muito restrito — passando a defender que, para que não se negue acesso à justiça, a segunda instância é que deve fornecer subsídio completo para eventual discussão acerca do acerto da interpretação legal no STJ ou STF, conforme o caso. A autora, com base nisso, sintetiza o que deveria ser buscado em segunda instância:

“a) uma significação jurídica diferenciada par o dever de motivar a decisão relativamente do 2.º grau de jurisdição.

b) atribuir-se cada vez mais importância à figura do prequestionamento.

c) identificarem-se, cada vez mais, raízes constitucionais nos embargos de declaração, o que faz com que passe a ser tratado com mais dignidade pela doutrina.”³⁶⁴

Não obstante as observações de Teresa Arruda Alvim Wambier — com as que concordamos — no sentido de que a decisão de segundo grau deveria vir preparada “para fim de que se destina a sua fundamentação, qual seja, viabilizar o julgamento do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça”³⁶⁵, pensamos que o problema está mais na instância extraordinária do que na ordinária propriamente.

³⁶² Nelson NERY JR., *Teoria Geral (...)*, p. 441.

³⁶³ Teresa Arruda Alvim WAMBIER, *Omissão (...)*, p. 241. Cf. STJ, RESP 5.178, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 25/11/91.

³⁶⁴ Teresa Arruda Alvim WAMBIER, *Omissão (...)*, p. 248.

³⁶⁵ Teresa Arruda Alvim WAMBIER, *Omissão (...)*, p. 249.

Assim é que, ainda que as decisões de segundo grau sejam muito bem fundamentadas, até mesmo por impossibilidade material, continuará a existir denegação de justiça extraordinária. Tudo indica então que o mínimo desejável é que a instância extraordinária estabeleça critérios de admissibilidade e cabimento, inclusive no que toca aos embargos declaratórios de segunda instância, chamados de prequestionadores, para que exista uma comunicação perfeita entre a viabilidade recursal e a necessidade de fundamentação. Nesse mesmo sentido, deveria ser pacificada entre o STF e o STJ a questão relativa a considerar-se prequestionada a matéria, ainda que os embargos declaratórios prequestionadores sejam rejeitados.

Liberdade judicial e irresponsabilidade

Esse quadro caótico deriva da liberdade judicial presente no nosso sistema, o que, se por um lado, é desejável; de outro, conduz à sua impresivibilidade. Quem perde neste jogo é o jurisdicionado porque, num campo tão técnico como é o dos recursos extraordinários, ao não atenderem à malha de requisitos legais e jurisprudenciais, terminam sem conhecimento em nível extraordinário.³⁶⁶ De outro lado, o caos se mostra ambiente propício para soluções engenhosas, como se pretende demonstrar na parte deste trabalho concernente à jurisprudência.

De uma forma ou de outra, o importante é frisar que a liberdade judicial não é boa nem ruim em si. O indesejável é que o juiz se utilize da liberdade judicial travestida de rigor técnico. Assim, por exemplo, pode negar conhecimento ao recurso imaginando que assim não interfere no mundo. Segundo Ovídio Baptista, essa sensação de irresponsabilidade é possível através de uma “naturalização da realidade”:

“É através dela [naturalização da realidade] que o juiz consegue a tranquilidade de consciência, que lhe permite a ilusão de manter-se irresponsável. Se ele recusar-se a outorgar alguma espécie de tutela que,

³⁶⁶ A doutrina brasileira registra que, no mister de manter a uniformidade e a coerência da interpretação do direito (nomofilaquia), os recursos extraordinários são objeto de uma instância justamente extraordinária. Nesse sentido se distingue do que seria uma terceira instância, ou terceiro grau de jurisdição — o que não existe no nosso sistema.

de algum modo, modifique o *statu quo*, imaginará que a sua imparcialidade será preservada. Para o pensamento conservador, manter o *statu quo* é o modo de não ser ideológico. (...) Se o juiz aplicar a vontade da lei, imagina-se que a injustiça terá sido cometida pelo legislador.”³⁶⁷

d. Limites cognitivos do estrito direito

As implicações práticas da definição de uma questão como sendo de direito não são meramente concernentes aos recursos, valendo lembrar questões atinentes à admissibilidade da ação rescisória, ao incidente de uniformização de jurisprudência e aos embargos de divergência também são afetadas por essa classificação.³⁶⁸ Knijnik lembra ainda as influências sobre o mandado de segurança, o *habeas corpus*, a revisão criminal e os processos de competência do tribunal do júri, entre outras peculiaridades do processo penal.³⁶⁹

Especificamente no que concerne aos recursos de estrito direito, devemos trazer a lume algumas observações bastante técnicas. São elas pertinentes à dimensão vertical do efeito devolutivo³⁷⁰ e ao efeito translativo³⁷¹, ambos ausentes nos

³⁶⁷ Ovídio Baptista da SILVA, *Processo e ideologia*, p. 16.

³⁶⁸ Teresa Arruda Alvim WAMBIER, *Controle (...)*, p. 154 e ss.

³⁶⁹ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 13.

³⁷⁰ Cf. MOREIRA, José Carlo Barbosa. *Comentários (...)*, p. 330 e ss; e 530 e ss.

³⁷¹ “O efeito devolutivo do recurso tem sua gênese no princípio dispositivo, não podendo o órgão *ad quem* julgar além do que lhe foi pedido na esfera recursal. (...) Há casos, entretanto, em que o sistema processual autoriza o órgão *ad quem* a julgar fora do que consta das razões ou contra-razões do recurso, ocasião em que não se pode falar em julgamento *extra, ultra* ou *infra pateta*. Isto ocorre normalmente com as questões de ordem pública, que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz e a cujo respeito não se opera a preclusão (...). A translação dessas questões ao juízo *ad quem* está autorizada no CPC 515 §§ 1.º a 3.º e 516. (...)

Não há o efeito translativo nos recursos excepcionais (extraordinário, especial e embargos de divergência) porque seus regimes jurídicos estão no texto constitucional que diz serem cabíveis das causas decididas pelos tribunais inferiores (CF 102 III e 105 III). Caso o tribunal não tenha se manifestado sobre questão de ordem pública, o acórdão somente poderá ser impugnado por ação autônoma (ação rescisória), já que incidem na hipótese os STF 282 e 356, que exigem o prequestionamento da questão constitucional ou federal suscitada, para que seja conhecido o recurso constitucional excepcional. (...) Além disso, a lei autoriza o exame de ofício das questões de ordem pública a qualquer tempo e grau de jurisdição (CPC 267 § 3.º). Ocorre que a instância dos recursos extraordinário e especial não é ordinária, mas excepcional, não se lhe aplicando o texto legal referido.” Nelson NERY JR., *Teoria Geral (...)*, p. 482-488.

recursos extraordinários.³⁷² Lembrando a distinção de Kazuo Watanabe³⁷³, devemos esclarecer que os limites horizontais da cognição precedem à limitação vertical, razão pela qual no recurso extraordinário somente pode ser revisto o direito aplicado pelo acórdão recorrido — o que se traduz na exigência do prequestionamento. A limitação vertical, por seu turno, tem vários óbices, sendo o maior deles o de que a decisão apenas pode ser revista com base na instrução realizada — o que se traduz também na vedação de reexame de prova. Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier:

“[E]m relação aos recursos cujas hipóteses de cabimento são taxativamente alistadas na lei, o efeito devolutivo é restrito, assim manifestando-se: a) O objeto do recurso deve ter sido matéria decidida pelo juízo *a quo*; e b) Da matéria decidida, só poderá ser impugnada pelo recurso a matéria apontada como justificadora da interposição do recurso em questão. (...)”

Nesse sentido, o STJ tem entendido que “mesmo as nulidades absolutas não poderão ser examinadas no especial, se a matéria pertinente não foi, de qualquer modo, cogitada pelo acórdão recorrido, excetuando-se apenas aquelas que decorram do próprio julgamento” Isso porque, se a decisão recorrida não analisou a questão, não se pode falar que tenha havido violação da lei federal.”³⁷⁴

Não podemos descuidar porém, da parcela da jurisprudência e doutrina que ignora os limites horizontais da revisão extraordinária, seguindo os moldes do efeito translativo e justificando o conhecimento amplo do recurso.³⁷⁵

³⁷² Teresa Arruda Alvim WAMBIER, *Omissão (...)*, p. 204.

³⁷³ Cf. WATANABE, Kazuo. *Da cognição (...)*.

³⁷⁴ Teresa Arruda Alvim WAMBIER, *Omissão (...)*, p. 213-215. Cf. STJ, RESP 3.409, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 19/11/90; e RESP 30.615, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 15/12/93.

³⁷⁵ A título de exemplo, podemos citar o STJ, RESP 155.895, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJ 20/11/00.

9. Teoria Tricotômica

a. Teoria Tricotômica e cabimento cassacional

Retomada da Teoria Tricotômica

Knijnik retoma a idéia de que o silogismo judiciário é, antes de um modelo explicativo da prática decisória, um arquétipo lógico posterior necessário a viabilizar o controle democrático e racional da decisão. Outra idéia retomada concerne à postura diferenciada dos Estado, seja no que concerne à produção volumosa e vaga das leis, seja no que concerne à colmatagem desses conceitos indeterminados. Tudo isso, segundo Knijnik, acaba por orientar uma prática jurisprudencial formadora de direitos, o que exige conseqüentemente uma nova postura dos membro do judiciário.

Especificamente no tocante ao recurso especial, o autor lembra seu papel normativo (nomofilaquia tendencial), ao qual se soma a função de veículo de interesse da parte. Outra particularidade deste recurso, à qual o autor enfatiza, é a sua limitação quanto a pretensão de revisão probatória ou de fatos históricos. No propósito de delimitar cientificamente esse cabimento, passa em revista os modelos doutrinários da vertente romano-germânica e de *common law*, para ao final concluir tratar-se de questão universal, seja em seu problema, seja em sua solução. Diante disso tudo, lança as bases do que seriam as categorias da Teoria Tricotômica.

“1) [U]m grupo de questões que, necessariamente, está à margem do controle revisional, em função de suas implicações fáticas, ao qual se poderá chamar, para os efeitos do Recurso Especial, questão de fato;

2) um grupo de questões que, necessariamente, está sujeito ao controle revisional, em função de seu caráter eminentemente jurídico, ao qual se poderá chamar, para os efeitos do Recurso Especial, questão de direito;

3) um grupo de questões insuscetíveis de reclassificação, seja na questão de fato, seja na questão de direito, ao qual se poderá chamar, valendo-se do direito comparado, de questão mista, e que poderá, ou não, presentes

certos requisitos, ser objeto de uma revisão *in jure*.”³⁷⁶

Nota-se que o autor propõe categorias fundamentadas, e não procedimentalidade a ser aplicada a uma das categorias dicotômicas. Vale dizer, não propõe, como na doutrina do *common law*, que a questão mista seja tratada como fato ou como direito — o que seria uma classificação *pos-factum*. Sua divisão pretende ser, em antagonia, precisa o suficiente para que a questão mista se consubstancie em verdadeira categoria autônoma e suficiente de classificação do fenômeno. Não obstante a autonomia proposta, Knijnik não nega que os extremos conceituais sejam de fato orientados pelo critério da preponderância, de modo que a terminologia mais precisa seria: “questões preponderantemente de fato, questões preponderantemente de direito e questões mistas”.³⁷⁷

Observações à Teoria Tricotômica

De tudo quanto se colheu até o presente momento, deve ser sistematizado que os critérios de interpretação do *common law* aproximam-se em grande medida por apresentarem todos alta carga teleológica e serem voltados à estabilidade do sistema. Assim, os tribunais trabalham caso a caso, sem a preocupação de construir uma teoria metodologicamente forte, mesmo porque isso seria impraticável em bases indutivas.

Se, por esse foco, o *common law* acrescenta pouco a uma teoria da interpretação, acrescenta muito mais do que o sistema romano-germânico ao consolidar e ampliar as possibilidades hermenêuticas das questões mistas. Isso porque a orientação de interpretação do *common law* traz sempre em seu bojo, com nitidez e sem maiores dificuldades, a aceitação de um espectro de questões de fato e de direito. Deste modo, o obstáculo para nos beneficiarmos das conquistas do sistema do *common law* continua a ser o próprio modo de pensar do jurista romano-germânico, que tem tendência a buscar uma explicação afinada ao critério lógico-conceitual.

³⁷⁶ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 189.

³⁷⁷ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 190.

Como esse critério, apesar de artificial, encontra-se fortemente consolidado no nosso instrumental interpretativo, assumir definições fluidas como a de questão mista pode gerar um certo mal-estar. Não obstante, a jurisprudência pátria tem se mostrado inclinada a ter postura bastante teleológica, ainda que resista a usar estes termos, preferindo utilizar o termo instrumentalidade ou mesmo aplicar as matérias sumuladas em seguimento ao já estabelecido com intuito prospectivo.

Curiosamente, assumir um desafio mais consciente da nossa fragilidade metodológica pode levar ao paradoxo de sustentarmos uma argumentação lógico-conceitual ao mesmo tempo em que ignoramos a teleologia da instrumentalidade. Apesar de paradoxal, essa consciência é enriquecedora na medida em que nos demonstra ser impossível um método perfeito.³⁷⁸

³⁷⁸ Feita a ressalva da falta de cientificidade de nossas alegações, vale produzir, longa passagem doutrinária que reflete sentimento semelhante, embora fundamentado mais ceticamente:

“[N]a verdade, quando os Tribunais inclinam-se, no mérito, a modificar a decisão, qualificam as questões como de direito, quando não se inclinam, no mérito, a modificá-las, qualificam-nas como sendo “de fato”. Disse-o MONAGHAN abertamente; disse-o também, BORÉ, na França, segundo o qual, em matéria de controle de qualificações jurídicas, a Corte de Cassação “variou: e, se quase sempre evoluiu no sentido de seu alargamento, ainda não atingiu o ponto onde se pudesse descansar o princípio absoluto do controle de todas as qualificações. Alguns autores até mesmo afirmaram que as soluções jurisprudenciais são totalmente empíricas e que não seria possível desenvolver regras”. Disse-o BOVE, na Itália, que “os supremos juízes (...), tendencialmente, parecem excluir que a sentença seja cassável (...) no caso em que se lamenta que o juiz de mérito haja omitido o exame de um meio de prova ou de um indício de possível relevância, e reputam ao contrário que o princípio de completude na valoração probatória vá imposto somente com referência ao caso em que ocorreu a omissão de um exame de uma circunstância de fato que se fosse considerada teria podido conduzir a uma solução jurídica diversa daquela adotada na sentença impugnada”. Disse-o, também GOODHART, na Inglaterra: “quando os juízes de apelação estão de acordo com o julgamento singular, eles invocam a posição de que estão vinculados pelas conclusões de fato, mas, quando discordam dessas conclusões, eles não exitam em afastá-las”. E, na Alemanha, assinalou SCHLOSSER que “a leitura dos julgamentos que acolheram o recurso em revisão impõe não obstante a seguinte conclusão: se a corte Federal de Justiça estima convincente a interpretação de um contrato pela instância de apelação, ela se vincula antes à idéia segundo a qual ele não deve exercer senão que um controle limitado; se, ao revés, a interpretação da instância de apelação não a convence, ela descobre quase sempre uma infração às leis do pensamento ou aos princípios extraídos da experiência.” KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 186. Cf. MONAGHAN, Henri P. *Constitutional fact review*. In: *Columbia law review*, v. 85, n. 2, mar., 1985, p. 119-176; BORÉ, Jacques. *La cassation em matière civile*. Paris: Dalloz, 1997, p. 328; BOVE, Mauro. *Il sindacato della corte di cassazione*. Milano: Giuffrè, p. 242; GOODHART, A. L., *Appeals on questions of fact*. In: *Law Quarterly Review*, v. 71, p. 405; SCHLOSSER, Peter. O controle das constatações fáticas pelo juiz da cassação no processo civil em direito alemão. In: *Journées de la société de législation comparée*. Paris: Librairies Techniques, 1980, p. 93-115.

b. Categorias da Teoria Tricotômica

Questão de fato

Neste ponto específico todas as teorias convergem: questão de fato responde ao quem, quando, o que e onde. No entanto, devemos lembrar — o que neste ponto já deve estar claro à exaustão — que o fato não se dissocia do direito porque o perceber (com base em provas) não se dissocia do refletir (com base em argumentos), chamando à colação todo ensinamento de Gadamer exposto.

Questão de direito

Para fim de recurso especial a questão pode ser posta nos moldes coincidentes com a delimitação de questão de direito federal — ou constitucional, se for o caso de recurso extraordinário.

“A característica fundamental da questão de direito, entendida como questão federal ou constitucional, é a de envolver um questionamento jurídico específico ou determinado, ou seja, envolver uma definição que é preponderantemente normativa.”³⁷⁹

Diante disso, o que deve ser ressaltado é justamente, para fim de recurso especial, como excluir assuntos que não sejam de direito federal. Nesse propósito, Knijnik anota:

“Ficam afastadas do âmbito de incidência do recurso especial, desse modo, em virtude de não contribuírem para a caracterização da questão federal: a) por não constituírem leis, o regimento interno de Tribunal, o ato normativo, a portaria ministerial, a resolução de autarquia, o provimento da OAB, dentre outras hipóteses; b) por não serem leis federais, as leis locais, assim entendidas as leis estaduais, as municipais e distritais.”³⁸⁰

³⁷⁹ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 225.

³⁸⁰ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 227.

Interessante — neste momento em que a apresentação da teoria espera-se tenha atingido já um certo grau de clareza e familiaridade, sob pena de cairmos em redundância e obviedade — notar que não só a construção da questão mista possibilita a dicotomia entre fato e direito, mas também fundamenta o comportamento que parecia vacilante na jurisprudência. Isso se deve a que nada impede que arcabouço fático possa gerar, por vezes, questões de fato, de direito ou mesmo mistas.

Devem ser esclarecidos, ainda, os requisitos da questão para que seja revista em cassação. A resposta a esta questão reclama o desenvolvimento do conceito de margem de decisão, o que é oferecido adiante.

c. Regime jurídico das categorias tricotômicas

Margem de decisão e questões mistas

Identifica-se aqui, mais uma vez, o que vem a se manifestar recentemente no direito em várias vertentes como lógica do razoável para definir critérios de penumbra. Como vemos, é uma análise tão interessante que ganha contornos em diversos autores recentes e em diversas questões jurídicas, como foi o caso emblemático da Súmula 400 do STF.³⁸¹

[A] questão mista, assim como todas as demais, opera através de três zonas conceituais: a zona de certeza positiva, a zona de certeza negativa e a zona de penumbra ou halo conceitual. A rigor, não se trata de um privilégio da questão mista. Mais acertadamente, dir-se-á que a zona de incerteza ou penumbra conceitual nela é mais acentuada, não restando

³⁸¹ Sob uma visão estritamente dogmática, Nelson Luiz PINTO, em *Manual (...)*, p. 197, registra: “A interpretação razoável da lei federal não é, hoje, suficiente para impedir o conhecimento do recurso especial — o que faz cair por terra o enunciado da Súmula 400. (...) Isto significa que o STJ deve exercer sua função de zelar pela aplicação correta e uniforme do direito federal, sem contentar-se com interpretações dadas por outros tribunais tidas apenas como razoáveis mas que não coincidam com aquela que o STJ entenda como a correta e única possível. (...) Esse é o entendimento que vem prevalecendo no STJ em relação à referida Súmula 400.”

dúvida que o legislador quis, efetivamente, conferir uma grande margem ao julgador dos fatos, ou, quando menos, não logrou limitá-la.”³⁸²⁻³⁸³

Cabe aqui uma ressalva no sentido que não devemos nos contentar com a resposta que, diante de qualquer situação ambígua, incline-se de maneira rasa e simplista pela lógica do razoável, princípio da proporcionalidade ou qualquer expressão congênere. Não que isso signifique insistir na elaboração de um novo método de linha iluminista, mas que signifique sim um estímulo para um estudo lingüístico sério, ao menos capaz de lidar com definições do tipo “margem de decisão” e “decisão razoável”. No fim, tudo é um jogo lingüístico e que deve ser analisado no complexo nível da pragmática e dos usos lingüísticos.

Assim, se Knijnik propõe o conceito de margem de decisão como “um âmbito reconhecido ao juiz dos fatos como sendo de sua própria esfera de atuação”, não propõe nada passível de definição ou mesmo de funcionalidade delimitável. Em última instância, o conceito de margem de decisão é um juízo de aprovação ou reprovação da manifestação jurisdicional. Inevitável cairmos novamente na arbitrariedade lingüística.

Seja como for, para ser rigoroso à lição do autor, devemos esclarecer que o conceito de margem de decisão existe não só para justificar a incursão fática no juízo de cassação, mas também para justificar a existência de decisões aparentemente antagônicas. Assim, por exemplo, é dito que revisar honorários advocatícios constitui matéria e prova em alguns casos (por exemplo, em apreciação eqüitativa) e em noutros não (por exemplo, em honorários aviltantes). O aparato teórico para justificar a decisão é justamente a possibilidade alteração desta margem:

³⁸² KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 240. Cf. SICHES, Luis Recaséns. *Tratado general de filosofia del derecho*, Mexico: Porrúa, 1959, p. 255.

³⁸³ Arruda Alvim esclarece: “A região das “dúvidas conceituais” está neste halo; ou, mais precisamente, essa região que resta em aberto ao aplicador da lei é tornada certa, por obra deste aplicador. Pode-se, pois, comparando-se o conceito indeterminado ou vago, com o rígido e determinado, afirmar que o Legislador abdicou de ser minucioso e exauriente na descrição da hipótese normativa, com o que, *ipso facto*, teria transferido parte de sua tarefa ao aplicador da lei.” Arruda ALVIM, *Argüição (...)*, p. 15.

“[O] controle das questões mistas, incluídas, aí, as questões de saber se o juiz apreciou racionalmente a prova, só estará legitimado se o Superior Tribunal de Justiça tiver condições de corrigir a margem de decisão, desenvolvendo, posteriormente, o direito.”³⁸⁴

Ganha ainda mais relevo a incursão fática permitida pela mudança da margem de decisão quando se assume a postura prospectiva do direito cassacional. Essa é a justificativa que torna possível a transformação num juízo de fato em juízo de direito ou, para ser mais preciso, que o juízo da cassação seja sempre visto como um juízo de direito e prospectivo.³⁸⁵ Trata-se, com efeito, de um modelo com alta carga teleológica, como se deduz da passagem:

“[O] reexame de questão mista, aí incluída a violação ao princípio da persuasão racional, só se justifica quando a Corte, ao ensejo de delimitar as margens de decisão, efetua o desenvolvimento posterior do direito, ou seja, acrescenta algo novo à ciência jurídica. Assim, se a Corte, diante da questão mista, puder promover a sua conversão em questão de direito, estará justificada, observados os demais requisitos de natureza formal e substancial, a revisão *in jure*. Caso contrário, é porque o juiz da apelação está a operar no setor que lhe foi reservado pela Constituição Federal, no qual é soberano e ao qual se deve outorgar significativa deferência. (...)”

Portanto, somente quando o Superior Tribunal de Justiça, frente uma questão mista, tiver ensejo de efetuar um desenvolvimento posterior do direito, delimitando as margens de decisão, estará autorizada a revisão.”³⁸⁶

³⁸⁴ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 246.

³⁸⁵ Aparentemente o conceito de margem de decisão é inspirado em HENKE que, após concluir pela possibilidade de revisão condicionada a alguns critérios, sintetiza: “La irrexaminabilidad de las subsunción em estos grupos de casos no debe llevar a pensar que el juez de los hechos pudiera pretender libertad plena para resolver la cuestión jurídica concreta. La valoración no sujeta a casación tiene siempre sus límites, los cuales, de acuerdo com la terminología correcta, corresponde llamar límites del “margen de juicio.” HENKE, *La cuestion de hecho (...)*, p. 296.

³⁸⁶ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 269.

10. Recurso especial

A. A súmula 7 do STJ

a. Ambientação do tema

Recapitulando algumas noções esparsamente expostas, nem o recurso extraordinário nem o especial abrem ensejo à cognição sobre matéria de fato, a teor das já mencionadas Súmulas 7 do STJ e 279 do STF.

“A ilegalidade da sentença é o escopo do recurso extraordinário. Caracteriza-o a ofensa ao texto da lei federal. Se o julgado, através do exame de provas, aplica ou interpreta a lei, não se pode argüir ofensa à sua literalidade. Nesse terreno é absoluta a soberania dos juízes de mérito.”³⁸⁷⁻³⁸⁸

Todavia, a leitura dos verbetes não resolve todos os problemas, na medida em que nem sempre é possível traçar os limites da distinção entre fato e direito com rigor necessário à delimitação do cabimento recursal.³⁸⁹ Ainda que assim seja, há casos em que realmente não se cogita de dúvida sobre a impossibilidade de cabimento, como nas hipóteses em que se faz necessária nova dilação probatória. E, do lado oposto, há os casos de nítido direito, como seria a verificação de *error in procedendo*. Arremata Barbosa Moreira:

“Permitem, pois, o recurso extraordinário e o especial tão-somente a revisão *in iure*, ou seja, a reapreciação de questões de direito enfrentadas pelo órgão *a quo*. A singeleza dessa afirmação, vale ressaltar, não esgota as dimensões de um problema bem mais complexo do que à primeira vista se afigura: a própria distinção entre questões de fato e questões de

³⁸⁷ José Afonso da SILVA, *Do recurso extraordinário (...)*, p. 116.

³⁸⁸ “El recurso de casación tiene por objeto mantener uniformidad en la inteligencia o interpretación de la ley, o sea, en su observancia, y se ejerce sobre sentencias de los jueces que también deciden respecto del mérito de los litigios. Cuando se dice “mérito” se dice hechos, apreciación sobre el fondo, si bien el recurso de casación no tiene por objeto rever, examinar o valorar la existencia del hecho.” BIELSA, em *La protección constitucional (...)*, p. 184.

³⁸⁹ Quer-nos parecer antiquada e insuficiente a opinião de que: “Quando se diz que o Supremo Tribunal, no julgamento do recurso extrarodinário, não julga questões de fato nem aprecia provas, expressa-se uma verdade, um postulado da teoria dêsse recurso.” João de OLIVEIRA FILHO, *Questão de fato (...)*, p. 501.

direto nem sempre é muito fácil de traçar com perfeita nitidez.”³⁹⁰

b. Últimas considerações epistemológicas

Retomando as conclusões parciais de Knijnik, fundamentadas a partir da sua análise vetorial, vale lembrar que restaram evidenciadas (i) a impossibilidade de diferenciação estanque entre fato e direito; (ii) a opção legislativa de deixar à corte extraordinária a função de estabelecer a colmatagem do aparato legislativo contemporâneo (por meio da delimitação de cláusulas gerais, conceitos indeterminados) numa nítida opção por uma postura prospectiva; e (iii) a revisitação instrumental do conceito de prova, impulsionado pela reaproximação entre direito e processo.³⁹¹

À luz dessas conclusões não pode permanecer uma leitura legalista do verbete sumular em questão a pretexto de uma interpretação literal da parte em que se lê “simples reexame de prova”. Na verdade, duas são as posturas possíveis de uma interpretação gramatical: numa se denota que expressão traduz uma dicotomia e na outra se traduz que a questão probatória é apenas um extremo dentre um espectro de possibilidades. Assumindo esta última possibilidade e levando em consideração as dimensões sintática e semântica da língua — como faz a Teoria Tricotômica — somos levados a reler alguns postulados da antiquada dicotomia, os quais restariam, com inspiração, embora também alguma originalidade, na teoria de Knijnik³⁹², assim sintetizados:

³⁹⁰ Barbosa MOREIRA, *Comentários (...)*, p. 593. Completa o autor com a remissão: “Consulte-se o volume dos *Rapports et procès verbaux du IV Congrès International d’Athènes pour la procédure civile*, de 1967, onde o tema foi amplamente debatido. Aí se podem ler os relatórios nacionais de Fairén GUILLÉN, *El control de los hechos em la Casación Española*, de HENKE, *Rechtsfrage oder Tatfrage — eine Frage ohne Antwort?* (publicado também na *Zeitschrift für Zivilprozess*, vol. 81, 1968, págs. 196 e segs. e 321), de LORETO, *El hecho y el derecho em la Casación Civil venezolana*, de SCHIMA, *Rechtsund Tatfrage im österreichischen Revisionsverfahren*, e o relatório geral de MITSOPOULOS, *La distinction du fait et du droit en procédure de cassation*. Na literatura anterior, vide, entre outros, MARTY, *La distinction du fait et du droit*, e DESCHENAUX, *La distinction du fait et du droit dans les procédures de recours au Tribunal Fédéral*; na mais recente, HITTERS, *Técnica de los rec. extr. y la cas.*, págs. 381 e segs.”

³⁹¹ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 94.

³⁹² KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 97 e ss.

É possível haver contradição intra-sistemática. Isso significa uma própria revisão do que se entende por sistema e da possibilidade de convivência entre soluções aparentemente antagônicas. Por óbvio que essa admissibilidade não deve levar a uma total irracionalidade e negação absoluta do sistema.

A análise extraordinária é preponderante feita caso a caso. Na verdade, cuida-se de uma justificativa da assertiva anterior, consubstanciada em admitir, em palavras pouco sutis, que a análise extraordinária é reflexo da montagem do nosso sistema *sui generis* de revisão, no qual convivem resolução de casos particulares com uma postura prospectiva embalada pela publicização do processo.

É desejável a inexistência de um monopólio interpretativo. Mais uma vez, uma releitura da assertiva anterior, o que demonstra que a negação de um sistema completo e perfeito e a opção de um sistema que suporte interpretações legítimas e heterogêneas.

Convivem a pretensão à resolução do caso concreto e o interesse público de firmar um processo prospectivo. Cuida-se aqui de um traço do nosso sistema de revisão, também reflexo da publicização do processo e da postura prospectiva do sistema processual contemporâneo.

Como se vê, não é clara a relação de subordinação ou de causa e consequência entre os temas acima abordados, motivo pelo qual, seguindo a feliz denominação vetorial, preferimos também afirmar que se trata de leitura não positivista dos vetores componentes do nosso sistema processual de revisão. Numa linha contrária, admitindo uma interpretação positivista, a pretexto de fazer valer a exigência da “exata aplicação da lei”, como requer o art. 65 da lei italiana, Taruffo chegou a sintetizar observações que consideramos completamente ultrapassadas e cuja superação foi o intuito de cada palavra escrita até agora.

“1) [T]oda norma tem um significado intrínseco, implícito mas objetivamente dado; 2) assim, toda a atividade do intérprete consiste em individualizar e tornar explícito este significado; 3) se existe um problema interpretativo, ou seja, se existe mais de uma interpretação, isso se resolve individualizando este significado e descartando outros, que, de consequência, são errôneos; 4) o método interpretativo é lógico-dedutivo

e exclui qualquer discricão do intérprete; 5) o juiz interpreta a norma segundo os mesmos critérios e explicita significados implícitos objetivamente existentes; declara o direito e não o cria; procede logicamente sem cumprir escolhas de valores, aplicando dedutivamente a norma ao fato.”³⁹³

c. Releitura da Súmula 7 do STJ segundo a Teoria Tricotômica

Conforme o exposto, a contribuição da Teoria Tricotômica pretende ser o desenvolvimento de uma categoria autônoma que possibilite a interpretação da Súmula 7 do STJ de maneira a abarcar as questões mistas. Mais do que isso, pretende Knijnik definir um critério que selecione entre as questões mistas quais seriam passíveis de revisão. Como vimos, embora o autor não coloque nesses termos, trata-se de um critério teleológico fundado no caráter prospectivo da decisão, cuja delimitação seria operacionalizada segundo uma margem de decisão e a viabilidade de revisão do julgado.

Se em linhas gerais a possibilidade de revisão deriva da utilidade prospectiva, é possível dizer que, especificamente, ela pode ser verificada em quatro hipóteses não cogentes e verificáveis apenas segundo um raciocínio tópico, quais sejam: efeito exemplificativo, repetibilidade, transcendência ou relevância da questão mista. Vale destacar que estas hipóteses não são de obrigatória verificação, mas sintomas indicadores de que a causa merece revisão se receber valoração positiva “1º — o efeito exemplificativo, como tal o que permita servir de pauta geral para casos futuros, ou que possa constituir num precedente; 2º — a repetibilidade, como tal o que respeite a uma situação massificada na sociedade, que venha ter ao judiciário freqüentemente; 3º — a relevância, como tal a importância que a questão, embora individual, possa ter para o ordenamento jurídico como um todo, seja em função de sua gravidade econômica, política ou institucional, seja em função de sua gravidade jurídica, tal como a decisão de uma questão fundamental; 4º — a

³⁹³ Michelle TARUFFO, em *Il vertice ambiguo: saggi sulla cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991, p. 76; citado por KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 95.

transcendência, como tal a importância que a questão, individual ou não, possa ter para a sociedade de maneira geral”.³⁹⁴

Segundo esse modelo a Súmula 7 deveria ser lida nos seguintes termos:

“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.”³⁹⁵

B. Levantamento jurisprudencial

Até o presente momento, foi tido como propósito principal do texto o oferecimento de critérios para a distinção entre fato e direito, quando não a própria conclusão de tratar-se de desafio intransponível. Agora passamos a ter uma visão descritiva do assunto, pela qual buscaremos extrair a posição jurisprudencial sobre a diferenciação já abordada e, bem assim, comentar as questões materiais veiculadas por meio do recurso especial, notadamente as que revelam que o próprio tribunal encontra meios pretensamente legítimos de transgressão da teoria para ingressar na seara probatória de julgados.

a. Teoria

Primeira abordagem

Embora o presente tópico tenha o propósito de abrir uma linha de abordagem mais pragmática, não pode passar despercebido que todos os exemplos abordados trazem linhas comuns do ponto de vista teórico, as quais serão abordadas a seguir.

³⁹⁴ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 282.

³⁹⁵ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 280.

Mais do que isso, a própria jurisprudência estudada releva alguns grupos de exemplos, os quais são reunidos pela tônica da procedimentalidade, da superveniência, da culpa e da função paradigmática de justiça. Todos esses pontos serão abordados adiante.

Coerência da decisão como objeto de revisão

Idealmente, tanto no modelo de cassação quanto no modelo de revisão, o que se julga na instância de superposição é o acórdão, e não integralmente o caso. Diante disso, tudo que concerne à coerência da decisão atacada está sob possibilidade de reanálise. Nesse sentido é que se diz:

“Também o juízo de fato é controlável em cassação, quando o juiz de mérito a ele chegou por intermédio de critérios ilógicos ou antijurídicos.”³⁹⁶

No entanto sabemos que não somente na parte estrutural da decisão poderemos encontrar vícios. Aponta Teresa Arruda Alvim Wambier com base em Calogero:

“[O] controle do juízo de fato, quando feito pela Corte de Cassação, não é exatamente o controle de uma pura estrutura lógica, a respeito da qual se pode declarar (ou negar) a legitimidade (ou acerto), prescindido-se de analisar o seu conteúdo substancial, já que, se não levasse em conta todos os elementos concretos em que consiste e de que decorre o juízo não estaria, rigorosamente, controlando absolutamente nada!”³⁹⁷

Como superação da mera análise lógica, desejamos nos referir à própria base conceitual da decisão, o que já foi de alguma forma tratado quando abordamos o tema da classificação jurídica das provas. Levando em consideração que a sentença é um complexo silogístico que deve guardar alguma coerência — abstraindo-se aqui o processo criativo do juiz — a posição na cadeia silogística ocupada pela questão mista acarreta diferentes conseqüências.

³⁹⁶ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 11. Cf. CALOGERO, Guido. *La logica (...)*, p. 4.

³⁹⁷ Teresa Arruda Alvim WAMBIER, *Omissão (...)*, p. 237-238. Cf. CALOGERO, Guido. *La logica (...)*, p. 188-189.

Neste ponto, citando Teresa Arruda Alvim Wambier, recorreremos a exemplos e, no intuito de aclarar nossas proposições, tomemos o caso da mãe adotiva considerada mãe para fim de licença maternidade. Neste caso o conceito é tão basilar ao silogismo que o seu resultado seria totalmente prejudicado na hipótese não ser considerada mãe. Pode acontecer, no entanto, de a questão mista aparecer mais adiante na cadeia, como seria o caso em que — abstraída a questão da maternidade — nos questionássemos sobre a ocorrência de prescrição. Neste último caso, não é negada a qualificação jurídica ensejadora do direito, mas somente um obstáculo a sua fruição. Assim é que a questão mista pode causar dúvidas não somente no mérito, mas em algo que o antecede logicamente.³⁹⁸

Modificação da base fática utilizada pela segunda instância

É minoritária a tese restritiva que leva às últimas conseqüências a palavra “revisão” probatória. Segundo esse ponto de vista, a proibição de revisão probatória existiria somente como vedação do que já foi visto e serviu de base fática para o acórdão de segunda instância. Partindo desse princípio, o STJ poderia modificar o acórdão recorrido se tivesse fundamentos fáticos ignorados em segunda instância. Tudo indica, contudo, que essa tese não se sustém.

Cita-se — no ensejo de fazer prevalecer a tese de que a vedação seria somente no tocante ao reexame, e não ao exame probatório — caso em que, diante do provimento do recurso especial, foi necessário avaliar prescrição antes irrelevante em face do acórdão de segundo grau.³⁹⁹ Assim, a questão se converte em sabermos se o STJ poderia analisar matéria não prequestionada — tema que não cabe ao presente texto.

³⁹⁸ Na maioria da doutrina, a prescrição é tida por exame do mérito. Contudo, Barbosa Moreira afirma que o exemplo salva terminologia aparentemente teratológica, qual seja, a preliminar de mérito. Cf. MOREIRA, Barbosa. *Questões Prejudiciais (...)*, p. 22 e ss.

³⁹⁹ STJ, AR 579, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 15/4/96.

Seja como for, a regra é que a limitação cognitiva da instância extraordinária está resumida à base empírica oferecida pela instância ordinária ao campo de análise do recurso especial.⁴⁰⁰

“A base empírica do julgamento será oferecida pelas instâncias ordinárias. (...) Se o julgamento da causa condicionar-se ao exame de provas, para verificar quais os fatos a serem considerados, deve a matéria ser devolvida à apreciação do Tribunal de origem.”⁴⁰¹

Nesse sentido são encontrados inúmeros acórdãos na linha de que não pode ser verificado o interesse do recorrente em produzir novas provas.⁴⁰²⁻⁴⁰³⁻⁴⁰⁴ Na mesma linha, recebendo a básica fática conforme colhida pela instância extraordinária, encontra-se intocável a dosimetria, a qualificação e a tipificação de direito penal.⁴⁰⁵⁻⁴⁰⁶⁻⁴⁰⁷ De outro lado, admite-se a reforma do acórdão impugnado se o entimento

⁴⁰⁰ “(...) 1. A apreciação da questão referente à diminuição da capacidade laborativa, baseada nas provas produzidas e constantes nos autos, está adstrita às instâncias ordinárias. 2. Destarte, assentando o Tribunal a quo que a vítima teve reduzida sua capacidade para o trabalho pelo fato de ter seu olho esquerdo perfurado por estilhaço de projétil de arma de fogo, infirmar tal conclusão demandaria o reexame do contexto fático-probatório dos autos, o que é vedado por força da Súmula 07/STJ. (...)” (STJ, AGRG no AG 665.298, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 21/11/05)

⁴⁰¹ Teresa Arruda Alvim WAMBIER, *Omissão (...)*, p. 244.

⁴⁰² “(...) Para concluir se a produção de outras provas, além das já carreadas aos autos, eram imprescindíveis para o julgamento da demanda reexame de fatos e provas. Incidência da Súmula 07. (...)” (STJ, AGRG no AG 217.124, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 17/12/04)

⁴⁰³ “(...) Não há como modificar o entendimento esposado pelo Tribunal a quo, deferindo-se a realização de perícia contábil, sem que se faça um reexame do substrato fático contido nos autos, elementos de convicção que serviram de fundamentos para manutenção da sentença. (...)” (AGRESP 762.026, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 28/11/05)

⁴⁰⁴ “(...) A necessidade de produção de prova pericial foi firmada por entender o Tribunal que seria indispensável para a ampla discussão sobre os critérios da legislação federal. Em princípio, pode o tribunal de segundo grau, ao avaliar os elementos contidos nos autos, decidir pela necessidade, ou não, da prova realização da perícia ou outra prova. Não poderia este Tribunal, no âmbito estreito do recurso sob exame, aprofundar-se no exame da matéria, substituindo atividade que é inerente às instâncias ordinárias, ante o óbice da Súmula 7. (...)” (STJ, RESP 171.504, Rel. Min. Castro Meira, DJ 21/11/05)

⁴⁰⁵ “(...) I - A fixação da pena-base acima do mínimo legal está suficientemente fundamentada em face da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu. II - A reavaliação da pena de multa, em razão da situação econômica do réu, demanda, necessariamente, o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta via (Precedentes do STJ) (...)” (STJ, RESP 689.872, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 02/05/05)

⁴⁰⁶ “(...) I - A revalorização da prova delineada no próprio decisório recorrido, suficiente para a solução do caso, é, ao contrário do reexame, permitida no recurso especial. (Precedente) II - Se, em segundo grau, restou entendido que o acusado praticou atos próprios do ilícito imputado, qual seja, atentado violento ao pudor em sua forma tentada, não cabe a desclassificação para ato obsceno fulcrada no princípio da proporcionalidade. (...)” (STJ, RESP 723.147, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 24/10/05)

fixado no STJ for no sentido de que o alegado não tenha sido suficientemente provado.⁴⁰⁸⁻⁴⁰⁹

Qualificação jurídica dos fatos

A questão posta sob análise no presente tópico não é nova na doutrina. Porém, nada nos indica que as contribuições doutrinárias esclareçam o tema satisfatoriamente. Em geral, o que se faz é seguir a tese de José Afonso da Silva, que, embora reconheça impossível a separação entre fato e direito, limita-se a afirmar que o engano do juiz quanto ao regime jurídico aplicável a um fato é um erro de direito:

“Se o juiz se engana na apreciação dos fatos, condutas, provas, erra na questão de fato; se na valoração de normas jurídicas positivas, aplicáveis aos fatos provados, seja na escolha delas, chamando a reger os fatos uma disposição legal, que absolutamente não os qualifica, seja negando a existência de uma lei existente, seja ainda admitindo a existência de preceito legal inexistente, comete erro na questão de direito.”⁴¹⁰⁻⁴¹¹

⁴⁰⁷ “(...) 1. Não se conhece da argüida violação ao art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, uma vez que infirmar os fundamentos do édito condenatório, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, o que é vedado pelo enunciado sumular n.º 7 desta Corte. 2. O aumento da pena-base encontra-se devidamente justificado, porquanto inconcebível o argumento de que o espancamento da vítima integra os tipos penais previstos nos arts. 213 e 214 do Código Penal. Além do mais, o Tribunal a quo, considerando que havia tão-somente uma circunstância judicial desfavorável, reduziu a pena-base, mantendo-a apenas dois meses acima do mínimo legal, o que atende ao princípio da proporcionalidade, tendo em vista que o mínimo previsto pela norma secundária deve ser reservado para as hipóteses em que todas as circunstâncias judiciais são favoráveis (...)” (STJ, RESP 736.432, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 05/12/05)

⁴⁰⁸ “(...) Já assentou a Corte que está presente cerceamento de defesa quando, proferido julgamento antecipado da lide, admite-se que não há prova do alegado pela parte ré. (...)” (STJ, RESP 623.479, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 07/11/05)

⁴⁰⁹ “ PROCESSO CIVIL. PROVA. CERCEAMENTO DE DEFESA. Se o acórdão impediu prova necessária à instrução da lide, caracterizado está o cerceamento de defesa. Agravo regimental não provido.” (STJ, AGRG no RESP 734.702, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 21/11/05)

⁴¹⁰ Sobre a linha dominante da doutrina ver FONTOURA, em *Recurso Especial (...)*, p. 47 e ss., com base em vários autores, dentre os quais: SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário (...)*, p. 151; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Forense, 1975. p. 84; SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 1, Porto Alegre: SAFE, 1987, p. 398; BIELSA, Rafael. *La proteccion constitucional (...)*, p. 244; WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá, Colômbia: Temis, 1985, p. 356; e STEIN, Friedrich. *El conocimiento (...)*, p. 158-159

Tanto o STJ quanto o STF seguem a mesma linha e, na maioria das vezes, contribuem com acórdãos que apenas solucionam casos concretos. Assim, não definem teoricamente o tema — talvez porque essa não seja propriamente uma função da jurisprudência. É o que se vê nos seguintes acórdãos, respectivamente do STJ e do STF.

“A valoração da prova refere-se ao valor jurídico desta, sua admissão ou não em face da lei que a disciplina, podendo ser ainda a contrariedade a princípio ou regra jurídica do campo probatório, questão unicamente de direito, passível de exame nesta Corte. O reexame da prova implica a reapreciação dos elementos probatórios para concluir-se se eles foram ou não bem interpretados, constituindo matéria de fato, soberanamente decidida pelas instâncias ordinárias, insuscetível de revisão no recurso especial.”⁴¹²

“Dizer-se do enquadramento do recurso extraordinário em um dos permissivos constitucionais que lhe são próprios pressupõe, sempre, a consideração de certas premissas fáticas. Descabe confundir enquadramento jurídico-constitucional dos parâmetros da controvérsia, tais como retratados, soberanamente, no acórdão impugnado na via excepcional do extraordinário, com o revolvimento da prova coligida. Mister se faz a fuga às generalizações, tão comum no afã de economizar tempo e emprestar ao Judiciário a celeridade reclamada pelos jurisdicionados. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o extraordinário, já na fase de conhecimento perquire o acerto, ou o desacerto, sob o ângulo constitucional, da decisão atacada. Tendo em vista a ordem natural das coisas, procede a partir de fatos e esses são os do acórdão que se pretende alvejado.”⁴¹³

Apesar do esforço teórico dos acórdãos, a prática revela problemas limítrofes⁴¹⁴⁻⁴¹⁵ e, com eles, nasce farta jurisprudência, da qual merecem destaque algumas decisões de inegável correção técnica.⁴¹⁶⁻⁴¹⁷⁻⁴¹⁸

⁴¹¹ Sobre a impossibilidade de separação entre fato e direito, ver KNIJNIK, em *O recurso (...)*, p. 49, com base em José Afonso da SILVA, em *Do recurso extraordinário (...)*, p. 125 e ss.

⁴¹² STJ, AGRESP 420.217, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 16/12/02.

⁴¹³ STF, RE 140.270, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 10/6/96.

⁴¹⁴ MANCUSO, em *Recurso extraordinário (...)*, p. 136-137, cita Theotonio NEGRÃO, no sentido de que seriam questões de direito diferenciar minuta e pré-contrato, fideicomisso e usufruto, venda *ad corpus* e *ad mensuram*, contrato preliminar e locação, depósito incidente ou consignação em pagamento. Cf. NEGRÃO, Theotonio. *Do recurso extraordinário*. In: Revista do Advogado, São Paulo, AASP, n. 27, fev., 1989, p. 40.

⁴¹⁵ Theotonio NEGRÃO, *Código (...)*, p. 1827, registra "(...) questões de fato que dão margem a recurso especial (exemplificativamente); excesso de execução (CPC 741, nota 13b), soma de prazo na renovatória (LI 51, nota 5c), idoneidade do fiador em renovatória de locação (LI 71, nota 8b), fixação de aluguel (LI 72, nota 10a), justo receio, em mandado de segurança (LMS 1º, nota 44ª), etc."

⁴¹⁶ "(...) 2. O acórdão embargado, diferentemente dos paradigmas, muito mais que tratar a respeito da verdade dos fatos, desenvolveu juízo de valor sobre os critérios de avaliação adotados pelo laudo pericial, confrontando-os com os exigidos pela legislação própria. Essa atividade não é de simples reexame de prova, mas de qualificação jurídica dos meios de prova e dos seus resultados, bem como da sua validade e da sua conformidade com a Lei. A viabilidade dessa espécie de juízo em recurso especial é reconhecida inclusive pelos acórdãos paradigmas. (...)" (STJ, ERESP 249.813, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 12/09/05)

⁴¹⁷ "A distinção entre 'juízo de fato' e 'juízo de valor' se mostra intensamente controversa, principalmente em virtude da sistematização que se pretende imprimir às ciências sociais e sobretudo ao Direito. O 'fato' e o 'direito' se revelam qualitativa e materialmente análogos, pois, consoante os ensinamentos de Antônio Castanheira Neves, não tem sentido 'o querer reduzir a realidade, o mundo real (não apenas 'idéia' transcendental) do homem real (não do 'sujeito em geral' ou gnoseológico) a 'puro facto' ou vê-lo apenas como a matéria de puros juízos-de-facto. O que nela verdadeiramente é dado não são os átomos perceptivos e independentes da determinação abstracta, mas situações, acontecimentos, unitárias realidades de sentido" (in "Questão de Facto-Questão de Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade", Coimbra: Livraria Almedina, 1967, p. 500).

Embora tradicionalmente se distinga "questão de fato" da questão de saber se "o que aconteceu" (fato) se subsume à norma jurídica (direito), por vezes, uma situação de fato somente pode ser descrita com as expressões da ordem jurídica. Assim, para que se possa perguntar com sentido pela "existência" de um acontecimento, é preciso que esse acontecimento seja apreciado, interpretado e valorado de forma jurídica (cf. Karl Larenz, "Metodologia da Ciência do Direito", Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª ed., p. 295/296).

Existem hipóteses, portanto, em que a "seleção" da situação de fato atinge uma tal profundidade que, ao final de sua análise, também já se realizou a apreciação jurídica. Nesse contexto, ensina José Carlos Barbosa Moreira, que, quando "se passa de semelhante averiguação à qualificação jurídica do fato apurado, mediante o respectivo enquadramento de determinado conceito legal, já se enfrenta questão de direito. Basta ver que, para afirmar ou para negar a ocorrência de tal ou qual figura jurídica, necessariamente se interpreta a lei. Interpretação é o procedimento pelo qual se determinam o sentido e o alcance da regra de direito, a sua compreensão e a sua extensão. Dizer que ela abrange ou não abrange certo acontecimento é, portanto, interpretá-la. Admitir a abrangência quando o fato não se encaixa na moldura conceptual é aplicar erroneamente a norma, como seria aplicá-la erroneamente não admitir a abrangência quando o fato se encaixasse na moldura conceptual. Em ambos os casos, viola-se a lei, tanto ao aplicá-la a hipótese não contida em seu âmbito de incidência, quanto ao deixar de aplicá-la a hipótese nele contida" (in "Temas de Direito Processual" – Segunda Série, 1980, Saraiva, p. 235).

Assim, na lição de José Afonso da Silva, "os erros do juiz podem derivar de uma má interpretação das questões de fato ou da má compreensão de direito. Significa dizer que o juiz, por qualquer circunstância, não compreende o sentido das condutas (fatos) sob seu conhecimento (erro de fato), ou não compreende o sentido dos esquemas genéricos, o Direito escrito, invocados, no processo, e que orientam aquelas condutas, e lhe servem de guia na interpretação das várias intencionalidades objetos do seu juízo (erro de direito)". (in "Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro", RT, p. 131).

Dessa forma, é viável o presente recurso especial, uma vez que a errônea interpretação ou capitulação dos fatos penetra na órbita da qualificação jurídica dos fatos, conforme a assertiva de Gabriel Marty de "que tout problème de qualification est question de droit" (in "La distinction du fait et du droit", Recueil Sirey, Paris, 1929, ps. 204/205).

No âmbito doutrinário a discussão também é ampla. Como exemplo, citamos os casos trazidos por Teresa Arruda Alvim Wambier:

“Os problemas de interpretação da norma também podem colocar-se como problemas de qualificação dos fatos, ou seja, problemas na subsunção em si. Veja-se o exemplo: inseminação artificial de terceiro pode ser considerada adultério? A licença à mãe depois do nascimento de seu bebê abrange também os casos de adoção?”⁴¹⁹

Garcia Medina, seguindo o escólio de Arruda Alvim, afirma que não se pode confundir o problema da verificação de fatos com o problema da qualificação:

“Há violação à ordem jurídica tanto ao se aplicar o direito de modo equivocado quanto ao se conceber erroneamente um fato sobre o qual incidia a lei correta. Tanto num quanto noutro caso, há aplicação incorreta da lei. Identificando-se o fato de modo impreciso, fatalmente se aplicará a lei também de modo impreciso, pois se aplicará a lei errada, ou seja, a lei inaplicável, à situação, por tratar-se de hipótese diversa da prevista pela lei.”⁴²⁰

Dinamarco não destoa ao evidenciar que o problema da qualificação não se confunde com o problema da verificação probatória.

“Diferentemente do exame e do reexame da prova é a valoração jurídica das fontes e meios de prova produzidos nos autos. Já não se trata de exercer o poder de livre convencimento para captar as radiações informativas emanadas das fontes, mas de atribuir a cada uma destas e aos meios de prova o valor que em alguns casos a lei estabelece.”⁴²¹

Em vista de casos concretos, sintetiza João Batista Lopes:

Como conclui José Miguel Garcia Medina, depois de examinar no corpo de sua monografia de modo percuciente a matéria, "excluem-se das questões de fato a qualificação jurídica dos fatos, pois quando se qualifica erroneamente um fato há, em consequência, aplicação incorreta da lei" (cf. "O Prequestionamento nos Recursos Extraordinário e Especial", 2ª ed., Ed. RT, item n. 37, p. 306)." (STJ, RESP 307.072, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 18/10/04)

⁴¹⁸ "(...) Não ofende o princípio da Súmula 7 emprestar-se, no julgamento do especial, significado diverso aos fatos estabelecidos pelo acórdão recorrido. Inviável é ter como ocorridos fatos cuja existência o acórdão negou ou negar fatos que se tiveram como verificados." (STJ, AGRG no ERESP 134.108, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 16/08/99)

⁴¹⁹ Teresa Arruda Alvim WAMBIER, *Controle (...)*, p. 42.

⁴²⁰ MEDINA, *Prequestionamento (...)*, p. 255, aponta lição semelhante de ARRUDA ALVIM, em *Reexame (...)*, p. 43.

⁴²¹ DINAMARCO, *Instituições (...)*, v. 3, p. 111-112.

“A apreciação da prova consiste na análise dos elementos de convicção carreados aos autos, como, por exemplo, a credibilidade de um depoimento, a autenticidade de um documento, a consistência técnica de um laudo pericial etc. Nesses exemplos, não cabe ao Superior Tribunal de Justiça o acerto ou equívoco da decisão recorrida porque não há qualquer questão de direito envolvida.

Já valoração da prova envolve questão de direito e, assim, a matéria se insere no âmbito do recurso especial. Discussão sobre o critério legal de valoração (v.g., aplicação da regra de inversão do ônus da prova, admissibilidade da prova testemunhal, aplicabilidade de regra sobre prova legal) traduz, inquestionavelmente, matéria de direito federal e, como tal, pode ser enfrentada em recurso especial.”⁴²²

Tão importante quanto promover uma discussão séria a respeito da dúvida teórica, é definir o caminho procedimental para os casos difíceis. A impossibilidade de separação entre as questões de fato e de direito já foi causa para que o STF se permitisse a revisão do caso, ou seja, tratou a questão como se fosse de direito:

“(…) Na impossibilidade de separar um elemento do outro, não se tem como deixar de conhecer de recurso extraordinário que impugna decisão que haja versado tal matéria. (…)”⁴²³

Apesar de ser um caso praticamente isolado, é importante na medida em que revela o modo de pensar do julgador em uma revelação sincera no sentido de saber inevitável a admissibilidade da questão essencialmente mista.

⁴²² João Batista LOPES, *A prova (...)*, p. 92-93.

⁴²³ “(…) Ao apreciar a gravidade da injúria para efeito de julgar ação de desquite, deve o juiz considerar a situação ou posição social dos cônjuges, a educação, caráter e sensibilidade de cada um. Se assim deve proceder o juiz, é óbvia a conclusão de que o tema injúria grave, no desquite, envolve, de maneira inseparável, os fatos e o direito material da controvérsia. É tema que abrange, numa perfeita complexidade, a prova do fato e o direito a ele aplicável. Na impossibilidade de separar um elemento do outro, não se tem como deixar de conhecer de recurso extraordinário que impugna decisão que haja versado tal matéria. Porque o verbete 279 da súmula proíbe e o conhecimento de recurso extraordinário para simples reexame de prova, mas o faz, como de logo se conclui, sem vedar o cabimento do recurso para o efeito de o STF avaliar a prova dos fatos que entram na composição do direito, formando uns e outro acabada complexidade. Recurso extraordinário conhecido e provido pela maioria dos ministros da 2 turma.” (STF, RE 65.721, Min. Rel. Antônio Neder, DJ 19/11/71)

Transgressão legítima para pacificar a jurisprudência

Como bem delineado pela Teoria Tricotômica de Knijnik, é de se avaliar que toda incursão na seara probatória do recurso especial apenas se justifica se o tribunal tem a intenção de promover um esclarecimento jurisprudencial. Nitidamente o interesse é mais objetivo e pacificador do que propriamente técnico. É o que se vê, por exemplo, nos casos em que o STJ exigiu prova material para comprovação de tempo de trabalho rural, o que equivale a dizer que o juiz não pode fixar sua convicção em prova exclusivamente testemunhal para esses casos.⁴²⁴ O mesmo se aplica à hipótese de reconhecimento de paternidade que dispensa a prova realizada por bandagem cromossômica. Destaca Teresa Arruda Alvim Wambier que:

“Só o efeito paradigmático dessas decisões pode ter justificado o reexame dessa matéria pelo STJ.”⁴²⁵

Análise sincera revela que a opção pela fixação de paradigma carece de justificativa teórica, sendo, em verdade, opção pragmática. A construção de uma justificativa remontaria certamente a alguma relevância da questão, o que somente poderá ser melhor verificado com a efetiva implantação e amadurecimento da “reforma do judiciário” — assunto a ser abordado adiante. A questão da transcendência é exposta também no direito estrangeiro, como lembra Gleydson Oliveira:

“Em virtude da impossibilidade da mencionada separação, a doutrina alemã defende o entendimento de que o critério a ser eleito, para efeito de distinção entre questões de fato e de direito, deve ser o da transcendência da matéria, que é demonstrável pela possibilidade de repetição em casos futuros, em consonância com a finalidade do recurso dirigido a tribunal

⁴²⁴ “(...) I - O reconhecimento de tempo de serviço rural, para efeito de aposentadoria por idade, é tema pacificado pela Súmula 149 desta Egrégia Corte, no sentido de que a prova testemunhal deve estar calcada em um início razoável de prova material. Interpretação conjugada do art. 400 do Código de Processo Civil, com o art. 55, § 3º c/c o art. 106, ambos da Lei 8.213/91. II - Na hipótese dos autos, houve a necessária comprovação de início de prova material, pois a Autora cuidou de juntar documentação apta a comprovar a atividade rural nos moldes determinados por este Tribunal. (...)” (STJ, , AGRG no AG 699.933, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 17/10/05)

⁴²⁵ Ambas as hipóteses são comentadas por Teresa Arruda Alvim WAMBIER, em *Controle (...)*, p. 207. Os acórdãos pertinentes são os seguintes: STJ, RESP 65.095-0, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 14/04/95; e STJ, RESP 41.988, Rel. Min. Cláudio Santos, DJ 28/03/94.

superior.”⁴²⁶

Com efeito, mostra-se praticamente irreversível a decisão que não conhece do recurso em casos difíceis. De qualquer forma, as chances reais de êxito, seriam obviamente mínimas, como aliás, já se registrou anteriormente no texto.

Por fim, quanto ao tópico, registre-se que a transgressão pode ser legitimada também para garantir a aplicação da jurisprudência já pacificada, como é no caso de admitir-se como prova de tempo de serviço de trabalho rural a juntada de notas fiscais, sendo insuficiente, nesse caso, a prova testemunhal. O caso é vizinho ao de injustiça manifesta, que funciona também como elemento autorizador da cognição, pois rigorosamente o STJ não poderia dizer que uma determinada prova é suficiente para atestar um determinado fato.⁴²⁷

Transgressão legítima por injustiça manifesta

Este, como o tópico anterior, guarda íntima relação com o que viria a ser uma motivação oculta da sentença, embora não seja essa a terminologia de nenhum dos autores. Contudo, não se pode deixar de verificar que se cuida de uma preocupação constante da doutrina mais consciente, como é o caso de Willis Santiago Guerra Filho, ao lembrar que para uma metodologia suficiente ao novo direito processual é indispensável estudar também o modo de decidir do juiz⁴²⁸ e produzir uma teoria da decisão, como lembra Ferraz Jr.⁴²⁹

⁴²⁶ OLIVEIRA, *Recurso (...)*, p. 279.

⁴²⁷ "(...) [N]a hipótese dos autos, há início de prova material consubstanciado na nota fiscal de produtor rural em nome do pai da parte autora. Tal documento, corroborado por idônea prova testemunhal, comprova o exercício da atividade rural para fins de concessão do benefício pleiteado. (...)" (STJ, RESP 496.715, Min. Rel. Laurita Vaz, DJ 13/12?04). Ainda do corpo do voto: "A jurisprudência desta Corte, sensível à dificuldade do rurícola na obtenção de prova escrita do exercício de sua profissão, consolidou-se no sentido de que a comprovação da atividade laborativa do rurícola deve-se dar com o início de prova material, ainda que constituída por dados dos pais, cônjuge ou companheiro, desde que corroborado por idônea prova testemunhal."

⁴²⁸ Willis Santiago GUERRA FILHO, *A filosofia (...)*, p. 54.

⁴²⁹ FERRAZ JR., *Ciência (...)*, p. 88.

Outra nota doutrinária que vem a amparar essa assertiva concerne a que o silogismo judiciário pode ser construído às avessas, como cogita Recaséns Siches.⁴³⁰ Assim, é que, ao menos que se rompa com o modelo legalista posto, não há como subsistir transgressão que se legitime no combate de injustiça manifesta. Contudo, não há igualmente como fechar os olhos para que a prática decisória leva a caminhos ocultos e que não podem ter sequer fundamentos revelados no corpo do acórdão.

Disso tudo resulta uma conseqüência bastante perniciosa para o sistema: um precedente que não reflete o que se vê no acórdão, justamente porque a fundamentação é oculta. E, quanto mais rigoroso for o sistema em sua linha de *stare decisis*, mais profundo será o mal causado pela fundamentação oculta de instância extraordinária. A não ser, evidentemente, que toda a prática judiciária se converta em uma nebulosa prática de fundamentações obscuras e legitimada apenas pela validade de sua emissão, o que não pode ser de modo nenhum desejado.

Que fique bem claro: ter consciência de que a prática judiciária se desenvolve com fundamentos não expostos em suas decisões é saudável, o que não pode ser desejado é que sejamos iludidos com a possibilidade de um método perfeito e transparente. Nem por isso, entretanto, devemos abdicar de uma construção metodológica que possibilite, não só a transparência da decisão, mas também a sua previsibilidade. Trabalhamos assumidamente no plano dos axiomas, pelo que se abdica de fundamentar tais postulados.

⁴³⁰ Tercio FERRAZ JR., em *Ciência (...)*, p. 92. Cf. SICHES, Luis Recaséns. *Tratado general de filosofia del derecho*, Mexico: Porrúa, 1959, p. 632 e ss.

A questão da transcendência como fator prospectivo

Knijnik lista alguns casos em que STJ flexibilizou a técnica para instrumentalizar o direito.⁴³¹ Bem destaca o autor que tais fenômenos, embora não revelados, são correntes; que podem ser baseados em conflitos intra-sistemáticos; e que, notadamente ao que concerne ao presente trabalho, podem terminar por incursionar em meandros fáticos ainda que o tribunal não o faça explicitamente. Nesse sentido, registra a cogitação da argüição de relevância como elemento moderador das questões mistas, o que veio a ser adotado com a aprovação da emenda constitucional 45/05, embora apenas para o recurso extraordinário.

“1) A revelação excepcional e setorial dos aspectos formais em favor da solução e do enfrentamento de aspectos substanciais e a utilização de rigores formais em outras áreas, para moderar o conhecimento da matéria, são fenômenos nem sempre revelados, mas correntes; 2) A aceitação de certos conflitos intra-sistemáticos e da possibilidade de conviverem respostas diversas: oportunamente, teremos oportunidade de estudar o sentido e o alcance da Súmula nº 400 do STF e a sua vigência ou não. Mas realidade é que o seu conteúdo positiva claramente a opção por uma doutrina do razoável em detrimento de uma doutrina absolutizante; 3) A eventual consideração de certas perspectivas ou circunstâncias do caso concreto: não raro, a Corte tem, na esteira do que já fazia o Supremo Tribunal Federal, incursionado nos meandros dos fatos, ainda que, invocando a dicotomia objeto deste estudo, não o faça explicitamente; 4) A introdução da argüição de relevância, como elemento moderador das questões que tenham interesses prospectivos do ponto de vista normativo para a comunidade jurídica, o que o Projeto de Reforma do Poder Judiciário chegou a contemplar.”⁴³²

⁴³¹ Um caso típico de transcendência é a fixação de patamar de indenização por dano moral. O assunto será abordado adiante. Registra-se, no entanto, desde logo, um dos precedentes nessa linha: “(...) 1. Já decidiu esta Terceira Turma que não há falar em cerceamento de defesa diante do julgamento antecipado da lide “quando o protesto indevido está devidamente comprovado nos autos com suficiente prova documental, além de não haver impugnação sobre o fato na própria contestação” (REsp nº 540.336/TO, da minha relatoria, DJ de 29/3/04). 2. Esta Terceira Turma, em casos como o presente, tem se inclinado para reduzir o valor do dano moral, pertinente o paradigma apresentado para comprovar o dissídio, que cuida de situação em tudo semelhante. (...)” (STJ, RESP 628.753, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 21/11/05)

⁴³² KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 97-98.

Grau de cognição possível em instância extraordinária

A ensejo da retomada, pertinente ao grau de cognição que o julgador extraordinário está autorizado a produzir, vale cogitar também em um caso curioso, que considera a verificação de poderes procuratórios específicos como matéria de prova.⁴³³ É inconcebível, embora seja uma crítica essencialmente técnica, que se obste a via de acesso extraordinário ao recorrente, sendo que a verificação dos poderes procuratórios exige mera consulta dos autos, o que não pode ser de nenhuma forma obstada. Talvez uma fundamentação mais adequada seja a própria falta de prequestionamento ou mesmo a inexistência de peça essencial ao deslinde da questão.⁴³⁴

A mesma crítica cabe a acórdão que considera matéria de prova aferir a tempestividade manifesta do agravo por meio da verificação da cópia integral dos autos juntada ao instrumento. Isso porque as peças obrigatórias não são as únicas passíveis de análise, mesmo porque a cópia integral do agravo, no caso juntada, faz parte dos autos e não atrai a incidência do verbete sumular em cotejo.⁴³⁵

Cogitação teórica justificadora de reexame probatório

Considerando que os recursos extraordinário e especial refletem o perfil revisor de nossas cortes superiores, é dado o primeiro passo para a autorização da revisão probatória nesse nível. Isso porque, pelo recurso especial, ao STJ cabe julgar incidentalmente a causa e aplicar o direito à espécie.

⁴³³ “ (...) Inafastável a incidência, *in casu*, da súmula 7-STJ, uma vez que a pretensão recursal tem amparo em premissa fática não debatida pelo Tribunal a quo, consubstanciada na ausência de poderes específicos dos patronos, que ofereceram a exceção de pré-executividade, para receber citação. (...)” (STJ, AGRG no AG 476215, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 07/03/05)

⁴³⁴ “(...) Segundo assentou a Corte Especial, a ausência de peças no agravo de instrumento, de juntada facultativa, mas essenciais à solução da controvérsia, constitui óbice ao conhecimento do recurso (ERESPn. 504.914-SC). (...)” (STJ, RESP 552407, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 24.10.2005)

⁴³⁵ “(...) Para concluir-se no sentido de que a juntada da cópia integral dos autos demonstraria a inexistência da certidão de intimação e por conseqüência a tempestividade do agravo aviado na origem, indispensável o revolvimento das provas, o que não se viabiliza na presente via a teor da Súmula 7/STJ. (...)” (STJ, AGRG no RESP 662.325, Rel. Min. Castro Meira, DJ 12/12/05)

“No Brasil a mais significativa competência recursal do Supremo Tribunal Federal é a que diz respeito ao recurso extraordinário, um recurso exclusivamente destinado a proporcionar a apreciação *incidenter tantum* de questões referentes à legitimidade constitucional de leis ou atos normativos. Análogas questões quanto referentes ao direito federal infraconstitucional não são levadas à Corte Suprema (Supremo Tribunal Federal) mas ao Superior Tribunal de Justiça — que, nessa medida, igualmente se reputa uma instância de superposição. Esses tribunais não se limitam à cassação dos julgados, mas à sua revisão, no sentido de que eles aplicam ao caso concreto a interpretação jurídica dada por correta, substituído o *decisum* inferior e julgado a causa.”⁴³⁶

O segundo passo é justificado pelas diferentes funções das cortes superiores de acordo com seu foro de competência originária ou recursal ordinária, que coexistem dentro de uma mesma estrutura física operada pelos mesmos julgadores. Diante disso, espera-se ter demonstrado que o modelo brasileiro é *sui generis* e que admitir a incursão na seara probatória não seria impróprio, mesmo porque não há um modelo teórico tradicional a ser preservado. Assim, mediante lei ou alteração jurisprudencial, a análise probatória poderia ser mitigada. O que há é um modelo construído por nós e resultante de vários vetores, dentre eles o político, que impossibilitou a criação de uma legítima corte constitucional brasileira em vista da perda de poder que isso acarretaria aos ministros do STF.

É bem verdade que a doutrina não ampara qualquer conclusão no sentido de que, pelo STJ ter contornos de revisão, estaria autorizado a rever prova. Pelo contrário, é dito que os sistemas de cassação e revisão coexistem e que a própria definição da competência do STJ seria dada pela vedação do reexame probatório. É o que se extrai da passagem:

“Entre “assegurar a exata observância”, “a uniforme interpretação da lei” e a “unidade do direito objetivo nacional” e o revisar as decisões que “contrariam tratado ou lei federal” e “dão à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”, está mais do que evidente um paralelismo. Dentro da perspectiva unitarista, que engloba cassação/revisão num só fenômeno, os sistemas têm, pois, praticamente a mesma função, e por isso vão redundar num postulado técnico

⁴³⁶ DINAMARCO, *Fundamentos (...)*, p. 784.

fundamental: a proibição do reexame de fato.”⁴³⁷

Ademais, evidentemente, a existência de competência originária no STJ não leva a crer por si só que fatos possam ser revistos também no controle incidente recursal. O que se registra é o lado pragmático dessa existência, em razão da qual vemos que, mesmo em sua competência originária, o STJ não se inclina à análise probatória.

b. Processo

Embargos de divergência

Talvez seja simplista a afirmativa de que, apenas por haver decidido pela incidência da Súmula 7 do STJ, o acórdão de recurso especial seja impassível de embargos de divergência. Ora, se o cabimento da própria espécie recursal exige similitude fática, disso deriva a inexorável existência de alguma carga de conhecimento fático nesse recurso, embora a maioria da jurisprudência ignore essa fineza.⁴³⁸

Consideremos, ademais, a hipótese de ser correta a aplicação da súmula em determinado caso e que, equivocadamente, tenha o acórdão paradigmado impedido sua aplicação. Isso ensejaria, certamente, o cabimento dos embargos de divergência. Contudo, uma decisão delicada como essa provavelmente estaria sujeita ao não-conhecimento, bem na linha do que decide reiteradamente a Corte Especial. Ao contrário e em perfeita técnica também há julgados que destrincham essa questão ao entender existente a divergência, ainda que exista disparidade no

⁴³⁷ KNIJNIK, *O recurso (...)*, p. 129.

⁴³⁸ “(...) - Inadmissibilidade dos embargos de divergência em face da situação fática peculiar de cada um dos Arestos postos em confronto. (...)” (STJ, AGRG no ERESP 286.092, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 16/12/02)

conhecimento dos recursos paradigma e paradigmado em face da Súmula 7 do STJ.⁴³⁹

Cautelar e antecipação de tutela

Questão interessante surge quando o fundamento de concessão do pedido tem base em alta carga subjetiva. Assim é, por exemplo, na verificação dos critérios e evidência, verossimilhança, prova inequívoca, receio de dano, *periculum in mora*, abuso do direito de defesa, manifesto caráter protelatório, e, entre outros, reversibilidade do provimento. Qualquer um desses requisitos implica alta carga de revisão fática, mesmo porque são pedidos de fundamentação e concessão vinculadas.⁴⁴⁰⁻⁴⁴¹

Exceção de pré-executividade

Tomemos a exceção de pré-executividade como a oportunidade processual de cognição rarefeita das condições da ação e dos pressupostos processuais, sendo certo que toda matéria deve ser analisável à luz de prova pré-constituída. Esse meio de defesa resulta da interação entre as fases de conhecimento e execução, entendidas de forma não estanque. Revela-se dessarte a execução de pré-

⁴³⁹ (...) I - O direito líquido e certo que enseja a impetração do mandado de segurança pressupõe a incidência de regra jurídica sobre fatos certos demonstrados de plano, de sorte que a suscitação do tema em sede de recurso especial, em princípio, esbarra no enunciado nº 7 da súmula deste Tribunal II - No caso concreto, o conhecimento do recurso especial adentrou o exame dos fatos acertados na instância ordinária para afirmar a impossibilidade da demonstração de plano do direito líquido e certo do impetrante, em testilha com o já mencionado verbete sumular." (STJ, ERESP 124.442, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 05/04/04)

⁴⁴⁰ "PROCESSO CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. SUSPENSÃO DA LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO IMÓVEL. REAPRECIACÃO DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA. IMPOSSIBILIDADE. I - Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, reapreciar aspectos fáticos constantes dos autos para verificar a existência do fumus boni iuris e do periculum in mora, embaixadores da concessão de medida cautelar. Inteligência da Súmula n. 7 do STJ." (STJ, RESP 706.576, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 27/06/05)

⁴⁴¹ "(...) 1. A análise acerca dos requisitos autorizadores da antecipação dos efeitos da tutela enseja o reexame de matéria fático-probatória, inviável em sede de recurso especial. Inteligência da Súmula 7/STJ. (...)" (STJ, AGRG no AG 616.342, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 01/07/05)

executividade um incidente cognitivo no processo executório, cuja necessidade decorre de possível falha na análise de admissão da execução, matéria que, por regra, pode ser revista de ofício e a qualquer tempo pelo magistrado.

No que toca à jurisprudência, especificamente ao STJ, nota-se uma visão bastante restritiva da aceitação da exceção de pré-executividade, sendo ela admitida apenas nos casos que versam sobre ordem pública. Embora possamos ser levados a erro por ementas que registram ser possível a exceção de pré-executividade nas hipóteses em que não se fizer necessária dilação probatória, a posição majoritária do STJ é a de que, além da impossibilidade de revisão probatória, é necessário que a matéria seja de ordem pública.

Sendo lugar comum ser vedada a dilação probatória, a questão deve ser retomada nos limites de se saber se a verificação de prova preconstituída também é óbice à análise em instância extraordinária. Numa linha ortodoxa esse conhecimento seria vedado. De outro lado, há acórdãos que admitem a verificação de prova não propriamente como prova, mas como fato extintivo do direito, como é o caso da prescrição.⁴⁴²⁻⁴⁴³

⁴⁴² “A jurisprudência do STJ tem acatado a exceção de pré-executividade, impondo, contudo, alguns limites. [...] No caso em exame, a invocação da prescrição é matéria que pode ser examinada em exceção de pré-executividade, visto que a mesma é causa extintiva do direito do exequente.” (STJ, Rel. Min. José Delgado, RESP 666.059, DJ 01/02/05)

“A exceção de pré-executividade é servil à suscitação de questões que devam ser conhecidas de ofício pelo juiz, como as atinentes à liquidez do título executivo, os pressupostos processuais e as condições da ação executiva. [...] O espectro das matérias suscetíveis através da exceção tem sido ampliado por força da exegese jurisprudencial mais recente, admitindo-se a arguição de prescrição e de ilegitimidade passiva do executado, desde que não demande dilação probatória (exceção secundum eventus probationis).” (STJ, RESP 680.776, Rel. Min. Luiz Fux, 21/03/05)

⁴⁴³ “(...) É possível a arguição de prescrição por meio de exceção de pré-executividade, sempre que demonstrada por prova documental pré-constituída. Precedente: EResp 614272/PR, Primeira Seção, Min. Castro Meira, DJ de 06.06.2005. (...)” (STJ, RESP 780.043, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 14/11/05)

c. Superveniência

Fato superveniente

Há precedentes que consideram que o pagamento⁴⁴⁴ pode ser um fato superveniente cognoscível em instância extraordinária. No entanto, abrir procedimento dilatório é algo do que não se cogita para a verificação desse pagamento. Seja como for, essa é uma afirmação tópica e que não reflete a teoria embasadora do fato ou do direito novo, aos quais é, em regra, vedado o conhecimento no STJ. Respectivamente, quanto ao fato, o conhecimento seria vedado pela impossibilidade de incursão probatória; e, quando ao direito, pela ausência de prequestionamento⁴⁴⁵.

Apesar da corrente restritiva de acesso à via extraordinária ser a dominante, a ensejo de aplicação do art. 462 do CPC, há precedentes que conhecem do fato novo em instância extraordinária. Essa tese é fortalecida pelo regimento interno do STJ, que, no art. 411, II, § 1º, estabelece que tais fatos “devem ser considerados pela corte superior quando da entrega da prestação jurisdicional”.⁴⁴⁶⁻⁴⁴⁷

⁴⁴⁴ Cita-se exemplo em que recurso especial em que se pretendia despejo por falta de pagamento, o que restou prejudicado diante da sua superveniência, do qual se lê: “ (...) Ocorrendo o julgamento do recurso especial em data posterior a condição inibidora da desocupação do imóvel, incide a regra do art. 462 do código de processo civil, segundo a qual a prestação jurisdicional ha de compor a lide como ela se apresenta no momento da entrega. (...)” (STJ, RESP 2.041, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ 7/5/90)

⁴⁴⁵ “(...) Vale lembrar que é defeso a este Sodalício conhecer de ofício mesmo questões de ordem pública, tais como as condições da ação, como bem lembrou a insigne Ministra Eliana Calmon: “a premissa de que as questões de ordem pública podem ser alegadas em qualquer tempo e juízo não se aplica às instâncias especial e extraordinária, que delas apreciam se conhecidos os recursos derradeiros, mas somente às instâncias ordinárias” (cf. AgRg no ERESP 85.558/SP, DJU 12.06.00). (...)” (STJ, RESP 651.640, Min. Rel. Franciulli Netto, DJ 21/02/05)

⁴⁴⁶ Bernardo Pimentel SOUZA, *Introdução aos recursos (...)*, p. 635.

⁴⁴⁷ “(...) Fato ou direito superveniente que possa influir no julgamento da lide pode ser apreciado pelo STJ, pois a regra estabelecida no art. 462 do CPC não se limita às instâncias ordinárias. Precedentes. (...)” (STJ, RESP 688.151, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 08/08/05)

Ainda quanto à questão do pagamento, devemos cogitar se sua alegação constitui questão de fato ou de direito em face de duas possibilidades. A primeira é a alegação sem a apresentação de provas; e a segunda diz respeito a alegação somada à juntada de prova documental já produzida. Vê-se, para fim de recurso especial, que nitidamente a primeira opção seria vedada, restando-nos cogitar sobre a segunda possibilidade. Pois bem, quer parecer que se a alegação de pagamento já vem discutida desde a segunda instância, sendo tema prequestionado, não há óbice para que analise a alegação. Todavia, pode acontecer de a alegação ser apresentada pela primeira vez no STJ, caso em que o enquadramento do fenômeno torna-se mais delicado. Nessa hipótese tem sido admitida a alegação, conforme dito anteriormente, em exceção de pré-executividade.⁴⁴⁸

Certamente nesta hipótese, nos parece indicado pensar numa questão mista, ou seja, uma questão com balanceamento entre fatos e direito sem preponderância definida — o que não resolve a questão. Por questão de objetividade e até em vista de exigência prática, precisamos estabelecer a procedimentalidade para seu processamento, o que torna a dúvida ainda mais severa. Nesses termos, aparenta adequado tratar a questão como se fosse de direito.

Outra questão jurídica interessante no que toca à mesma hipótese, consiste em discutirmos seu enquadramento jurídico como qualificação jurídica dos fatos. Assim, seria possível discutir, por exemplo, se o caso seria de pagamento, depósito ou doação. Nesse caso, o conhecimento extraordinário, a princípio, não encontraria óbice.

⁴⁴⁸ “(...) Entendimento consentâneo com o firmado por esta Corte, no sentido de que as matérias passíveis de serem alegadas em exceção de pré-executividade não são somente as de ordem pública, mas também os fatos modificativos ou extintivos do direito do exequente, desde que comprovados de plano, sem necessidade de dilação probatória. (...)” (STJ, RESP 658.184, Rel. Min. Castro Meira, DJ 03/10/05)

O documento novo ou o erro de fato, como hipóteses de cabimento da ação rescisória, podem levar à incidência da Súmula 7 do STJ. No entanto, diante dos recentes esforços em revisitar tais conceitos, há a possibilidade de abertura de cognição a depender de sua qualificação jurídica.⁴⁴⁹

Especificamente no que concerne ao documento novo, normalmente ligada à questão da paternidade, o óbice cognitivo não é constituído pela matéria de prova, mas pela coisa julgada, revelando uma bela discussão jurídica com expoentes em posições contrárias, o que termina por ofuscar o debate sobre a abordagem principal desse texto.⁴⁵⁰ Seja como for, as luzes voltadas à questão da coisa julgada

⁴⁴⁹ “ (...) O exame de DNA obtido após a improcedência da investigatória da paternidade é documento para o fim de ensejar a ação rescisória. (...)” (STJ, RESP 189.306, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 14/10/02)

⁴⁵⁰ “PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. REPETIÇÃO DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE TEVE SEU PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE POR FALTA DE PROVAS. COISA JULGADA. MITIGAÇÃO. DOCTRINA. PRECEDENTES. DIREITO DE FAMÍLIA. EVOLUÇÃO. RECURSO ACOLHIDO. I – Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido. II – Nos termos da orientação da Turma, “sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza” na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real. III – A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, “a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade”. IV – Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum.” (STJ, RESP 226.436, Min. Sálvio de Figueiredo, DJ 04/02/02)

“AÇÃO DE NEGATIVA DE PATERNIDADE. EXAME PELO DNA POSTERIOR AO PROCESSO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. COISA JULGADA. 1. Seria terrificante para o exercício da jurisdição que fosse abandonada a regra absoluta da coisa julgada que confere ao processo judicial força para garantir a convivência social, dirimindo os conflitos existentes. Se, fora dos casos nos quais a própria lei retira a força da coisa julgada, pudesse o magistrado abrir as comportas dos feitos já julgados para rever as decisões não haveria como vencer o caos social que se instalaria. A regra do art. 468 do código de processo civil e libertadora. Ela assegura que o exercício da jurisdição completa-se com o último julgado, que se torna inatingível, insuscetível de modificação. E a

já revelam em si uma flexibilização do conceito de documento novo, pois não se cogita dele próprio como óbice amparado no verbete sumular que impede o conhecimento de questão de fato.

No que diz respeito ao erro de fato, a regra parece ser a de que incide o impedimento da Súmula 7.⁴⁵¹⁻⁴⁵²

A argumentação, no entanto, não é simples. Sinal disso é o julgado que reconhece que o erro de fato é “questão de direito que implica e se confunde com questão de fato”. Mais que isso: “passa pela análise de atos ou de documentos da causa”. No entanto, embora reconheça que se trata de uma questão mista, conclui que o erro de fato verifica-se “se presumível que estivesse atento à prova, o Juiz teria julgado em sentido contrário”. Ou seja, o acórdão reconhece a complexidade do problema e opta por revisar o entendimento supostamente equivocado do juiz como se fosse o caso de uma mera questão de direito.⁴⁵³

sabedoria do código e revelada pelas amplas possibilidades recursais e, ate mesmo, pela abertura da via rescisória naqueles casos precisos que estão elencados no art. 485. 2. Assim, a existência de um exame pelo dna posterior ao feito já julgado, com decisão transitada em julgado, reconhecendo a paternidade, não tem o condão de reabrir a questão com uma declaratória para negar a paternidade, sendo certo que o julgado esta coberto pela certeza jurídica conferida pela coisa julgada. 3. Recurso especial conhecido e provido.” (STJ, RESP 107.248, Rel. Min. Menezes Direito, DJ 29/06/98)

⁴⁵¹ “REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7-STJ. 1 - Para análise da irresignação deduzida no especial, qual seja, a existência de erro de fato, de molde a justificar o cabimento da ação rescisória, há necessidade de imiscuir-se no conjunto probatório dos autos, o que incide na censura da súmula nº 7/STJ. 2 - Agravo regimental desprovido.” (AGRG no AG 355.257, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 16/04/01)

“Ação rescisória fundada no art. 485, V e IX do Cód. de Pr. Civil. Conforme o acórdão local, “Inocorrência de erro de fato que não pode valer como pretexto para reexame da prova. Inexistência de violação literal a dispositivo de lei. Art. 1221 do CCivil inaplicável à espécie dos autos. O disposto no art. 1220 não impede que haja prorrogação do prazo contratual. Ação improcedente”. Caso em que se não ofendeu texto de lei. Pretensão de simples reexame de prova (Súmula 7). Agravo desprovido.” (AGRG no AG 183.213, Rel. Min. Nilson Naves, DJ 01/08/00)

⁴⁵² “(...) Conclusão a respeito da presença ou não de erro de fato, que possibilita o ajuizamento de ação rescisória, demanda o reexame de prova, o que atrai a incidência da Súmula 7/STJ. (...)” (STJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, AGRG no AG 578.834, DJ 09/05/05)

⁴⁵³ “ (...) Cabe Ação Rescisória, por erro de fato, se presumível que estivesse atento à prova, o Juiz teria julgado em sentido contrário. - O Recurso Especial assentado em violação ao Art. 485, IX, do CPC trata de questão de direito que implica e se confunde com questão de fato. O reconhecimento de ofensa ao dispositivo de Lei (ocorrência, ou não, de erro de fato) passa pela análise de atos ou de documentos da causa (CPC; Art. 485, IX). (...)” (STJ, RESP 733.742, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 12/12/05)

O caso se mostra ainda mais delicado na medida em que o reconhecimento do erro de fato leva praticamente à reforma do julgamento. Assim, a questão do erro de fato é tratada como uma questão de direito, tanto é que tende a ser realizado novo juízo sobre a causa:

“Conforme anteriormente exposto, sendo pressuposto da rescisão, neste caso, tenha o julgamento admitido fato inexistente ou considerado existente o que não ocorreu, e se isso significa que, se tivesse atentado para o fato em questão, teria o órgão oficiante no processo originário julgado de forma diversa do que fez, então, também aqui a lei sugere que a procedência quanto ao juízo rescindente há que levar diretamente ao juízo rescisório; inclusive determinando o êxito do autor da rescisória também aí. É o que deve ocorrer, tratando-se de *erro in judicando*.”⁴⁵⁴

d. Culpa

Mora e culpa

O enquadramento jurídico depende da verificação do fato, de modo que a verificação da mora não é somente um óbice ao recurso especial, mas também o é a verificação da própria culpa do atraso.⁴⁵⁵ O mesmo se diz da culpa de uma forma genérica, por exemplo, como pressuposto para o pagamento de verba indenizatória, entre outros casos.⁴⁵⁶⁻⁴⁵⁷⁻⁴⁵⁸⁻⁴⁵⁹

⁴⁵⁴ YARSHELL, *Ação rescisória (...)*, p. 413.

⁴⁵⁵ “(...) A análise de requisitos para a verificação da mora, no caso, requer o exame do conjunto probatório, o que encontra óbice no enunciado 7 da Súmula desta Corte. (...)” (STJ, AGRG no EDCL no RESP 690.785, Rel. Min. Castro Filho, DJ 13/06/05)

⁴⁵⁶ “ (...) A verificação do preenchimento dos requisitos autorizadores da concessão do benefício acidentário pleiteado implica revolvimento do conjunto fático-probatório. Incidência, pois, da Súmula nº 07 do STJ. (...)” (STJ, RESP 651.462, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 06/12/04)

⁴⁵⁷ “(...) A aferição de culpa por parte do médico anestesista é matéria de índole eminentemente probatória e, por isso mesmo, não se submete ao crivo do especial, ut súmula 7-STJ. (...)” (STJ, RESP 191.805, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 12/12/05)

⁴⁵⁸ “(...) A verificação do direito de produzir provas ou de examinar a culpa necessariamente demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, o que é vedado em sede de recurso especial, a

Nessa linha são encontrados precedentes que tratam de nexos causais em direito trabalhista e previdenciário⁴⁶⁰⁻⁴⁶¹, bem como na responsabilidade civil do Estado⁴⁶².

Prescrição e culpa

Abstraídas maiores considerações sobre a diferença entre prescrição e decadência⁴⁶³, tudo indica que estejamos diante de uma tormentosa diferenciação

teor do enunciado sumular de nº 7, desta Corte.(...)” (STJ, AGRG no AG 579.442, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ 21/11/05)

⁴⁵⁹ “ AGRADO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. ALEGADA CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. AGRADO IMPROVIDO. 1. Buscando o agravante decisão favorável, está a pretender, a bem da verdade, o reexame de todo o conjunto da prova, o que é incompatível com o recurso especial, expressamente vedado pelo enunciado nº 7 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça. 2. Agrado regimental improvido.” (STJ, AGRG no RESP 649.269, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 28/11/05)

⁴⁶⁰ “(...) 1. Se o Tribunal de origem reconhece a ausência de nexos causais entre a moléstia de que padece o obreiro e o exercício do trabalho, o reexame dessa questão esbarra no óbice estabelecido pela Súmula nº 07/STJ. (...)” (STJ, AGRG no RESP 538.715, Min. Rel. Paulo Medina, DJ 24/11/03)

⁴⁶¹ “(...) I - Constatada, com base no conjunto probatório dos autos, a ausência de nexos de causalidade, bem como de incapacidade laborativa, infirmar tal entendimento ensejaria o reexame de provas, o que encontra óbice no verbete nº 07 da Súmula deste Tribunal. (...)” (STJ, AGRG no AG 527.822, Min. Rel. Felix Fischer, DJ 19/12/03)

⁴⁶² 5. Desta sorte, "não há como se amparar a tese de que o dano decorreu exclusivamente dos riscos da complicada cirurgia a que fora submetido o Embargado, uma vez ter ficado comprovado tecnicamente que o quadro clínico do paciente evoluiu após a utilização da medicação 'sandimmun' e que em decorrência de sua interrupção houve a falência total do órgão" (fls. 696) 6. Assentando o aresto recorrido o nexos de causalidade entre a omissão do Estado do Rio de Janeiro no fornecimento de medicamento e o dano sofrido pelo ora recorrido foi constatado pelo Eg. Tribunal a quo, assim, decisão em sentido contrário em sede de recurso especial ensejaria minucioso reexame do material fático-probatório dos autos, esbarrando no enunciado da Súmula nº 07 desta Corte. Precedentes: STF, RE 257.090/RJ; RE 140.798/SP; STJ, AgRg nos EDcl no AG 244.454/GO. (...)” (STJ, RESP 686.208, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 01/07/05)

⁴⁶³ Agnelo Amorim Filho, com base em Chiovenda, propõe uma distinção entre esses institutos que não a clássica, de Câmara Leal. Sua crítica é que, na visão tradicional, a distinção é feita pelos efeitos, de modo que nada se diz sobre a natureza da prescrição ou da decadência. Dizer que a prescrição atinge a ação e a decadência atinge o direito não é equivocada, mas não auxilia a saber, na prática, diante de que tipo de prazo estamos.

O autor lembra que no direito romano as ações eram definidas pelo direito material, o que foi superado pela sua definição segundo a eficácia da decisão, ou melhor, da carga preponderante dela - idéia de Pontes de Miranda. E aqui vale o registro que a classificação de Pontes de Miranda é quinária, de modo que, ao lado das tradicionais ações declaratórias, condenatórias e constitutivas, estão também as mandamentais e as executivas.

Retomando a lição de Agnelo Amorim Filho: a idéia central é que a ação condenatória nasce de uma lesão a direito. Essa lesão, por sua vez, dá nascimento a uma pretensão e, conseqüentemente, a uma ação. O que se busca, nesse caso, é a reparação da lesão, de modo que alguém será

entre questão fato e qualificação jurídica dos fatos quando o problema jurídico aborda a verificação da prescrição como óbice consistente em verificação de fato.

Chega a ser curiosa a abundância de precedentes nesse sentido, seja concernente à prescrição⁴⁶⁴ ou à prescrição intercorrente⁴⁶⁵ como óbice fático ao conhecimento do recurso excepcional.

No que tange à verificação da prescrição, a discussão passa tradicionalmente pelas matérias que podem ser alegadas a qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 267, § 3.º), sem que nela se esgote porque prescrição é matéria de mérito:

“A prescrição e a decadência, embora também possam ser alegadas a qualquer tempo, distinguem-se daquelas, porém, na medida em que são questões relacionadas ao mérito, e não ao processo, e podem não se caracterizar como questões de ordem pública, como é o caso da prescrição e da decadência convencional.”⁴⁶⁶

Diante disso, a prescrição passa a exigir prequestionamento, a não ser que se entenda pelo entendimento amplo da Súmula 456 do STF, segundo o qual o prequestionamento diz respeito somente à admissibilidade.⁴⁶⁷

No que tange à prescrição intercorrente, o que causa espécie é que a constatação de que o processo quedou-se inerte é possível em face de mera compulsão aos

condenado a prestar algo. Apenas após a prestação dessa pessoa é que se concretiza o direito. O lapso temporal previsto para o exercício da ação referente a um direito desses é a prescrição.

De outro lado, se o exercício do direito não depende de ninguém que não o autor, ou seja, é um direito formativo ou potestativo (um poder, na verdade), a ele corresponde uma ação constitutiva. Nesse caso, a própria faculdade jurídica é que cria a sujeição, independente, portanto, de qualquer prestação. A única condição ao seu efetivo gozo é que ele seja exercido no prazo em que a lei determina: o prazo de decadência. Caso não exista o prazo, a ação, embora constitutiva será imprescritível. Cf. AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico (...)*.

⁴⁶⁴ “Aferir a ocorrência ou não da prescrição do crédito tributário e, ainda, se a empresa executada, na condição de sucessora, tornou-se responsável pelo débito fiscal implica reexame de prova, medida que esbarra no óbice da Súmula n. 7 do STJ.” (STJ, RESP 493.290, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 01/07/05)

⁴⁶⁵ “(...) A análise da prescrição intercorrente demanda o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é inviável em sede de recurso especial ante o óbice contido na Súmula n.º 07/STJ.” (STJ, RESP 137.729, Rel. Min. Castro Meira, DJ 23/05/05)

⁴⁶⁶ Fredie DIDIER JR., *As regras processuais (...)*, p. 18.

⁴⁶⁷ Fredie DIDIER JR., *As regras processuais (...)*, p. 19.

autos, o que não pode ensejar aplicação do verbete sumular impeditivo do conhecimento.

Seria até compreensível sustentar que o verbete sumular merece aplicação em vista da necessária presença de culpa daquele leva inércia ao processo⁴⁶⁸ ou da constatação de que a inércia se deu por deficiência da máquina judiciária⁴⁶⁹. Tais fundamentos são invocados, mas nem sempre, aparentando simplista a solução dada pelo STJ em muitos casos, pois não explicita a culpa, mas somente a própria inércia. E a inércia, por si só, não carece de prova para ser verificada.

Dívida fiscal e responsabilidade do sócio

A regra tende a ser a de que, exceto nos casos legais, os sócios não tenham responsabilidade subsidiária ou solidária com a empresa. Contudo, há casos em que a jurisprudência entende cabível o redirecionamento da ação inicialmente proposta contra a empresa em vista da verificação de alguns fatos, por exemplo, na hipótese de desconsideração da personalidade jurídica da empresa e no caso de responsabilidade do sócio por dívida fiscal.

A tese que prevalece é a de que esbarra em incursão fática a distinção entre ato de gerência e ato tomado em excesso de mandato — requisitos autorizadores do redirecionamento. Em termos práticos, fica vedada a revisão extraordinária capaz de ensejar a responsabilidade pessoal do sócio para fim tributário na linha do art. 135 do Código Tributário Nacional. Assim, quando a empresa é acionada, o redirecionamento da execução a seu representante — via de regra, não somente

⁴⁶⁸ “(..) Não se opera a prescrição intercorrente quando a credora não deu causa à paralisação do feito. Iterativos precedentes. (...)” (STJ, AGRG no AG 606.623, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 30/05/05)

⁴⁶⁹ “(...) Tendo o acórdão impugnado se fundado na inexistência de prova nos autos de que a ausência da citação se deu por deficiência da máquina judiciária, impossível se torna o conhecimento do apelo nobre, pois para reverter tal entendimento seria necessário o reexame dos fatos circunstanciados nos autos, o que não é possível nas instâncias superiores. Impõe-se a incidência do óbice sumular 7 deste STJ. (...) (STJ, RESP 776.886, Rel. Min. José Delgado, DJ 05/12/05)

pela ausência da pessoa física na polaridade da ação, mas principalmente pela impossível revisão dos fatos — fica obstado em recurso especial.

Isso porque a responsabilidade tributária depende da verificação de condutas vagas tipificadas pela lei tributária, notadamente “atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”, sendo insuficiente para a imputação a mera prova de fato objetivo consistente na inadimplência.⁴⁷⁰⁻⁴⁷¹ Deve ser ressaltada, contudo, a objetividade da aplicação da tese quando a espécie tributária em questão sejam a das contribuições previdenciárias.⁴⁷²

Retomando o cerne lingüístico da responsabilidade fiscal do sócio — abstraída a discussão tributária profunda e reduzindo a análise ao ponto de vista semântico — a inadimplência poderia ser entendida como infração à lei, como de fato é. O complicador, nesse caso, está em que o reconhecimento da inadimplência como fato autorizador do redirecionamento contra o sócio pode implicar inversão do ônus probatório como um todo, já que, sendo dotada a certidão de dívida ativa de presunção de veracidade, o gerente seria posto na difícil condição de fazer prova apenas em instância extraordinária, o que seria inadmissível principalmente na

⁴⁷⁰ “(...) Qualquer conclusão no sentido de afirmar ter ou não o sócio praticado ato de gerência da sociedade e agido com abuso de poder, ou, ainda, de ter a sociedade se dissolvido irregularmente, dependeria de reexame de aspectos fáticos e probatórios, o que é inviável pela via eleita do especial, a teor da Súmula 7 do STJ. (...)” (STJ, AGRG no AG 613.619, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 20/06/05)

⁴⁷¹ “(...) 1. A dissolução irregular da sociedade devedora caracteriza situação que acarreta a responsabilidade solidária dos terceiros, nomeadamente dos sócios-gerentes, pelos débitos tributários (art. 135 do CTN). (...)” (STJ, RESP 730.803, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 09/05/05)

(...) 3. Os sócios (diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica) são responsáveis, por substituição, pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias quando comprovada a dissolução irregular da sociedade, a prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou a infração de lei, contrato social ou estatutos. Não cabe assim afastar a responsabilidade por antecipação, excluindo da execução fiscal os nomes dos diretores contra quem se dirigia também a execução fiscal, impondo discutir-se a matéria no âmbito dos embargos à execução fiscal.” (STJ, RESP 705.532, Rel. Min. Castro Meira, DJ 13/06/05)

“(...) 1. A responsabilidade tributária do sócio-gerente se configura quando há dissolução irregular da sociedade, o que, por conseguinte, dá ensejo ao redirecionamento da execução fiscal. (...)” (STJ, AGRG no AG 655.114, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 29/08/05)

⁴⁷² “(...) 1. O sócio é responsável solidário pelas dívidas referentes à contribuição social junto à Seguridade Social em virtude do disposto no art. 13 da Lei 8.620/93, independente da comprovação de que ele agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra estatuto. (...)” (STJ, T2, RESP 685.864, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 26/09/05)

hipótese de não constar seu nome da certidão da dívida inicial. Esclarece Araken de Assis que:

“Neste caso, lícito ao credor voltar a execução contra o sócio, posto que omissa o título, promovendo sua citação. Em tal hipótese, a Fazenda Pública assume o ônus de provar os fatos que ensejaram a responsabilidade, na execução ou nos embargos.”⁴⁷³

Consigne-se, ademais, que a nossa opinião no sentido de ser incabível o redirecionamento da execução fiscal contra o gerente persiste também no caso em que o gerente figurou como litisconsorte ou como co-responsável desde o início da execução — caso em que, de acordo com o STJ, seria ao menos viável desincumbir-se a pessoa física de tal ônus em via ordinária pleiteando sua exclusão da lide por meio de embargos.⁴⁷⁴

Ainda assim, persiste o óbice sumular, posto que, aberta a possibilidade de configuração da autorização do redirecionamento, o óbice persistiria por cerceamento de defesa, já que a pessoa física não teria condições de desincumbir-se de tal ônus em instância extraordinária. Ou seja, sempre é impossível o redirecionamento, seja por impedimento de prova a ser feita pela Fazenda, consistente na caracterização do tipo autorizador da imputação objetiva; seja por prova a ser feita pela pessoa física, consistente em que não se verifica a imputação. Diante disso, mesmo que em recurso especial não conhecido seja autorizado o redirecionamento pela manutenção do acórdão recorrido, a função do acórdão do STJ seria aparentemente cassacional, devendo ser aberta a oportunidade ordinária de desincumbência do ônus ao sócio se contra ele apenas pesou presunção da certidão de dívida ativa.

⁴⁷³ Araken de Assis, *Manual (...)*, p. 407.

⁴⁷⁴ “(...) Se o nome do sócio consta da CDA, não há que se falar em violação ao art. 135 do CTN, porquanto a sua responsabilidade se presume, incumbindo-lhe fazer prova em contrário por meio de embargos à execução. (...)” (STJ, AGRG no RESP 613.831, Rel. Min. Castro Meira, DJ 12/12/05)

e. Paradigma e justiça

Honorários

Questão interessante é evidenciar que, embora o STJ na maioria das vezes entenda que julgar causas com pedido de revisão de honorários seja vedado⁴⁷⁵, em outras oportunidades intervém para revê-los⁴⁷⁶. Talvez, embora impreciso, venha a calhar o conceito apresentado Knijnik. Segundo essa abordagem, diríamos que a decisão sobre decaimento em parte mínima e honorários reciprocamente distribuídos se encontrariam dentro da margem de decisão da segunda instância. De outro lado, as questões afeitas à fixação aviltante estariam fora dessa margem.

Ainda assim, como se vê, ontologicamente a questão é a mesma, de modo que seria impossível fundamentar a diferenciação no regime de tratamento com critérios estritamente técnicos. Evoca-se, com efeito, a abordagem discursiva fundada no convencimento e a intuição de que o silogismo judiciário é guiado, na verdade, por uma questão de justiça — o que, em última análise, é uma opção valorativa. Neste caso, para que não se realize uma descrição redutora da realidade, fazendo coincidir a legitimidade decisória com a pura validade, não devemos perder de vista o caráter prospectivo e a aceitabilidade da decisão reiterada.

⁴⁷⁵ “(...) Fixados os honorários advocatícios em observância aos princípios da equidade e da proporcionalidade, deve ser mantido o montante determinado pelo Tribunal de origem. (...)” (AGRG no RESP 771.229, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 05/12/05)

⁴⁷⁶ “(...) O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça quando a quantia arbitrada se mostrar ínfima, de um lado, ou visivelmente exagerada, de outro. Hipótese de fixação excessiva, a gerar enriquecimento indevido do ofendido. (...)” (STJ, RESP 556.031, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 07/11/05)

“(...) Em recurso especial somente é possível revisar a indenização por danos morais quando o valor fixado nas instâncias locais for exageradamente alto, ou baixo, a ponto de maltratar o Art. 159 do Código Beviláqua. Fora desses casos, incide a Súmula 7, a impedir o conhecimento do recurso. - A indenização deve ter conteúdo didático, de modo a coibir reincidência do causador do dano sem enriquecer a vítima. (...)” (STJ, AGRG no AGRG no AG 581.755, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 14/11/05)

Apenas assim se justifica a disparidade entre questões juridicamente idênticas, como no caso em que se entende pela fixação excessiva ou irrisória.⁴⁷⁷ E nisso não há mal porque o julgador deve dispor de certa margem de autonomia, que será controlada por meio de recursos. O que se vê, aliás, nas condenações contra a Fazenda Pública.⁴⁷⁸

Dano moral

Da prática decisória revisora do dano moral no STJ podemos colher algumas observações que valem para o direito em geral. Uma delas é a que, diante de uma situação teratológica, a admissibilidade recursal, bem como o pré-julgamento do próprio mérito, são realizados de maneira tendente a reequilibrar a situação concreta. Isso sem contar a importância prospectiva da decisão, que é sempre um fator relevante. Retoma-se, assim, mais uma vez, a carga teleológica da decisão judicial como fator corretivo da fixação irrisória ou exorbitante, a exemplo do que ocorre com a fixação de honorários.⁴⁷⁹

⁴⁷⁷ “O STJ só atua na revisão de honorários advocatícios quando estes se mostram excessivos ou irrisórios. Caso contrário, incide a Súmula 7.” (STJ, AGA 488.929, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 20/06/05)

⁴⁷⁸ (...) A teor do disposto no art. 20, § 4º, do CPC, nas causas em que a Fazenda Pública for vencida, como no caso em comento, não está o magistrado adstrito aos limites indicados no art. 20, § 3º, do CPC – mínimo de 10% e máximo de 20% –, porquanto a alusão feita no § 4º do art. 20 do CPC é concernente, apenas e tão-somente, às alíneas do § 3º, e não a seu caput. Com efeito, pode a verba honorária ser fixada além ou aquém dos parâmetros percentuais referidos, assim como pode o juiz adotar como base de cálculo dos honorários advocatícios o valor dado à causa ou à condenação. (...)” (STJ, RESP 541.034, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 21/02/05);

⁴⁷⁹ “(...)Diante das particularidades do caso em questão, dos fatos assentados pelas instâncias ordinárias, bem como observados os princípios de moderação e da razoabilidade, o valor fixado pelo Tribunal a quo, a título de danos morais, em R\$ 40.800,00 (quarenta mil e oitocentos reais) mostra-se excessivo, não se limitando à compensação dos prejuízos advindos do evento danoso. Assim, para assegurar ao lesado a justa reparação pelos danos sofridos, sem, no entanto, incorrer em enriquecimento ilícito, reduzo o valor indenizatório para fixá-lo na quantia certa de R\$ 3.000,00 (três mil reais) (...)” (STJ, RESP 738.347, Rel. Min. Scartezzini, DJ 01/07/05)

“(…) Aferir a existência de provas suficientes para embasar condenação por danos morais, demanda revolvimento do conjunto fático-probatório delineado pelas instâncias ordinárias, providência vedada em recurso especial. Incidência da súmula 7-STJ. (...)” (STJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, AGRG no AG 696.719, DJ 24/10/05)

Porém, essa abordagem não esgota o problema, devendo ser revista a coerência entre os fatos formadores do arcabouço probatório e a conclusão jurídica recorrida. Sob esse aspecto, a revisão do STJ trabalharia sob a justificativa de rever a coerência e a higidez da fundamentação — sem que a corte estivesse habilitada a rever integralmente o julgado. Em outras palavras, segundo a teoria tricotômica, a incursão fática se sustentaria sob o argumento teórico do respeito à margem de decisão fixada pela segunda instância.

Embora não tenham amparo teórico é, em linhas gerais, o que se vê nos precedentes do STJ, dentre os quais vale citar passagem do voto de um dos mais antigos precedentes. Vemos que, infelizmente, até um precedente muito citado, carece de qualquer fundamentação teórica, resumindo-se a afirmar:

“(…) De fato, o montante correspondente a R\$ 8.000,00 (oito mil reais) arbitrado pelo Tribunal *a quo* revela-se excessivo, em vista dos padrões de quantificação de ressarcimento pelos quais esta Quarta Turma tem se orientado e das peculiaridades da espécie. Assim, reduzo o valor da

“(…) O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, quando a quantia arbitrada se mostra ínfima, de um lado, ou visivelmente exagerada (…)” (STJ, RESP 710.959, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 10/10/05)

“(…) Se o valor fixado a título de danos morais atende aos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, não se admite a revisão do montante em sede de recurso especial, por ser aplicável à espécie a Súmula nº. 7/STJ. (…)” (STJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, AGRG no AG 636.605, DJ 14/03/05)

“(…) "O valor da indenização por dano moral não pode escapar ao controle do Superior Tribunal de Justiça" (REsp n. 53.321/RJ, Min. Nilson Naves). Redução da condenação a patamares razoáveis, considerando as peculiaridades da espécie. (…)” (STJ, RESP 623.691, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 28/11/05)

“(…) 2. Aferir a existência de provas suficientes para embasar condenação por danos morais, demanda revolvimento do material fático-probatório, soberanamente delineado pelas instâncias ordinárias, (...) Admite o STJ a redução do quantum indenizatório apenas quando se mostrar ínfimo ou exagerado, o que não sucede na espécie, uma vez que foi fixado no montante de R\$ 4.519,40 (quatro mil, quinhentos e dezenove reais e quarenta centavos) e, em casos semelhantes, em que há inscrição ou manutenção indevida de nome de pretense devedor em cadastro de inadimplentes, esta Corte tem fixado a indenização por danos morais em valor equivalente a cinquenta salários mínimos. (...)” (STJ, RESP 782.912, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 28/11/05)

“(…) 2 - Admite o STJ a redução do quantum indenizatório, quando se mostrar desarrazoado, o que não sucede na espécie, em que houve morte decorrente de acidente de trânsito, dado que as Quarta e Terceira Turmas desta Corte têm fixado a indenização por danos morais no valor equivalente a quinhentos salários mínimos, conforme vários julgados. (...)” (STJ, RESP 773.075, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 17/10/05)

reparação moral para R\$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais), corrigidos a partir desta data. (...)⁴⁸⁰

A partir daí outros julgados passaram a ter ponto de apoio nessa assertiva, continuando, contudo, a carecer de amparo teórico, apesar do brilhantismo de alguns dos relatores, tais como os Ministros Menezes Direito, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro.⁴⁸¹⁻⁴⁸² É o que vemos em todos os julgados que se seguiram — tanto é assim, que verificamos contradição na afirmativa de que “não podemos reexaminar provas, mas nos permitimos adequar as indenizações que ultrapassem, para mais ou para menos, os limites do razoável.”⁴⁸³

⁴⁸⁰ STJ, RESP 53.321, Rel. Min. Nilson Naves, DJ 24/11/97.

⁴⁸¹ “(...) Inicialmente, ressalto que o valor da indenização por danos morais está sujeito ao controle do Superior Tribunal de Justiça quando a sua fixação for incompatível com a hipótese dos autos. Em precedente da Terceira Turma, no REsp n. 140.809-RJ (DJ de 11/05/98), o Eminentíssimo Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito dispôs que: “... a redução do valor da indenização é possível para compatibilizá-la com padrão razoável, diante das circunstâncias de fato apuradas nas instâncias ordinárias”. No mesmo sentido cito os REsp n. 248.764/SP, 4ª Turma, Relator o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 07.08.2000 e n. 53.321/RJ, 3ª Turma, Relator o Sr. Ministro Nilson Naves, DJ de 24/11/97. Este entendimento, aliás, foi firmado em face dos manifestos e freqüentes abusos na fixação do *quantum* indenizatório, no campo da responsabilidade civil, com maior ênfase em se tratando de danos morais, pelo que se entendeu ser lícito ao Superior Tribunal de Justiça exercer o respectivo controle(...)” (STJ, RESP 183.508, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 10/06/02)

⁴⁸² “(...) A c. Terceira Turma desta Casa decidiu que “o valor da indenização por dano moral não pode escapar ao controle do Superior Tribunal de Justiça” (Resp nº 53.321-RJ, Relator Ministro Nilson Naves). Idêntica a linha adotada quando da apreciação do Resp nº 255.056-RJ, de que foi Relator o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: “o valor do dano moral, como consta de diversos precedentes da Corte, deve ser fixado com moderação, considerando a realidade de cada caso, cabível a intervenção da Corte quando exagerado, absurdo, causador de enriquecimento ilícito, o que não ocorre neste feito”. Desta Quarta Turma, colhem-se os precedentes, dentre outros: Resps nºs. 215.607-RJ, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, com esta ementa: “1 – A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de caso. Ademais, deve ela contribuir para desestimular o ofensor a repetir o ato, inibindo sua conduta antijurídica”. (...)” (STJ, RESP 257075, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 22/04/02)

⁴⁸³ “(...) Já se decidiu que o valor da indenização por dano moral não pode escapar ao controle do Superior Tribunal de Justiça (REsp 53.321/NAVES). Há certa mitigação no rigor da Súmula 7, mas com aceitação ampla dos integrantes desta Casa. Uma decisão não exclui a outra: não podemos reexaminar provas, mas nos permitimos adequar as indenizações que ultrapassem, para mais ou para menos, os limites do razoável. (...)” (STJ, EAG 430.169, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 17/12/04)

À evidência, o eixo se desloca para a razoabilidade da decisão, o que não é por si só indesejável. O problema está em que a razoabilidade não deve ser utilizada como inconseqüente subterfúgio argumentativo. Devemos ter em mente que a razoabilidade é uma variável axiológica legitimadora da decisão, de modo que sua invocação não contribui para o desenvolvimento técnico do direito e nem da previsibilidade do sistema, mesmo porque a razoabilidade pode abrir as portas para a arbitrariedade.⁴⁸⁴

Desapropriação

A questão da desapropriação é campo fértil para a exigência de revisão de matéria fática. Por exemplo, a controvérsia que gravita em torno da indenizabilidade da cobertura vegetal em separado da terra nua depende de prova sobre a exploração econômica da área. A respeito da justa indenização pode-se dizer o mesmo, pois amparada em laudo técnico.⁴⁸⁵ Eventuais fraudes também exigem incursão em seara fática. Diante disso, a regra é que a incursão em tais fatos seja óbice à análise do caso pelo STJ, sob pena de contrariedade à isonomia.⁴⁸⁶

Qualquer conclusão que desvie desse curso reclama fundamentação alheia à técnica, o que talvez seja verificado em caso notoriamente conhecido como fraude. Seja como for, esses fundamentos flexibilizadores serão sempre ocultos, pois o

⁴⁸⁴ Cf. GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Princípio da proporcionalidade no processo civil: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁴⁸⁵ “(...) 1. Os critérios de aferimento da Justa Indenização para fixação do quantum indenizatório estão adstritos às instâncias ordinárias, ante a necessária análise do conjunto fático-probatório atraindo a incidência da Súmula 07/STJ. 2. A análise da justa indenização, em sede de recurso especial, somente é cabível quando o exame de prova pericial ou do quantum indenizatório se referir à qualificação jurídica dos fatos (RESP 196.456/SP, Rel. Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, DJ de 11.03.2002), o que incorre na espécie, onde o recorrente insurge-se quanto à fixação da indenização sob o argumento de sua não equivalência ao preço de mercado, bem como em razão da indenizabilidade da cobertura vegetal cujo quantum foi aferido a partir dos laudos periciais, temas que envolvem análise de matéria fático-probatória. (STJ, RESP 443.414, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 20/09/04)

⁴⁸⁶ “(...) É certo que, aplicar a Súmula n.º 07 nalguns casos evitando analisar a justa indenização e deixar de aplicá-la a outros, implica violar o princípio constitucional da Isonomia, mercê de apresentar a missão mater do E. STJ, que é, via uniformização da exegese legal e da jurisprudência, manter a igualdade substancial entre os jurisdicionados. (...)” (STJ, RESP 636.267, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 13/06/05)

dever de fundamentar exige atendimento ortodoxo. Sob pena de pecarmos pela pretensão de desenvolver uma complexa teoria da decisão, deve ficar consignado que o que se diz está mais no campo da especulação do que da dedução científica propriamente dita, o que desborda nitidamente do caráter deste texto.

Conclusão

Recapitulação dos alicerces

No que concerne ao ponto de vista metodológico, cabe-nos evidenciar a falência da ótica subsuntiva, que sustentou a divisão entre fato e direito no positivismo legalista, de tal modo que o desafio deve ser posto em outros termos. Acontece que, se transferimos o eixo da subsunção para eixo outro, metodologicamente mais atualizado — como, por exemplo, o da decisão ou o do discurso — caímos em terreno movediço para os processualistas, que construíram toda a sua teoria em bases metodológicas muito similares à que ruiu juntamente com a subsunção. Nossa busca, com efeito, não pode ignorar a ambiciosa tarefa de evidenciar a desatualização dos padrões hermenêuticos processuais e, na medida do possível, contribuir para que essa defasagem diminua.

O que se revela, quando o foco é o dogmático, é justamente a ausência de uma teoria satisfatória. Em outras palavras, o problema dogmático remonta ao problema teórico, de modo que, sem uma teoria forte ficamos também à mercê nesse plano. No entanto, recentes estudos contribuem para aclarar a tormentosa questão, quanto não para concluirmos com mais razão pela impossibilidade de uma teoria satisfatória.

A divisão tricotômica proposta por Knijnenik, por exemplo, é baseada num conceito do *common law* (questão mista), o qual tem sua revisão autorizada em instância extraordinária com base na verificação da margem de decisão utilizada pela segunda instância, associada à utilidade prospectiva de definição de novos conceitos. Como se vê, um modelo teleológico operacionalizado com base em um conceito bastante problemático em sua definição, qual seja, margem de decisão. Em última análise, a carga problemática de definição de fato e direito é transportada para um novo conceito.

A obra de Castanheira Neves, por seu turno, após minucioso relato epistemológico, conclui pela superação do positivismo (valendo lembrar que a obra tem mais de 50

anos) e pela proposta de uma análise histórica do direito. Diante disso, o autor entende impossível a distinção entre fato e direito, ao menos pelo instrumentos teóricos baseados em conceitualismo e subsunção. Esta é a grande contribuição do autor, evidenciar que, antes de tudo, as definições de fato e direito são uma questão metodológica. Tese brilhante, mas não suficiente porque os desafio de superação do positivismo de 50 anos passados não é mais o mesmo.

As demais contribuições da doutrina, com ênfase nas observações de Teresa Arruda Alvim Wambier, partem dos conhecimentos mais modernos e — no nosso modo de ver, acertados — concluem pela impossibilidade de distinção estanque entre fato e direito, embora pretendam lançar bases para o que viria a ser uma metodologia de análise do juiz fundada em alguma espécie de subsunção. Sob essa perspectiva, não abandonam totalmente a subsunção, embora tenham ciência da sua limitação. Nisso coincidem com nossa conclusão, ainda que tentemos dar um passo adiante rumo ao desenvolvimento de metodologias para uma análise discursiva mais complexa.

Rompimento com o paradigma da subsunção

A atual dogmática, nascida de uma consistente teoria geral do processo, é, como não poderia deixar de ser, evolução das demandas da sociedade. Sendo assim, a construção da dogmática não tem, em si, compromisso com a manutenção de uma teoria científica que ateste sua sistematicidade. Pelo contrário, essa é a função da teoria geral: descrever a realidade de maneira adequada, ou seja, sustentar a dogmática.

Nesse ponto, diagnostica-se a crise de um paradigma, ou seja, o descompasso entre o teórico e o empírico. Daí a necessidade de elaboração de novos fundamentos da metodologia: um novo paradigma, em referência a Kuhn. A

conseqüência imediata disso é a ampliação das conclusões do presente trabalho como cabíveis à teoria geral do processo.⁴⁸⁷

Não poderia ser diferente, considerando-se que o que está em pauta é, como bem lembrou Castanheira Neves, um nó metodológico do processo, bem representado pelo relevo que ganhou até aqui a ótica da subsunção.

Consolidação do paradigma discursivo

Enquanto para as ciências, de um modo geral, os fenômenos não se modificam em sua essência, não obstante o paradigma adotado; para o direito, a idéia que se faz da teoria é substancial e imediatamente refletida na prática, seja na redação de leis, na sua interpretação ou na efetiva aplicação do direito pelo tribunal. Com efeito, no mundo jurídico, em boa medida, a teoria também molda a prática, embora não seja dela fornecedora exclusiva de *input* ou muito menos resultado de uma organização autopoietica, para utilizar a terminologia da teoria dos sistemas antes exposta. Em outras palavras, a legitimidade da decisão não se encerra na sua validade, como quer Luhmann.

Assim, é urgente repensar a nossa metodologia e, especificamente no que concerne ao propósito deste trabalho, cabe salientar que a definição de fato e direito é um trabalho não estipulativo, mas um trabalho que se verifica com a construção jurisprudencial. Sem a pretensão de simplificar a questão, devemos trazer à baila todos os vetores já analisados, inclusive o ideológico e o político, no intuito de lembrar que muito mais importante do que estipular definições é a mudança da mentalidade daqueles que constroem a jurisprudência com ocultação ideológica ou para dar vazão à carga de processos pendente nos tribunais. Na pós-modernidade, abdicar da racionalidade, abdicar do método e assumir a relatividade dos valores não pode significar uma renúncia a um controle legitimador da decisão.

⁴⁸⁷ Cf. DINAMARCO, *Instituições (...)*, v. 1, p. 51 e ss.

O problema, sem dúvida, enceta outros ainda mais insolúveis, tal como é o dilema de sabermos escravos dos métodos e da sua incompletude.

A contribuição que deve ficar é a de que a distinção entre fato e direito não pode obedecer ao antiquado cânone subsuntivo, nem se fechar sob o ponto de vista procedimental da legitimidade, nem deixar-se travestir de uma atraente fundamentação de valores ontológica, por mais persuasiva que seja. É verdade que assim ficamos mais órfãos metodologicamente, mas o nosso desafio primordial não seria nem este, mas antes de tudo garantir que a definição de fato e direito não sirva simplesmente a negar a jurisdição em nível extraordinário por meio do rótulo fácil e anti-democrático da sua redução à validade — o que levaria a negar todo o avanço constitucional do processo.⁴⁸⁸

Objetivos secundários, porém, também não faltam e seriam conseqüência de uma exigência maior de fundamentação, não só silogística, mas do que a antecede, pois, se o problema silogístico é antecedido do problema de qualificação, nem por isso fica ele prejudicado, devendo estar também aberto a revisão. Estamos distantes ainda de uma teoria, por mais numerosos e mais complexos que sejam seus vetores, capaz de explicar a complexidade da prática decisória. E, ainda que ela explique, não seria prescritiva, embora paradoxalmente teorias externas, como a sistêmica, por exemplo, possam gerar um comportamento na parte mais consciente de uma descrição fiel da prática decisória. Apenas assim uma teoria poderia, ou seja, de modo reflexo, contribuir para o aprimoramento dos resultados do processo. De maneira bastante cética, considerando as únicas teorias possíveis como

⁴⁸⁸ “Assim é que incumbe à norma processual, face aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, condicionar a validade das decisões jurisdicionais à garantia de espaço hermenêutico adequado ao modelo do Estado Democrático de Direito, onde a interpretação dos textos legais e a reconstrução do caso concreto devem decorrer da efetiva participação das partes em contraditório. (...) Restariam afastadas, portanto, frente ao modelo referido e aos princípios constitucionais do processo, as escolas da interpretação que conferem ao juiz poderes discricionários para decidir, a seu talante, em um quadro de interpretações possíveis, a solução que melhor se adequaria aos casos concretos, como queria Kelsen, assim como as teorias que Dworkin chama de “teorias semânticas do direito”, de Hart e Austin, por exemplo, as quais, em última análise, partindo de interpretações rígidas e pré-concebidas, obstam o debate hermenêutico pelos destinatários da norma.”, André Cordeiro LEAL, em *Direito processual (...)*, p. 120. Cf. KELSEN, *Teoria pura (...)*, p. 338 e ss; DWORKIN, Ronald, *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 38.

descritivas, que ao menos elas sirvam para aumentar o nível de consciência dos atores processuais e que eles, porque somente a eles cabe, engendrem com amplitude o jogo dialético legitimador da decisão.

Se de um lado, renunciamos ceticamente a métodos, de outro já dispomos de algum amadurecimento lingüístico e discursivo para orientar nossa prática, notadamente pela tópica, como uma meta-metodologia. Isso significa na verdade uma associação de metodologias para a observação do fenômeno de quantos pontos de vistas seja possível observar. Nisso o presente texto pretendeu contribuir para uma nova dogmática, ainda que todo o mais possa ter sido fora de propósito. Vale, assim, ao menos possibilitar o estudo mais consciente, deixar que as mentes brilhantes montadoras de quebra-cabeças possam lançar mão de uma dogmática epistemologicamente mais atualizada.

Ainda nesse sentido cabe lembrar que há aproximadamente cento e cinqüenta anos o processo iniciou sua caminhada rumo ao tecnicismo embalado por uma metodologia afinada à época. Hoje, porém, pretendemos que ele seja instrumental, mas não abandonamos os antigos alicerces metodológicos. Em outras palavras, nosso processo é instrumental em maturidade e avançado tecnologicamente, mas ainda carece de atores metodologicamente atualizados.

Tudo quanto se disse, notadamente no que concerne às longas páginas de ambientação científica, não é sem valor. O que se faz, à guisa de conclusão, é somente reafirmar as palavras de Castanheira Neves no sentido de que a diferenciação entre fato e direito é um problema metodológico e que deve ser respondido, por isso, de maneira ampla. Trata-se da típica investigação que se transforma em busca de parâmetros científicos seguros e, no desenrolar dela, acaba sendo muito mais importante a maneira de se aproximar do problema do que o próprio problema em si, praticamente prejudicada a conclusão — o que não deixa de ser somente mais um sintoma de que o problema dogmático se converte num problema metodológico.

Inconsistência de premissas teóricas e prática jurisprudencial

Se partirmos das premissas ilusórias de que a instância extraordinária articula um processo objetivo tendente a um tratamento igualitário pela redução dos conceitos vagos, certamente chegaremos à conclusão que tais premissas não se verificam na jurisprudência. Obviamente, a conclusão generalizada não é demonstrável porque cada acórdão (e principalmente cada ementa) oculta os reais fatores de fundamentação da decisão.

Simplesmente não existe um padrão de decisões que permita dizer com segurança o que é matéria de fato com base na jurisprudência. O que existe é uma previsibilidade decisória em alguns casos e a imprevisibilidade total em outras, valendo lembrar que ficamos limitados à ótica realista do assunto: uma ótica eficaz na descrição, mas ineficaz na prescrição. Ora, se nem mesmo se presta a ótica realista a uma previsibilidade satisfatória, mostra-se, com efeito, insuficiente.

Como se não bastasse — e aqui adentramos uma esfera totalmente não-científica e absolutamente não demonstrável — há um fator bastante forte que impede o conhecimento de certas matérias pelas instâncias extraordinárias consistente na própria inviabilidade de processamento de todos os pedidos recursais com a atenção merecida. Quem sabe até, se o aparato técnico for mais apto a processar a demanda existente, se revele uma nova demanda contida e que, seguindo o paradoxo da eficiência, sejamos levados a uma hipertrofia indesejável do judiciário.

Por óbvio, tudo isso fica no plano da cogitação, para não dizer mais uma vez no plano do desabafo, que, para caber nessa dissertação, batizaremos de angústia científica e, tal como deve ser, nos moldes da cientificidade, terá fundamento em culta citação.

Nas palavras de Tercio Ferraz Jr., cuida-se de uma “angústia paradoxal do escritor que se torna criatura de sua própria criação. Uma angústia peculiar, agônica e vitalizadora, que o leva compulsivamente à nova obra, a recriar-se no instante seguinte, transformando o acabamento numa superação”.

O mesmo autor, abdicando do rigor da citação, lembra Paul Valéry e

Hannah Arendt, no sentido de que “quem termina uma longa obra, a vê formar enfim um ser que ele não tinha querido, que ele não tinha concebido, precisamente porque ele a produzira; e ressentido-se desta terrível humilhação de sentir que se torna filho de sua obra, de lhe emprestar traços irrecusáveis, uma semelhança, algumas manias, uma delimitação, um espelho, e, o que é pior, num espelho, limitado, tal como ele é”.⁴⁸⁹

Consciência metodológica

Já esboçando uma conclusão, vemos que nenhum dos métodos extremos parece satisfatório. Contudo é inegável que tiveram seu papel ao funcionar como estímulo a que sucedessem mais adequados. Assim é que de todos os estereótipos expostos, nenhum nos serve só e todos servem conjuntamente para firmar o que seriam pontos de vista para uma discussão produtiva.

Que a contribuição seja ao menos evidenciar que não há método teleológico que se passe por ontológico sem se enganar a respeito de suas próprias deficiências. Cada qual assume os seus problemas, no sentido de que o ontológico esbarra na impossibilidade conceitual e o teleológico esbarra na impossibilidade de fundamentação dos seus conceitos. Diante disso somos impulsionados rumo a novas construções, que serão todas válidas, ao menos que se iludam a respeito de suas definições.

Necessitamos de uma honestidade metodológica, no sentido de que uma abordagem realista deve ter sua contribuição em aumentar a carga de previsibilidade do sistema — se bem que essa característica não é intrínseca ao método e sim ao próprio sistema. Assim é que uma análise realista da jurisprudência brasileira estará sempre às raias do problema da indução. Se o próprio sistema não tem cultura de previsibilidade, não é a metodologia que poderá imprimi-la.

⁴⁸⁹ FERRAZ JR., *Estudos (...)*, p. 251.

E retomando a paragonagem histórica do jurista devemos dizer que ele se insere num momento e somente a partir dele pode fazer constatações, que são sempre instantâneas, embora queiram ser diacrônicas. Assim é que encontramos hoje, dada a publicização do processo, uma tendência a uma fundamentação prospectiva da decisão. A tendência, entretanto, pode ser apenas sintoma de que não temos certeza das reais fundamentações judiciais — e talvez nunca tenhamos. Seja como for, devemos ter consciência disso e saber que qualquer construção indutiva de modelos é provisória e que o parâmetro para indicar se o modelo construído já é um paradigma roto será o próprio comportamento da jurisprudência.

Devemos ter mais consciência do nosso momento metodológico e buscar solucionar as reais fraquezas deste momento. Assim, o instrumentalismo deve ser reconhecido como um sistema teleológico e, como tal, deve buscar a fundamentação de suas orientações. Na ótica de Günther, ultrapassar o discurso de aplicação e chegar ao de justificação.⁴⁹⁰

Se, no cumprir deste desafio, ele se revelar intransponível, devemos então buscar outra postura metodológica, mas que não se iluda a respeito de suas próprias fraquezas. É de se cogitar, por exemplo, se no seu afã justificador, caberiam as teorias que deslocassem a racionalidade justificadora e coincidente com a pessoa do juiz, segundo o paradigma kantiano, para o campo da intersubjetividade e da comunicação — concretizada no contraditório assegurado constitucionalmente — nos moldes da ética da discussão de Apel e Habermas.⁴⁹¹

Outra questão a ser desenvolvida concerne, no diagnóstico de Apel, à tendência de transcendentalização da verdade encontrada em Habermas. Bem assim, merece ser lembrada a idéia de Popper no sentido de que a opção pela racionalidade é, em última instância, uma opção moral.⁴⁹² Todavia, antes que o trabalho se converta em um amontoado de citações desconcatenadas e que tentem buscar

⁴⁹⁰ Cf. GÜNTHER, *Teoria da argumentação (...)*.

⁴⁹¹ HABERMAS, *A ética da discussão (...)*, p. 21. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Vérité et justification*. Paris: Gallimard, 2001.

⁴⁹² HABERMAS, *A ética da discussão (...)*, p. 17. Cf. Luiz MOREIRA. (org.), *Com Habermas (...)*.

convencimento pelo distanciamento que produzem — como frases de efeito — indispensável registrar que as citações são pontuais e não refletem a concepção teórica de forma holística, e muito menos o pensamento e a vida dos autores.

O diagnóstico é que o nosso problema hoje é muito um problema de legitimidade, na medida em que o discurso processual pretende ter fundamentação constitucional e espelhar fielmente seus valores. Uma boa saída para isso está em Habermas, que justifica bem a prática decisória com base na prática discursiva. No entanto, como já tivemos a oportunidade de registrar, acaba transcendendo pela via da racionalidade. Em vista disso, aproveitamos suas contribuições pragmáticas, renunciando a que a elas corresponda verdade, como deseja o autor.

Palavras finais

Podemos identificar uma tendência à estabilização das margens de conceitos jurídicos — estabilização, porém, que acaba por se converter em fronteiras novamente fluidas. Assim, torna-se paradoxal a busca pela delimitação rigorosa, na medida em que, se chegamos ao amadurecimento conceitual, ele mesmo se renova e nos impulsiona a moldarmos novos conceitos em vista da dinâmica e da multiplicidade da vida, que nunca caberá na previsibilidade do pensamento jurídico.⁴⁹³ Se esse jogo é inafastável, devemos nos limitar a extrair a contribuição que cada método oferece dentro das suas possibilidades e apenas instantaneamente, de modo que nossas conclusões não podem ser em si conclusões definitivas, tampouco prescritivas. Não orientam nada, sendo antes de tudo constatações de perspectiva sincrônica do atual momento metodológico.

⁴⁹³ “O direito é teoreticamente irreduzível e o pensamento jurídico não poderá nunca assumi-lo numa perspectiva teórico-objetiva, porque é ela por essência uma intenção normativa a realizar historicamente e em acto. (...) O direito só é verdadeiramente como tal, ou só o compreendemos como direito (...) enquanto o compreendemos como “sujeito” de normatividade, como o problema da validade jurídica posto num tempo presente perante uma realidade actual; como uma validade que é problemática no momento em que se solicita e no modo como por ela se pergunta. (...) E daí que verdadeiro jurista não seja aquele que “conhece” o direito conseguido, mas aquele que assumindo a intenção de direito colabora no acto seu histórico constituir-se.” NEVES, *Questão (...)*, p. 906-907.

Constatamos o esgotamento da via subsuntiva (baseada na divisão estanque entre direito e fato e na racionalidade moderna), bem como a insuficiência da abordagem decisionista de cunho realista. Diante disso, resta-nos construir uma metodologia amparada em outras abordagens. Tudo indica que a legitimação procedimental, associada à fundação de bases democráticas do processo, seja um bom caminho para a construção da legitimidade da decisão. Sob esta perspectiva, fazemos uma leitura com alta carga realista, embora preocupados com a legitimidade do resultado, o que seria garantido pela eleição — e aqui inevitavelmente um axioma — do efetivo contraditório como possibilidade de controle das inconsistências lógicas da sentença. Abdica-se, assim, de qualquer fundamentação jusnaturalista, axiologia objetiva ou mesmo de racionalidade discursiva porque a proposta metodológica é moldada à observação prática e o arcabouço teórico que a sustenta, de modo que consideramos dispensável uma regressão a níveis fundamentais de justificação em prol de um modelo que reflete a mentalidade judiciária contemporânea. Não se questiona, do mesmo modo, a estrutura judiciária posta, dado que dela decorrem as expectativas e o amadurecimento da prática que nos propusemos a abordar.

Obviamente cuida-se também de favorecer uma transparência decisória na medida em que os fundamentos são postos a teste e, diante deles, tendem a serem menos ocultadas as razões ideológicas da decisão. E, quando não, acabam por se elevar à própria fundamentação axiológica embasadora do dispositivo, o que, se não serve para um fechamento perfeito e sistemático, serve de indicativo teleológico, o que é suficiente para atender ao nosso momento instrumental. Disso decorre certamente uma perda de previsibilidade sistemática, dada a possibilidade de correção de rumos da própria previsibilidade, o que traduz certamente uma previsibilidade débil. Ainda que seja assim, não é de todo pernicioso, já que a alteração de rumos jurisprudenciais deriva da própria atividade democraticamente legitimada. Abdica-se de uma fundamentação estática (como se disse, seja jusracionalista, seja derivada totalmente da racionalidade discursiva ou da sua procedimentalidade), na crença de que é impossível justificar um comportamento judicial visto de uma ótica abstrata. O que é possível é a construção de normas concretas para casos concretos, o que

traduziria uma interpretação plausível em espécie, considerada a impossibilidade de uma interpretação verdadeira.

Todo o mais não passará de jogo indutivo para a proposição de juízos que confirmem a expectativa de uma postura judicial. Ora, isso é puro realismo e tem reduzida carga de prospecção jurídica, a não ser pelo fato de que esperamos que o comportamento se repita em vista de precedentes, o que se revela frustrante pela nossa falta de cultura de observação de precedentes. Cuida-se, sem esforço, de uma legitimação pela manutenção, quando não pela própria autoridade, o que é decerto indesejável. Em outras palavras, não podemos justificar a postura das decisões somente pelo que está posto, o que seria justificar a manutenção pela autoridade.

Infelizmente a saída que nos resta é crer que a possibilidade de fazer valer o expressamente constitucionalizado contraditório, bem como a necessidade de fundamentação, possibilite a construção de decisões mais controláveis pelo sistema posto. Porém, tudo isso de nada valerá se não houver rigor na fundamentação e se as orientações para definição de fato e norma servirem, por fundamentação oculta, a aliviar a carga dos tribunais de instância extraordinária.

Não importa a entidade metafísica eleita para figurar no centro de nosso sistema, se verdade, racionalidade, democracia, todas elas transportarão alguma ideologia, o que não é pouco evidente. Podemos dizer, por exemplo, que tanto se fala em legitimidade e democracia. Pois bem, não há motivo remoto para tanto, o motivo é bem próximo, coincidente com o desenvolvimento do Estado garantístico superador das ideologias totalitárias impulsionadas por discursos sociais. Como se vê, uma ideologia impulsionada pelo Estado democrático de direito, pois vivemos no seu momento prevalecente, de tal modo que qualquer argumento fora dela seria de pronto rechaçado. De todo oportuno, com efeito, relembrar a velha idéia de que o direito só pode ser entendido dentro da história, que hoje transparece nossa preocupação com a consolidação da legitimidade democrática, de modo que é impossível perceber o fenômeno sem essa influência.

Entretanto, temos maturidade lingüística e jurídica para afirmar sem medo que o direito se desenvolve pela comunicação e que a linguagem é o seu veículo, de modo que nada existe fora dela. Assim também é com os fatos e com o direito, destacáveis um do outro apenas pelos compartimentos criados pela própria linguagem e testadas pela coerência veiculada por meio dela — e também por meio da qual não nos contentamos aos modelos que anteriormente pretenderam justificá-la. Tudo isso é impulsionado pela perplexidade de saber da infinitude de fatores decisórios e do amadurecimento teleológico do instrumentalismo, que não comportam descrições ontológicas nem reduções subsuntivas do processo decisório.

De outra parte, não podemos nos furtar a confessar que tão importante quanto o objeto analisado é o ponto de vista assumido para a observação, que, na verdade, como sabemos, não se restringe a mera observação. O que se faz no ofício científico, ou hipostasiado, é ingressar no próprio objeto analisado e moldá-lo com definições, de modo que ao deixá-lo ele já não é o mesmo porque não pode ser concebido fora dos moldes propostos. Assim atuam o intérprete e o juiz, construindo, por meio da linguagem, o que seriam as pretensas naturezas jurídicas do fato e do direito. Diante disso, não poderia ser diferente nossa construção jurisprudencial, que atesta a inexistência de limites rígidos da delimitação desses conceitos.

Renunciamos a uma metodologia, pela sua insuficiência; bem como às conclusões indutivas com base em análise jurisprudencial, pela sua inconsistência. Tal inconsistência, na medida em que a jurisprudência pretensamente se ampara num método, reflete mais uma vez a insuficiência metodológica — pedra angular na nossa problemática. Ou seja, a prática judiciária, que é o tratamento dado ao nosso problema dogmático consistente na diferenciação entre fato e direito, reflete nosso problema metodológico, recriando a necessidade da busca de definição pragmática dos conceitos de fato e de direito ao mesmo tempo em que revela a fragilidade desse propósito. Uma construção mais consciente apenas é possível pela perspectiva pragmática da lingüística, admitindo como axioma que o contraditório

fortalece a prática decisória e contribui para a construção democrática do direito, definindo legitimamente fato e direito em cada caso concreto.

Referência

- ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica: ¿Es eso posible?* In: DOXA, n. 5, 1988. Disponível em <www.cervantesvirtual.com>. Acesso em: 25 de janeiro de 2005.
- ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. 2 ed. São Paulo: Landy, 2005.
- ALVES, Alaôr Caffé. *Pensamento formal e argumentação*. São Paulo: Quartier Latin, 2002.
- ALVIM, Arruda. *A argüição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: RT, 1988.
- ALVIM, Arruda. O antigo recurso extraordinário e o recurso especial na Constituição Federal de 1988. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- ALVIM, Arruda. O recurso especial na Constituição Federal de 1988. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: RT, 1997.
- ALVIM, Arruda. Reexame do valor da prova. In: *Direito processual civil 2 (estudos e pareceres)*. São Paulo: RT, 1995.
- AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. In: Revista de Direito Processual Civil. São Paulo, v. 3, p. 95-132, jan./jun., 1961.
- ASSIS, Araken de. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: RT, 2001.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica. Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros*. São Paulo: Landy, 2002.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo*. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 2001.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: RT, 1991.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Pressupostos processuais e condições da ação*. In: Justitia, São Paulo, a. 53, v. 156, 1991, out./dez.
- BERMUDES, Sergio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 7, arts. 496 a 565, São Paulo: RT, 1975.

- BIELSA, Rafael. *La proteccion constitucional y el recurso extraordinario*. 2 ed., Buenos Aires: Depalma, 1958.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 2 ed., Bauru: Edipro, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10 ed., Brasília: UnB, 1999.
- CALAMANDREI, Piero. *Casación civil*. t. 1, v. 1 e 2. Trad. S. Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argetina, 1945.
- CALOGERO, Guido. *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*. Padova: Cedam: Casa Editrice Dott. A. Milani, 1964.
- CAPPELLETTI, Mauro; e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: SAFE, 2002.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso especial: agravos e agravo interno*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Trad. Lisa Pary Scarpa. 2 ed., Campinas: Bookseller, 2002.
- CASTRO, Prieto. *Los hechos em casacion*. In: Revista General de Legislacion y Jurisprudência, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1955.
- CHAVES, Terezinha Ribeiro. A insuficiência discursiva autopoiesis na fundamentação dos provimentos. In: LEAL, Rosemiro Perreira (coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*, v. 3, Porto Alegre: Síntese, 2003.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1965.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 20 ed., São Paulo: Malheiros, 2004.
- COSTA, Alexandre Araújo. *Introdução à hermenêutica jurídica. Parte I: Cartografia da hermenêutica moderna*. Trabalho no prelo.
- COSTA, Alexandre Araújo. *Introdução ao direito. Uma perspectiva zetética das ciências jurídicas*. Porto Alegre: SAFE, 2001.
- COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. Trad. Gilda Maciel Corrêa e Meyer Russomano. 4 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil. Discursos, ensaios e conferências*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.
- DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. *Uma teoria do discurso constitucional*. São Paulo: Landy, 2002.

- DAVID, René. *O direito inglês*. São Paulo: Martins Fontes, 2002
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DIDIER JR., Fredie. *Regras processuais no novo Código Civil*. 2 ed., São Paulo: RT, 2004.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11 ed., São Paulo: Malheiros, 2003.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. v. 1 e 2, 5 ed., São Paulo: Malheiros, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 1 a 4, 3 ed., São Paulo: Malheiros, 2003.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *O conceito de mérito em processo civil*. In: *Revista de Processo*, n. 34, a. 9, abril/junho, 1984.
- DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do discurso e correção normativa do direito. Aproximação à metodologia discursiva do direito*. São Paulo: Landy, 2003.
- ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. Trad. Antônio de Pádua Danesi e Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2002.
- FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito. Reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 2 ed., São Paulo: Atlas, 1980.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito. Reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 2 ed., São Paulo: Atlas, 2003.
- FONTOURA, Lucia Helena Ferreira Palmeiro da. *Recurso especial. Questão de fato — questão de direito*. Porto Alegre: SAFE, 1993.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 6 ed., Petrópolis: Vozes, 2004.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito aplicada ao direito processual e à teoria da constituição*. 2 ed., São Paulo: Atlas, 2002.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *O direito como sistema autopoietico*. In: *Revista Brasileira de Filosofia*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, v. 39, n.

- 163, jul./ago, 1991, p. 186 e ss.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003.
- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.
- HABA, Enrique P. *Racionalidad y método para el derecho: ¿Es eso posible?* In: DOXA, n. 5, 1990. Disponível em <www.cervantesvirtual.com>. Acesso em: 12 de outubro de 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão destranscendentalizada*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *O Discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HASSEMER W.; KAUFMANN, A. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.
- HENKE, Horst-Edberhard. *La cuestion de hecho: el concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad*. Buenos Aires: EJE, 1966.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a questão de fato: por uma teoria tricotômica*. Tese de doutorado defendida diante da Universidade de São Paulo, em janeiro de 2002.
- KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 8 ed., São Paulo: Perspectiva, 2003.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2 ed., Lisboa: Calouste Gulbenkain, 1991.
- LEAL, André Cordeiro. Direito processual — texto jurídico e norma processual: implicações hermenêuticas. In: LEAL, Rosemiro Perreira (coord.). *Estudos continuados de teoria do processo*. v. 1, Porto Alegre: Síntese, 2000.

- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.
- LOPES, João Batista. *A prova do direito processual civil*. 2 ed., São Paulo: RT, 2002.
- LOPES, João Batista. *Ação declaratória*. 5 ed., São Paulo: RT, 2002.
- LOPES, João Batista. *Tutela antecipada*. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, 1980.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 8 ed., São Paulo: RT, 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado contemporâneo. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória. Individual e coletiva*. 3 ed., São Paulo: RT, 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme; e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 3 ed., São Paulo: RT, 2004.
- MARQUES, Frederico. *Instituições de direito processual civil*. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *O Prequestionamento nos recursos extraordinário e especial e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento*. 4 ed., São Paulo: RT, 2005.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. 8, arts. 539 a 565, 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 5, arts. 476 a 565, 11 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 22 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Questões Prejudiciais e Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual. Oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

- MOREIRA, Luiz (org). *Com Habermas, contra Habermas. Direito, discurso e democracia*. São Paulo: Landy, 2004.
- MORIN, Egdar. *A Cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. 9 ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.
- NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. Colaboração: José Roberto Ferreira Gouvêa. 34 ed., São Paulo: Saraiva, 2002.
- NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 8 ed., São Paulo: RT, 2004.
- NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6 ed., São Paulo: RT, 2004.
- NEVES, Antônio Castanheira. *Questão-de-facto — questão de direito. O problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Almedina, 1967.
- NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. 2 ed., São Paulo: RT, 2000.
- OLIVEIRA FILHO, João de. *Questão de fato, questão de direito*. Revista Forense n. 155. Rio de Janeiro: Forense, 1954.
- OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*. São Paulo: RT, 2002.
- PINTO, Cristiano Paixão Araújo. *Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis*. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 2004
- POPPER, Karl Raimund. *A lógica da pesquisa científica*. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 17 ed., São Paulo: Cultrix, 2000.
- PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 5 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- REALE, Giovanni; e ANTISERI, Dario. *História da filosofia: do Romantismo até nossos dias*. São Paulo: Paulus, 1991.
- REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2001.
- RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- RIGAUX, François. *La nature du contrôle de la Cour de Cassation*. Buxelles: Bibliothèque de la Faculté de Droit de L'Université Catholique de Louvain, 1966.

- ROCCO, Ugo. *Trattato di diritto processuale civile. Parte speciale, 3, processo di cognizione*. Turim: Torinese, 1966.
- ROSAS, Roberto. *Direito sumular*. 11 ed., São Paulo: Malheiros, 2002.
- ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Bauru: Edipro, 2000.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 13 ed., São Paulo: Cortez, 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Curso positivo de direito constitucional positivo*. São Paulo: RT, 2004.
- SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1997.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SOARES, Guido Fernando da Silva. *Common law. Introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: RT, 2000.
- SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Aceres, 1990.
- SUDATTI, Ariani Bueno. *Raciocínio jurídico e nova retórica*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- TARZIA, Giuseppe. *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*. Milano: Giuffrè, 1991.
- VELLUZZI, Vito. *“Interpretación sistemática” ¿Un concepto realmente útil? Consideraciones acerca del sistema jurídico como factor de interpretación*. In: DOXA. Disponível em www.cervantesvirtual.com. Acesso em: 12 de outubro de 2004.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo: RT, 2001.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT, 2005.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Questões de fato, conceito vago e a sua*

controlabilidade através do recurso especial. *In: Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário*. São Paulo: RT, 1997.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.

WARAT, Luis Alberto. *Por quem cantam as sereias. Informe sobre ecocidadania, gênero e direito*. 2 ed., Porto Alegre: Síntese, 2000.

WARAT, Luis Alberto; e Rocha, Leonel Severo. *O direito e sua linguagem. Segunda versão*. 2 ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória. Juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2001.

Índice onomástico

Aarnio	83	Favoreu	222
Alexy	49, 62, 73, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 135, 220	Fazzalari	132, 144
Allorio	25	Fernández	30, 143
Alvim	2, 28, 31, 61, 64, 101, 145, 146, 167, 180, 182, 220	Ferraz Jr.	15, 17, 18, 19, 20, 23, 24, 32, 49, 51, 52, 53, 54, 62, 64, 65, 77, 116, 140, 178, 184, 212, 213, 222
Amorim Filho	220	Ferri	141
Andolina	132	Fontoura	222
Aragonese	31	Foucault	15
Attardi	140	Frank	20
Baracho	132	Freud	98
Barthes	86, 87, 93, 94	Fyeraben	99
Bentham	26, 31	Galileu	97
Bermudes	220	Gama	120
Bobbio	77, 134, 220, 221	Giuliani	8
Boré	140, 144, 147, 164	Gottwald	149
Bove	147, 164	Grau	4
Calogero	27, 28, 144, 174, 221	Grinover	24
Cappelletti	124, 140, 221	Guasp	31
Carneiro	221	Guerra	4, 5, 15, 19, 20, 25, 30, 51, 65, 79, 81, 98, 99, 110, 113, 118, 119, 120, 130, 131, 136, 183, 184, 222
Carnelutti	131, 133, 221	Guerra Filho	51, 79, 81, 98, 110, 113, 118, 119, 120, 130, 131, 136, 183, 184, 222
Castro	27, 221	Guinchard	140
Cervantes	121	Günther	214, 223
Chaves	221	Haba	85, 223
Cohen	20	Hagerström	20
Colombo	120	Hassemer	116, 223
Comoglio	141	Henke	1, 2, 27, 30, 64, 67, 139, 147, 149, 151, 170, 223
Comparato	51	Hewellyn	20
Consolo	140	Jeantin	140
Copérnico	97	Jellinek	67
Costa	17, 36, 107	Jones	5
Dalla-Rosa	221	Jung	98
David	221	Kantorowicz	20
Descartes	4	Kaufmann	223
Didier Jr	222	Kelsen	76, 91, 94, 98, 114, 115, 210, 223
Dowrkin	210	Kepler	97
Duarte	36, 103, 107, 222	Knijnik	iii, 1, 2, 8, 30, 33, 34, 35, 36, 37, 39, 40, 41, 42, 45, 53, 56, 62,
Duguit	20		
Dworkin	82, 210		
Eco	222		
Ehrlich	20		
Engisch	56, 64		
Estrampes	144		

	65, 66, 68, 70, 72, 75, 108, 120, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 157, 160, 162, 163, 165, 166, 167, 168, 170, 172, 173, 174, 177, 182, 185, 188, 201, 207, 223		
Lakatos	99	Popper	5, 100, 121, 122, 123, 126, 132, 150, 214, 225
Larenz	9, 25, 33, 35, 73, 103, 136, 223	Portanova	19, 26, 62, 63, 120, 225
Laudan	99	Pound	20
Leal	131, 132, 133, 134, 135, 136, 196, 210, 221, 223	Raó	50
Lee	144	Redenti	25
Liebman	131	Rocco	225
Lopes	i, ii, 5, 8, 10, 11, 66, 181, 223, 224, 225	Rosas	25, 225
Luhmann	113, 114, 115, 116, 127, 130, 132, 135, 209	Ross	91, 94, 134, 225
Luiso	140, 141	Rousseau	120
Lundstedt	20	Santos	220, 226
Mancuso	28, 29, 66, 157, 178, 224	Sassani	140
Mannheim	147	Satta	25
Marinoni	21, 63, 123, 124, 224	Saussure	86, 87, 88, 89, 90
Marques	224	Savigny	17, 18
Mazzarela	144	Scarpelli	4
Medina	26, 31, 180, 224	Siches	102, 167, 184
Mendonça	30	Silva	32, 33, 38, 40, 72, 156, 169, 177, 226
Miranda	75, 144, 177, 196, 224	Stein	27, 31, 66, 67, 68, 75, 177, 226
Montagnier	140	Taruffo	171, 172
Montaigne	121	Tarzia	140
Morin	224	Tucci	70
Negrão	224	Varinard	140
Nery Jr.	225	Velluzzi	110
Nojiri	22	Vescovi	144
Oliveira	56, 62, 132, 169, 182, 183, 221, 225	Vignera	132
Olivercrona	20	Vincent	140
Orrú	35	Wambier	2, 8, 9, 10, 26, 28, 29, 30, 31, 48, 53, 54, 55, 61, 62, 64, 73, 76, 77, 79, 81, 140, 141, 158, 159, 160, 161, 174, 176, 180, 182, 208, 220
Ovídio Baptista	106	Warat	86, 87, 91, 93, 94, 96, 104, 105, 222
Pacífico	10	Warda	149
Perelman	87, 92, 97, 98, 99, 100, 102, 140, 220	Watanabe	161
Peters	149	Yarshell	195
Pierce	86, 87	Zavascki	155
Pinto	225		
Pisani	140		
Pohle	146, 147		
Poincaré	126		
Polanyi	5		

Abreviaturas

ADIN = Ação direta de inconstitucionalidade
ADPF = Arguição de descumprimento de preceito fundamental
AG = Agravo de instrumento
AGRG = Agravo regimental
AGRESP = Agravo de instrumento em recurso especial
art. = artigo
arts. = artigos
CC = Código Civil
Cf. = Conforme
CPC = Código de Processo Civil
DJ = Diário da Justiça
ED = Embargos de declaração
Min. = Ministro = Ministra
p. = página = páginas
Rel. = relator = relatora
RESP = Recurso especial
ss. = seguintes
STF = Supremo Tribunal Federal
STJ = Superior Tribunal de Justiça
ZPO = *Zivilprozessordnung* = CPC alemão