



CADERNOS DE DIREITO ACTUAL

www.cadernosdedereitoactual.es

© **Cadernos de Direito Actual** Nº 25. Núm. Extraordinario (2024), pp. 514-531
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

A natureza nomofilática dos precedentes judiciais e o modelo per curiam de construção deliberativa e democrática de julgamentos em cortes e tribunais

The nomophilactic nature of judicial precedents and the "per curiam" model of deliberative and democratic construction of judgments in courts and tribunals

Ricardo Tinoco de Goes¹

Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN)

Sumário: 1. Introdução. 2. As decisões colegiadas e o compromisso procedimental-discursivo com a legitimidade democrática de seus conteúdos. 3. Interpretação e argumentação nas decisões judiciais. 4. A natureza nomofilática dos precedentes judiciais: situando a relação entre vinculação, fundamentação e justificação das decisões colegiadas. 5. O caráter deliberativo e o modelo "per curiam" de construção das decisões colegiadas destinadas à formação de precedentes. 6. Considerações conclusivas. Referências.

Resumo: O artigo trata da necessária construção democrática e discursiva dos precedentes judiciais considerando a força vinculante ou nomofilácia que os caracteriza. Defende que a interpretação destinada à fundamentação e a argumentação orientada à justificação, para tanto, são reciprocamente complementares e, unidas, favorecem o exercício da deliberação pelos órgãos judiciais colegiados. Critica o modelo de julgamento em série, pautado pelo voto do relator, que limita as chances para a apresentação de novos argumentos e que reduz a amplitude da argumentação oferecida à construção de uma voz única para a Corte. Afirma que o modelo seriatim personifica o voto dos membros do colegiado, já que compreende o julgamento como expressão de um escore entre vencidos e vencedores. Sugere o modelo per curiam que mais se traduz pela despersonificação da participação dos juízes assegurando a circulação, a prospecção e a não circunscrição do procedimento discursivo, cuja finalidade não é a prolação de uma decisão simplesmente majoritária. Do contrário, volta-se ao julgamento qualificado pelo desvelamento de sentido, a cargo da nova hermenêutica, convergente com a potência dos proferimentos assertóricos, a cargo da argumentação,

¹ Doutor em Filosofia do Direito pela PUC/SP e Professor Associado da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, lecionando Teoria Geral do Processo (graduação) e Lineamentos Filosóficos ao exercício do Direito, da Democracia e da Jurisdição (mestrado). Juiz de Direito em Natal/RN.

Recibido: 04/09/2024

Aceptado: 13/10/2024

DOI: 10.5281/zenodo.13929561

os quais se movem à legitimação do procedimento destinado à formação das mais diversas fontes precedenciais construídas pela Jurisdição do Estado.

Palavras-chave: Precedentes. Legitimidade. *Per curiam*.

Abstract: The article deals with the necessary democratic and discursive construction of judicial precedents considering the binding force or nomophilicity that characterizes them. It defends that the interpretation aimed at justification and the argumentation oriented to justification are reciprocally complementary and, united, favor the exercise of deliberation by collegiate judicial bodies. He criticizes the serial trial model, guided by the vote of the rapporteur, which limits the chances for the presentation of new arguments and reduces the breadth of argumentation offered to the construction of a single voice for the Court. He claims that the seriatim model personifies the vote of the panel members, since it understands the judgment as an expression of a score between losers and winners. He suggests the *per curiam* model, which is more translated by the depersonification of the judges' participation, ensuring the circulation, prospection, and non-circumscription of the discursive procedure, whose purpose is not the rendering of a simple majority decision. On the contrary, it returns to the judgment qualified by the unveiling of meaning, in charge of the new hermeneutics, convergent with the power of the assertive pronouncements, in charge of argumentation, which move to the legitimization of the procedure destined to the formation of the most diverse precedential sources built by the Jurisdiction of the State.

Keywords: Precedent. Legitimacy. *Per curiam*.

1. Introdução

É verdade assente que os precedentes judiciais tornaram-se fontes de inuidosa utilização, na proporção em que cresce a necessidade de conferir estabilidade e segurança às decisões judiciais, sobressaindo nesse âmbito a previsibilidade concernente à direção com que se pautam os Tribunais no julgamento de causas repetitivas.

No Brasil, eles foram considerados, a partir do sistema processual introduzido em 2015, os principais instrumentos para a estabilização dos entendimentos sufragados pelas Cortes Judiciárias, sobretudo as superiores (STF e STJ), mediante a atribuição de efeito vinculante aos seus fundamentos normativos, sendo esse o elemento ontológico para a sua definição na Ciência do Direito.

Atendendo aos primados da vinculação e da transcendência de seus efeitos,² já que voltados ao alcance de conflitos que não se restringem à singularidade de alguns litígios, mas vão abarcar outras tantas relações jurídicas estabelecidas sempre sobre a mesma temática, tornou-se necessário discutir, também, se os precedentes são construídos de modo a bem satisfazerem esse grande alcance, a considerar o grau de legitimidade inerente aos seus conteúdos.³ Isso baliza a percepção de que em razão de seu uso frequente, guiando de forma imperativa uma multiplicidade de outras decisões, o cuidado em examinar como se dão suas construções reafirma o compromisso com uma Jurisdição atenta à exigência de um processo democrático.

É a partir, então, dessa relação entre legitimidade e vinculação que se pretende, por esse escrito, apontar o necessário liame que há entre o sentido vinculante,

² SCHILLING FERRAZ, T. *O precedente na Jurisdição Constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral*, Saraiva, São Paulo, 2017, p. 250.

³ MAZZONI WELSCH, G. *Legitimação democrática do Poder Judiciário no novo CPC*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017, p. 146.

historicamente obtido a partir da chamada natureza nomofilática,⁴ pertencente aos precedentes, com esse outro sentido, congruente com o tipo de decisão colegiada, destinada que é à formação dessas fontes jurídicas. Esse sentido requer assegurada a legitimação de seus conteúdos, a partir de uma argumentação que sugere a construção do ato decisório pela intensa participação, em debate, de todos os membros componentes do órgão jurisdicional colegiado.

Volve-se a atenção, portanto, à conjunção entre o pressuposto vinculatorio, resultante da natureza nomofilática dos precedentes judiciais e o princípio democrático, que se destina a assegurar legitimidade à decisão, base que é para a edição do precedente judicial. É o reconhecimento, desde já consignado, de que configura claro desacerto prover segurança, estabilidade e previsibilidade, características que decorrem da nomofilaquia, se a origem do precedente estiver desvinculada da preocupação com o sentido de legitimidade que deve revesti-la.

Com esse alvitre, o presente texto afunila-se para trazer ao debate a necessária definição do modelo ou paradigma de decidibilidade colegiada em Cortes e Tribunais, a fim de que essa conjunção, antes indicada, seja de fato concretizável.

Pretende-se, portanto, nos tópicos seguintes, oferecer balizas teóricas que permitam, ao final, compreender-se de que modo podem os órgãos colegiados dos tribunais se desincumbirem da melhor maneira para garantirem que a construção de suas decisões possa refletir a também necessária legitimidade, assim vista como a coincidência entre os seus conteúdos e o substrato argumentativo-discursivo que as precedeu.⁵ Isso a considerar todos os pontos de debate e de discussão sobre os fatos e os fundamentos normativos que lhe deram pouso.

Esse construto tomará por base o exame sobre o método de decidibilidade colegiada, pondo-se em comparação o que a tradição nos legou, a saber, os modelos *seriatim* e *per curiam* de julgamentos colegiados. Por eles se buscará traduzir como e com qual finalidade a decisão colegiada poderá se estabelecer no cenário da normatividade jurídica, agora, exatamente numa época em que sua conceituação muito se amplia, situada que está para além da missão histórica de prover a pacificação individual e coletiva de conflitos.

2. As decisões colegiadas e o compromisso procedimental-discursivo com a legitimidade democrática de seus conteúdos

O princípio democrático afigura-se como uma das vigas mestras do sistema jurídico-constitucional. Ele se situa na base do Estado Democrático de Direito, cuja definição aponta para o compromisso das instituições que o integram com o exercício legítimo do poder que lhes é outorgado pela Lei Maior.

Com a Jurisdição não é diferente. Ainda que se reconheça que muito oscila a compreensão sobre o sentido de legitimidade que se deve esperar das decisões judiciais, já que correntes do positivismo e do pós-positivismo jurídico arrimam-se em argumentos que se extremam para definir com grande distinção o alcance desse significado, é possível dizer que a partir da própria evolução do conceito de democracia, o grau de compreensibilidade sobre a legitimação democrática veio sendo, igualmente, modificado.

Em linha com esse aspecto pode-se afirmar que se para o positivismo jurídico a legitimação dos atos decisórios, oriundos da Jurisdição, era advinda do percurso procedimental previsto na legislação em abstrato, de modo que o cumprimento irrestrito das regras secundárias do processo e do procedimento, seria o requisito para que juízes e tribunais expressassem, legitimamente, o seu livre convencimento sobre o tema a

⁴ CALAMANDREI, P. *La casación civil: bosquejo general del instituto*, Editorial Bibliográfica Argentina, Santiago, 1945, v. 2, p. 129.

⁵ Em trabalho anterior, tive a oportunidade de discutir o pressuposto da legitimação decisória ao propósito de prover a construção argumentativa das decisões que ensejam a formação de precedentes. A esse respeito: TINOCO GOES, R. "O novo CPC e a alegoria da charneira: uma inflexão filosófica ao mito da segurança em Pindorama", em *Os juízes e o novo CPC*, Juspodium, Salvador, 2017, p. 413-430.

decidir, valendo-se também da subsunção enquanto técnica mecânica de regulação dos fatos pela moldura normativa; para o pós-positivismo, esse trajeto, isoladamente considerado, já não mais satisfaz o postulado da legitimidade decisória. Exigências de uma renovada epistemologia jurídica passaram a prefigurar o tipo ideal de decisão, comprometido não só com a vinculação do juiz à gênese normativa, mas sobretudo com a construção do seu conteúdo.⁶

No âmbito das decisões colegiadas, vertente considerável do pensamento acadêmico tem compreendido que a legitimidade de seus conteúdos encontra-se indissociavelmente atada à potência argumentativa dos seus prolores. Muito interessa notar que essa via discursiva ou argumentativa não se distancia do postulado procedimental, posto ser compreendida dentro do que prestigioso segmento dessa mesma leitura nomina de *discurso jurídico*, cujo procedimento se volta à *pretensão de correção racional* do discurso⁷ e, por consequência, da decisão jurídica e, no que aqui interessa, da decisão judicial.

Quer dizer: assume-se, por essa rota, que nem todo procedimentalismo representa um compromisso estrito e exclusivo com o formalismo jurídico-positivista, no sentido de obter o seu sentido, a partir apenas do cumprimento exaustivo das formas ou etapas procedimentais formalmente estabelecidas. Ou dizendo-se de um modo mais direto: a decisão judicial não é legítima simplesmente porque o órgão que a prolatou cumpriu etapas de um procedimento formal, composto por atos que, reunidos, levaram o juiz ou o tribunal a dispor de condições cognitivas suficientes para proferir o julgamento.

Não se trata, assim, de um procedimento que propicie ao juiz a descoberta de uma verdade objetiva, subjetivamente captada pela consciência do julgador, para que, concretamente, seja oferecida a resposta estatal ao conflito que lhe foi posto à apreciação. Cuida-se, em verdade, de um procedimento comprometido com o conteúdo, com a substância, que a partir do primeiro argumento lançado como um proferimento, serviu como asserção dinamicamente captada pela circularidade discursiva voltada ao consenso.

O procedimento de que aqui se fala é, assim, um método discursivo, pautado pela circularidade dos argumentos que são postos à mesa, etapa a etapa, a partir da significação e da ressignificação que em cada horizonte de sentido, pertencente a cada um dos componentes do colegiado, repõe, por fusão desses mesmos horizontes,⁸ o sentido da verdade desvelada, como se, metaforicamente, estivéssemos a tratar de uma escultura em lapidação.

Se a decisão a advir é informada pelo princípio democrático, como aqui se assentou, o mínimo a se esperar do procedimento que lhe é destinado, é exatamente o compromisso com a construção argumentativa do seu conteúdo. A fonte de onde promana a discursividade destinada a esse objetivo é o argumento jurídico e a sua potência legitimadora. Aliam-se, assim, o imperativo constitucional e normativo da democracia com a natureza argumentativa e discursiva da construção do conteúdo da decisão judicial.

A tanto, examinemos como se pode compreender o procedimento argumentativo, sua base teórica, sua relação direta com a interpretação e a fundamentação da decisão e, ao final, sua contribuição ao que se seguirá em tópico

⁶ CÁRCOVA, C. M. *As teorias jurídicas pós-positivistas*, Casa do Direito, Belo Horizonte, 2016, p.218. A esse respeito, o autor refere às “revoluções linguística e hermenêutica” que presidiram o novo modo de conceber a decisão judicial.

⁷ Conceito corrente adotado pelas mais diversas vertentes da Argumentação Jurídica. A propósito: ALEXY, R. *Constitucionalismo discursivo*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2011, p. 25; HABERMAS, J. *Facticidade e validade*, Unesp, São Paulo, 2020, p.177.

⁸ GADAMER, H. G. *Hermenêutica em retrospectiva: a virada hermenêutica*, Vozes, Rio de Janeiro, 2007, p. 73. Vale destacar o trecho: “Se falo em meus próprios trabalhos sobre a necessidade de que o horizonte de um venha a se fundir com o horizonte do outro em toda compreensão, então essa afirmação também não visa verdadeiramente a nenhum uno permanente e identificável, mas essa fusão acontece no diálogo que prossegue.”

imediatamente posterior, voltado que é a identificação e posicionamento dos precedentes judiciais e sua natureza nomofilática, cujo compromisso é desde sempre pautado pelo primado da segurança jurídica.

Ao final, propomos situar o estudo no âmbito dos modais que servem às decisões colegiadas, pondo-se em destaque o modelo *per curiam*, concebido a serviço da construção de uma voz uníssona para a Corte.

3. Interpretação e argumentação nas decisões judiciais

O Racionalismo cientificista, estruturado segundo a potência heurística atribuída à razão,⁹ assumiu historicamente o papel de fio condutor da cientificização do Direito, logrando impor univocidade aos sentidos conferidos às fontes jurídicas, as quais serviram para veicular conceitos ou elos super-rígidos para a formação da dogmática jurídica.¹⁰

É certo que com o apogeu do legalismo e sua clara relação com o papel do legislador racional, essas características marcaram o modo com que os juízes e os tribunais lidaram com a legalidade e por consequência com a finalidade de interpretar e de aplicar as leis.

Interpretar as fontes normativas produzidas pelo Parlamento sendo fiel à “vontade do legislador” e, com isso, expressando objetivamente as verdades que desde sempre estiveram alicerçadas nesses comandos, foi a atividade principal legada pelo racionalismo ao seu herdeiro direto: o positivismo jurídico, de inflexão imediatamente voltada à consciência do julgador.

Era o paradigma da Filosofia da Consciência informando com plenitude a missão de julgar.¹¹ Dizer o direito seria unicamente professar as palavras que, literal e gramaticalmente, poderiam basear o sentido único e indelével da *mens legislatoris*.

Um efeito imediato foi percebido nesse contexto histórico: o emudecimento das fontes primevas da Argumentação Jurídica, de inspiração aristotélica e seu liame autêntico com a discursividade e a dialeticidade que deram esteio ao pensamento jurídico da Antiguidade. A oratória e sua evidenciada ambiência reflexiva, muito situada no interesse persuasivo, já presente, desde as *elesias* e que era prática corrente e necessária, esvaneceu-se, sendo assim minorizada. O valor do julgamento passou a ser compreendido pela capacidade de extrair o sentido e o alcance da norma, como predizia o escólio de Carlos Maximiliano. O sentido já é sempre dado. O que é construído resulta só de um silogismo, de uma inferência, presididos pela lógica formal e pela capacidade de concatenação objetiva entre premissas e consequências.

Ultrapassando essa perspectiva, não tratamos aqui de ofuscar a essencialidade dos marcos normativos que sempre se prestaram à tarefa de balizar os atos de poder que servem ao Direito, dentre os quais as decisões, individuais e colegiadas, do Poder Judiciário. Esses marcos são sempre interpretados, ainda que apenas para ratificar o sentido imediato e vocabular de suas expressões gramaticais, mesmo quando relativizam a sentença que se estruturou no brocardo *in claris cessant interpretatio*.¹²

A interpretação sempre foi uma obsequiosa forma de compreender a tarefa do juiz, quando vista pelo elo que o mantém fiel ao sentido de imparcialidade e à finalidade de prover justiça a partir de suas decisões. Interpretar é a ação que busca mediar a compreensão sobre algo dito ou escrito por alguém.¹³ Sua relação com o papel reservado à Jurisdição denota cuidado, zelo e compromisso com as conclusões que se voltam aos outros, aos destinatários do julgamento e à aplicação do Direito Material. Daí seu vínculo inexorável com o sentido normativo e, com isso, a estreita ligação

⁹ PALOMBELLA, G. *Filosofia do Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 2005, p. 153.

¹⁰ PASQUALINI, A. “Hermenêutica: uma crença intersubjetiva na busca da melhor leitura possível”, em ABREU BOUCAULT, C. E. e RODRIGUEZ, J. R. *Hermenêutica plural*, Martins Fontes, São Paulo, 2002, p. 164.

¹¹ STRECK, L. L. *Verdade e consenso*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 10.

¹² “Diante da clareza, cessa a interpretação.”

¹³ LACOMBE CAMARGO, M. M. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 19

presente entre interpretação e aplicação das leis, essas últimas consideradas pela tradição juspositivista como as principais fontes formais do Direito.

Ocorre que o sopro democrático que varreu o mundo, depois do segundo pós-guerra, tornou impostergável o retorno às fontes retóricas do passado. Aliaram-se a isso as novas vertentes jusfilosóficas que deram outros contornos à propedêutica jurídica, revelando-se, assim, como pós-positivistas, a emblematizarem o sentido maior, não de superação, mas de complementação e ressignificação das fontes positivistas que alicerçaram a Teoria Geral do Direito.

Afinal, a própria compreensão conceitual do Direito sinalizava agora um retorno ao debate Moral com sua inevitável repercussão para a validade do sistema normativo produzido pelo Legislador, a par da reflexão sempre presente em torno do exame sobre a constitucionalidade do que é editado pelo Parlamento, sobretudo para evidenciar o seu compromisso com o alcance das grandes promessas assumidas pelo Poder Constituinte.

Pôs-se às escâncaras o desafio de tornar objetivamente apreensível o sentido das normas jurídicas, mas sem menoscabo ao modo como os seus conteúdos foram edificados. Fomentou-se a preocupação com a crítica e com a reflexão, além da possibilidade de pôr em dúvida o conteúdo de premissas normativas situadas diante do caso concreto e da complexidade no qual o mesmo se encontrava inserido.

Daí o incremento dos estudos voltados ao exame sobre a constitucionalidade das leis e dos atos normativos; sobre a interpretação conforme e de acordo com o texto constitucional; sobre a sistematização da hermenêutica em relação à pluralidade e à diversidade de outras fontes formais, agora já apontando para o sentido de globalização com que o Direito passou a se revestir. Retomou-se a importância de se interpretar também segundo o Direito Comparado, os Tratados, as Convenções, enfim, com a plenitude das fontes normativas e jurígenas que passaram a integrar o universo normativo a serviço da Ciência Jurídica.

Mas como fazer a crítica? Elaborar metodologicamente a dúvida? Como estabelecer de modo racional os critérios que possibilitariam colocar em sintonia o fruto da interpretação com essa necessária exigência em demonstrar sua vinculação com a correção crítica e reflexiva em torno dos seus conteúdos? Afinal, a História do Direito, agora, impõe o oferecimento de respostas interpretativamente conducentes à objetividade do conteúdo da decisão jurídica e judicial ou impõe mais: obriga que essa objetividade se volte à identificação do meio e do modo com que se considerou a construção dessas respostas? O sentido e o significado da segurança pretendida com a resposta objetiva frente ao conteúdo de uma lei reduz-se à apresentação de sua compreensão frente ao caso? Ou representa a ascese, pela evidenciação do modo crítico e reflexivo com que essa compreensão foi sendo construída, pouco a pouco?

Retoma-se, assim, o valor da argumentação,¹⁴ verdadeiro elo perdido, diluído na memória do tempo e secundarizado pela opacidade que o Racionalismo do início da Modernidade e sua redução formalista empreendeu sobre o Direito.¹⁵

Volve-se agora a atenção para o fato de que se a interpretação adequadamente se impõe, a fim de que se enobreça a compreensão deontológica em torno das normas jurídicas, principalmente as regras que se inserem nas Leis, exige-se, por igual, que a argumentação se reerga para que sirva à compreensão sobre o modo e o meio com que se firmou o sentido hermenêuticamente atribuído a essas fontes.

De um lado, o estabelecimento do sentido hermenêutico que se desvela; do outro, a argumentação em torno da maneira como esse sentido é tomado, segundo o contexto dialógico que é inerente à formação endoprocessual da decisão judicial. Essa dualidade atua na arena composta pelos atores/sujeitos do processo com o juiz, a considerar as decisões singulares, e no ambiente decisório colegiado, constituído pelos

¹⁴ ATIENZA, M. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*, Landy, São Paulo, 2003, p. 17.

¹⁵ GOYARD-FABRE, S. *Filosofia crítica e razão jurídica*, Martins Fontes, São Paulo, 2006, pp. 11-58.

magistrados que o integram, além de todos aqueles que, legitimamente, também devam intervir para a construção do seu conteúdo, como se dá com a figura jurídica do *Amicus Curiae*.¹⁶

Contudo, essas linhas, destinadas a identificar o modo próprio de produzir-se a decisão judicial, seguiram, no então “estado da arte”, postulados que se extremaram e que terminaram por excluir a contribuição que, de parte a parte, poderia ser gerada, uma para a outra.

A nova hermenêutica bastou-se, por seus postulados, ao proclamar que o desvelamento do sentido do texto destinado à norma e aos fatos conferiu por si a compreensão necessária ao sentido da decisão. Esse desvelamento se dá a partir de horizontes que se fundem na pré-compreensão que se tem, segundo uma dada tradição e um evoluir de historicidades (histórias efectuais) que se entrecruzam, conferindo o entendimento necessário ao sentido da decisão.

De sua vez, a argumentação jurídica confinou-se no platô de um *iter* ou caminho procedimental que desprezou a apreensão do sentido situada na subjetividade do intérprete, em casos difíceis, passando a estabelecer que as razões do Direito situam-se nas pretensões de validade do discurso, que reciprocamente dispostas, serviriam para gerar a produção do sentido próprio, discursivo e único, à norma da decisão, sendo a interpretação incapaz de lidar objetivamente com a questão das valorações.¹⁷

Contudo, importa perguntar: a fundamentação, a cargo da interpretação, dissocia-se da justificação, a serviço da argumentação? A complexidade do fenômeno jurídico não poderia impor a conjunção e a convergência desses vetores que linguisticamente situados servem para a edificação de uma adequada Teoria da Decisão Judicial e, por principal, dos Precedentes Judiciais? Em outros termos: o fato de ao intérprete desvelar-se o sentido do caso, obsta que o sentido final a dar suporte à decisão, resulte de uma simultânea atividade argumentativa que, somada à interpretação, promova um alto grau de reflexividade e de discursivamente situadas? E, por fim: não seria compreendendo a simultaneidade entre a interpretação que fundamenta e a argumentação que justifica que se poderia estabelecer o grau adequado de legitimidade para o conteúdo das mais diversas decisões judiciais e, por principal, dos precedentes que possuem natureza nomofilática?

Em passo seguinte, veremos como essa convergência de pretensões pode realmente conduzir à finalidade vinculatória alvitada pelo sistema de precedentes.

4. A natureza nomofilática dos precedentes judiciais: situando a relação entre vinculação, fundamentação e justificação das decisões colegiadas

Micheli Taruffo foi preciso ao dizer que “(...) com fórmula sintética, pode-se falar de “nomofilaquia através do precedente” para indicar que a função típica de uma corte suprema é a de garantir o respeito uniforme à lei, através de decisões “generalizáveis” e projetadas para o futuro.”¹⁸

Em linha com essa diretriz, tornou-se igualmente assente que são os fundamentos da decisão que possuem essa característica vinculatória, porquanto o respeito uniforme a que se refere Taruffo está indissociavelmente relacionado à fundamentação que deu guarida ao conteúdo da decisão. É, portanto, na *ratio decidendi*, enquanto “direto fundamento da decisão sobre os fatos específicos do caso”¹⁹ que se sedia o liame a vincular a decisão aos casos futuros, tornando-a um autêntico precedente.

Com ser assim, as razões que dão supedâneo à decisão, fundamentando-a, são sempre normativas. Essa afirmação guarda direta sintonia com o caráter de integridade e de coerência que reveste a aplicação do Direito aos casos concretos, ainda que se

¹⁶ PINHEIRO PEREIRA, C. A. M. *Jurisdição procedimental: o agir comunicativo da opinião pública através do Amicus Curiae*, Juruá, Curitiba, 2018, p. 122 e ss.

¹⁷ ALEXY, R. *Teoria da argumentação jurídica*, Landy, São Paulo, 2005, p. 33-56.

¹⁸ TARUFFO, M. “Precedente e jurisprudência”, *Civillistica.com.*, a. 3, nº. 2, 2014, p.14. Disponível em: <http://civillistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>.

¹⁹ TARUFFO, 2014, p. 7.

compreenda o sentido de normatividade no âmbito da perspectiva pós-positivista, como se dá na leitura do Direito como Integridade de R. Dworkin, que promove e concede aos princípios a estatura de primazia dentre as fontes do Direito.²⁰ É que enquanto função secundária do Estado, a Jurisdição, mercê do debate que norteia a atividade de criação que também, por muitos, reconhece-se ao Juiz e aos Tribunais, é balizada pela normatividade jurídica que deflui da legislação e principalmente pelos princípios que brotam do texto constitucional.

Mas a fundamentação ocorre pela via hermenêutica, como explicam as vertentes teóricas que compreendem a interpretação, ora como uma atividade mecânica, de extração de sentido, própria da Filosofia da Consciência, ora como um desvelamento de sentido que arrebatava o intérprete em sua mundanidade, inerente à prestigiosa visão que se centra na Filosofia da Linguagem.

Então, o elo entre interpretação e fundamentação é claro e evidente, assumindo a decisão judicial a natureza de um ato que, num dado sentido, é o repositório dos significados construídos *intersubjetivamente* sobre cada caso concreto, a partir da base normativa que, abstratamente, conduziu o(s) intérprete(s) à compreensão do fenômeno jurídico sujeito ao crivo da Jurisdição.

Como professa Bianor Arruda Bezerra Neto: "Fundamentação e justificação, portanto, não se confundem, devendo ser lembrado que interpretar é já também explicitar, enquanto justificar, argumentando, é expor os critérios que presidem as decisões que antecederam as ações e, por conseguinte, todas as pequenas decisões que compõem a decisão maior que redundam na narrativa do magistrado."²¹

Essa referência ao trecho emanado do autor guarda grande relevância para o estudo em torno da legitimidade dos precedentes e sua natureza nomofilática, como apontada por Taruffo com supedâneo em Calamandrei. É que na *ratio decidendi* das fontes precedenciais há a necessidade de alvitram-se os fundamentos e os argumentos que deram pouso ao ato de decidir, isso a considerar suas origens, partidas, respectivamente, da interpretação e da argumentação levadas a efeito pelo Juízo que proferiu o ato decisório.²²

É nesse amálgama entre interpretação e argumentação que se situa o que chamamos de controle de legitimidade da decisão judicial, posto que a interpretação realizada em torno das narrativas linguisticamente situadas sobre o caso concreto enseja a construção do sentido diretivo do ato decisório, pois "(...) a decisão implica a construção da própria narrativa do juiz, a qual poderá até coincidir, total ou parcialmente, com a narrativa dos fatos sociais, dos fatos jurídicos e da relação jurídica apresentada pelas partes"²³ ao tempo em que os argumentos de que se valem o Juiz ou o Tribunal para bem expor essa convicção, servem para justificar, perante a esfera pública, essas mesmas razões.

Nesse sentido, tenho compreendido que essas atividades são complementares, na esteira do pensamento de Paul Ricoeur. É que a interpretação e a argumentação são

²⁰ DWORKIN, R. *O império do Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 2003, pp. 273-274. A propósito: "(...) A integridade não exige que os juízes tentem entender as leis que aplicam como uma continuidade de princípio com o direito de um século antes, já em desuso, ou mesmo de uma geração anterior. Exige uma coerência de princípio mais horizontal do que vertical ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade agora faz vigorar. Insistem em que o direito – os direitos e deveres que decorrem de decisões coletivas tomadas no passado e que, por esse motivo, permitem ou exigem a coerção – contém não apenas o limitado conteúdo explícito dessas decisões, mas também, num sentido mais vasto, o sistema de princípios necessários a sua justificativa."

²¹ ARRUDA BEZERRA NETO, B. *O que define um julgamento e quais os limites do juiz?*, Noeses, São Paulo, 2018, p. 212.

²² ARRUDA BEZERRA NETO, 2018, p. 82. Veja-se esse trecho: "Na visão da construção da decisão aqui exposta, a hermenêutica é a atividade que permite a fundamentação da decisão judicial, porque somente ela possibilita a atribuição de sentido à linguagem, mas é a argumentação que é capaz de justificar a decisão tomada, de modo que uma atividade não existe sem a outra."

²³ ARRUDA BEZERRA NETO, 2018, p. 109.

reciprocamente interdependentes, sendo a primeira, como diz o autor, "o *órganon* da inferência",²⁴ pois diferentemente do extremismo que preside as visões de parcelas consideráveis da Hermenêutica Filosófica e das Teorias da Argumentação, não me conforta qualquer posição que cometa a uma ou a outra a exclusividade da construção do sentido para cada decisão.²⁵

A força do melhor argumento nasce dos proferimentos que partem de todos os atores do processo, porquanto não se apartam dos sentidos que vão se desvelando, passo a passo, a cada pré-compreensão que se firma sobre as narrativas carreadas a esse *locus* de discussão.²⁶

Ademais, o ponto de convergência entre vinculação, fundamentação e justificação das decisões que servirão de precedentes é o sentido deliberativo que é da essência da Jurisdição Democrática. Ele acentua a constatação de que muito além da construção de sentido, as razões justificadas se propõem a levar confiabilidade sobre o conteúdo da decisão, especialmente porque, pela via deliberativa, sempre podem ser revisitadas, aperfeiçoando o convencimento judicial.²⁷

A deliberação, como se verá em tópico seguinte, inclui todos os interessados e concernidos à participação, tornando-se o elo entre a fundamentação e a justificação da decisão, bem assim assumindo o sentido de um construto coletivo, qualitativamente medido pela intensidade dos argumentos expostos à crítica e conducente ao alcance de consensos eventualmente possíveis, devotados à identificação da posição assumida pelo Juízo colegiado.

5. O caráter deliberativo e o modelo "per curiam" de construção das decisões colegiadas destinadas à formação de precedentes

Até aqui viu-se que a despeito da base normativa que sempre serviu como pressuposto para a interpretação e a argumentação judiciais, o princípio democrático impõe o exame sobre a legitimidade contitudística desses atos de poder, a qual, inevitavelmente, encontra-se atada às funções de fundamentar e de justificar esse mesmo conteúdo, publicamente.

Daí em diante, viu-se também que é possível sustentar a reciprocidade entre a interpretação e a argumentação, posto que predispostas às finalidades de prover fundamentação e justificação para as decisões, respectivamente.

Falta, então, compreender como essa reciprocidade se estabelece a considerar o mote que serviu de inspiração ao presente texto, relacionado que é à força ou natureza nomofilática das decisões colegiadas que confere identidade aos precedentes judiciais.

Suspeita-se que é pela via deliberativa que se pode conceber essa relação interpenetrante e interdependente e sugere-se que, a esse objetivo, deva concorrer um tipo específico de deliberação, adequada e condizente com a especificidade do papel constitucional reservado aos órgãos colegiados de Jurisdição, principalmente os superiores.

Esse tipo específico de deliberação, metodologicamente disposto, insere-se num procedimento de julgamento que favorece a construção de uma posição para a Corte, posto que claramente voltado à inclusão, problematização e discussão que são as premissas para um autêntico modo de decidir democraticamente.

Trataremos, pois, de como é possível prover e controlar o grau de legitimação dos atos decisórios de Cortes e Tribunais, conducentes à construção dos precedentes judiciais tendo em mira a definição desse tipo adequado de julgamento.

Ao cumprimento dessa tarefa importa tratarmos sobre o sentido da deliberação que pode ser encampado pelos órgãos colegiados que integram a estrutura da Jurisdição estatal.

²⁴ RICOEUR, P. *O justo*, Martins Fontes, São Paulo, 2008, v.1, p. 168.

²⁵ RICOEUR, 2008, p. 168.

²⁶ LACOMBE CAMARGO, 2003, p. 257.

²⁷ LACOMBE CAMARGO, 2003, p. 257.

A esse respeito, Hubner Mendes elenca as razões essenciais que justificam a prática deliberativa em Cortes e Tribunais, sobretudo se comparada a mera agregação de posições individuais.²⁸

Afirma, então, em primeiro lugar, que o engajamento interpessoal marcado pela deliberação tem o potencial de esclarecer e de estruturar quais as premissas do caso a decidir que estão postas à mesa; depois, tem a capacidade de maximizar o contingente de informações que se destinam a embasar a decisão; denota ainda a chance de ensejar o surgimento de soluções criativas não antecipadas por quaisquer dos seus membros, isoladamente e, por fim, alcança o estágio de uma decisão substancialmente superior.²⁹

Sobre esse conjunto de características, ele acrescenta: "Essas promessas de deliberação, se sólidas, revitalizam ainda mais a maioria das razões independentes de deliberação"³⁰; arrematando: "Um colegiado deliberativo se despersonaliza porque seu produto é diferente da soma de pareceres pré-deliberativos (mesmo que a decisão ainda seja *seriatim*); torna ainda mais inequívoca a abertura do Direito a uma pluralidade de vozes (uma vez que a deliberação torna presentes vozes que não estão na sala); e muda a chave epistêmica de um modo puramente quantitativo para um modo argumentativo."³¹

Realça-se pelos fragmentos em destaque a guinada propiciada pela deliberação na perspectiva que interessa ao presente escrito. Cuida-se da mudança do que o autor nomina de "chave epistêmica" quer dizer, a motivação científica que com a deliberação torna central a argumentação jurídica, em substituição a uma mera soma de cabeças.³²

Aliás, em pesquisa empreendida anteriormente, nomeiei de "majoritarismo qualitativo" o ideal perseguido pelas decisões judiciais colegiadas, marcadas pelo construtivismo argumentativo. Ali consignei que "(...) não se cuida, pois, de uma regra majoritária pura, que expressa o quantitativo dos que apenas somam, como num plebiscito, um número maior de argumentos (...)",³³ explicando, em seguida, que se trata de um majoritarismo também qualitativo, sobre o qual se pode dizer de uma regra que corresponde não só aos que mais argumentam, mas, principalmente, aos que "*mais argumentam melhor*"³⁴

O sentido qualitativo marcado nessas expressões tem nítido compromisso com as características procedimentais que considero essenciais para a construção de decisões colegiadas, as quais se somam às pretensões de validade do discurso jurídico, sempre lembradas por portentosa matriz filosófica a serviço do Direito Democrático.³⁵

Assim, do ponto de vista estritamente procedimental, assumo que a qualificação que adota o modelo deliberativo presa está à *abertura ao dissenso*, sempre retomada quando do ingresso de novos argumentos dissidentes; à *circularidade* do argumento, que enseja a tomada de novas posições acerca de seus potenciais assertóricos; à *progressividade* das discussões que balizam o sentido finalístico do ato de decisão, impedindo o retrocesso; a *simetria* entre as posições dos interlocutores; à crença e o

²⁸ A esse respeito, essencial a leitura integral da obra: HUBNER MENDES, C. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, Oxford University, New York, 2013. Nela, o autor aponta razões convincentes para a defesa de um modelo deliberativo aplicável aos Tribunais e Cortes Constitucionais a considerar a missão que lhes é historicamente conferida.

²⁹ HUBNER MENDES, 2013, p. 66.

³⁰ HUBNER MENDES, 2013, p. 68.

³¹ HUBNER MENDES, 2013, p. 68.

³² Alude-se às expressões "soma de cabeças" o método meramente agregativo, voltado à soma de votos dos membros do Tribunal, responsável por uma decisão que se expressa somente pelo critério majoritário.

³³ TINÓCO GOES, R. T. *Democracia deliberativa e Jurisdição: a legitimidade da decisão judicial, a partir e para além da teoria de J. Habermas*, Juruá, Curitiba, 2013. p. 222.

³⁴ HUBNER MENDES, 2013, p. 68.

³⁵ Reporto-me aqui às pretensões de validade dos atos da fala de Austin e Searle que na teoria de Jürgen Habermas são postas a serviço do discurso jurídico, a saber: inteligibilidade, verdade, veracidade, retitude ou sinceridade. A conferir em HABERMAS, J. *Verdade e justificação*, Loyola, São Paulo, 2004, p. 109.

desejo numa eventual e possível *consensualidade*; a *não circunscrição* do procedimento a uma pauta prévia de valores, salvo os de origem normativa; à *despersonificação* dos integrantes do colegiado, que assumem a condição de atores (falantes e ouvintes) da construção lógico-semântica da decisão e, por fim, o *caráter prospectivo*, que se centra na convicção de que, malgrado a decisão a construir reporte-se ao passado (pretérito das narrativas que compõem a base litigiosa sobre a qual se refere a decisão), ela se lança ao futuro, já que representa uma posição da Jurisdição em torno dos fundamentos e razões que embasaram a lide.

Com isso, a deliberação situada está no propósito de construir a decisão colegiada. A essência do julgamento repousa no elo entre os fundamentos normativos que associados à base fática trazida a juízo desvelam-se no sentido gadameriano e simultaneamente se colocam no alvo da argumentação que se propõe a justificar o conteúdo da decisão em construção. Numa só frase: a essência do ato de decidir encontra no amálgama entre interpretação e argumentação, na perspectiva de Ricoeur, a base sólida que torna única, nesse sentido procedimental e discursivo, a própria decisão.

Compreende-se, assim, que o agir deliberativo da Corte ou Tribunal desenvolve-se a um só tempo, quando pelo sentido que se desvela interpretativamente, retoma-se o seu conteúdo no plano apofântico ou discursivo. A decisão resultará naturalmente dos sentidos que interpretativamente desvelados recebem, etapa a etapa, os acréscimos da argumentação que, procedimentalmente, possui as características acima listadas.

E aqui principia o ponto que guiará o exame em torno da questão que concerne à formação dos precedentes judiciais e o seu caráter nomofilático. Trato da percepção de que se mostra imperativamente necessária a deliberação entre os membros desses órgãos colegiados, justamente porque o conteúdo da decisão que se destina àquele fim precisa reter forte compromisso com o sentido de legitimidade que deve assumir.

É essa legitimidade que traduz o valor democrático, ínsito à deliberação, pois, como bem vaticina Hubner Mendes: "é provavelmente por isso que as principais afirmações de muitos democratas deliberativos são dirigidas à esfera pública informal ou às instituições formais participativas. Em ambos os cenários, a deliberação genuína incorpora uma conquista cívica que, qualquer que seja a consequência, é politicamente significativa. Importa para a identidade de uma comunidade política como um todo e encarna uma ética geral de cidadania."³⁶

A certeza de que é a *ratio decidendi* dos precedentes judiciais que permite a outras tantas futuras decisões tornarem-se vinculadas ao seu conteúdo, só se sustenta, num cenário informado pela democracia constitucional, se resultar dos potenciais deliberativos marcados por essa tessitura procedimental e discursiva.

O grau de aplicabilidade desse parâmetro dá-se à luz dessa informação republicana, de base cívica, criando claro vínculo com a eticidade de um discurso público, gestado e desenvolvido pelas esferas públicas cidadãos.

Em sendo assim, então é perguntar: como promover esse liame de eticidade pela via deliberativa, quando o procedimento adotado pelas Cortes e Tribunais não se conforta necessariamente com a modelagem argumentativa e discursiva que atende às características de *abertura ao dissenso*, *circularidade*, *progressividade*, *simetria*, *consensualidade*, *não circunscrição valorativa ou axiológica*, *despersonificação e prospecção*?

Se é certo que é no nível apofântico que se assegura a abertura necessária para que novos proferimentos ingressem no debate, gerando uma circulação dinâmica de atos da fala assertóricos capazes de produzir efeitos performativos, simultaneamente, entre falantes e ouvintes, também é certo que se diga que um procedimento decisório que se afasta do propósito comum, correspondente à construção gradativa da decisão colegiada, enquanto voz única da Corte, dificilmente absorverá essa potência discursiva, que alia a decisão à conquista cívica a que se refere Hubner Mendes.

Aqui lanço a proposição de fundo que me dedicarei a defender. Trato da compreensão de que um procedimento formulado em série, mediante a qual cada um

³⁶ HUBNER MENDES, 2013, p. 69.

dos membros do Tribunal apresenta as razões de seu entendimento (voto) sobre o caso a decidir, apenas com a expectativa de que os demais, por simples adesão ou, se muito, por meio de uma argumentação calcada exclusivamente nessas razões, possam se somar àquela posição prévia, parece-me carecer da melhor condição ao alcance daquele objetivo.

É o que se dá com o clássico modelo *seriatim* pelo qual cada um dos juízes oferece suas razões, na maioria das vezes por texto escrito, e os demais ajuntam-se, aderindo ou acrescentando outras tantas razões com o mesmo desfecho, para ao final, por simples maioria, assinalarem o que seria a posição da Corte. Assim se desenvolve o procedimento, mesmo que exprima, claramente, um considerável *deficit* argumentativo em sua base, em sua formação e, na verdade, represente em síntese a vontade de uma simples maioria.

Aliás, incomum não é, inclusive, que somente um dos juízes – o relator do processo – ofereça as razões escritas e a elas os demais apenas expressem suas adesões, sem quaisquer apreciações substantivas sobre o caso, exclamando apenas um unísono “com o relator”. Produz-se, assim, um efeito surpreendente, no sentido não deliberativo, isso porque é o voto do relator o texto que encerra a decisão, havendo os outros juízes concorrido somente, como que num plebiscito, para sufragar aquela posição publicizada, numa evidenciada opção pela simples “soma de cabeças.”

Nesse modal *seriatim* observa-se claramente uma perda considerável do sentido analítico com que o julgamento de questões altamente complexas deveria, em princípio, revestir-se. A fenomenologia é rica em situações que se complexificam a cada fato novo. Há singularidades da vida social, muitas vezes robustecidas por interesses nem sempre tão aparentes, que impõem uma maior verticalidade no exame de todas as narrativas que a eles se dirigem. Esses aspectos, dificilmente, podem ser tratados com o detalhismo que o caso reclama se por simples adesão a decisão sobrevier.

Agregue-se que não há circularidade suficiente, quando é um texto que delimita os pontos postos em mesa e quando o dissenso já é, desde logo, desestimulado, pois o que impera é a presunção de que o voto do relator já examinara, à saciedade, todos os contornos fático-jurídicos que reclamam maior atenção.

As características que concernem à simetria entre as posições dos julgadores e do consenso a ser buscado, já se mostram esmaecidas ou mesmo esvaziadas. Isso porque a oportunidade que se confere aos demais juízes, após a emissão do voto da relatoria, pode, no máximo, conduzir a um dissenso pontual, já que somente sobre os pontos trazidos no voto que conduz o julgamento, é que se mostra factível o oferecimento da divergência, vindo os demais juízes, a partir daí, a se posicionarem a favor ou contra as posições em antagonismo, manifestando-se, não raro, “com o relator” ou “com a divergência”.

Mesmo que se diga que a divergência pode inovar, trazendo novos aspectos não tratados pelo relator em seu voto, o que se percebe, é que o modelo em série gera o retorno da discussão para o crivo da relatoria, que em função da estrutura formalista do procedimento, posto que balizado o julgamento pelo voto que já emitira, via de regra, limita-se a reafirmar, com retórica nova, os fundamentos e os argumentos que já esposara.

É em síntese assentar: o modelo *seriatim*, mesmo que enseje o retorno da apreciação da matéria, sobre pontos já expostos pelos votos de muitos dos membros do Tribunal, a fim de que todas as razões, antigas e novas, sejam sopesadas, não compromete, na sua essência, os membros do órgão colegiado com a tarefa deliberativa. Não há, essencialmente, a premissa democrática de promover a construção de uma decisão que seja a “voz da Corte,” enquanto fruto da concorrência de fundamentos e argumentos, um a um, colocados e recolocados à mercê da argumentação.

O sentido deliberativo que infunde a construção da decisão colegiada plasmado está na possibilidade de que o julgamento decorra, passo a passo, do vencimento ou superação dos pontos de dissenso, estando todos os juízes comprometidos com o sentido de despersonalização que antes apontamos, despidendo-se, assim, da visão egoica

que lhes levaria a supor o argumento estilizado como a expansão de suas subjetividades. O esforço, assim, é o de autocompreender-se como uma fração que concorre para a construção de uma totalidade; não como uma fração que se destaca por vencer, a partir da posição juridicamente assumida, as demais que ali se sucedem.

Não se desconhece que portentosa vertente do pensamento acadêmico relativiza a diferença entre os modelos *seriatim* e *per curiam* no que concerne à capacidade de promoverem a deliberação. Nesse norte, defende que, a depender do modo como conceba a premissa dialógica e deliberativa entre os membros do Tribunal e mesmo em relação à postura que a Corte assuma também nas fases pré e pós-decisória, pode-se assegurar a deliberação como meio adequado de prover o julgamento colegiado num ou noutro desses dois modais, isso tendo em mira o papel reservado aos Tribunais Constitucionais.³⁷

Entretanto, assim como o entendimento que ora se processa aqui, a citada fonte acadêmica afirma que "um *seriatim* não deliberativo pode simbolizar não apenas o fracasso, mas muito provavelmente a pura falta do esforço de convergência que deveria animar o colegiado." E remarca, nesse alvitre, a desfuncionalidade da instituição que, organicamente, é concebida para produzir, em conjunto, a decisão, tornando-se refém da superlativa forma de conceber o sujeito juiz, personificando-o na mais alta dimensão.

A propósito: "Um *seriatim* não deliberativo é o arquétipo da personificação e é composto por um trabalho remendado de opiniões individuais que não dialogam mutuamente."³⁸ E subjaz a esse entendimento, sua inflexão para o plano democrático, configurando seu claro *déficit*, pois: "a falta de comunicação entre as opiniões torna ainda mais prejudicial, além disso, para o Estado de Direito por não fornecer uma *ratio decidendi* clara."³⁹

O fato dessa linha teórica professar a chance de que um modelo *seriatim* assuma uma performance deliberativa, ainda que em menor grau que o modal *per curiam* não impede ou mesmo dificulta que se verifique essa impossibilidade em Jurisdições que se mostram arraigadas ao modelo autoritativo de declarar o Direito aos casos concretos.

Essa despersonificação, necessária à deliberação, de que fala a linha acadêmica em referência, muito se distancia da cultura Judiciária que incorporou, ao longo de toda a sua tradição, os dois pressupostos básicos da Filosofia Juspositivista. É que o Positivismo Jurídico também interferiu na formação do perfil dos órgãos exercentes do poder estatal, valendo-se desses dois pressupostos, a saber: a Teoria da Representação e o Princípio da Autoridade,⁴⁰ sendo certo que em relação à Jurisdição sempre valeram esses mesmos pressupostos.

Na tarefa de declarar o Direito aos casos concretos, os órgãos de Jurisdição compreendem que à autoridade da legislação segue-se a autoridade das decisões judiciais. O monismo normativo que permeou o pensamento teórico geral sobre a estrutura da normatividade jurídica colocou a decisão judicial como uma norma, cuja autoridade decorre da autoridade superior advinda das normas gerais e abstratas produzidas pelo Parlamento. É uma sucessão em cadeia, sediada na fundamentação de validade, endógena e concebida para justificar internamente a estrutura piramidal do Ordenamento Jurídico.

Essa visão tornou-se emblemática nas palavras, sempre lembradas de um dos processualistas que mais contribuiu para a disseminação desse monismo normativo, Giuseppe Chiovenda, que de modo enfático professava que a decisão judicial é a norma

³⁷ HUBNER MENDES, 2013, p. 111. Diz o autor: "Do ponto de vista formal, uma decisão deliberativa pode se manifestar a *per curiam* tanto como uma voz única ou voz múltipla. Pode ser um *seriatim* puro ou ficar em algum lugar do meio, composto por uma opinião majoritária conjunta mais as ocasionais opiniões concordantes e divergentes. Não há causalidade imediata ou infalível entre o engajamento colegial e uma única voz, nem entre a falta de deliberação interna e a decisão de múltiplas vozes. A presença ou não da deliberação na fase decisória não é automaticamente determinante dos formatos *per curiam* e *seriatim*."

³⁸ HUBNER MENDES, 2013, p. 112

³⁹ HUBNER MENDES, 2013, p. 112

⁴⁰ BOBBIO, N. *Teoria geral da política: filosofia política e as lições dos clássicos*, Campus, Rio de Janeiro, 2000, pp. 232-252.

abstrata que se torna concreta, sendo a Jurisdição a atuação da vontade concreta da lei,⁴¹ isso para consubstanciar a visão de que a função judicial é secundária frente a legislativa, sendo certo que o juiz não exerce poder que desborde desse limite, já que o fundamento de validade da sentença, enquanto norma concreta, é a premissa maior (norma abstrata) que conduz o processo aplicativo do Direito às relações litigiosas.

De outra banda, a Teoria da Representação foi encampada, a fim de bem pontuar que se há o reconhecimento, em favor do legislador racional, da representação popular, reconhece-se, por atração, que ao juiz favorece a representação do Estado na relação processual, já que o Estado assumiu pra si o que a Teoria do Processo universalizou com a designação "monopólio estatal da Jurisdição". Daí as expressões "Estado-Juiz" e a constante lembrança de que é um órgão jurisdicional que exerce, nos limites da sua competência legal, a porção de Jurisdição que é reconhecida a todo Judiciário Nacional.

Ora, vincular a legitimidade do conteúdo da decisão à fonte normativa (mesmo que Constitucional) da qual advém a competência jurisdicional do seu órgão prolator, é exemplo manifesto da confusão que o Positivismo Jurídico empreendeu sobre legitimidade e legalidade. A propósito, Jürgen Habermas, em excelente opúsculo, bem destaca essa impossibilidade, à luz de um modelo de Estado comprometido com a Democracia Deliberativa,⁴² já que é a formação da opinião e da vontade, geneticamente comprometida com o ideal autonomista e emancipatório, que guia a formação dos conteúdos inseridos em cada ato de poder.

Esses pontos, dispostos em acréscimo, ratificam a compreensão de que se o modelo procedimental de atuação dos tribunais limita-se a adotar o pronunciamento de seus membros, em série, sem vincular, em sentido impositivo, para a técnica de julgamento, o componente dialógico e argumentativo, o que se tem é a reafirmação de que a autoridade de quem decide é suficiente para legitimar a decisão que dela promana, já que é ela, reconhecidamente, a representação corporificada do Estado no julgamento que se processa segundo esses moldes.

Assim, o formato *seriatim* em sistemas jurídicos que consolidaram a autoridade e a representação como vigas mestras do edifício normativo, dificilmente abre-se à potência deliberativa que, ao menos teoricamente, poderia ser encampada pelo modal procedimental em alusão.

Há que se reconhecer que embora para a fala professada em série seja possível buscar-se uma argumentação, inclusive em dissenso, que ponha em relevo aspectos da fundamentação e da justificação do pronunciamento anterior com o objetivo de superá-los; doutro lado difícil não é imaginar que essa forma de conceber o procedimento, conduz à polarização seriada de posições e não à abertura para uma reflexão conjunta, em que simultaneamente todos podem, seguindo critérios de uma ordem mínima, voltada ao exercício simétrico das faculdades de audição e de fala, participar da construção do entendimento, como se dá, pelo que percebo, no modelo *per curiam*.

É que, diferentemente, se o pronunciamento é em série, o ponto de visão de quem se pronuncia incide apenas sobre a fala de quem o antecedeu, à exceção do último a falar, que acesso tem a todos os pronunciamentos anteriores. E mais: os que já se pronunciaram, não puderam ter a chance de tomar em boa conta os fundamentos e argumentos trazidos pelos subsequentes, no tempo exato em que o encontro de argumentações seria fecundo. Como o alvo não é instantâneo, isto é, não há uma convergência, ao mesmo tempo, da atenção de todos sobre o caso a decidir, o ponto de referência é sempre o voto do primeiro juiz que se pronunciou e, daí por diante, dos demais, um a um, que em série se pronunciam, produzindo-se um fatiamento de clara insuficiência deliberativa. Forma-se, assim, um entendimento que se personifica nos "acertos" e nos "erros," materializados, ao final, na simples expressão de um escore que antagoniza "vencedores" e "vencidos".

⁴¹ CHIOVENDA, G. *Instituições de Direito Processual Civil*, Bookseller, Campinas, 2000, v.2, pp. 17-18.

⁴² HABERMAS, J. *Facticidade e validade*, Unesp, São Paulo, 2020, p. 565-586.

E em direta relação com a defesa do convencimento estampado no item IV do presente escrito, a simultaneidade preconizada por Paul Ricoeur entre interpretação e argumentação resta, pelo modal *seriatim*, comprometida pelo espectro da formatação em série do julgamento colegiado, pois como lançar argumentos sobre fundamentos não conhecidos, em razão da rigorosa ordem de pronunciamentos previstos em série? É evidente que no modelo *per curiam* há que se estabelecer também uma ordem mínima para o exercício das competências de fala, mas essa ordem não se dá em prejuízo da influência direta, vis a vis, que a fundamentação que se desvela exerce sobre a argumentação que justifica.

A interrupção permitida a qualquer juiz com a indicação dos pontos que já foram objetos de exposição por todos, para uma reavaliação das tomadas de posição, é da essência dessa sistemática, a favorecer, como venho repisando, a construção de uma "voz única" resultante do convencimento pela força do melhor argumento.

Nesse diapasão, como não é a autoridade do juiz ou do membro do tribunal que se sobrepõe, mas os fundamentos e os argumentos que vão, pouco a pouco, se alinhando mutuamente para a formação do entendimento colegiado, observe-se que os argumentos que eventualmente foram colocados, em face de cada questão debatida, em oposição ao convencimento pouco a pouco construído, terminam tornando-se insustentáveis por força gravitacional ao consenso ora em construção. Afinal, a fundamentação estrutura o convencimento do órgão jurisdicional e a argumentação persuade⁴³ para que, por sua força, progressivamente desenvolvida,⁴⁴ torne incontornável, no plano da racionalidade, a consolidação de uma posição única para a Corte.

É que nesse modelo, usando as expressões de Hubner Mendes, a despersonalização da decisão espelha, como agora digo eu, a não apropriação individual dos fundamentos e dos argumentos adotados. É um modo de ser da decisão, em que fundamentos e argumentos não são emanações do "eu" monológico do julgador. Antes são, em verdade, asserções que se candidatam ao jogo democrático do debate e da argumentação. Dispersam-se naturalmente, quando outras, amadurecidas pela ratificação advinda da consolidação discursivamente preponderante, vão se unindo para a edição da única voz partida da Corte.

Com esse espedaque, a *ratio decidendi* emanada de uma decisão assim construída carrega consigo a força legitimadora necessária para um precedente judicial. A vinculação que informa à natureza nomofilática vaticinada por Calamandrei, augura sintonia clara com o princípio democrático, tendo o procedimento discursivo como pressuposto, protegido que é pelas garantias imanentes às características antes elencadas.

Credito a essa opção pelo modal *per curiam* a possibilidade de conceber uma autêntica construção colegiada, que bem reflita o amálgama entre fundamentação e justificação, a partir das atividades inerentes ao ato de decidir, quais sejam, a interpretação e a argumentação judiciais.

Além disso, se o *thelos* visualizado pelos precedentes judiciais é a provisão de segurança jurídica, tem-se que numa democracia autêntica e radical, a segurança reside no plano conteudístico da decisão, fruto da fusão entre os horizontes interpretativo e argumentativo de todos os membros do tribunal, não habitando simplesmente no resultado, enquanto desfecho.

Daí a finalidade desse escrito, alçada à pretensão de relacionar a defesa da tese de que só é válida, juridicamente, a vinculação oriunda dos precedentes, se moldada for a partir de um procedimento com o qual a Corte, enquanto unidade, tenha por assegurados, conjunta e simultaneamente, seus potenciais interpretativo e argumentativo, democrática e discursivamente engendrados.

Só assim a nomofilaquia dar-se-á sob o pálio da deliberação democrática, perfeitamente condizente com o papel atribuído às Cortes e aos Tribunais, os quais

⁴³ RODRIGUEZ, V. G. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão lógica e informal*, Martins Fontes, São Paulo, 2005, p. 40.

⁴⁴ RODRIGUEZ, 2005, pp. 58-88.

normativamente possuem a missão de estabilizar, por seus precedentes, as expectativas comportamentais dispostas em conflito, com segurança e, sobretudo, com legitimidade.

6. Considerações conclusivas

A construção até aqui empreendida teve por inspiração o debate que se coloca no centro de abordagem da Teoria dos Precedentes Judiciais, o qual se reporta à questão de como compatibilizar o carácter vinculativo e transcendente dos efeitos das fontes precedenciais com a necessária legitimidade dos seus conteúdos.

O ponto de partida dessa discussão foi fixado na premissa de que após a guinada produzida pela Filosofia da Linguagem, a interpretação que, na tradição, serviu como meio para designar e extrair os sentidos dos objetos interpretados, no caso, os sentidos textuais (sintático e semântico) das normas jurídicas, passou a sediar a fundamentação das decisões jurídicas, dado o desvelamento de sentido que marca o modo existencial com que se denota a interpretação.

No específico, a considerar as decisões judiciais, obtém a interpretação, simultaneamente com a argumentação, o alcance do sentido justificatório, que infunde a decidibilidade a cargo da Jurisdição, a fim de bem robustecer a democracia constitucional, posto que a legitimidade do conteúdo pertencente aos precedentes judiciais ancorada está na potência deliberativa que possa estar contida nos atos procedimentais conducentes aos julgamentos proferidos por Cortes e Tribunais. Interpretação e argumentação formam, assim, um amálgama que se põe a serviço da construção procedimental e discursiva das decisões judiciais, as quais se constituem como bases para a formação dos precedentes.

Assim, os conteúdos que permeiam os precedentes alcançam, pela natureza nomofilática que possuem, outras tantas situações jurídicas suscetíveis de disciplinamento e de vinculação, favorecendo o primado da segurança jurídica, sem se afastarem da premissa de que o significado da segurança não espelha apenas o compromisso com a previsibilidade, mas sobretudo com o modo democrático e deliberativo com que os precedentes judiciais foram construídos.

Enfrentou-se, assim, a relação entre fundamentação e justificação dos precedentes, enquanto representativa do binómio interpretação e argumentação e perfilhou-se a linha teórica que defende ser a deliberação democrática, a serviço do procedimento aplicável aos julgamentos de Cortes e Tribunais, o meio propício para a consecução desse propósito.

Compreendemos, nessa rota, que as características que informam o referido procedimento devem ser: a) abertura ao dissenso, b) a circularidade argumentativa, c) a simetria entre as posições postas em jogo, d) a progressividade do discurso, e) a consensualidade enquanto objetivo f) a não circunscrição a valores predeterminados, salvo o valor da democracia g) a despersonificação dos integrantes no tocante ao objeto da argumentação e, finalmente, g) o carácter prospectivo, que mira a transcendência e a vinculação dos futuros julgamentos. Esse conjunto de características deve informar o tipo de procedimento discursivo que se destina à legitimidade conteudística da decisão, vocacionada que sempre deve ser para a constituição dos precedentes judiciais.

Essa conjuntura permitiu que defendêssemos o modelo *per curiam* como o modal mais condizente à finalidade referenciada, já que é o empreendimento cujo fundamento principal é a força do melhor argumento e não a simples soma de votos, voltada à agregação de posições. Diferentemente, presta-se a produzir a “voz da Corte” em detrimento da mera decisão majoritária como decorrência mais comum do modelo *seriatim*, com o qual os votos dos julgadores vão se posicionando, em série, sempre balizados por um juízo prévio confluyente com a posição do relator ou com a eventual divergência apresentada.

Diálogo e discurso problematizado são os ingredientes para que o modelo *per curiam* triunfe frente ao modelo *seriatim*. Em resumo: é o debate sobre questão controvertida, recortada e tematizada a partir de um caso concreto que se repete e gera

grande dissensão, o meio mais coerente de buscar-se a deliberação democrática de um órgão jurisdicional colegiado.

Nele predomina a paridade de condições para que, inclusive, posições minoritárias, que parte de votos dissidentes, reabram a discussão. Também concorre para que o esforço assuma o espírito de empreendimento comum, quer dizer, uma comunhão de visões que se aperfeiçoam progressivamente, eliminando, sem a sombra do *escore* constituído por “vencidos” e “vencedores”, as visões que não se sustentaram no conjunto da obra argumentativa.

Assume ainda, pelo veio da despersonalização, tão bem aduzida por Hubner Mendes e aqui repisada como grande fundamento para a pesquisa, a compreensão, pelo membro do colegiado, de que é ele a fração de uma só unidade julgadora, o que não o torna desimportante, secundário ou diminuído. Muito ao contrário, por essa razão o modelo proposto o eleva, já que o coloca *sempre* como um integrante essencial de um mesmo construto, um construto argumentativo, jamais consistindo num membro que apenas *eventualmente* logrou “vitória” quando do resultado aritmético resultante de uma soma de votos.

Por fim, o modal sugerido libera cada membro do rótulo autoritativo que o racionalismo e o positivismo jurídicos clássicos empreenderam a todo magistrado, personificado na condição de órgão exercente de poder, porquanto por ser a decisão a “voz da Corte” ela se caracteriza, desde o início, por ser aberta, porosa e amplamente permeável à assimilação dos argumentos metajurídicos que, traduzidos para a linguagem do Direito, penetram pelas comportas da Jurisdição e vão se estear na argumentação que adorna e lapida os fundamentos do ato decisório.

O modelo *per curiam*, então, é o modal que compreende, num só procedimento, a pluralidade e a complexidade presentes no mundo da vida, cuja discursividade influencia, deliberativa e democraticamente, a construção com legitimidade dos mais diversos precedentes judiciais vinculantes.

Referências

- ALEXY, R. *Constitucionalismo discursivo*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2011
- ALEXY, R. *Teoria da argumentação jurídica*, Landy, São Paulo, 2005.
- ARRUDA BEZERRA NETO, B. *O que define um julgamento e quais os limites do juiz?*, Noeses, São Paulo, 2018, p. 212.
- ATIENZA, M. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*, Landy, São Paulo, 2003.
- BOBBIO, N. *Teoria geral da política: filosofia política e as lições dos clássicos*, Campus, Rio de Janeiro, 2000.
- CALAMANDREI, P. *La casación civil: bosquejo general del instituto*, Editorial Bibliográfica Argentina, Santiago, 1945, v. 2.
- CÁRCOVA, C. M. *As teorias jurídicas pós-positivistas*, Casa do Direito, Belo Horizonte, 2016.
- CHIOVENDA, G. *Instituições de Direito Processual Civil*, Bookseller, Campinas, 2000, v.2.
- DWORKIN, R. *O império do Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 2003.
- GADAMER, H. G. *Hermenêutica em retrospectiva: a virada hermenêutica*, Vozes, Rio de Janeiro, 2007.
- GOYARD-FABRE, S. *Filosofia crítica e razão jurídica*, Martins Fontes, São Paulo, 2006.
- HABERMAS, J. *Facticidade e validade*, Unesp, São Paulo, 2020.
- HABERMAS, J. *Verdade e justificação*, Loyola, São Paulo, 2004.
- HUBNER MENDES, C. H. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, Oxford University, New York, 2013.
- LACOMBE CAMARGO, M. M. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 19
- MAZZONI WELSCH, G. *Legitimação democrática do Poder Judiciário no novo CPC*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017.
- PALOMBELLA, G. *Filosofia do Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 2005.

- PASQUALINI, A. "Hermenêutica: uma crença intersubjetiva na busca da melhor leitura possível", en ABREU BOUCAULT, C. E. e RODRIGUEZ, J. R. *Hermenêutica plural*, Martins Fontes, São Paulo, 2002, p. 164.
- PINHEIRO PEREIRA, C. A. M. *Jurisdição procedimental: o agir comunicativo da opinião pública através do Amicus Curiae*, Juruá, Curitiba, 2018, p. 122 e ss.
- RICOEUR, P. *O justo*, Martins Fontes, São Paulo, 2008, v.1.
- RODRIGUEZ, V. G. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão lógica e informal*, Martins Fontes, São Paulo, 2005.
- SCHILLING FERRAZ, T. *O precedente na Jurisdição Constitucional: construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral*, Saraiva, São Paulo, 2017, p. 250.
- STRECK, L. L. *Verdade e consenso*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.
- TARUFFO, M. "Precedente e jurisprudência", *Civilistica.com.*, a. 3, n. 2, 2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>
- TINOCO GOES, R. "O novo CPC e a alegoria da charneira: uma inflexão filosófica ao mito da segurança em Pindorama", en *Os juízes e o novo CPC*, Juspodium, Salvador, 2017, p. 413-430.
- TINÔCO GOES, R. T. *Democracia deliberativa e Jurisdição: a legitimidade da decisão judicial, a partir e para além da teoria de J. Habermas*, Juruá, Curitiba, 2013. p. 222.