

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

STÉFANO CUNHA ARAUJO

**A TÓPICA AUTORREFERENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ
DOS CASOS DE PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE: demonstrando a relação
entre precedentes “sem caso” e jurisprudências “sem rumo” nas Cortes superiores
brasileiras.**

BRASÍLIA

2023

STÉFANO CUNHA ARAUJO

**A TÓPICA AUTORREFERENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ
DOS CASOS DE PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE: demonstrando a relação
entre precedentes “sem caso” e jurisprudências “sem rumo” nas Cortes superiores
brasileiras.**

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB), como requisito essencial à obtenção do grau de Doutor em Direito, Estado e Constituição.

Orientador: Prof. Dr. Argemiro Cardoso
Moreira Martins.

BRASÍLIA

2023

STÉFANO CUNHA ARAÚJO

**A TÓPICA AUTORREFERENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ
DOS CASOS DE PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE: demonstrando a relação
entre precedentes “sem caso” e jurisprudências “sem rumo” nas Cortes superiores
brasileiras.**

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB) como requisito essencial à obtenção do grau de Doutor em Direito, Estado e Constituição.

Aprovada em: / /

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Argemiro Cardoso Moreira Martins (Orientador)

Universidade de Brasília – UnB

Prof. Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira (Membro)

Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC

Profa. Dra. Cláudia Rosane Roesler (Membro)

Universidade de Brasília – UnB

Prof. Dr. Sérgio Urquhart de Cademartori (Membro)

Universidade La Salle – UniLaSalle

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto (Suplente)

Universidade de Brasília – UnB

A Deus pelos dons da vida e da saúde, indispensáveis em qualquer atividade do engenho humano. A minha esposa Jainara Martins Nunes Araújo, ao nosso filho José Alfredo Nunes Araújo, pelo companheirismo e amor incondicionais dispensados a mim em todos os momentos, sobretudo nos mais difíceis. Ao meu orientador Argemiro Cardoso Martins Moreira, por ter me acolhido tão generosamente como orientando, desde a elaboração do projeto de tese até a conclusão deste texto, fruto de intensa pesquisa e reuniões de orientação e crítica desse amigo e mestre da vida acadêmica. Aos meus pai e mãe, Alaor (*in memoriam*) e Rose, pelas orações, conselhos, exemplo de vida e incentivo; enfim, pela presença constante em minha vida, ainda que em pensamento, por telefone ou qualquer outro meio eletrônico ou transcendental. Aos meus colegas de Tribunal Superior do Trabalho, em especial ao amigo Pedro de Assis e ao Ministro Breno Medeiros, pelo acolhimento no seu gabinete na fase final da minha longa caminhada no doutorado, compreendendo minhas dificuldades e me incentivando à conclusão desta tese. A todas as forças sensíveis e ocultas do Universo, pelo empuxo anímico tão valioso nos momentos de crise e de desânimo que ciclicamente nos estacionam durante a árdua caminhada de uma pesquisa acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília – UnB por me acolherem com respeito e afeto nesses mais de quatro anos de vínculo institucional. Fiz muitos amigos, tanto entre os colegas de Mestrado e Doutorado, quanto no corpo docente e de técnicos do quadro administrativo da Faculdade de Direito. Deixo aqui um abraço especial aos professores Alexandre Bernardino Costa, Argemiro Cardoso Moreira Martins, Cristiano Otavio Paixão Araujo Pinto, Cláudia Rosane Roesler, Gabriela Neves Delgado, Guilherme Scotti, Menelick de Carvalho Netto, Isaac Costa Reis, Miroslav Milovic (*in memoriam*) e Rebecca Igreja, com os quais tive um contato mais imediato nas disciplinas de Doutorado e nas dependências da FA. Agradeço ainda aos servidores das Bibliotecas do Supremo Tribunal Federal, do Senado Federal, da Universidade de Brasília e do Tribunal Superior do Trabalho, em especial ao Gilberto Paulino Filho e à Georgia Fernandes desta última, que não mediram esforços para me ajudar a conseguir o material necessário ao desenvolvimento da presente tese de doutorado. Por fim, agradeço imensamente a Deus pela graça de mais uma etapa concluída com esforço, trabalho, dedicação e aprendizagem.

RESUMO

A tese de doutorado firmada em torno da relação entre precedentes “sem caso” e jurisprudências “sem rumo”, denominada de tópica autorreferente, descreveu o problema de ancoragem discursiva da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre presunção de não-culpabilidade, que se baseia em um método de trabalho disseminado em outras Cortes superiores do ordenamento brasileiro. Observou-se que os discursos nesses espaços judiciais guiam-se por um modelo de abstração discursiva que negligencia o enfrentamento integral das complexidades dos casos judiciais, convertendo discursos de aplicação em discursos de justificação. Por meio da tese é demonstrado que esse modelo de jurisdição é estruturado por uma jurisprudência defensiva que sufoca o contraditório naqueles espaços judiciais, simplificando os debates por meio da seletividade arbitrária de frações do caso concreto, o que produz uma fuga discursiva das singularidades da situação de aplicação da norma. Verificou-se que a tópica autorreferente fornece as bases de um modelo discricionário de atuação judicial que, no caso brasileiro, supera o decisionismo positivista, pois opera como poder decisório voltado “para fora e além” dos casos de aplicação, gerando uma relação entre precedentes “sem caso” e o desenvolvimento de jurisprudências “sem rumo”. Os precedentes “sem caso” da tópica autorreferente conduzem a um modelo de objetivização de jurisprudências que enfoca a fixação de conceitos jurídicos desvinculados da dimensão de aplicação, o que se mostra filosoficamente problemático após o giro linguístico-pragmático. A defesa de um modelo alternativo de jurisdição, fundado em uma hermenêutica crítica e concretista que procedimentaliza a imparcialidade na dimensão de aplicação, é sustentada pela tese como resposta teórica para o problema de alienação dos discursos judiciais verificado pela pesquisa.

Palavras-chave: Tópica autorreferente. Presunção de não-culpabilidade. Juízos de adequabilidade situacional. Procedimentalismo. Teoria dos princípios. Hermenêutica crítica.

ABSTRACT

The doctoral thesis established around the relationship between "case-less" precedents and "aimless" jurisprudences, called self-referential topicality, described the problem of discursive anchoring of the Supreme Federal Court's jurisprudence on presumption of non-culpability, which is based on a working method disseminated in other higher courts of the Brazilian legal system. The research verified that the discourses in these judicial spaces are guided by a model of discursive abstraction that neglects to fully address the complexities of judicial cases, converting application discourses into justification discourses. Through the thesis, it is demonstrated that this model of adjudication is structured by a defensive jurisprudence that suffocates the adversarial process in those judicial spaces, simplifying the debates through the arbitrary selectivity of fractions of the case, which produces alienation on the discursive analysis of singularities emergent from the application circumstances. The research found that the self-referential topic provides the basis for a discretionary model of adjudication that, in the Brazilian case, surpasses positivist decisionism, as it operates as a decision-making power turned "outside and beyond" the cases circumstances, generating the figure of "caseness precedents", what encourage the development of "aimless jurisprudences". The "caseness precedents" created by self-referential topic lead to a model of objectification of jurisprudence, that focuses on the establishment of legal concepts unrelated to the dimension of application discourses, which proves to be philosophically problematic after the linguistic-pragmatic turn. The defense of an alternative model of adjudication, based on critical and concrete hermeneutic, that proceduralizes impartiality in the application dimension, is supported by the thesis as a theoretical response to the problem of judicial discourse's alienation, verified by the research.

Keywords: Self-referential topic. Presumption of non-guilty. Senses of appropriateness. Proceduralism. Principles theory. Critical hermeneutic.

RESUMEN

La tesis doctoral firmada en torno a la relación entre los precedentes de “no caso” y la jurisprudencia “sin objeto”, denominada tema autorreferencial, describió el problema del anclaje discursivo de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal sobre la presunción de inculpabilidad, que es basado en un método de trabajo difundido en otros tribunales superiores del ordenamiento jurídico brasileño. Se observó que los discursos en estos espacios judiciales se guían por un modelo de abstracción discursiva que descuida el enfrentamiento integral de las complejidades de los casos judiciales, convirtiendo discursos de aplicación en discursos de justificación. A través de la tesis, se demuestra que este modelo de jurisdicción está estructurado por una jurisprudencia defensiva que asfixia lo contradictorio en esos espacios judiciales, simplificando los debates a través de la arbitraria selectividad de fracciones del caso concreto, lo que produce una huida discursiva de las singularidades del caso concreto. la situación de aplicación de la norma. Se constató que la topica autorreferencial proporciona la base para un modelo discrecional de actuación judicial que, en el caso brasileño, supera el decisionismo positivista, ya que opera como un poder decisorio vuelto “fuera y más allá” de los casos de aplicación, generando precedentes “sin caso” que fomentan el desarrollo de una jurisprudencia “sin rumbo”. Los precedentes “sin caso” de la topica autorreferencial conducen a un modelo de objetivación de la jurisprudencia que se centra en el establecimiento de conceptos jurídicos ajenos a la dimensión de aplicación, lo que resulta filosóficamente problemático tras el giro lingüístico-pragmático. La defensa de un modelo alternativo de jurisdicción, sustentada en una hermenéutica crítica y concreta, que procese la imparcialidad en la dimensión aplicativa, es sustentada por la tesis como respuesta teórica al problema de la alienación de los discursos judiciales verificado por la investigación.

Palabras clave: Topica autorreferencial. Presunción de inocencia. Juicios de adecuación situacional. Procedimentalismo. Teoría de los principios. Hermenéutica crítica.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

CF – Constituição Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

HC – Habeas Corpus

LEP – Lei de Execuções Penais

Min. – Ministro(a)

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	OS PRECEDENTES “SEM CASO” E A JURISPRUDÊNCIA “SEM RUMO” DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DOS CASOS DE PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE	24
2.1	A jurisprudência incoerente do Supremo Tribunal Federal em relação à garantia constitucional de presunção de não-culpabilidade	24
2.2	O primeiro precedente paradigmático sobre a garantia constitucional de presunção de não-culpabilidade no cenário pós-1988: o Habeas Corpus n.º 68.726	34
2.2.1	<i>O “suspiro garantista” de Gilmar Mendes no julgamento do Habeas Corpus n.º 86.822</i>	42
2.3	A primeira inversão plenária da jurisprudência de 1991: o julgamento do Habeas Corpus n.º 84.078	50
2.4	A segunda inversão plenária da jurisprudência: a repriminção do precedente de 1991 no Habeas Corpus n.º 126.292	59
2.5	A reviravolta jurisprudencial entre o “caso Lula” e as Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.ºs 43 e 44: a discricionariedade ambivalente da posição adotada pela Ministra Rosa Weber	69
3	A ESTRUTURA PROCESSUAL DA TÓPICA AUTORREFERENTE NAS CORTES SUPERIORES: O DESVIO METODOLÓGICO DO POSITIVISMO JURÍDICO NO CASO BRASILEIRO	86
3.1	A jurisprudência defensiva que sufoca o contraditório judicial no âmbito das Cortes superiores brasileiras	86
3.2	O problema estrutural da jurisprudência defensiva que veda a revisão de fatos e provas nas instâncias superiores: como julgar adequadamente aquilo que não se conhece em um caso judicial?	93
3.3	A vedação judicial ao enfrentamento nas Cortes superiores de questões jurídicas negligenciadas até o segundo grau de jurisdição: qual o verdadeiro lugar do prequestionamento no processo?	100
3.4	O resgate do modo aporético de pensamento judicial: entendendo a tópica-problemática em Viehweg e sua adequação de sentido à hermenêutica crítica	110
4	A IMPARCIALIDADE PELO PROCEDIMENTO DE APLICAÇÃO: A RELAÇÃO	

ENTRE OS CASOS CONCRETOS BEM RESOLVIDOS E A INTEGRIDADE POLÍTICA NA JURISDIÇÃO.....	129
4.1 O novo sentido crítico-reflexivo da hermenêutica jurídica na transição filosófica do positivismo de regras ao ordenamento centrado em princípios.....	129
4.2 O contraditório como equivalente estrutural da igualdade de tratamento: convertendo os discursos de justificação da tópica autorreferente em discursos de aplicação voltados ao enfrentamento integral dos casos concretos	147
4.3 A garantia do sistema de direitos e os “novos” direitos em uma comunidade política de princípios: ancorando em bases de imparcialidade e coerência os processos de concretização de direitos implícitos	162
4.4 A hermenêutica filosófica em contraste com a hermenêutica crítica: o conceito como compreensão precária situada entre o observador, a fenomenologia e a comunidade linguística que se guia ao entendimento por interações comunicativas.....	172
4.5 As garantias da lei e as interpretações judiciais inovadoras no campo dos direitos: afinal de contas, é o fim da legalidade?	193
5 CONCLUSÃO.....	204
<u>REFERÊNCIAS</u>	220

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa que deu origem à presente tese de doutorado nasceu de uma inquietação em torno da percepção de que o Brasil passa por uma crise de confiabilidade do sistema de justiça, caracterizada pela descrença social na integridade política das decisões judiciais. Os conturbados julgamentos de processos criminais oriundos da chamada operação “lava-jato” acenderam um sinal de alerta quanto à natureza discricionária da atuação do Poder Judiciário, sobretudo pela visualização de atos de poder perpetrados contra premissas políticas importantes do constitucionalismo.

A turbacão da crença social na legitimidade do poder limitado constitucionalmente enfraquece a noção de que os direitos fundamentais configuram “trunfos” (DWORKIN, 2014; PILDES, 2000) oponíveis ao Estado e às maiorias variantes de opinião do ambiente democrático. Essa perda de referência, por sua vez, coloca a jurisdição em um delicado dilema, sobretudo quando a esfera pública, carente de referências de integridade na jurisprudência, mobiliza-se por fluxos comunicacionais direcionados à negação da inalienabilidade de direitos e garantias fundamentais.

Como esses clamores sociais não podem ser simplesmente ignorados pela autoridade judicial, tampouco converterem-se em poder comunicativo colonizador do poder administrativo constituído, o antídoto sistêmico para contornar as crises de identidade do sujeito constitucional (ROSENFELD, 2003) é a projeção de precedentes sólidos, que ancorem pelo caso judicial bem resolvido a imparcialidade e a coerência do enredo em cadeia (DWORKIN, 2014, p. 275-279), de modo a atestar uma história continuada de negação dos argumentos reacionários direcionados contra direitos e garantias fundamentais.

A concretização de jurisprudências justificadas como respostas corretas para casos bem resolvidos tem o potencial de interagir comunicativamente (HABERMAS, 2019) com a comunidade política e emitir sinais importantes para a projeção de uma identidade constitucional compatível com os avanços civilizatórios da sociedade política. São esses sinais que justificam, em termos de reciprocidade cidadã, a forma legítima de ser de uma comunidade política de princípios. Percebe-se, então, que a integridade dos direitos depende de um sentido de continuidade das práticas judiciais, que concretize empiricamente o compromisso político com a comunidade de princípios, o que pressupõe não negar a todo instante, por uma lógica de racionalidade instrumental, os precedentes que contam a história concreta dos direitos na sociedade.

Infelizmente, isso não vem sendo observado pelo Supremo Tribunal Federal

(STF) no tocante à interpretação do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, que trata da garantia fundamental de presunção de não-culpabilidade. Ao examinar os discursos judiciais do Plenário daquela Corte sobre o tema, no período pós-1988, percebeu-se que os Ministros emitiram quatro sinais normativos distintos em torno dessa garantia constitucional (1991, 2009, 2016 e 2019), criando uma jurisprudência “sem rumo” sobre o direito fundamental em questão.

Além da incoerência da jurisprudência examinada, a análise das decisões selecionadas pela pesquisa revelou que havia no STF uma prática discursiva dispersa dos casos judiciais na fixação desses precedentes observados, projetando-se um constante desvio argumentativo da situação de aplicação da norma. Os discursos do STF sobre presunção de não-culpabilidade revelaram a existência de uma dinâmica de trabalho caracterizada pela discricionariedade, guiada por uma “tópica autorreferente”, que é um conceito lançado como categoria de análise pela tese.

Esse conceito assume uma premissa teórica presente em Günther (1993, 2011), que identifica na estrutura dos discursos de aplicação¹ um modelo adequado de justificação racional² das decisões judiciais. Segundo o autor, a imparcialidade na dimensão de aplicação revela-se pela atitude discursiva de considerar adequadamente todos os sinais característicos da situação de aplicação, o que pressupõe atenção integral às complexidades do caso. Parte-se, então, da concepção de que o caso judicial é a estrutura de problema mais adequada para o desenvolvimento de um modelo aporético³ de compreensão dos direitos.

Portanto, a apropriação da teoria tópica nesta tese é fundada em um enlace com o marco teórico da pesquisa, que dá ao problema de interpretação judicial uma conotação específica, ligada à dimensão situacional de aplicação. Assim, os precedentes são considerados situacionalmente tópicos quando a argumentação decisória se encontra vinculada à solução adequada dos casos, o que pressupõe o tratamento integral dos sinais característicos da situação de aplicação. Por outro lado, tais precedentes são considerados autorreferentes, desse ponto de vista da tópica atrelada à dimensão situacional de aplicação, quando se convertem em discursos de justificação⁴, que é o segundo conceito teórico de Günther (2011) utilizado pela tese como categoria de análise.

¹ Discursos voltados integralmente ao enfrentamento de todos os sinais característicos da norma presentes em uma situação de aplicação, e não à justificação da norma em seu sentido abstrato.

² Racionalidade, aqui, é compreendida no sentido do “agir comunicativo” habermasiano (HABERMAS, 2019).

³ Por modelo aporético entende-se a racionalidade guiada pelo pensamento tópico-problemático, que se materializa por juízos críticos, voltados à solução de problemas concretos de interpretação.

⁴ São discursos que se valem de argumentos de natureza política e moral voltados ao tratamento de interesses gerais, e não às especificidades de uma situação concreta de aplicação.

Tal ponto de partida, como se pode perceber, sugere uma compreensão da tópica em um sentido mais restrito com relação à reconstrução operada por Viehweg (1979). Para o autor, a tópica não se encontra necessariamente vinculada a esse sentido situacional de aplicação, que reduz o objeto de juízo crítico a uma estrutura aporética de cercamento específica à jurisdição (o caso judicial)⁵. Para os pressupostos desta pesquisa, portanto, a noção correta de precedente depende dessa ligação da tópica à estrutura singular de problema de aplicação (a dimensão situacional do caso). Aqui, o argumento teórico caminha no sentido de situar o contraditório como poder de agenda dos debates judiciais, o que depende dessa relação entre a tópica e a dimensão situacional de aplicação, pois é o caso que ancora a premissa procedimental de imparcialidade nos discursos judiciais que aplicam direitos como “concretização de uma comunidade política de princípios”.

A fixação de uma noção de precedente fundada nessa relação de discursividade interna a casos judiciais gera condições estruturais de igualdade de tratamento pelo processo judicial, o que é viabilizado por contraditórios influentes, solucionados em toda a sua complexidade. Esse sentido de “equivalência estrutural da igualdade de tratamento”, concretizado por contraditórios integralmente enfrentados pelo discurso judicial, é chamado na tese de estrutura de “casos concretos bem resolvidos”. A dinâmica estabelecida pela tópica autorreferente que foi observada nos casos examinados caracteriza-se pelo fechamento sistêmico das práticas judiciais, direcionando-as a um campo dogmático de justificação das normas, que opera de modo relativamente alheio à dimensão situacional de aplicação.

As perspectivas teóricas dos autores utilizados como marco pela pesquisa assumem de certo modo a crítica do giro linguístico-pragmático, o que impacta nas teorias jurídicas pelo seu sentido de arrefecimento das pretensões semânticas do positivismo jurídico. Com isso, descarta-se a premissa central do ceticismo axiológico que operou como paradigma

⁵ Para Viehweg, por exemplo, como bem notado na crítica lançada por Cláudia Roesler (informação verbal) na banca de qualificação do Doutorado, em Brasília, em 18 de novembro de 2022, não haveria problema em considerar “tópica” uma jurisprudência voltada à concretização dogmática de conceitos jurídicos indeterminados, já que as questões abstratas também poderiam ser tratadas como autênticos problemas no desenvolvimento de uma tópica voltada à emulação dogmática do conhecimento jurídico. Contudo, para esta tese, que abraça a teoria crítico-reflexiva e concretista de Dworkin (2010, 2014, 2019, 2020), Habermas (1989, 2019, 2020) e Günther (1993, 2011), a teorização abstrata de conceitos jurídicos fugiria da dimensão de problema própria do direito enquanto prática judicial de aplicação, de modo que o pragmatismo da linguagem dos precedentes nessa tradição filosófica coloca a centralidade do problema de interpretação na estrutura de questionamento do caso. O discurso judicial sobre os direitos, assim, precisa estar voltado a essa dissuasão do problema concreto, e não à reafirmação autorreferente das teorias de base que animam os sentidos usuais da linguagem enquanto histórico de efeitos (GADAMER, 1997). Como lugares comuns (VIEHWEG, 1979), os conceitos usuais afetam imediatamente o senso crítico do intérprete sobre o problema inaugurado pelo caso, mas não definem, de antemão, a adequação de sua aplicação ao caso em julgamento, de modo que é no enfrentamento integral dos contornos de problema concretos do caso (dissuasão do contraditório) que reside essa ancoragem discursiva de verificação do emprego válido da linguagem comum a casos singulares atuais.

da ciência positivista do direito no tratamento das condições filosóficas de validade das normas jurídicas.

Nesse contexto, torna-se também pouco sustentável a defesa de uma redução da tarefa de interpretação do direito à projeção dogmática de sentidos conceituais abstratos, dominados por uma técnica que direciona a uma “endoxa” de doutos a projeção de sentidos normativos. Na viragem linguística, o direito passou a ser centralizado na noção de comunidade política de princípios, que é uma comunidade política de pessoas que agem por princípios, e, portanto, não pode prescindir dos destinatários da norma como sujeitos participantes da comunicação que define de forma autêntica a pragmaticidade dos direitos.

Logo, a comunidade afetada pela norma precisa participar ativamente do processo de ancoragem linguística desse novo direito centrado em princípios, que é guiado pela noção hermenêutica de intersubjetividade crítica. Nela os intérpretes estão mais atentos e conscientes dos problemas e desafios que emergem do cenário de transição, que aponta para questionamentos crescentes em torno da tradição filosófica do positivismo centrado em regras. Nesse contexto, torna-se problemático justificar politicamente a tarefa de interpretação como algo distinto da resolução prática dos casos de aplicação. Isso porque a linguagem dos direitos ganhou no pós-giro um sentido de concretização que precisa estar atrelado a parâmetros de verificação da imparcialidade e coerência das práticas discursivas, sob pena de perda da referência de integridade do processo de descoberta de direitos implícitos à comunidade de princípios.

A centralidade da racionalidade de um direito fluido e implicitamente extraído da comunidade de princípios aponta para a concretude das decisões como porta de acesso a argumentos jurídicos mais sensíveis a contextos de aplicação⁶. O precedente, assim, depende da ancoragem contextual do caso, para fixar a validade de suas projeções de sentido em parâmetros verificáveis de imparcialidade e coerência. Na esteira do pensamento dworkiniano, é isso que a tese considera uma estrutura discursiva de integridade política da jurisdição, que se projeta socialmente como cadeia coerente de casos concretos bem resolvidos.

Sob a forma de juízos de adequabilidade situacional (*sense of appropriateness*) (GÜNTHER, 1993, 2011), que atestem a validade discursiva da norma aplicada ao caso em

⁶ Do contrário, toda argumentação de princípios se converte em discricionariedade, dado que a justificativa de direitos em uma comunidade política de princípios encontra-se na identificação da coerência com que princípios são utilizados nas decisões judiciais, como é bem descrito no famoso capítulo “Model of rules I” Dworkin (2020, p. 35-50).

por um critério moral pós-convencional⁷, os direitos passam a ser essa experiência política que reafirma os traços comuns da identidade constitucional que habita a comunidade política de princípios. Como observa Günther (2011, p. 63), “a necessidade de considerar novas interpretações de uma situação só poderá ser deduzida a partir da ideia de uma aplicação imparcial”. Por isso, aparece na tese também uma noção teórica de “equivalência estrutural da igualdade de tratamento”, atrelada à figura do contraditório, que projeta pela participação dos sujeitos envolvidos no debate um elo procedimental de adequação discursiva, essencial à imparcialidade do procedimento de aplicação.

Por meio dessa relação, projeta-se pela norma de decisão um veículo comunicacional competente, fundado em uma estrutura de reconhecimento da igualdade política. A igualdade pelo procedimento justifica a validade da posição final conferida aos contraditores no debate, através da abordagem integral da dimensão de aplicação. Fixados os parâmetros teóricos que animam a visão paradigmática da tese, compreende-se o sentido do termo utilizado para identificar os precedentes fixados pela dinâmica da tópica autorreferente (os precedentes “sem caso”). Essa denominação caracteriza os discursos judiciais do Supremo Tribunal Federal examinados pela pesquisa, os quais não se voltaram à solução integral da dimensão situacional de aplicação da garantia de presunção de não-culpabilidade nos sucessivos julgados que firmaram jurisprudências antagônicas naquela Corte sobre o tema.

Para esta tese, a perda de referência situacional retirou dos precedentes do STF uma condição discursiva de imparcialidade que é essencial para a integridade do procedimento de aplicação das normas jurídicas. Por outro lado, essa ausência de condições de verificação da integridade da jurisprudência parece ter influenciado diretamente no nível de confiabilidade agregado ao sistema de justiça brasileiro pela tópica autorreferente, o que vem marcando a atuação do Supremo Tribunal Federal (e outras Cortes superiores) desde a redemocratização.

O problema de pesquisa, portanto, consiste na descrição dessa relação entre a

⁷ “É a ideia da imparcialidade que, em si, primeiro possibilita que diversas e, inicialmente, concorrentes interpretações normativas de uma situação sejam aproveitadas, sem de antemão serem excluídas pela aplicação de uma determinada norma válida. Sob esse aspecto, a aplicação prudente de normas convencionais é sempre parcial, porque ela permite que, em determinada situação, somente sejam considerados válidos aqueles pontos de vista que façam parte do conteúdo semântico de uma norma isolada. A norma ainda não foi relativizada segundo uma perspectiva normativa entre outras que deveriam ser relacionadas com todos os demais sinais característicos. Discursos de aplicação são, conseqüentemente, pluralistas, e sem referem sempre, em um sentido não ardiloso, só a normas *prima facie*. Esta relativização, no entanto, só é possível no nível pós-convencional, porque só nesse nível validade e adequação situacional podem ser separadas uma da outra. É por esse motivo que se confundem níveis diferentes, quando normas pós-convencionalmente fundamentadas forem aplicadas nas situações como normas convencionais, sem que as circunstâncias especiais sejam consideradas” (GÜNTHER, 2011, p. 62).

tópica autorreferente do STF, observada a partir dos casos examinados pela pesquisa, e a jurisprudência “sem rumo” que vem habitando a prática forense em torno da presunção de não-culpabilidade. Para isso, os argumentos a serem desenvolvidos seguirão a ordem abaixo estabelecida.

No capítulo inaugural, analisaram-se os discursos paradigmáticos do Plenário do STF sobre a temática da presunção de não-culpabilidade, após 1988, assim como dois casos periféricos, um da Segunda Turma (Habeas Corpus n.º 86.822) e outro também do Plenário (Habeas Corpus n.º 152.752 – o “caso Lula”). Nesse esforço inicial, a pretensão da tese é demonstrar, na prática, como se configuraram discursivamente os precedentes “sem caso” e a jurisprudência “sem rumo” do STF no tocante à interpretação do art. 5º, LVII, da Constituição Federal. No item 2.1 tratou-se de situar de modo panorâmico a jurisprudência “sem rumo” do Supremo Tribunal Federal. Descreveu-se, nesse ponto, o caminho das inversões de jurisprudência que guiaram a fixação do entendimento daquela Corte suprema sobre a garantia fundamental em questão.

Já no item 2.2, iniciou-se um esforço de compreensão das características autorreferentes da tópica empreendida pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do exame do primeiro precedente do Plenário da Suprema Corte sobre o tema (o Habeas Corpus n.º 68.726), fixado em 1991 (BRASIL, 1992). Ali, foi verificado um discurso evasivo por parte do relator do caso, o qual chancelou a prática usual da prisão para cumprimento antecipado da pena, após o segundo grau, sem se adentrar na situação de aplicação do habeas corpus em julgamento, dado que um argumento dogmático e abstrato, relacionado com a regra processual anterior de “efeitos não suspensivos dos recursos de natureza extraordinária”⁸, operou de modo central no discurso de justificação que mitigou o alcance do art. 5º, LVII, da Constituição.

Feita a análise desse primeiro precedente, e demarcada a negligência discursiva do relator na projeção do voto condutor daquela decisão, passou-se ao item 2.2.1, no qual se observou um ponto de inflexão dessa jurisprudência firmada em 1991 (BRASIL, 1992), à luz de um habeas corpus julgado pela Segunda Turma, no ano de 2007 (BRASIL, 2007), relatado pelo Ministro Gilmar Mendes. Aqui, começa a construção do argumento em torno da relação

⁸ A jurisdição exercida por Cortes superiores em sua competência recursal extraordinária remete a um tipo de especialização processual característico na prática forense brasileira, em que a competência de Cortes superiores é direcionada à tarefa de uniformização de jurisprudências, em termos objetivos guiados pela fixação de teses abstratas, e não por meio da resolução detida de casos concretos, em toda sua amplitude e singularidade. Ou seja, mitiga-se o contraditório nessas Cortes por uma justificativa sistêmica de padronização processual, a fim de que paradigmas de jurisprudência sejam replicados em outros casos, dando ares de definitividade à interpretação que fixa o direito por veículos de comunicação como súmulas e, mais recentemente, teses vinculantes, incorporadas pela legislação por meio de um sistema de precedentes vigente desde o Código de Processo Civil (CPC) de 2015.

entre precedentes “sem caso”, jurisprudências “sem rumo” e a discricionariedade expansionista que caracteriza a dinâmica da tópica autorreferente verificada na pesquisa.

O exame do discurso de Gilmar Mendes, nesse ponto do recorte, serve para demonstrar os caminhos subjetivos nos quais os precedentes “sem caso” são mantidos reféns, por oscilações dispersas de entendimento que operam profundos reveses na jurisprudência, desviando-a do norte de imparcialidade e coerência que confere integridade política à jurisdição. Como se poderá perceber, Gilmar Mendes possuiu um protagonismo excessivo nas inversões de jurisprudência sobre a presunção de não-culpabilidade no STF. Ele mudou em três oportunidades de entendimento, e contribuiu com a projeção de jurisprudências antagônicas sobre o tema examinado.

Já no item 2.3 da tese, analisou-se o discurso judicial do Ministro Eros Grau, relator do Habeas Corpus n.º 84.078, julgado em 2009 (BRASIL, 2010). Esse precedente inverteu pela primeira vez a jurisprudência de 1991 sobre o art. 5º, LVII, da Constituição, estabelecendo uma vedação sistêmica ao cumprimento antecipado da pena, o que ocorreu também, como no precedente anterior (BRASIL, 1992), sem referências analíticas do caso julgado. A importância de enfatizar esse aspecto no precedente de 2009 (BRASIL, 2010) é demonstrar que, mesmo quando um discurso judicial fornece uma resposta mais satisfatória do ponto de vista teórico-abstrato, a falta de ancoragem concreta das premissas decisórias na situação de aplicação torna o precedente frágil, e suscetível a novas rupturas arbitrárias.

Isso foi verificado adiante, em 2016 (BRASIL, 2016), sob o impulso da “onda lavajatista”, que varreu momentaneamente o “suspiro garantista” de Gilmar Mendes, cujo voto favorável à prisão para cumprimento antecipado da pena em segunda instância contribuiu com a virada jurisprudencial materializada pelo placar de 7 a 4. Aqui foi possível perceber que a característica abstrativa dos precedentes “sem caso” retira uma condição discursiva importante da integridade jurisdicional, que é o constrangimento diante de teses incoerentes, as quais passam a ser lançadas inadvertidamente na tópica autorreferente, dada a ausência de ancoragem dos discursos em casos concretos.

A dinâmica jurisprudencial estabelecida nesses termos não liga de uma forma congenial os casos do passado com os casos do presente, guiando-se a mudança de jurisprudência por um princípio de imparcialidade claro. Por isso, a perda de referência dos casos favorece a projeção de jurisprudências “sem rumo”, pela perda do fio condutor da coerência jurisprudencial. Ao prosseguir com a análise de casos, esta tese adentrou, no item 2.4, no exame do Habeas Corpus n.º 126.292 (BRASIL, 2016), relatado pelo Ministro Teori Zavascki, que foi julgado pelo Plenário do STF em 2016, ocasião em que aquele órgão

inverteu pela segunda vez a jurisprudência brasileira sobre presunção de não-culpabilidade⁹.

Ganhou evidência no exame desse caso um argumento específico utilizado por Teori Zavascki para justificar sua tese de que a fixação da culpa no processo criminal se daria, na verdade, em segundo grau, dada a “vedação à revisão de fatos e provas” em Cortes superiores. Essa referência à estrutura processual das Cortes superiores serviu de fio condutor para a análise empreendida no capítulo seguinte da tese, em que se examinou a relação entre jurisprudências defensivas e a tópica autorreferente marcante tanto no Supremo Tribunal Federal, à luz da jurisprudência examinada, quanto nas demais Cortes superiores¹⁰.

Superado esse ponto, chegou-se ao item 2.5 da tese, em que foi feita uma abordagem pontual do “caso Lula” – Habeas Corpus n.º 152.752 (BRASIL, 2018), à luz do discurso proferido pela Ministra Rosa Weber naquele julgamento do Plenário do STF, no qual foi rejeitado o “writ” do então ex-Presidente. Neste caso, abordou-se a questão da ambivalência da discricionariedade expansionista, bem exemplificada no entendimento externado por aquela magistrada. Essa ambivalência foi demonstrada a partir dos argumentos mobilizados pela Ministra, em sentidos dispersos de conveniência e oportunidade, que nada disseram a respeito dos direitos do paciente julgado. Naquela ocasião, ela justificou a abstenção de sua convicção manifestada em 2016 (BRASIL, 2016) por razões de disciplina judiciária, defendida como “obrigação de manter o precedente” fixado contra o seu entendimento, por um “dever de integridade”. A importância desse voto de Rosa Weber se dá pela constatação de que, naquele momento, já havia duas ações de controle concentrado sobre o tema aguardando pauta para o Plenário. Isso sugeria, ao menos em tese, uma nova rediscussão da matéria pelo Plenário da Corte, o que tornou confusa a postura de Rosa Weber ao negar a Lula o habeas corpus pretendido naquele julgamento, até porque ela própria deu a entender no seu voto que mudaria de posição nos julgamentos das ações de controle concentrado.

Pela visualização da discricionariedade ambivalente da Ministra Rosa Weber, que ora se guia por uma disciplina conveniente, ora por oportunidade indisciplinada pela jurisprudência, pretendeu-se demonstrar que os discursos judiciais, quando

⁹ Chamou a atenção neste ponto o fato de a mudança de jurisprudência ter sido influenciada mais uma vez por Gilmar Mendes, que também havia mudado de inclinação no Plenário sobre o tema em 2009 (BRASIL, 2010).

¹⁰ Como será visto, essa estrutura é fundada em um complexo arranjo de competências extraordinárias, exercidas sob um crivo seletivo dos argumentos e das questões a serem debatidas, reduzindo o poder de agenda das partes para pautar os debates judiciais nessas instâncias superiores. Essas jurisprudências defensivas operam um grau de seletividade arbitrária do contraditório que torna a tarefa de interpretação incompatível com a projeção de discursos de aplicação, distanciado a prática judicial em Cortes superiores das condições ideais de fixação de precedentes sólidos, compatíveis com a pretensão de validade alçada por cadeias coerentes de casos concretos bem resolvidos.

descorrelacionados da dimensão situacional de aplicação, projetam no sistema jurídico um sentido de incoerência que é característico da evasão discursiva dos casos. Com ela, a história dos direitos passa a ter menos relevância do que as convicções oscilantes dos magistrados.

Isso faz com que os discursos autorreferentes de autoridades posicionadas em órgãos de cúpula do Poder Judiciário materializem uma discricionariedade expansionista, que supera o decisionismo positivista, voltado ao preenchimento de lacunas normativas em casos difíceis, já que se refuda a própria norma com precedentes abstratos antagônicos, e não apenas aplica-se um sentido particular da norma ao caso. Portanto, pelo caminho de análise empreendido até este ponto da tese, visualizou-se, ao final do capítulo inaugural, que as distorções criadas pela dinâmica da tópica autorreferente observada nos julgamentos do STF projetaram uma jurisprudência “sem rumo” sobre a presunção de não-culpabilidade, caracterizada por precedentes esvaziados em termos de dimensão situacional de aplicação.

Partindo-se das constatações amalhadas até este ponto da tese, passou-se a explorar no capítulo seguinte a questão da deficiência estrutural das práticas judiciais das Cortes superiores brasileiras, cujo enfoque minimalista emprestado ao contraditório favorece o desenvolvimento da tópica autorreferente de jurisdição. Aqui, o intuito da tese foi demonstrar que o processo judicial nessas ditas “Cortes de uniformização” é composto por estruturas de jurisprudência defensiva que privilegiam o modelo tópico-autorreferente de jurisdição, sufocando o contraditório judicial naqueles espaços judiciais.

Com isso, opera-se a aplicação das normas por meio de uma seletividade arbitrária de frações desses contraditórios, justificando-se as soluções judiciais por argumentos abstratos e por sinais característicos incompletos da situação de aplicação. Nesse cenário, constroem-se precedentes “sem caso” que tentam projetar o sentido, a validade e o alcance “objetivo” da norma, por meio de uma justificação geral que não incorpora na dimensão de aplicação a imparcialidade, que se dá em termos de juízo de adequabilidade situacional, conforme proposto pelo marco da pesquisa (GÜNTHER, 1993, 2011).

No item 3.1, foi feita a abordagem propedêutica do problema das jurisprudências defensivas, que formatam essa estrutura tópico-autorreferente de jurisdição no âmbito das Cortes superiores brasileiras. Nessa passagem, expôs-se a percepção teórica de que o processo judicial em Cortes superiores é formatado em bases restritivas de cognição que isolam o poder de agenda dos debates judiciais nas mãos dos juízes, o que retira das partes prerrogativas discursivas importantes para a formulação livre do caso judicial em contraditório.

A estrutura processual de restrição da cognição dos casos é somada a uma prática de “livre convencimento motivado”, que promove, a partir da liberdade de decidir, associada

aos cortes sucessivos na dimensão situacional de aplicação, uma apreensão arbitrária e incompleta do problema de interpretação. Com isso, limita-se a condição de imparcialidade dos discursos judiciais, contribuindo-se para que as decisões de casos sejam convertidas em reprodução acrítica de discursos de justificação, empreendidos sem referência imediata aos sinais característicos da situação de aplicação.

Nesse cenário, promove-se uma metodologia de trabalho que enfoca aspectos parciais das questões judiciais, sem oferecer às partes o direito de haver respostas vinculadas aos termos em que formulado o caso perante a autoridade judicial. Ao se aprofundar o olhar sobre essa questão nas três Cortes superiores examinadas pela pesquisa¹¹, percebeu-se que as jurisprudências defensivas sustentam um complexo método de trabalho voltado ao reforço da tópica autorreferente, que desvia a jurisdição do seu norte procedimental de resolução adequada de casos.

Observou-se neste ponto da tese que a influência de jurisprudências defensivas é marcante no exercício das competências recursais extraordinárias, e que isso fornece um suporte estruturante para a tópica autorreferente. Visualizada essa interessante questão a partir do campo de pesquisa, esta tese aprofundou a análise dessa estrutura processual presente em Cortes superiores, abordando duas jurisprudências defensivas que apareceram para a pesquisa como modelo central de justificação da tópica autorreferente naqueles espaços judiciais.

No item 3.2, examinou-se a primeira jurisprudência defensiva, chamada nesta tese de “vedação à revisão de fatos e provas” em Cortes superiores, o que se reproduz nos três Tribunais examinados (STF, STJ e TST). Essa jurisprudência marca profundamente as restrições de contraditório na atuação recursal extraordinária dos Tribunais de uniformização de jurisprudência, porque impede a revisão do caso judicial, que é a estrutura discursiva de reconhecimento da dimensão situacional de aplicação. Superado o exame dessa primeira jurisprudência defensiva, a tese abordou no item 3.3 a segunda base de ancoragem da tópica autorreferente, que consiste no chamado “requisito processual do prequestionamento”¹², que impede a discussão de “questões de direito” não debatida até o segundo grau em Cortes superiores. Ao final dos itens 3.2 e 3.3, então, demonstrou-se que a tópica autorreferente de jurisdição é reforçada estruturalmente por essas jurisprudências defensivas estruturantes do

¹¹ As três Cortes examinadas pela pesquisa foram o Supremo Tribunal Federal (STF), o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Tribunal Superior do Trabalho (TST).

¹² O prequestionamento consiste na vedação de discussões recursais sobre matérias de direito que não foram devidamente apreciadas nas instâncias inferiores de jurisdição. Assim, por exemplo, uma matéria de defesa não abordada na decisão recorrida, ainda quando possa ter uma influência decisiva para o caso, não poderá ser analisada na Corte superior, mesmo que invocada na peça de recurso, quando essa matéria de direito não tiver sido enfrentada pela instância inferior (ou seja, quando a matéria não obteve o prequestionamento na decisão recorrida).

método de trabalho em Cortes superiores, as quais restringem os debates judiciais, impossibilitando o alcance da imparcialidade na aplicação, dado o desvio de dimensionamento discursivo dos precedentes que operam “sem caso” e fixam teses abstratas sobre direitos.

Visualizada essa questão, os esforços de argumentação da tese voltaram-se integralmente à defesa do resgate da estrutura aporética de pensamento judicial, fundada nos casos de aplicação, dado que eles fornecem as bases de compreensão da integridade do corte político promovido pela jurisdição. Neste ponto da reflexão, a tese fez o resgate da teoria da tópica-problemática, com a limitação de alcance proposta com base no marco teórico da pesquisa, tal como justificado no início desta introdução.

No item 3.4, então, foi situada a questão da centralidade do pensamento aporético no modelo judicial de construção das jurisprudências no curso de diferentes épocas do direito. Abordando-se a relação entre jurisprudência e tópica, reconstruiu-se a matriz de compreensão à luz da estrutura limitada do caso, situando-o como problema autêntico de interpretação ligado à tarefa política da jurisdição, sobretudo em comunidades políticas de princípios. Aqui, portanto, a importância do modelo tópico-problemático é sustentada para tensões produtivas entre facticidade e validade (HABERMAS, 2020), que pela estrutura do caso concreto bem resolvido podem projetar precedentes que ancorem em integridade (DWORKIN, 2014) as práticas judiciais, por princípios verificáveis pelo discurso de aplicação (GÜNTHER, 2011).

Com isso, a tese chega ao final do segundo capítulo, e passa a empreender um esforço adicional de ancoragem teórica das bases procedimentais da imparcialidade dos processos de aplicação da norma, a partir do resgate das teorias que possibilitam a estruturação filosófica da hermenêutica crítico-reflexiva embasada pelo norte teórico da tese, formada principalmente por Dworkin (2010, 2014, 2019, 2020), Habermas (1989, 2019, 2020) e Günther (1993, 2011), mas permeadas por referências teóricas mobilizadas em torno das questões filosóficas tratadas pela tese, a exemplo de Wittgenstein (1996), Gadamer (1997) e Heidegger (2005), que são centrais para a compreensão do giro linguístico e da ascensão da hermenêutica filosófica que se seguiu à crise do pensamento cognitivista.

No capítulo final, então, o argumento da tese se volta à defesa do modelo de jurisdição estruturado por “casos concretos bem resolvidos”, que expressam o sentido dworkiniano da figura metafórica do juiz Hércules, só que traduzido por práticas mais bem explicitadas em termos de procedimento de aplicação por Günther, em sua diferenciação teórica entre discursos de aplicação e justificação.

Assim, no item 4.1, introduziu-se o novo sentido crítico-reflexivo da

hermenêutica jurídica na transição filosófica entre o positivismo de regras que marcou o paradigma do direito até meados do século XX e a noção de ordenamento centrado em princípios, que marca a experiência do direito no pós-giro linguístico-pragmático.

Já no item 4.2, pretendeu-se estabelecer uma compreensão aprofundada acerca da insuficiência dessa jurisdição focada na produção de conceitos teóricos dispersos, dissociados da dimensão situacional de aplicação da norma, bem como da relação deletéria que é impulsionada por discursos de justificação que ensaiam uma interação sem intermediários com a esfera pública externa ao processo judicial. Enfatizou-se, aqui, a noção do contraditório como “equivalente estrutural da igualdade de tratamento”, construindo-se um argumento teórico em torno da necessidade de reconversão de discursos de justificação em discursos de aplicação da norma jurídica, como condicionante implícita à demonstração da imparcialidade no procedimento de aplicação.

Visualizada essa questão, partiu-se no item 4.3 para uma abordagem da questão que aparentemente tensiona o regime positivista da legalidade e a natureza fluida e politicamente produtiva de uma comunidade de princípios. Nessa parte da tese, será enfocada a questão da imparcialidade e coerência dos precedentes como base procedimental para a descoberta de “novos” direitos em uma comunidade política de princípios, o que precisa ser dissociado das bases discricionárias da tópica autorreferente em curso na experiência jurisdicional brasileira.

Superado esse ponto, no item 4.4 a tese adentrou a questão teórica da hermenêutica filosófica (GADAMER, 1997) em contraste com elemento intersubjetivo da crítica reflexiva sugerida pela noção teórica do agir comunicativo (HABERMAS, 2019), de modo a estruturar a compreensão da hermenêutica crítica como caminho adequado para a construção de jurisprudências que revelem a integridade do procedimento judicial de aplicação de direitos implícitos.

Feito esse resgate teórico, chega-se ao final da tese, que no item 4.5 enfrenta a questão sobre as garantias da lei e as interpretações judiciais inovadoras no campo dos direitos. Aqui, o argumento final desenvolvido pela tese é no sentido de que uma hermenêutica crítica de princípios não necessariamente promove um enfraquecimento do sentido de legalidade dos direitos, mas, ao contrário, pelo elemento de integridade e reflexividade que insere de modo permanente nas práticas judiciais, pode fornecer instrumentos discursivos interessantes para o reforço do parâmetro de legalidade que ancora os direitos fundados em política deliberativa, os quais não se confundem com direitos extraídos de um modo implícito da comunidade política de princípios. Há uma relação de

complementaridade, e não de exclusão, como se poderá perceber.

Feitas as necessárias considerações gerais sobre o caminho argumentativo percorrido por esta tese, finaliza-se a presente Introdução, passando-se adiante ao enfrentamento detido dos temas abordados nos três capítulos acima descritos de um modo sucinto e preliminar.

2 OS PRECEDENTES “SEM CASO” E A JURISPRUDÊNCIA “SEM RUMO” DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DOS CASOS DE PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE

2.1 A jurisprudência incoerente do Supremo Tribunal Federal em relação à garantia constitucional de presunção de não-culpabilidade

A jurisprudência do STF sobre a garantia de presunção de não-culpabilidade prevista no art. 5º, LVII, da Constituição Federal é uma das mais emblemáticas expressões da discricionariedade que marca o modelo teórico de interpretação judicial em curso nas Cortes brasileiras, supostamente fundado em um positivismo jurídico que ancora as práticas de direito no cenário jurídico nacional desde o século passado.

A discricionariedade judicial, como se sabe, é fundamentada em termos positivistas como poder de interpretação autêntica das normas pelos órgãos responsáveis pela sua aplicação. Para Kelsen (2020, p. 387), ela atua em um campo de soluções disponibilizadas ao operador, no qual “deve responder-se à questão de saber qual o conteúdo que se há de dar à norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa, norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto”.

A princípio, o intérprete guiaria suas escolhas por alternativas emolduradas pela regra (KELSEN, 2020, p. 390), tendo por base a situação de aplicação. Tal compreensão foi modificada com a crítica do giro linguístico, que culminou com a ascensão do decisionismo, que foi a saída teórica encontrada pelo positivismo jurídico para a crise de indeterminação semântica das normas, com ampliação da discricionariedade judicial, equiparando-a a um ato voluntário da autoridade judicial, mas, ainda assim, voltado à solução dos casos.

Percebe-se, portanto, que, mesmo ao justificar a interpretação sob um ponto de vista decisionista, Kelsen (2020) a coloca no universo simbólico das soluções pragmáticas de casos, e não no campo das projeções conceituais abstratas. Assim:

[...] pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa. Através de uma interpretação autêntica deste tipo pode criar-se Direito, não só no caso em que a interpretação tem caráter geral, em que, portanto, existe interpretação autêntica no sentido usual da palavra, mas também no caso em que é produzida uma norma jurídica individual através de um órgão aplicador do Direito, desde que o ato deste órgão já não possa ser anulado, desde que ele tenha transitado em julgado. É fato bem conhecido que, pela via de uma interpretação autêntica deste tipo, é muitas vezes criado Direito novo –

especialmente pelos tribunais de última instância. (KELSEN, 2020, p. 394-395).

Por outro lado, também é possível perceber essa característica de conformação da discricionariedade no positivismo da cultura anglo-saxônica. Dworkin (2020) pontua essa característica ao descrever as semelhanças entre a regra de reconhecimento de John Austin e de H. L. A. Hart:

[...] a versão do positivismo oferecida por Hart é mais complexa do que a de Austin e o seu teste para verificar a validade das regras de direito é mais sofisticado. Em um aspecto, porém, os dois modelos são muito similares. Hart, como Austin, reconhece que as regras jurídicas possuem limites imprecisos (ele se refere a elas como tendo ‘uma textura aberta’) e, ainda como Austin, explica os casos problemáticos afirmando que os juízes têm e exercitam seu poder discricionário para decidir esses casos por meio de nova legislação. (DWORKIN, 2010, p. 35).

No positivismo teórico, portanto, a discricionariedade é um atributo da autoridade judicial que se volta à tarefa de aplicação do direito, e não à projeção política de dogmas abstratos de compreensão da norma, já que as Cortes judiciais não atuam ordinariamente como órgão regulador, como fazem o Parlamento e o próprio Executivo, em distintas esferas de competência, pela edição de leis, decretos e outras resoluções.

A atuação criativa da interpretação, com um viés político mais profundo, caberia a essas esferas de representatividade democrática, com a concorrente fiscalização entre os poderes para a garantia dos limites constitucionais. Nesse sentido de fiscalização atua, por exemplo, o controle de constitucionalidade, que nem sempre é reservado ao Poder Judiciário, como se pode perceber no caso da França, em que foi originalmente adotado um controle político-preventivo (e não propriamente judicial)¹³.

Em se tratando de controle judicial, o Brasil adotou, desde o ano de 1965, uma jurisdição constitucional híbrida, tendencialmente centralizada no Supremo Tribunal Federal. Por meio da Emenda Constitucional nº 16 de 1965, adicionou-se ao tradicional controle difuso de constitucionalidade brasileiro uma ação de controle concentrado de normas¹⁴, o que

¹³ Há de se demarcar, neste ponto, que alterações mais recentes da lei constitucional francesa regularam funções mais amplas para o “Conseil Constitutionnel”, que hoje opera praticamente como Corte constitucional, já que une funções de controle político-preventivo à função de anulação de leis inconstitucionais promulgadas pelo Parlamento francês, dotando-o de uma natureza híbrida diversa de sua configuração originária, de um órgão político autônomo ligado exclusivamente ao processo legislativo.

¹⁴ A edição da Emenda Constitucional n.º 16, de 1965, promulgada ainda sob a vigência da Constituição de 1946, mas após a ruptura de regime havida em 31 de março de 1964, inaugurou no Brasil a experiência do controle abstrato de normas. Antes disso, alguns mecanismos de controle político, voltados à atuação do STF nas causas de intervenção federal, já eram utilizados, mas nada que configurasse um controle abstrato de normas, o qual foi introduzido no direito brasileiro com a previsão da representação genérica de inconstitucionalidade das leis, como ressalta Cleve (2000, p. 89): “A representação interventiva implica uma fiscalização concreta da constitucionalidade, embora realizada em sede de ação direta; presta-se exatamente para a solução de um conflito federativo. Com a representação genérica, ao contrário, manifesta-se modo de fiscalização abstrata da constitucionalidade, já porque em semelhante situação estará em jogo a compatibilidade, em abstrato (em tese),

foi sendo ampliado desde então, com a criação de novas ações voltadas ao controle abstrato, e tudo isso somado a competências ordinárias endereçadas àquela Corte. Isso dá uma noção aproximada do nível de confusão de competências que habitam as funções do Supremo Tribunal Federal¹⁵.

Como as chamadas Cortes constitucionais, em teoria, não se confundem com os Tribunais ordinários de jurisdição, responsáveis pela tarefa de aplicação das leis, no Brasil o acúmulo de funções pelo Supremo Tribunal Federal vem dificultando a tarefa de aplicação, que passou a ser colonizada pelas iniciativas de abstrativização discursiva dos precedentes. Portanto, a simbiose de mecanismos de jurisdição na atuação do STF parece atuar como fator de ampliação da discricionariedade daquele órgão jurisdicional no positivismo jurídico brasileiro.

Com o protagonismo desse órgão de cúpula do Poder Judiciário, passou-se a conviver com uma criatividade não mais circunscrita à solução dos casos, como sugere o conceito de discricionariedade no positivismo metodológico. A discricionariedade, assim, no sistema brasileiro, voltou-se à concretização política de uma atividade de fixação de normas “para fora e além dos casos”, o que não encontra justificativas sólidas no positivismo adotado como norte teórico pelo pensamento jurídico nacional. Tanto assim, que hoje há críticas intensas contra a expansão de poderes judiciais no Brasil, em um ambiente de judicialização da política que vem promovendo o que se convencionou chamar de ativismo judicial¹⁶.

A expansão da discricionariedade, nesse contexto, configura um desvio metodológico do positivismo teórico, que vem sendo possibilitado no caso brasileiro pela expansão de competências em órgãos de cúpula do Poder Judiciário. No recorte da pesquisa, é possível perceber as marcas dessa discricionariedade expansionista, desviada da dimensão situacional de aplicação, a qual vem sendo constantemente ampliada legislativamente no arranjo de competências dos órgãos do sistema de justiça brasileiro.

Mais recentemente, inclusive, a receita abstrativa utilizada pelo Supremo Tribunal

de um dispositivo normativo infraconstitucional contrastado com a Lei Fundamental da República”.

¹⁵ A jurisdição constitucional abstrata, como é cediço, foi teorizada por Kelsen (2004), nos idos de 1928, sendo compreendida como um mecanismo político de jurisdição centrado em Cortes constitucionais, e não em Tribunais ordinários, com competências concorrentes das mais variadas naturezas.

¹⁶ Esse termo não é brasileiro, tampouco a sua utilização para designar os avanços de autoridades judiciais no campo das decisões políticas de Estado é novo, como bem observado por Branco (2011, p. 369), que atribui a expressão a um jornalista norte-americano, Arthur Schlesinger Jr., que traçou o perfil ideológico dos juízes da Suprema Corte americana, em um artigo de cinco páginas publicado em 1947 em uma revista de negócios chamada “Fortune”. Entre os autores brasileiros, Lênio Luiz Streck talvez seja o mais crítico com relação a essa prática judicial expansiva dos poderes decisórios, sobretudo entre os juízes de Cortes superiores. Segundo ele, no Brasil criou-se um paradoxo, desde o anteprojeto que originou o novo Código de Processo Civil, que foi pensado para ser um instrumento de acesso à justiça, mas acabou sendo convertido em um instrumento político de ampliação do ativismo judicial (STRECK, 2013).

Federal foi estendida pelo Código de Processo Civil de 2015 às demais Cortes superiores, com a implantação de um sistema de precedentes judiciais focado na fixação de “teses jurídicas vinculantes”. A noção de tese jurídica nesse novo sistema expressa uma correlação entre a interpretação judicial e a projeção abstrata de concepções gerais sobre as normas, desvinculando-se a atuação judicial de deveres mais imediatos com a tarefa de resolução adequada dos casos de aplicação.

Com isso, retira-se da centralidade discursiva desses precedentes a singularidade situacional que origina o próprio precedente. Criou-se, assim, um sistema de precedentes “sem caso”, que reproduz uma dinâmica abstrativa de argumentação, a qual não condiciona a validade dos discursos judiciais ao enfrentamento de sinais característicos específicos das situações de aplicação, o que retira as condições de verificabilidade da imparcialidade (GÜNTHER, 2011, p. 39-51) desses discursos.

Nesse contexto, não é incomum que precedentes vinculantes ostentem a condição de solução jurídica “para o futuro” (efeito “ex nunc”), deixando de se aplicar a tese aos próprios casos que originaram o paradigma de fixação dos precedentes. Também não é incomum encontrar nos argumentos decisórios das Cortes superiores fórmulas processuais vulgarizadas pelo controle de constitucionalidade, tais como “interpretação conforme a Constituição”, ou “declaração de constitucionalidade de normas em trânsito para a inconstitucionalidade”, entre outros jargões vernaculares que expressam, na prática, uma discricionariedade quase ilimitada, pois as fórmulas processuais sem conteúdo pré-determinado permitem uma ampla gama de soluções sem parâmetro de verificabilidade de sua imparcialidade e coerência com o sistema normativo em curso.

A própria modulação de efeitos decisórios, incorporada pelo ordenamento brasileiro pela lei que trata da ação direta de inconstitucionalidade (art. 27, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999), passou a habitar de forma relativamente livre as decisões do controle difuso de constitucionalidade¹⁷, o que foi seguido pelas demais Cortes superiores, após o tratamento legislativo conferido pelo art. 927, §3º, do CPC/2015¹⁸ às decisões de incidentes que fixam precedentes vinculantes.

¹⁷ A prática passou a ser amplamente difundida pelo Supremo Tribunal Federal, a partir do precedente fixado no RE n.º 197.917/SP, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, que teve o julgamento finalizado em 24 de março de 2004 (BRASIL, 2004). Naquele caso, na sessão plenária de 10 de abril de 2003, em um voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, acompanhando pelo relator do processo, decidiu-se que, por “razões de segurança jurídica”, seria possível implementar a modulação de efeitos na declaração de inconstitucionalidade incidental de normas, o que abriu caminho para uma ampliação da discricionariedade no âmbito do controle difuso.

¹⁸ O citado dispositivo estabelece que: “§3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica” (BRASIL, 2015).

A aplicação dispersa de tais técnicas de julgamento aponta para uma certa anarquia no método de trabalho dos Tribunais superiores, e isso revela que o tipo de precedente privilegiado por essas Cortes não projeta a jurisdição sobre as bases de um compromisso imediato com a construção de respostas corretas para os casos judiciais levados à sua apreciação.

A jurisdição em Cortes superiores, ao contrário disso, vem sendo exercida como mecanismo político de projeção abstrata dos entendimentos discricionários de magistrados dispostos em órgãos de cúpula do Poder Judiciário. Essa discricionariedade expansionista, como se tentará demonstrar no curso da tese, não parece possuir condições políticas de legitimidade, seja porque os juízes não ostentam poderes de representatividade política, seja porque os desvios dos casos projetam perdas importantes de referência da imparcialidade nas decisões judiciais.

Compreender essa questão neste momento, ainda que superficialmente, é importante para visualizar a relação imediata entre a estrutura discursiva evasiva dos casos, hoje dominante, e a projeção de jurisprudências “sem rumo”, que habitam o cenário jurídico brasileiro e geram crises de confiabilidade do sistema de justiça, o que parece poder ser representado pelo recente desvio de finalidade e politização judicial emergentes do contexto do “lavajatismo” punitivista brasileiro.¹⁹ Crises como esta parecem estar atreladas à ausência de ancoragem discursiva da integridade do caminho interpretativo percorrido pela jurisdição, o que é fomentado pela centralidade que os precedentes “sem caso” passaram a ocupar na jurisdição hodierna.

Eles retiram as condições de verificação da coerência das decisões que fixam teses sobre direitos, pois não fornecem soluções adequadas às dimensões situacionais de aplicação, o que é secundado por uma descontinuidade das práticas discursivas, sem critérios de imparcialidade acessíveis aos sujeitos afetados por esses discursos oscilantes que invertem insistentemente o sentido das normas²⁰.

¹⁹ O termo em questão quer designar a tendência de parcialidade e as condutas de desvio de finalidade observados no curso das persecuções penais que foram promovidas a partir de investigações da chamada operação Lava-jato, que se converteu em um modelo de atuação por “força-tarefa”, no qual os poderes institucionais foram desviados da noção de devido processo legal. Processamento de causas em juízos materialmente incompetentes, quebras de sigilo de autoridades de Estado sem autorização judicial prévia, vazamentos de dados sigilosos de investigação a setores da imprensa, mobilização de fluxos comunicacionais externos aos processos judiciais entre outros expedientes desviantes da finalidade institucional dos poderes constituídos criaram nos anos dessa experiência de exceção uma sensação de poder quase ilimitado das autoridades que investigavam e processavam políticos e pessoas supostamente envolvidas em escândalos de corrupção e desvio de dinheiro público.

²⁰ A modulação de efeitos decisórios, que foi a solução legislativa apresentada para esse problema pelo Código de Processo Civil de 2015 (no citado art. 927, § 3º), parece ser insatisfatória, pois o caráter contingencial dos

Esse é o caso, por exemplo, dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal sobre o tema da presunção de não-culpabilidade, nos quais houve uma sucessiva oscilação de entendimentos acerca do alcance do art. 5º, LVII, da Constituição Federal. Segundo o preceito constitucional, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, o que, em uma leitura literal, não parece deixar dúvidas acerca do que seja a “culpa” e o “trânsito em julgado” em um contexto processual no qual é proferida uma “sentença penal condenatória”.

Ocorre que as dúvidas sobre os direitos, diferentemente do que sugerem os precedentes “sem caso”, geralmente não habitam no campo semântico de compreensão, de modo que a clareza de um preceito não necessariamente coincide com a clareza do seu sentido de implicação em contextos variados de aplicação da norma. Uma prática forense de antecipação do cumprimento da pena já estava estabelecida no ordenamento jurídico brasileiro, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988. Ela é um legado do regime autoritário de 1937, no qual foi editado o Código de Processo Penal (CPP), que ainda está em vigor, com algumas reformas pontuais. Essa prática encontra-se ancorada no art. 637 do CPP²¹, que estabelece a ausência de efeitos suspensivos dos recursos de natureza extraordinária em matéria penal, o que vinha conduzindo operadores do direito à antecipação dos efeitos concretos da pena privativa de liberdade, pós-segunda instância.

Aparentemente, o instituto processual e a garantia de presunção de não-culpabilidade se chocavam imediatamente, o que recomendaria, segundo a tradição hermenêutica da hierarquia das fontes, a não recepção desse dispositivo infraconstitucional, pela ascensão de uma nova ordem constitucional incompatível com as suas prescrições. Contudo, ao contrário do que se poderia imaginar, essa questão jurídica, teoricamente simples, não obteve do Poder Judiciário brasileiro uma posição firme, uniforme ou pacificadora no contexto constitucional pós-1988.

Como foi dito na introdução da tese, o caminho da interpretação constitucional do art. 5º, LVII, da Constituição foi permeado por sucessivas mudanças de entendimento do Supremo Tribunal Federal, o que redundou em consequentes redimensionamentos do seu conteúdo. Essas mudanças, ao contrário de evoluções graduais da jurisprudência, foram marcadas por idas e vindas que ampliaram e reduziram de forma sucessiva o alcance da

discursos sobre direitos não pode ser traduzido como sazonalidade dos próprios direitos. A contingência do discurso se encontra na situação de aplicação, que abre novas frentes de interpretação, a partir dos casos, e não na subjetividade decisória do julgador que ignora os casos para projetar as suas alegadas assertivas de consciência dispersas e oscilantes.

²¹ “Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.” (BRASIL, 1941).

garantia fundamental em questão, sem um lastro de coerência interna que fornecesse as linhas gerais de um enredo coeso, capaz de projetar uma continuidade desse direito constitucional na narrativa em cadeia (DWORKIN, 2014, p. 275-279) do Poder Judiciário brasileiro.

As mudanças ocorreram sem um liame fático ou circunstancial capaz de justificar, sob o ponto de vista da integridade política, o concurso sucessivo de alterações jurisprudenciais²². Foram cortes aleatórios de jurisdição, operados pelo Supremo Tribunal Federal sem ancoragem analítica de casos fortes, que demonstrassem a inadequação das jurisprudências anteriores. Essas idas e vindas, portanto, projetaram no sistema de direitos uma jurisprudência “sem rumo” sobre o tema, a qual sensibilizou a garantia constitucional em exame, e deixou à mostra um nível preocupante de fragilidade sistêmica da ancoragem política dos direitos fundamentais no ordenamento brasileiro.

A fragilidade se mostra ainda mais preocupante se considerada a perspectiva filosófica da transição entre o positivismo centrado em regras e o ordenamento centrado em princípios (DWORKIN, 2020, p. 35-50). Um sinal de alerta desse tipo foi aceso recentemente na esfera pública, ante os episódios de desvios institucionais na atuação de alguns órgãos de justiça, no curso do “lavajatismo”.

A influência desse tipo de desvio pôde ser observada, inclusive, em uma das inversões da jurisprudência em torno do art. 5º, LVII, da Constituição Federal. O julgamento do Habeas Corpus nº 126.292, realizado em 2016 (BRASIL, 2016), foi responsável pelo resgate da jurisprudência de 1991 do STF sobre o tema da presunção de não-culpabilidade, tendo sido fortemente influenciado por argumentos punitivistas atrelados ao “lavajatismo” incrustado nas instituições de justiça nesse período.

Incentivada por setores da mídia que cobriam os supostos casos de corrupção apurados em governos do Partido dos Trabalhadores, a linguagem reacionária do “lavajatismo punitivista” formou fluxos de opinião deletérios à noção de inalienabilidade dos direitos e

²² Em outra vertente de análise sobre os discursos do STF nas causas de presunção de não-culpabilidade, Vieira (2019) observa que os Ministros da Corte suprema operaram segundo uma estratégia de argumentação por adição, que não refutava todos os pontos de vista contrários no debate. Ele assinala que a adição de argumentos, em si, não é um problema, mas “não afasta a necessidade de os julgadores dialogarem entre si”, pois a noção de julgamento colegiado “se vincula à possibilidade de se implementar o diálogo entre diferentes julgadores, de modo a propiciar a efetiva discussão por meio de diferentes pontos de vista, o que resulta na produtiva interação dos magistrados” (VIEIRA, 2019, p. 172), de modo que “independentemente do acréscimo de novos argumentos, é importante que o julgador se manifeste sobre as razões já assinaladas” (VIEIRA, 2019, p. 172). Desse modo, ele conclui que, mesmo considerada de forma relativa essa premissa dialógica, no sentido da exclusão daqueles pontos de vista sob os quais o magistrado adere com seus próprios pontos de vista, as divergências de entendimento demandariam sempre o contraste argumentativo (VIEIRA, 2019, p. 172). Pode-se acrescentar às observações de Vieira que, no caso de discursos antagônicos proferidos pelas mesmas autoridades, como ocorreu no caso de Gilmar Mendes e de Rosa Weber, que invertem em três ocasiões o sentido da inclinação dos seus votos no Plenário do STF, isso se torna ainda mais evidente.

garantias fundamentais, em um momento de intensos questionamentos sociais sobre a regularidade institucional dos Poderes da República.

Isso exemplifica o sentido do argumento aqui desenvolvido, de que o problema de ancoragem da integridade política da jurisdição possibilita intervenções deletérias no sistema de direitos, pela abertura do campo jurisprudencial a influências externas dessa natureza, que são projetadas com uma força social quase incontrolável em momentos políticos crise entre instâncias de poder e o poder comunicacional livre.

Nessas ocasiões, há uma tendência de avanço da discricionariedade judicial contra direitos e garantias fundamentais, para dar satisfações a uma sociedade incrédula com o sistema político, o que é profundamente problemático se se considerar que é a própria garantia dos direitos que oferece uma alternativa jurídica de proteção à democracia contra o poder do Estado, supostamente limitado pela Constituição. Portanto, os episódios de disrupção jurisprudencial não baseados em discursos de aplicação, voltados integralmente à resolução adequada de casos, projetam uma quebra do devido processo legal.

A continuidade dessas práticas, por sua vez, instaura um método de trabalho fundado em uma tópica autorreferente nas Cortes superiores, o que converte reiteradamente a tarefa de resolução prática de casos em uma projeção dispersa de discursos de justificação, algo observado nos julgados examinados. Ao aprofundar o exame sobre essa questão, percebeu-se a existência de um método de trabalho que estrutura essa tópica autorreferente no exercício da jurisdição no Supremo Tribunal Federal, o que é caracterizado pela evasão discursiva da situação de aplicação.

Operando de uma forma tópico-autorreferente, a interpretação judicial do Supremo Tribunal Federal promoveu uma soma acrítica e desordenada de precedentes antagônicos, que vilipendiaram por sucessivas oscilações de entendimento a viabilidade de um sentido comunitário forte da garantia de presunção de não-culpabilidade. O problema de uma interpretação que projeta esse tipo de imagem para a sociedade é que ela quebra a condição resolutiva de aceitabilidade das normas jurídicas.

Só é possível manter a estabilidade de expectativas sociais com o direito em um contexto no qual “ego” e “alter” se comprometem a cumprir a lei, já que o poder de coercibilidade estatal não é capaz de resolver isoladamente o problema de eficácia que pesa como condição política de sustentação de um sistema de direitos. Logo, a discricionariedade expansionista atua como fator de desagregação social, já que a projeção dispersa de resultados faz com que a jurisprudência perca o elo com um histórico de efeitos concretizado pelo tratamento discursivo dos sinais característicos das situações de aplicação.

Por exemplo, no recorte de casos examinados pela pesquisa, é possível perceber que, entre os anos de 1991 e 2019, fixaram-se quatro jurisprudências distintas no Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a presunção de não-culpabilidade, sem que os casos de aplicação tenham figurado como elemento de distinção capaz de justificar a mudança na inclinação de sentidos da norma.

Embora na última inversão de sentido jurisprudencial o STF estivesse diante de duas ações de controle concentrado²³, em que não há um caso de aplicação propriamente dito²⁴, nos demais julgados disruptivos, que foram proferidos em três habeas corpus, a situação de aplicação também deixou de habitar a justificação dos precedentes, o que parece injustificável no controle incidental de constitucionalidade.

Nos itens subsequentes do primeiro capítulo, a fim de dar maior visibilidade aos contornos fugidios dessa jurisprudência “sem rumo” do Supremo Tribunal Federal, serão examinadas, em linhas gerais, as principais decisões plenárias daquela Corte no tocante à garantia constitucional em destaque. Essa análise será desenvolvida à luz de um recorte de jurisprudências que enfocará os votos dos Ministros relatores nas três primeiras decisões plenárias que fixaram a compreensão oscilante do STF sobre o tema.

Tais decisões marcaram o caminho das duas primeiras inversões de jurisprudência sobre essa questão constitucional, primeiramente invertendo-se o entendimento de 1991, no ano de 2009, e, depois, resgatando-se novamente o seu conteúdo, em 2016, sob influência da metodologia exótica de investigação e processamento instaurados pelo “lavajatismo”, o qual perturbou a regularidade institucional em órgãos da Polícia Federal, do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Ademais, também serão objeto de exame outros dois casos, que não produziram inversões imediatas na jurisprudência plenária do STF, mas que, por suas peculiaridades, serviram de suporte para a demonstração do nível disperso de discricionariedade que a estrutura discursiva desviada dos casos promove na jurisdição. Nesse sentido, será examinado um caso de 2007 da Segunda Turma do STF, relatado por Gilmar Mendes (BRASIL, 2007),

²³ Trata-se das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.ºs 43 e 44, que foram julgadas em 2019 e promoveram a última inversão de jurisprudência do STF sobre o tema da garantia de presunção de não-culpabilidade, chancelando a constitucionalidade da alteração promovida no art. 283 do Código de Processo Penal. Esse dispositivo passou a vedar expressamente a prisão em segunda instância para cumprimento antecipado da pena, mantidas, em todo caso, as prisões cautelares do sistema penal, a exemplo da prisão preventiva, cujos requisitos são previstos no art. 312 do CPP.

²⁴ Em controle difuso, como se sabe, a questão constitucional é meramente incidental. Por isso, a solução de constitucionalidade que opera de forma preliminar no julgado não exonera o discurso judicial de resolver imediatamente o caso, diferentemente do que ocorre nos chamados processos objetivos de controle abstrato de constitucionalidade, em que não existe propriamente um caso para ser julgado.

no qual o órgão fracionário rompeu com o precedente fixado em 1991 (BRASIL, 1992), que ainda estava vigente. A importância desse caso para o recorte da pesquisa se dá pela figura do próprio relator, que influenciou diretamente nas sucessivas inversões de jurisprudência sofridas posteriormente no Plenário.

Em 2009 (BRASIL, 2010), por exemplo, o seu voto contribuiu para a mudança do precedente de 1991 (BRASIL, 1992). Mais adiante, em 2016 (BRASIL, 2016), sua inversão de voto possibilitou a formação de uma nova maioria de 7 a 4 para resgatar a jurisprudência de 1991. Ou seja, visualizar essa jurisprudência “sem rumo” do STF, sob a perspectiva dos “suspiros garantistas de Gilmar Mendes”, fornece uma importante percepção acerca do nível de descomprometimento que a tópica autorreferente é capaz de implantar na continuidade dos direitos, que passam a estar atrelados ao devir discricionário de autoridades que se negam ao enfrentamento detido das situações de aplicação, e, com isso, convertem a jurisdição em um solipsismo ilustrado de juízes superdimensionados politicamente.

O segundo paradigma periférico a ser abordado é o “caso Lula” – Habeas Corpus n.º 152.752 (BRASIL, 2018), à luz do voto peculiar proferido pela Ministra Rosa Weber. Nesse precedente, cercado por um intenso acirramento político, houve uma clara manifestação da ambivalência da discricionariedade judicial expansionista, que é instrumentalizada pela estrutura de trabalho desviada da concretude dos casos de aplicação. A análise desse discurso permitirá visualizar a problemática equiparação entre a coerência normativa e uma pretensão geral à igualdade de resultados normativos.

Explorar-se-á, aqui, um conceito segundo o qual, enquanto pretensão à igualdade de resultados, a jurisdição banca um sentido de segurança jurídica inexecutável, já que as situações de aplicação impõem novas questões de interpretação, que precisam ser solucionadas com imparcialidade (igualdade de tratamento via contraditório), e não com a neutralidade errática fixada como dogma pelo positivismo.

É como resposta imparcial que o direito opera em um sentido de segurança viável, o que difere da expectativa de estabilização dos sentidos de aplicação. Imparcialidade pressupõe atenção integral a sinais característicos de aplicação, que são renovados a cada caso, por singularidades não antecipáveis pelos discursos de justificação, o que é negligenciado pela perspectiva da neutralidade, inerente modelo acrítico de pretensão à igualdade estática de resultados.

Problematizar essa questão torna possível visualizar a redução limitante da hermenêutica enquanto pretensão à projeção de sentidos abstratos uniformes, situados em um campo semântico dogmaticamente guiado pelos modelos conceituais, que foram

filosoficamente combatidos pela crítica do giro linguístico-pragmático. O desenvolvimento desse raciocínio irá possibilitar a crítica posterior que a tese pretende formular contra a estrutura tópico-autorreferente de jurisdição verificada no Supremo Tribunal Federal e nas demais Cortes superiores.

O conceito de tópica autorreferente, como se pode perceber, servirá de categoria de análise para a crítica a ser desenvolvida pela tese, com a pretensão de apontar para a inadequação da discricionariedade expansionista na transição filosófica entre o positivismo de regras e o ordenamento centrado em princípios. Nesse tipo de ordenamento, a concretização das experiências de jurisdição ancora um importante elemento de identidade social, pelas práticas continuadas de interpretação.

Nelas, o sentido da integridade política da jurisdição se encontra vinculado ao procedimento imparcial de aplicação, promovendo-se a igualdade de tratamento por um elo coerente de justificação dos sentidos intersubjetivamente concretizados por normas jurídicas refletidas à luz de casos concretos bem resolvidos.

Para iniciar o caminho proposto pela tese, e abordar os pontos que habitam a sua pretensão geral, os precedentes do STF selecionados pelo recorte da pesquisa serão adiante explorados, à luz das categorias de análise acima descritas.

2.2 O primeiro precedente paradigmático sobre a garantia constitucional de presunção de não-culpabilidade no cenário pós-1988: o Habeas Corpus n.º 68.726

O primeiro julgamento emblemático do Pleno do Supremo Tribunal Federal sobre o tema da presunção de não-culpabilidade, pós-Constituição de 1988, foi proferido no Habeas Corpus n.º 68.726 (BRASIL, 1992), no dia 28 de junho de 1991, em acórdão relatado pelo Ministro Néri da Silveira.

Naquele precedente, o Supremo Tribunal Federal fixou a posição de que:

A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia, ou de decisão órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concerne aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, LVII, da Constituição. (BRASIL, 1992).

A conclusão do julgado trouxe também o seguinte fundamento: “De acordo com o § 2º do art. 27, da Lei n.º 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo.” Desse modo, a natureza processual das prisões no curso do processo penal, assim como os efeitos meramente devolutivos dos recursos de natureza extraordinária foram

os nortes do julgado proferido a partir do voto condutor²⁵.

A primeira coisa que chama a atenção neste julgado é a aproximação que se faz entre o decreto de custódia preventiva e o cumprimento antecipado da pena, já que a custódia preventiva, de fato, é uma espécie de prisão cautelar de natureza processual, que visa à consecução de um ambiente propício à garantia de aplicação da lei penal, mas não se confunde com um juízo antecipado de formação da culpa – que era a base de compreensão da prisão em segunda instância nos ordenamentos anteriores.

Prisões cautelares têm como fundamento condutas do agente, ou circunstâncias do caso concreto, que demonstrem que a liberdade do acusado pode comprometer a persecução penal ou a ordem pública, o que, no contexto de garantias constitucionais, deve ser algo excepcional, devidamente fundamentado em premissas concretas do caso, e não um dogma abstrato de efeitos gerais, extensível a todo caso.

Se examinada mais a fundo, a própria noção de prisão cautelar já seria bastante questionável diante do que dispõe o art. 5º, LVII, da Constituição, já que a regra que consagra a garantia fundamental de presunção de não-culpabilidade poderia ser compreendida muito bem como prevenção geral à custódia preventiva.

Ocorre que, de fato, há inúmeras situações de aplicação que podem demonstrar que a liberdade de um acusado no curso da instrução criminal cria obstáculos ilegítimos à persecução penal e materializa riscos para as vítimas, testemunhas e para o próprio acusado pelo crime, de forma que algum instrumento de natureza acautelatória, como a custódia preventiva, deve habitar o sistema penal.

De todo modo, é como exceção assimilável pelo sistema, e não como regra

²⁵ A expressão “voto condutor” em Cortes superiores designa a condição pragmática de norteamo coletivo do julgamento, o que geralmente se dá a partir dos delineamentos lançados pelo relator do caso, salvo quando vencido no julgamento. Assim, quando o relator é acompanhado pela maioria votante, é a partir do seu relato que são transmitidas as características situacionais do caso para os demais membros do colegiado votante. Em tese, portanto, o julgamento colegiado deveria se guiar preponderantemente por essa lógica de enfrentamento das questões balizadas pelo relator, embora pesquisas recentes, a exemplo daquela realizada por Vieira (2019), demonstrem que existe uma dispersão argumentativa entre os próprios membros votantes de órgãos colegiados (as chamadas “ilhas isoladas” de cognição). Essa questão não será imediatamente explorada nesta tese, pois o que se pretende demonstrar, aqui, é a dissociação argumentativa sob um outro prisma, qual seja: a evasão das características situacionais do caso, o que transcende a própria questão das ilhas isoladas de cognição, dado que o próprio relato do caso já se evade das características situacionais de aplicação. Por isso, para a pretensão da tese, é suficiente a análise do voto condutor, já que, pelo que foi observado no recorte da pesquisa, o “caso relatado” já deixa de abordar esses sinais característicos da aplicação, e isso, por si só, já impossibilita uma adequada compreensão dos contornos decisórios, visto que é o voto condutor que, ao final do julgamento, é reduzido a termo e publicado como acórdão (salvo na hipótese do relator vencido), ainda que secundado por notas taquigráficas dos debates ou por votos avulsos juntados ao “pé do acórdão”, como se diz no jargão vernacular dessas Cortes superiores. Portanto, para a finalidade de demonstração da estrutura tópico-autorreferente de julgamento, o voto condutor é a estrutura mais adequada de compreensão analítica dos desvios dos casos, por ser o relato do caso a função primordial de um voto condutor no órgão colegiado.

processual de aplicação irrestrita, que as prisões cautelares podem operar com algum nível de coerência. Logo, elas não podem se converter em um mecanismo discricionário de restrição da liberdade do acusado, sob pena de se lhes converter em antecipação do juízo de formação da culpa, que é, exatamente, o que o constituinte parece ter pretendido evitar com a edição do art. 5º, LVII, da Constituição de 1988.

Nesse sentido, cabe pontuar que o Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, em seu art. 43, § 7º (BRASIL, 1986)²⁶, previa uma garantia fundamental de menor expressão do que aquela consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição. Ali não se trabalhava com o conceito de “trânsito em julgado”, mas sim com a noção de “declaração judicial de culpa”, o que tornaria a presunção de não-culpabilidade um direito atrelado à ausência de decisão de mérito, já que a declaração judicial de culpa é pressuposto geral de qualquer sentença penal condenatória, em todas as instâncias nas quais a autoria ou a responsabilidade do crime sejam decididas.

Portanto, se fosse intenção do constituinte normatizar uma garantia fundamental de menor expressão, esse texto talvez tivesse sido aprovado, em lugar daquele que figurou na versão final da Constituição Federal. De todo modo, para encurtar o debate, ainda que se consinta com a excepcionalidade das prisões de natureza cautelar, há que se considerar que a sua imposição pela autoridade judicial deve decorrer de uma razão prática distinta daquela que passou a ser o fundamento jurídico para o cumprimento da pena, qual seja, a culpa formada a partir de uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

Vista a questão sob esse ângulo, percebe-se que a prisão cautelar não poderia receber interpretação uniforme com relação ao instituto da prisão para início do cumprimento da pena, já que são medidas que resguardam bens jurídicos distintos. Há, nesse caso, uma deficiência intrínseca ao discurso prático de Néri da Silveira, que toma por atacado alguns institutos processuais sensivelmente distintos e lhes empresta uma definição jurídica uniforme, revigorando uma tradição anterior que deveria ser exatamente o objeto da crítica, sob o enfoque da nova ordem constitucional.

Aqui, em lugar de se demonstrar, por princípio, a coerência com que o sistema judicial estaria mantendo certas práticas, após 1988, o magistrado justificou o seu entendimento na própria tradição do histórico de efeitos. Converteu-se, assim, o problema de validade em uma questão de facticidade, no sentido habermasiano dessas expressões, o que evidencia o não tratamento de uma relação tensional entre tradição e vanguarda que era

²⁶ O Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos conferiu ao dispositivo, que habitava o art. 43, § 7º, a seguinte redação: “§ 7º – Presume-se inocente todo acusado até que haja declaração judicial de culpa” (BRASIL, 1986).

essencial naquele contexto de julgamento.

Por outro lado, o discurso do Min. Néri da Silveira (BRASIL, 1992) também não imergiu em elementos situacionais do caso, para eventualmente justificar a prisão daquele paciente, o que retirou da decisão a condição de um discurso de aplicação, convertendo-o em um discurso de justificação abstrato da norma. Essa conversão da dimensão de aplicação em justificação abstrata opera a dissociação discursiva que é chamada pela tese de dinâmica tópico-autorreferente de jurisdição.

Por meio dela, a imparcialidade deixa de ser ancorada no corte de jurisdição, já que se retiram as condições de verificabilidade da coerência da narrativa, dada a ausência de correlação entre o entendimento jurídico e o caso proposto a julgamento. Isso, por sua vez, favorece a ruptura posterior com o precedente, já que não fica registrada na história institucional o compromisso imediato da Corte com um nível de resolução adequada dos casos que crie obstáculos materiais à superação dispersa dos entendimentos. Em síntese, sem que os casos sejam devidamente analisados, as teses flutuam por campos sintático-semânticos de compreensão que não são constrangidos por elementos situacionais concretos, sendo certo que são esses elementos que criam condições de interação e observância a discursos pretéritos, por um dever de imparcialidade devidamente identificado por situações de aplicação.

Desse modo, a aproximação arbitrária feita por Silveira (BRASIL, 1992) com os conceitos jurídicos abraçados como fundamento do seu discurso evasivo, abstraiu-se do dever de integridade inerente a um procedimento imparcial da aplicação, o que só se torna verificável pelo tratamento analítico conferido ao caso, com o enfrentamento integral dos seus sinais característicos de aplicação. Cedendo ao discurso de justificação de Silveira (BRASIL, 1992), o Plenário do STF manteve o “status quo” da prisão antecipatória do cumprimento da pena, sem maiores esclarecimentos quanto à potencial incoerência na manutenção de tal prática sob a égide da nova ordem constitucional.

Nesse cenário, algumas questões importantes ficaram sem resposta na fundamentação de Silveira (BRASIL, 1992), tais como: Por que a Constituição de 1988, ao estabelecer o trânsito em julgado como marco para a fixação da culpa no processo penal, não teria desautorizado a prisão antecipatória do cumprimento da pena? Por outro lado, considerada essa proibição, ela se estenderia às prisões de natureza cautelar? Por fim, se considerada a compatibilidade das prisões acautelatórias com o art. 5º, LVII, da Constituição, no caso em julgamento haveria algum princípio que justificasse a sua aplicação ao paciente daquele “writ”?

Responder adequadamente a essas questões era o mínimo exigido para que se adentrasse no caso com um suporte filosófico e situacional adequados, e se sondasse se havia na situação de aplicação alguma circunstância capaz de autorizar a prisão cautelar do paciente, já que necessariamente deveria ter sido excluída a possibilidade da prisão antecipatória do cumprimento da pena. Percebe-se, assim, que não responder às duas perguntas acima serviu de caminho livre para que o discurso prático de Silveira (BRASIL, 1992) não adentrasse efetivamente o caso, e, ao assim proceder, não fornecesse justificativas imparciais para a frustração do direito previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

Nesse contexto, a manutenção da prática de antecipação do cumprimento da pena não foi submetida ao crivo da adequabilidade situacional da norma inscrita no art. 5º, LVII, da Constituição, tampouco ao seu contexto político, que apontava para um novo paradigma constitucional. Essa evasão, como se percebe, diminuiu sensivelmente o alcance da garantia constitucional negligenciada pela narrativa judicial incoerente com a comunidade de princípios recém afirmada pelo movimento constituinte de 1985-88, tendo a Corte suprema falhado em seu primeiro teste de guardião político da garantia fundamental estabelecida pela Constituição emergente.

Após esse julgamento, durante os anos de 1991 a 2009, a interpretação restritiva da garantia de presunção de não-culpabilidade tornou-se preponderante na dinâmica forense brasileira, mesmo sem se travar um debate sério sobre o sentido adequado da previsão contida no art. 5º, LVII, da Constituição de 1988. Neste ponto, aparece uma face marcante da discricionariedade que opera segundo um modelo da tópica autorreferente²⁷ de jurisdição. Ela se encontra permanentemente aberta a oscilações ocasionais de entendimento, que promovem na história institucional a inversão não racionalizada dos sentidos atribuídos aos direitos, mesmo os fundamentais.

Como os discursos de justificação abstrata das normas não se voltam a elementos situacionais, contrastáveis por um princípio de imparcialidade, novos sentidos são justificados como simples mudança de “entendimento” da autoridade, o que retira as condições de verificabilidade da integridade política dos cortes de jurisdição. Assim, a jurisdição passa a operar como desígnio íntimo, imposto por um atributo de poder formalmente validado pela

²⁷ O conceito de tópica autorreferente foi parcialmente explicitado na Introdução desta tese, e será abordado em maior profundidade no item 3.4 do texto. Como noção preliminar, é possível defini-la como a atitude discursiva desviante do problema concreto de interpretação contido no contraditório que individualiza o caso de aplicação da norma. Em lugar de enfrentar e dissuadir contraditórios, portanto, sob o modelo da tópica autorreferente os juízes selecionam frações do caso concreto e lhes emprestam um sentido próprio de abstração, o que converte discursos de aplicação em discursos de justificação da norma, no sentido referido por Klaus Günther (2011, 1993) ao tratar dessas tipologias teóricas.

estrutura hierárquica de competências judiciais, mas não vinculado à coerência do modo de se proceder à aplicação dos direitos, ou seja, sem critérios que apontem para a igualdade de tratamento entre os sujeitos de direito afetados pelos discursos judiciais.

Um exemplo interessante dessas condições permanentes de ruptura não racionalizada com precedentes, pode ser observado em um caso julgado pela Segunda Turma do STF, no ano de 2007. Ali, no julgamento do Habeas Corpus n.º 86.822 (BRASIL, 2007), da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, deram-se mostras de que a questão constitucional negligenciada pelo precedente de 1991 tornaria frágil e maleável a tese ali fixada. No citado julgamento desse órgão fracionário do Supremo Tribunal Federal, concedeu-se uma ordem de habeas corpus ao paciente, com base no fundamento de que:

[...] 5. Desde o início do julgamento da RCL n.º 2.391/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, o Plenário deste Tribunal tem discutido amplamente a possibilidade de reconhecimento do direito de recorrer em liberdade. Embora não tenha sido concluído o julgamento da referida reclamação, o entendimento que estava a se firmar, inclusive com o meu voto, pressupunha que eventual custódia cautelar, após a sentença condenatória e sem trânsito em julgado, somente poderia ser implementada se devidamente fundamentada, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. 6. Na espécie, os recorrentes foram absolvidos em primeira instância pelo Conselho Especial de Justiça, permanecendo em liberdade durante toda a instrução criminal, assim como até o julgamento da apelação. No julgamento da Apelação Criminal interposta pelo Parquet Estadual, a Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul não especificou quaisquer elementos suficientes para autorizar a constrição provisória da liberdade, nos termos do art. 312 do CPP e 93, IX, da CF. Ademais, um fator importante é o de que apenas a defesa interpôs Recurso Especial. 7. Considerado o princípio constitucional da não-culpabilidade (CF, art. 5º, LVII) e dada a ausência de indicação de elementos concretos para basear a prisão preventiva, não é possível interpretar o simples fato da condenação em sede de apelação como fundamento idôneo para, por si só, demandar a custódia cautelar do paciente antes do trânsito em julgado [...]. (BRASIL, 2007, grifo nosso).

Apesar de se tratar de um caso em que foi revogada uma prisão preventiva, e, portanto, uma situação de aplicação diferente daquela que envolve o decreto de prisão para cumprimento provisório da pena, a aproximação teórica feita pelo Min. Néri da Silveira (BRASIL, 1992) entre os institutos no precedente de 1991 sugeria que a decretação da prisão, por qualquer dos dois fundamentos, seria válida no ordenamento vigente.

Desse modo, estaria aparentemente vedada a fixação de um entendimento garantista como esse proposto por Gilmar Mendes, dado que, nos termos do precedente de 1991, tanto a prisão preventiva quanto a prisão para cumprimento antecipado da pena possuiriam natureza cautelar, e, portanto, a concessão do “writ” ignorou a possibilidade de conversão da prisão preventiva em custódia antecipatória do cumprimento da pena, o que não configurava qualquer tipo de agravamento da situação do acusado, e, portanto, era plenamente

possível naquele contexto.

Em suma, como na tese fixada por Silveira (BRASIL, 1992) as duas modalidades de prisão seriam compatíveis com o art. 5º, LVII, da Constituição Federal e o paciente já se encontrava preso, a manutenção da prisão, por fundamento diverso colhido do precedente fixado pelo Pleno do STF, seria a solução mais afinada com a jurisprudência em vigor naquela quadra da história.

O próprio relator afirmou que era objeto de discussão no STF um entendimento contrário ao precedente de 1991 (BRASIL, 1992), nos autos da Reclamação n.º 2.391, mas que tal julgamento “ainda não havia sido encerrado” (BRASIL, 2007) pelo Plenário do STF, ou seja, Gilmar Mendes admite que não havia precedente contrário ao fixado em 1991 a sustentar a posição ali firmada no julgamento guiado por seu voto condutor. Logo, o precedente de 1991 ainda era vigente, o que conduz à conclusão de que a posição adotada pela Segunda Turma do STF contrariou a diretriz traçada pelo Plenário da Corte. Essa constatação chama a atenção para um dado preocupante observado no caminho de construção da jurisprudência “sem rumo” do STF sobre o tema da presunção de não-culpabilidade.

Com a evasão dos casos, as teses fixadas pelos precedentes são problematizadas em discursos futuros sem quaisquer lastros de coerência narrativa, ou seja, sem que sejam retomados os fundamentos lançados pelo precedente a ser superado, o que parece ter relação imediata com o fato de o caso judicial (lá e cá) não habitarem de um modo central a narrativa judicial (já que é a dimensão situacional de aplicação que fornece os elementos concretos de ancoragem da interrelação entre discursos sobre a aplicação pragmática dos direitos).

Dessa forma, favorece-se a flutuação de entendimentos entre os magistrados da Corte, já que eles superam a si próprios (e a seus pares) com novos discursos, desconhecendo a história judicial de compreensão dos direitos. Seguindo esse padrão, a discricionariedade está sempre em condições potenciais de romper com os precedentes, pois não há justificativas a serem dadas à história institucional que forma a compreensão comunitária sobre o sentido das normas jurídicas.

Por isso, sem a ancoragem situacional dos discursos, as tradições de narrativa não constroem o juiz atual a um critério analítico de demonstração do erro ou da inadequação dos paradigmas anteriores aos novos contornos de casos presentes. A evolução de conceitos, então, coincide com uma simples mudança de opinião de quem decide, tornando-se inviável qualquer teoria sólida sobre o sentido de justiça dos direitos, pois sua adequabilidade às situações de aplicação transforma-se em uma incógnita não resolvida pelos discursos judiciais.

Nos casos de presunção de não-culpabilidade, por exemplo, a discricionariedade da tópica autorreferente foi sendo utilizada sem qualquer referência concreta a um princípio de imparcialidade verificável nas situações de aplicação. Daí, mobilizaram-se rupturas sucessivas, por discursos de justificação somados na prática forense, sem referências de integridade acessíveis, dada a ausência de um enredo em cadeia (DWORKIN, 2014, p. 275-279) compreensível em seu conjunto.

A percepção dessa estratégia de argumentação “por adição” foi relatada em uma pesquisa realizada por Vieira (2019), na qual o autor constatou que os precedentes relacionados à presunção de não-culpabilidade, em geral, eram permeados por argumentos dispersos das autoridades julgadoras, que utilizavam fundamentos livres e desconectados entre si (mesmo quando algumas autoridades rompiam com suas posições anteriores).

Quando os precedentes não possuem um liame de interrelação discursiva, como na hipótese, a emergência de compreensões antagônicas sobre os direitos acaba sendo vocalizada sem uma racionalidade discursiva acessível, porque os discursos, além de antagônicos, estão dissociados da estrutura de compreensão da situação de aplicação (o caso), que é o suporte jurídico-linguístico da interrelação entre precedentes. Daí por que os episódios de ruptura, mesmo em órgãos fracionários, acabam sendo potencialmente liberados de maiores considerações dos precedentes vigentes, já que a fundamentação abstrata é lançada em sentidos distintos sem a ancoragem de teias concretas de significação.

O resultado disso é que o recurso à distinção, ou o argumento de inadequação prática de precedentes em casos atuais, opera pela mesma estrutura discursiva evasiva, retirando-se desses precedentes “sem caso” a sua força vinculativa, já que sempre dependentes de uma adesão anímica posterior dos magistrados investidos de autoridade para resolver o caso do presente.

Aqui, a mudança de jurisprudências coincide com a própria mudança de inclinação subjetiva da convicção dos juízes ocupantes dos cargos judiciais, sobretudo daqueles investidos em órgãos de cúpula do Poder Judiciário. Isso retira qualquer possibilidade de ancorar a jurisdição em um princípio de integridade projetado em bases discursivas verificáveis, já que os mesmos magistrados podem votar em um sentido ou no outro, o que será verificado, por exemplo, nos diversos votos antagônicos proferidos por Gilmar Mendes, que, no curso dos anos, ao examinar a presunção de não-culpabilidade em distintas ocasiões no STF, figurou como um verdadeiro “fiel da balança” nas sucessivas inversões de jurisprudência.

Adiante, o precedente da Segunda Turma (BRASIL, 2007) referido nesta seção

será examinado em maior profundidade, para se começar a dar visibilidade geral à fluidez dispersa dos discursos de Gilmar Mendes nos casos de presunção de não-culpabilidade.

As mudanças de inclinação de Gilmar Mendes, como dito, marcaram profundamente a história dessa garantia constitucional, e dão um belo exemplo daquilo que se denominou na tese de discricionariedade expansionista, atrelada à dinâmica da tópica autorreferente de jurisdição observada no recorte da pesquisa.

2.2.1 O “suspiro garantista” de Gilmar Mendes no julgamento do Habeas Corpus n.º 86.822

Como já demarcado em alguns pontos da tese, quando os fundamentos de uma decisão judicial repousam na discricionariedade do julgador, o resultado da intervenção da autoridade judicial não se encontra atrelado a um critério de integridade verificável em termos de imparcialidade e coerência do ato de aplicação. Com isso, insere-se na dinâmica de aplicação da norma uma perda de referência da validade dos atos de jurisdição, causando uma turbacão dos mecanismos sociais de compreensão do sentido da igualdade de tratamento que justifica os direitos.

Tal situação cria um problema de ancoragem da justiça no ordenamento, já que as decisões judiciais perdem sua correlação com a noção de aplicação de “normas justas”, compreendidas como aquelas cercadas por julgamentos fundados em argumentações de adequação, que revelam, à sua melhor luz, a comunidade de princípios.

Como os direitos, algumas vezes, possuem uma dimensão contramajoritária, a sua justificação política de um modo compatível com o princípio democrático pressupõe uma força normativa decorrente das práticas continuadas de concretização coerente de sentidos, emprestando-se validade às práticas, que fomentam consensos normativos, em uma história que se desenvolve pela jurisprudência. É assim que os argumentos de princípio podem fornecer sustentação às decisões judiciais, por meio de uma forma histórica de proceder à justiça, criando-se um critério de igualdade de tratamento que opera de forma perene como condição política de reciprocidade entre os sujeitos de direito.

Nesse sentido, é que Dworkin (2014) considera os direitos fundamentais como “trunfos”²⁸ contra o poder delegado politicamente ao Estado. Essa dimensão política dos direitos acaba sendo relativizada quando a ausência de justificativas imparciais dos cortes de jurisdição converte a fruição dos direitos em privilégios seletivos, concedidos

²⁸ Sobre esse tema, confira Pildes (2007).

discricionariamente pela autoridade judicial, sem argumentos de princípio que encontrem na narrativa geral os seus sinais característicos de aplicação continuada.

No caso aqui examinado, a Segunda Turma (BRASIL, 2007) aplicou um entendimento que desconsiderou a força normativa da jurisprudência dominante, já que o decreto provisório para cumprimento antecipado da pena após a segunda instância havia sido considerado constitucional em 1991, assim como a possibilidade de decretação da prisão preventiva no curso da persecução penal. Ora, se cumprir a pena de forma antecipada era algo possível a partir do segundo grau, por qual razão haveria de ser vedada a prisão preventiva decretada após a condenação em segundo grau? Para usar um jargão forense bem conhecido: quem pode o mais não pode o menos?

Sem referências imediatas da dimensão situacional de aplicação não é possível responder satisfatoriamente a essas perguntas. Isso porque toda sondagem sobre o acerto decisório, diante de um discurso de justificação abstrato, cai em um campo conceitual que mistura a justificação das normas com a sua adequação a casos singulares, emprestando à validade dos conceitos uma consequência imediata que não se encontra fundamentada na justificação, pois ela não resolve o problema da adequação a casos concretos (GÜNTHER, 2011, p. 184-186).

No caso examinado, por exemplo, percebe-se que, uma vez possibilitado o cumprimento antecipado da pena, parecia estar implícita a condição de verificação da hipótese de prisão provisória nessas mesmas hipóteses, já que o precedente de 1991 colocou as duas questões em um mesmo escaninho jurídico. Assim, sem a dimensão analítica do caso, não é possível enxergar nessa decisão nada além da incoerência entre o sentido de aplicação empregado e o precedente do Plenário em vigor.

Ou seja, para não ser discricionária, uma decisão desse viés deve ser guiada por um princípio de imparcialidade que recorre à estrutura do caso para justificar a distinção da compreensão. Isso envolveria, portanto, demonstrar a inadequação situacional da aplicação da norma fixada pelo precedente de 1991 ao caso de 2007. Nessa hipótese, contudo, pela regra do art. 97 da Constituição Federal (BRASIL, 1988)²⁹ e do art. 6º, inciso II, alíneas “a” e “b”, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2023),³⁰ o deslocamento do caso ao Plenário, para rediscutir o precedente, ou excepcioná-lo da regra anteriormente fixada,

²⁹ “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público” (BRASIL, 2023).

³⁰ “Art. 6º Também compete ao Plenário: [...] II – julgar: a) além do disposto no art. 5º, VII, as arguições de inconstitucionalidade suscitadas nos demais processos” (BRASIL, 2023).

seria o procedimento regular a ser adotado.

Como havia entre ambas as decisões uma divergência direta de inclinação, o Plenário, responsável pela garantia de autoridade do precedente, deveria examinar o efeito normativo emprestado pelo relator ao caso, já que operou de um modo incompatível com aquele precedente. Não bastaria, portanto, acionar alguns jargões vernaculares da linguagem técnica para, apelando retoricamente para o art. 5º, LVII, da Constituição, negar vigência ao precedente que fixou a compatibilidade entre o dispositivo constitucional citado e as prisões no curso do processo penal.

Em tese, os precedentes do Plenário do STF devem valer e vincular o sistema judicial até que o próprio Plenário rompa com sua tradição de narrativa. Contudo, em lugar disso, foi proferida pela Segunda Turma uma decisão contrária, ancorando na história institucional uma incoerência que serve razoavelmente para demonstrar a fragilidade dos precedentes “sem caso”.

Os precedentes “sem caso” facilitam a projeção de jurisprudências “sem rumo”, dado que a ausência de referência analítica à situação de aplicação retira o fio condutor da racionalidade da decisão, embaçando o caminho de compreensão da norma, e abrindo novas possibilidades de intervenção judicial, dada a ausência de um princípio de imparcialidade acessível pelo discurso judicial que fixa o precedente e os discursos que deixam de aplicar as suas diretrizes.

O julgado de 1991 é um bom exemplo disso. Ele acabou favorecendo a possibilidade de decisões como essa da Segunda Turma. Isso demonstra a distorção que a dinâmica tópico-autorreferente de jurisdição é capaz de criar pelo desvio discursivo da dimensão prática de aplicação da norma. Neste ponto, também se começa a identificar em Gilmar Mendes uma disposição para a aleatoriedade na manifestação de seus entendimentos sobre o tema da presunção de não-culpabilidade, o que veio a habitar de um modo central as sucessivas inversões de jurisprudência do STF quanto ao art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

O mesmo magistrado votou em três sentidos distintos ao apreciar o alcance dessa garantia constitucional. Primeiramente, conferiu em 2009 um voto decisivo para a mudança da jurisprudência de 1991 (BRASIL, 1992), depois chancelou em 2016 a prisão antecipatória do cumprimento da pena em segunda instância (BRASIL, 2016), e, por fim, desde o “caso Lula”, em 2018, voltou a reputar inconstitucional essa modalidade de prisão que antecipa os efeitos concretos da pena para um momento anterior ao trânsito em julgado (BRASIL, 2018). Portanto, as oscilações de entendimento de Gilmar Mendes, ao que parece, não são fundadas

nos elementos de convicção que ele alega, mas em juízos discricionários dispersos, o que retira sua condição de imparcialidade.

Mas isso não é um comportamento isolado do citado magistrado, é bom que se diga, até para evitar algum tipo de confusão entre a crítica à metodologia tópico-autorreferente e qualquer tipo de crítica pessoal endereçada à autoridade em si. Na verdade, como recorrentemente alegado nesta tese, a evasão discursiva é uma característica central dos precedentes “sem caso”, pois neles os debates judiciais são retirados do campo situacional de aplicação para um campo conceitual que torna os precedentes sempre sujeitos às oscilações anímicas de entendimento.

Submetida a essa dispersão dos entendimentos discricionários utilizados como mecanismo expansionista de projeção normativa abstrata, os precedentes “sem caso” mobilizam jurisprudências “sem rumo”, na exata medida em que distinções de aplicação do entendimento jurídicos, não situadas discursivamente pelo caso, projetam-se socialmente como simples incoerência sistêmica.

Veja-se o exemplo aqui examinado, das decisões em torno da presunção de não-culpabilidade. A incoerência de sentidos que marca a jurisdição do STF sobre o tema vem comprometendo a própria ancoragem desse direito fundamental enquanto expressão adequada da identidade do sujeito constitucional emergente do processo constituinte de 1985-1988. À toda evidência, o precedente de 1991 era problemático, diante da nova ordem constitucional, mas a ausência de debate com as inconsistências daquela decisão plenária pela decisão deslocada da Segunda Turma projetou uma nova incoerência sistêmica, também insustentável em termos de integridade política.

A ausência de um debate centrado em torno da validade da tradição das prisões processuais no Brasil, com a entrada em vigor do novo ordenamento constitucional, acabou convertendo a garantia de presunção de não-culpabilidade em uma vítima constantes dos arroubos discricionários dos magistrados do STF, que deveriam, ao contrário disso, ter o poder político limitado por garantias constitucionais.

Toda tradição, como se sabe, exerce sobre o intérprete atual um peso, o que não anula a dimensão crítica de sua intervenção no presente, já que nenhuma narrativa estabelecida tem o poder de vincular de forma definitiva o futuro da racionalidade discursiva. Contudo, as rupturas precisam atuar como elementos de correção da tradição, e não como mudanças dispersas de entendimento da autoridade.

O caminho legítimo da interpretação, portanto, está intersubjetivamente identificado como processo crítico de construção coerente de práticas discursivas. É nessa

interação produtiva entre tradição e crítica reflexiva que se pode proceder à investigação do que é correto, aqui e agora, sem perder de vista a necessária integridade da narrativa geral que precede ao juízo crítico atual.

Dessa forma, as práticas discursivas revelam a história dos efeitos, mas, ao mesmo tempo, colocam-se abertas ao processo de transformação social, o que não se confunde com oscilações temperamentais do intérprete, fundadas em simples mudanças de opinião dos agentes políticos responsáveis pela aplicação do direito, já que tais atores não detêm a representatividade social para mudar a norma em nome de uma vontade geral idealizada por seus discursos.

Portanto, a potência irradiante da reflexividade crítica intersubjetivamente ancorada pelas práticas discursivas gera condições permanentes de reconhecimento da validade de uma tradição, mas também informa o sentido de adequação de sua aplicação prática no presente, já que ambas as dimensões (justificação e aplicação) não se confundem, nem podem ser tratadas com integridade quando atreladas às oscilações incontroláveis dos juízos dispersos de conveniência ou oportunidade das autoridades judiciais.

Essa concepção parece ser uma importante ancoragem analítica para a tarefa política de concretização de princípios em uma ordem jurídica. Por esse processo, a noção de “agir comunicativamente por princípios” é resgatada a cada caso, por práticas discursivas que revelam, mesmo na ruptura, a imparcialidade no procedimento de aplicação.

Isso, por sua vez, justifica de um modo concreto os direitos implicitamente extraídos da comunidade política de princípios, mesmo quando o discurso de aplicação se inclina pela superação de uma tradição, a bem de um princípio que torna a sua aplicação no caso inadequada. Por isso, quando os discursos judiciais se voltam à singularidade da situação de aplicação, o nível de adequação discursiva pelo caso concreto bem resolvido pode apontar, coerentemente, tanto para a ruptura quanto para a continuidade de uma narrativa em curso.

Em sentido contrário, quando as práticas discursivas se dissociam dessa estrutura de reconhecimento da integridade política dos recortes de jurisdição, o sentido de coerência e imparcialidade dos atos judiciais perde sua referência imediata de justificação, nos termos de uma justiça procedimental guiada pela situação de aplicação, e não apenas pelos juízos gerais de validade sobre a norma.

A prisão para cumprimento antecipatório da pena, por exemplo, é um paradigma processual que remonta ao Código de Processo Penal de 1941, como dito, o que aponta para uma matriz autoritária de pensamento. Essa fonte política precisa ser contrastada com a novidade constitucional presente no processo constituinte de 1985-88, sobretudo atualmente,

em que passados mais de trinta anos da promulgação da Constituição que foi fruto de uma transição negociada, mas que, agora, precisa se emancipar do recalque imposto pela transação política com os militares³¹.

A reflexividade crítica, nesse caso, precisa ser capaz de gerar, de forma muito clara, um elemento de tensão imediato entre a facticidade das prisões historicamente determinadas pelas autoridades judiciais e a validade dessa prática no atual ordenamento. Desse debate entre a tradição autoritária e a nova expressão política dos direitos e garantias fundamentais emergentes da Constituição de 1988, precisa emergir um reforço positivo da nova identidade constitucional, que condicione o exercício do poder das autoridades judiciais. Isso pressupõe a correta compreensão dos direitos que ancoram as limitações políticas que pesam sobre os agentes de Estado.

Para que a presunção de não-culpabilidade seja uma garantia fundamental levada a sério, então, ela não pode ser convertida em concessão política esporádica de juízes que agem por discricionariedade nas situações de aplicação. Daí por que parece adequado concluir que a racionalidade instrumental das práticas de prisão antecipatória precisa ser questionada pela identidade do sujeito constitucional emergente do processo político em curso desde a redemocratização.

É que a Constituição, para ter eficácia normativa, precisa marcar a sua diferença ontológica com relação à matriz de pensamento político vigente durante a Constituição anterior. Há uma necessidade de ruptura com a matriz do pensamento autoritário do regime militar de 1964, que remonta à doutrina nacional das décadas de 20 a 40 do século XX (PINTO, 2018), o que precisa ser conformado ao “ser-aí” (HEIDEGGER, 2005) da Constituição de 1988. Não é possível, portanto, a partir de uma técnica, que converte toda a interpretação constitucional em solipsismo esclarecido de juízes, emprestar um valor absoluto a uma regra legal sobre efeitos meramente suspensivos dos recursos de natureza extraordinária, e, a partir disso, proceder uma mutilação na garantia fundamental criada pela nova ordem jurídica.

Há uma clara novidade constitucional estabelecida por essa garantia de presunção de não-culpabilidade até o trânsito em julgado, o que deve operar de forma indissociável da

³¹ É importante perceber, nesse contexto, que o argumento recorrente da “transição negociada”, sempre disponível para a defesa de rupturas menos radicais com o passado repressor do regime de 1964, precisa ser revista. Primeiro porque a justiça restaurativa envolve o reconhecimento da incompatibilidade de práticas autoritárias com a nova identidade emergente do regime constitucional atualmente em vigor. Por outro lado, a recalcitrância no reconhecimento explícito dessa incompatibilidade sinaliza para a sociedade com a possibilidade de novos avanços reacionários, alguns dos quais recentemente verificados na vida pública brasileira. Em síntese, ou os direitos inaugurados pela nova ordem constitucional são levados a sério, ou a própria ordem constitucional passa a ser questionada socialmente, pela sua falência na tarefa de constituir um poder político limitado.

noção de devido processo legal, como um de seus requisitos no processo penal. Essa compreensão fornece um fundamento sólido para a negação das práticas de antecipação da execução da pena, ainda que, por razões práticas insuperáveis, as prisões provisórias (de natureza cautelar) precisem permanecer no ordenamento, como exceção.

Estabelecer essa compreensão parece importante para justificar porque se reputa discricionária a jurisdição exercida pelo Supremo Tribunal Federal nos casos examinados até aqui, já que a inadequação dessas decisões não é apenas fruto da incoerência dos sentidos conferidos à garantia de presunção de não-culpabilidade. O problema é também de natureza estrutural, dado que a ausência de enfrentamento integral dos casos inviabiliza a fixação de procedimentos imparciais e coerentes de aplicação, já que desconsidera o peso da história, assim como o caráter inderrogável do compromisso permanente das instituições com a integridade política dos cortes de jurisdição.

Vista a questão sob esse prisma, percebe-se exatamente o que Günther (2011) tenta explorar ao separar as dimensões de validade e adequação situacional das normas. Mesmo as decisões cujo conteúdo seja considerado correto dependem da abordagem imparcial do caso de aplicação, para que o efeito de correção não esteja vinculado aos impulsos discricionários da autoridade judicial.

Ante o exposto, é possível perceber que a dissociação entre as narrativas de 1991 e de 2007 reflete um sentido de deficiência discursiva que é estrutural na dinâmica da tópica autorreferente de jurisdição. Ela decorre da ausência de ancoragem analítica dos precedentes em bases verificáveis de imparcialidade, criando-se um hiato entre a história institucional e os direitos esporadicamente negados ou concedidos pelas Cortes. Portanto, o fato de a discricionariedade tópico-autorreferente, eventualmente, promover a projeção sistêmica de decisões “aparentemente corretas”³², não anula o problema da variação incontável das possibilidades de inclinação do entendimento judicial, quando dissociados dos sinais característicos de aplicação.

Decisões mal elaboradas podem alcançar ocasionalmente resultados desejáveis, mas, ainda assim, não irão projetar na narrativa judicial um sentido de integridade política, exatamente pela perda de referência do caso, que é o elemento central da racionalidade discursiva do ato decisório, sobretudo em um ordenamento centrado em princípios, cuja indeterminação pressupõe condições de verificação da imparcialidade no movimento de

³² A verificação da correção de uma decisão só se justifica em termos pragmáticos da aplicação. Logo, a aparência de correção, ligada ao conceito de justificação da norma, não resolve o problema da adequação, inerente à aplicação imparcial em um contexto situado pelo caso bem resolvido.

concretização.

Na questão examinada, por exemplo, a expressão contramajoritária do direito à presunção de não-culpabilidade impõe considerar que essa garantia constitucional não deve operar por cálculos utilitários discricionários, sobretudo por cálculos de uma autoridade judicial desvinculada dos casos de aplicação.

Por se tratar de uma condição inalienável da cidadania política, a carga deontológica dessa garantia constitucional encontra-se ancorada em um princípio mais amplo de igual consideração e respeito, que deve resguardar aos sujeitos de direito salvaguardas contra as variações de ânimo da autoridade judicial, e não submetê-las irremediavelmente a essa expressão anímica da vontade do juiz.

Desse modo, isolada qualquer simpatia pela visão externada pela Segunda Turma em 2007 (BRASIL 2007), o fato é que ela ignorou essas premissas sistêmicas de imparcialidade, seja porque não debateu com os fundamentos do precedente até ali em vigor, seja porque não situou o discurso de ruptura em elementos de complexidade próprios do caso concreto em julgamento.

Como se pode perceber, os precedentes “sem caso”, impulsionados pela dinâmica tópico-autorreferente de jurisdição, privilegiam a projeção de jurisprudências “sem rumo”, pelo acesso à discricionariedade em um nível expansionista inovador, porquanto não voltada à solução de casos difíceis, mas à projeção abstrata das vontades judiciais.

Por conseguinte, isso permite à autoridade judicial passear livremente por seus claudicantes elementos de convicção íntima autoproclamados. Tal configuração jurisprudencial é extremamente deletéria em um sistema político de direitos, no qual a condição de cidadania pressupõe um nível de estabilização de expectativas que está atrelado às condições de verificação da imparcialidade dos atos de jurisdição.

O trajeto percorrido pelo Supremo Tribunal Federal, até aqui, foi pródigo na reprodução dessa estratégia discursiva de desvio dos casos, reforçando o ponto de vista da tese no sentido de que a discricionariedade da tópica autorreferente configura uma deficiência estrutural da jurisdição brasileira, sobretudo em Cortes superiores, responsáveis por dar a última palavra nos debates judiciais.

Adiante, examinar-se-á o precedente de 2009 (BRASIL, 2010) do Plenário do STF, que inverteu a jurisprudência de 1991 sobre o art. 5º, LVII, da Constituição, passando-se a adotar um sentido garantista para a presunção de não-culpabilidade, embora o precedente tenha padecido da mesma fragilidade dos julgados anteriores, o que fornece mais uma referência para o argumento geral da tese, que liga a deficiência estrutural da dinâmica tópico-

autorreferente ao concurso de jurisprudências “sem rumo” no cenário brasileiro.

2.3 A primeira inversão plenária da jurisprudência de 1991: o julgamento do Habeas Corpus n.º 84.078

No ano de 2009 houve uma ampliação do alcance da garantia constitucional de presunção de não-culpabilidade, pela superação do precedente de 1991, em julgamento proferido nos autos do Habeas Corpus n.º 84.078 (BRASIL, 2010), no qual a Corte suprema concluiu que:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA ‘EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA’. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que ‘[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença’. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’. 2. Daí que **os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.** 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos ‘crimes hediondos’ exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: ‘Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente’. 6. **A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que ‘ninguém mais será preso’. Eis o que poderia ser apontado como incitação à ‘jurisprudência defensiva’, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais.** A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- ‘a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição’. Daí porque a Corte decidiu, por

unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. **A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais.** São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (BRASIL, 2010, grifo nosso).

Dos fundamentos expostos na ementa dessa decisão, chama a atenção o argumento do relator no sentido de que a interpretação judicial de 1991 (BRASIL, 1992) só poderia ter como fundamento a conveniência dos próprios juízes. Nesse ponto do argumento, a discricionariedade aparece desnuda na crítica formulada pelo Ministro Eros Grau, demonstrando que na prática forense de antecipação do cumprimento da pena não havia um fundamento jurídico sólido, ou mesmo um entendimento divergente razoável sobre o dispositivo que pudesse ser seriamente contrastado com a previsão constitucional.

Para ele (BRASIL, 2010), o “texto” do art. 5º, LVII, da Constituição Federal não daria margem para dúvidas acerca do sentido da expressão “trânsito em julgado” naquele dispositivo. Mesmo assim, diversos magistrados que passaram por aquela Corte permaneceram por longos anos defendendo posições antagônicas quanto ao sentido de vedação contida naquela cláusula constitucional. Como isso seria possível, em um contexto no qual “a regra era clara”?

Ocorre que nenhuma regra é tão clara assim, como se fosse algo independente de interpretação, quando se trata de aplicá-la a um caso concreto. A alegação de clareza da norma, geralmente, é um subterfúgio da argumentação de quem pretende impor uma ideologia no lugar de uma racionalidade guiada pelo entendimento. Os pressupostos de justificação de uma norma podem ser claros, e o significado do texto que compreende a expressão semântica de uma regra também, mas isso não define de antemão o sentido de adequação da regra na situação de aplicação. E é exatamente nesse campo que os discursos do STF têm falhado ao interpretar o art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

Uma “regra clara” é interpretada em sentidos distintos porque as palavras de um texto de lei ou da Constituição não contém a determinação imediata de todas as suas situações de aplicação, de modo que aplicar uma norma sem lhe situar em um contexto significa negligenciar a própria função constitutiva da aplicação, que materializa princípios como

justificação concreta da adequação situacional da norma.

Aqui, parecem ser valiosas as críticas lançadas por Dworkin (2020) contra aquilo que denominou de teorias semânticas, que justificam os direitos como fatos revisitáveis em arquivos legislativos e judiciários, já que o lugar da interpretação na tarefa de aplicação dos direitos é o de concretização, e não apenas o de especulação em torno de arquivos institucionais.

Se essa concepção, por um lado, liberta o intérprete dos grilhões semânticos, por outro, o aprisiona à tarefa de prestação de contas hermenêuticas, por meio da tarefa que consiste em justificar de onde se tirou a ideia de que as palavras não significam, naquele contexto de aplicação, aquilo que elas ordinariamente significam em outros contextos nos quais a palavra já foi experimentada. Essa não é uma questão sintático-semântica, mas uma questão de adequabilidade do uso que se faz aqui e agora, o que é bem diferente, porque aponta para a situação de aplicação, e não para um campo dogmático dissociado da pragmaticidade dos casos, que projeta conceitos em lugar de soluções adequadas e singulares.

O uso abstrato da linguagem jurídica, em um campo conceitual não situado pela dimensão de aplicação, negligencia esse aspecto central da reflexividade dos usos da linguagem pré-constituída, libertando o intérprete do dever de demonstração da coerência, na medida em que não exige mais justificativas adequadas para o uso da palavra de uma forma distinta da que ela é ordinariamente utilizada. Compreende-se, assim, a interpretação como resgate ou modificação de conceitos, cuja validade em si o situa como regra geral, e não como regra adequada ao caso, pois o discurso não se cerca das próprias singularidades da situação de aplicação.

Até 2009, por exemplo, o precedente de 1991 do STF (BRASIL, 1992) considerou o trânsito em julgado da sentença penal condenatória como algo distinto da finalização do processo. Fixou, assim, genericamente, a decisão de segundo grau como momento de cessação da eficácia do direito previsto no art. 5º, LVII, da Constituição, dada a ausência de efeitos suspensivos em recursos de natureza extraordinária. Ocorre que o trânsito em julgado, em qualquer processo, é um estado de imutabilidade da decisão que pode ocorrer em momentos distintos, assim como afetar diferentes frações da lide. Portanto, a fixação genérica da culpa em segundo grau de jurisdição opera na narrativa em um sentido contrário ao devido processo legal estabelecido pela Constituição de 1988. Ou seja, é discricionária essa conclusão, pois ela se deu sem o tratamento integral de uma dimensão situacional de aplicação que demonstrasse, concretamente, a adequação do uso conferido ao instituto do trânsito em julgado em um sentido diverso daquele que ordinariamente é utilizado. Percebe-

se, então, que, ao deixar de situar concretamente o conceito de “trânsito em julgado diferido” em uma situação concreta de aplicação, o Plenário deixou de manejar argumentos adequados à justificação imparcial da antecipação de efeitos condenatórios.

Para que fosse legítimo dizer que o trânsito em julgado deveria coincidir com um momento diverso do fim do processo seria preciso dispor de uma situação de aplicação na qual fosse adequado fazer essa afirmação, o que foi negligenciado pelo discurso. Como se pode perceber, enquanto norma geral e abstrata, o discurso de justificação em torno da antecipação do cumprimento da pena é incoerente, porque nega o dispositivo constitucional inaugurado pela nova ordem jurídica. Concretamente, ao revés, essa afirmação poderia ser válida, desde que adequada a um caso adequadamente resolvido pelo discurso judicial.

Daí porque, no precedente aqui examinado, em lugar de se excepcionar de forma imparcial uma regra constitucional aparentemente clara, criou-se uma nova regra, por meio da utilização exótica do instituto processual do trânsito em julgado. Na hipótese, ao invés de se solucionar um caso por critérios de distinção próprios da situação de aplicação, excepcionando-se a regra por questões de princípio, projetou-se uma “contra-norma” geral e abstrata, expandindo-se a discricionariedade do caso de aplicação para o sistema, com a consequente substituição da regra pela antípoda jurisprudencial.

Aqui, é possível perceber a forma como a estrutura discursiva de evasão dos casos sempre coloca a interpretação em um campo dogmático que tem à sua disposição o poder de redefinição da linguagem pela produção de novos conceitos. Nesse caso, a interpretação não necessariamente se volta à justificação do uso da linguagem em um contexto de aplicação, mas à reinauguração dos significados, o que pode se dar pela própria negação do sentido usual da linguagem. Sem a ancoragem do contexto singular de aplicação não é possível justificar de forma íntegra por que é legítimo utilizar a linguagem em um sentido exótico, conferido voluntariamente pelo intérprete. Não é possível, por exemplo, justificar de forma imparcial por que o trânsito em julgado não coincide, em nenhum caso, com a irrecorribilidade da última decisão meritória proferida no processo criminal.

A única forma imparcial de fazê-lo é identificando, na situação de aplicação, sinais característicos que demonstrem a inadequação do uso da linguagem no seu sentido corrente. Cite-se, exemplificativamente, um caso em que a acusação contou com a confissão válida do autor de um crime, atestada pelas demais provas do processo, e que o recurso pendente de julgamento seja apenas da acusação, bem como não impugne a autoria nem a responsabilidade penal até ali imputada, mas tão somente a dimensão da pena aplicada ao acusado. É possível que haja um forte argumento de princípio para afirmar que, em um caso

como esse, é inadequado atrelar o trânsito em julgado à noção de processo findo, já que, se não houvesse um recurso de quem acusa, a própria defesa do acusado não teria evitado a finalização desse processo. Ou seja, é possível argumentar de uma forma imparcial a favor da inadequação do sentido usual emprestado à noção de trânsito em julgado para o caso de aplicação, e, ainda, assim, manter-se coerente com a regra estabelecida no art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

Contudo, sem o suporte dessa imparcialidade que se materializa pelos argumentos que tratam da dimensão situacional de aplicação, não há como saber se é válida a proposição que rejeita o efeito da presunção de não-culpabilidade até o final do processo. Como é o tratamento da regra no contexto de aplicação que torna possível julgar a validade de um sentido de implicação para o caso, não enfrentar o caso significa não submeter a norma de decisão a um juízo crítico de validade discursiva. Quando a interpretação judicial procede dessa maneira, ela pretende superar o uso corrente da linguagem sem ter suporte em um princípio de imparcialidade, revelando-se tal procedimento discricionário e ilegítimo.

Voltando ao precedente de 1991 (BRASIL, 1992), quando o STF não discute naquele habeas corpus por que o trânsito em julgado não deveria coincidir com o processo findo, ele emite uma regra abstrata claramente ilegítima, no sentido de que “em nenhum caso” o trânsito em julgado da sentença penal condenatória deveria coincidir com o final do processo. Essa regra é ilegítima não só porque nega a própria historicidade de efeitos do sentido emprestado à expressão “trânsito em julgado” no processo penal, mas também porque o faz sem conferir na situação de aplicação uma justificativa imparcial para essa negação abstrata. Sem um caso de referência adequadamente resolvido, portanto, não é possível dissociar o discurso que nega o sentido de “trânsito em julgado” da noção de discricionariedade.

Pelas reflexões estabelecidas até aqui, é possível perceber que sem uma situação de aplicação, que justifique a inadequação da linguagem corrente no caso particular, a mudança de sentido não se baseia em questões de princípio, que contextualizem a superação da regra na situação de aplicação, mas sim em voluntarismos políticos da autoridade, que discursa uma nova “regra geral”. No tema aqui examinado, por exemplo, a justificativa para que a prisão antecipatória do cumprimento da pena não tivesse sido questionada em ordenamentos constitucionais anteriores não é um uso diferente da expressão “trânsito em julgado”, mas sim a ausência de uma regra constitucional que dispusesse sobre a necessidade de tal circunstância para se considerar um réu juridicamente culpado.

Portanto, operar a interpretação no sentido de uma reinauguração abstrata do

sentido da linguagem arraigada à experiência judicial é simplesmente negar a nova regra constitucional. Cria-se um embuste e promove-se uma mudança aleatória do conceito de “trânsito em julgado”, o que é inequivocamente ilegítimo, seja por que um discurso assim proferido não dispõe de fundamentos de imparcialidade e coerência, seja por que a atividade criativa no âmbito normativo é reservada ao legislador. Nesse sentido, talvez esteja correto dizer, como fez Eros Grau (BRASIL, 2010), que a interpretação conferida pelo precedente de 1991 ao art. 5º, LVII, da Constituição Federal expresse uma “conveniência dos magistrados” que votaram naquele sentido.

Isso porque toda interpretação judicial que rompe com as balizas de um histórico de efeitos, sem justificar em critérios situacionais a imparcialidade do sentido da ruptura, é, no fundo, um ato discricionário, ou seja, um ato que apela para razões de conveniência e oportunidade livremente mobilizadas pelo intérprete. De um modo geral, é relativamente consensual a noção de que a condenação criminal transita em julgado quando não cabe mais recurso da decisão que imputou a autoria e a responsabilidade penal ao sujeito acusado de planejar, executar, auxiliar ou ocultar o cometimento de um crime (tentado ou consumado). Isso não se confunde, à toda evidência, com a ausência de previsão legal de efeitos suspensivos em recursos de natureza extraordinária³³, já que essa variável é alheia ao que foi estabelecido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

Contudo, não há como negar que esse jogo de linguagem entre normas constitucionais e regras processuais anteriores aplicadas por um longo tempo é uma razão conveniente para a manutenção de práticas de antecipação do cumprimento da pena. Esse suporte empírico foi utilizado em 1991 para negar a incompatibilidade das prisões antecipatórias com o novo direito constitucional, inaugurado em 1988, tal como apontado por Eros Grau na revisão do precedente em 2009 (BRASIL, 2010).

A estratégia de acionar um conceito cujo uso comum já se encontrava estabelecido (os efeitos meramente devolutivos dos recursos extraordinários) como justificativa para limitar os efeitos da garantia constitucional recém-incorporada ao ordenamento, acabou ocultando o pressuposto real do posicionamento ali adotado, que era a negação do outro conceito também arraigado nas práticas correntes do sistema (a noção de trânsito em julgado). Mas, se compreendida a estrutura sistêmica dos direitos fundamentais,

³³ Aqui o equívoco estaria exatamente em posicionar a lei como critério impositivo de uma interpretação constitucional que reduz a abrangência de uma cláusula do devido processo legal. Se levada em consideração a própria tradição doutrinária do direito, a interpretação da lei é que se vincula ao sentido constitucional dos direitos e garantias fundamentais, já que se trata de um sistema cuja estrutura impõe limites ao poder de legislar e de julgar.

não se poderia seriamente considerar que uma legislação infraconstitucional se colocasse acima de garantias constitucionais recém-incorporadas ao ordenamento. Mesmo se considerada a racionalidade instrumental das normas organizacionais do processo, essa função não pode ser alçada à condição de finalidade superior aos próprios direitos.

Por isso, premissas metodológicas não deveriam ser capazes de diminuir o alcance de normas constitucionais que fixam as próprias limitações do poder constituído. Do contrário, bastaria se criar leis ou jurisprudências restritivas de mecanismos processuais sempre que se pretendesse inviabilizar direitos fundamentais, tornando, por via oblíqua, a revogação de direitos constitucionais um atributo ordinário da autoridade legislativa ou judicial. Percebe-se, portanto, que a demonstração da adequação constitucional das prisões antecipatórias do cumprimento da pena não foram, nem de longe, o foco da atuação do STF em 1991 (BRASIL, 1992), já que ali se promoveu um contorcionismo sistêmico para enaltecer o “status quo” punitivista, pondo em prática, mesmo após a redemocratização, uma processualística penal legada por regimes autoritários anteriores.

Assim, entre os anos de 1991 (BRASIL, 1992) e 2009 (BRASIL, 2010), o juízo de conveniência do STF manteve uma jurisprudência minimalista sobre o alcance da garantia de presunção de não-culpabilidade, ainda que, ocasionalmente, como no referido julgado da Segunda Turma (BRASIL, 2007), fossem promovidas rupturas particulares com o precedente. Esse cenário acentuou o problema da quebra de imparcialidade, já que esse direito fundamental passou a ser compreendido socialmente como experiência “vip”, refém de inclinações episódicas de juízes não atrelados a deveres imediatos com a integridade, porque desvinculados dos casos de aplicação e submetidos à discricionariedade do intérprete.

Como a jurisprudência opera conceitos jurídicos de um modo pragmático, ela precisa estar ancorada em elementos de facticidade, o que apenas a noção de caso concreto é capaz de inserir no debate judicial. A dispersão argumentativa, que se revela como seletividade arbitrária do contraditório, torna o discurso judicial demasiadamente abstrato, o que retira as condições de ancoragem da solução como “resposta correta para o caso” (DWORKIN, 2019, p. 175-216). O que parece ser evidente, em contextos decisórios devidamente comprometidos com os deveres de imparcialidade, é que a pretensão de validade lançada por casos atuais, em contraste com a facticidade dos precedentes, opera como condicionante dos discursos jurídicos guiados a um agir comunicativo, não podendo ser excluídas dos deveres de argumentação as balizas do caso em julgamento.

A concretude do discurso que fixa o precedente no caso paradigmático precisa estar bem delineada, de modo a converter a linguagem indeterminada do direito em

pragmática de sentido ligada a um histórico de efeitos situacionalmente adequado pelo discurso que inaugura ou remarca uma tradição. É a concretude dos casos que formata os precedentes que geram um contexto de avaliação da adequabilidade situacional do sentido de aplicação da linguagem jurídica. Por isso, a compreensão pragmática da imparcialidade, que a liga à adequabilidade discursiva em contextos de aplicação, é o que torna possível uma aproximação não arbitrária entre o caso e a resposta judicial, já que os casos, apesar de possuírem singularidades não repetíveis, podem ser abraçados por analogias viáveis, por discursos guiados por um agir comunicativo que argumenta concretamente a adequação no tratamento das circunstâncias que operam em contraste com a teia de precedentes já fixada.

Desse modo é que se torna possível verificar por que os casos atuais se enquadram em jurisprudências prévias ou geram legítimas crises jurisprudenciais, pois é no embate entre circunstâncias fáticas não idênticas que se pode criticar analogias, nasce daí os espaços de atuação inovadora no campo do direito, e não nas mudanças íntimas de convicção da autoridade. São as nuances do caso atual que promovem pontos de inflexão legítimos na corrente de jurisprudência, possibilitando-se romper com precedentes por discursos cercados de racionalidade comunicativa, situando-se a integridade da operação judicial.

Percebe-se, portanto, que o problema de decisões dissonantes no trato da questão da garantia de presunção de não-culpabilidade não é apenas a validade abstrata do entendimento externado como justificativa para as mudanças, mas a recorrente renovação de debates acerca de teorias abstratas de justificação já vencidas por um histórico de efeitos, e não criticadas à luz de situações novas de aplicação (mas pela mudança ocasional de opiniões). A dimensão de justificação das normas precisa ser mais ou menos estável, a fim de gerar pré-compreensões sociais inteligíveis, criando teorias sólidas sobre a identidade constitucional dos direitos, por exemplo. O que deve variar, portanto, é o juízo de adequação situacional da norma, projetando-se uma justiça performativa e procedimentalizada, que concretiza pelo enfrentamento integral das complexidades dos casos a adequação em termos discursivos, mantendo-se ou não o entendimento previamente compartilhado por uma racionalidade comunicativa verificável em termos de integridade.

Como anotado por Pedron, a questão da interpretação está em “determinar um âmbito/grau de restrição à aplicação de uma norma, sem, com isso, questionar a sua validade – regredindo a um discurso de justificação como, por exemplo, faz a ponderação de princípios” (PEDRON, 2018, p. 193). A aleatoriedade das leituras conferidas pelo STF à garantia constitucional de presunção de não-culpabilidade, ao investir nessa estratégia tópico-autorreferente de conversão de discursos de aplicação em discursos de justificação, embaçou

completamente a visualização de um liame entre as mudanças de entendimento e a imparcialidade.

No próprio precedente de 2009, que tratava de um “writ” impetrado por um fazendeiro³⁴ acusado de ter cometido um crime passional, e tentava responder em liberdade ao processo, percebe-se uma sintomática ausência de correlação entre a situação de aplicação da norma e alguns dos argumentos que figuraram como razões de decidir no voto do relator. Eros Grau afirmou em seu voto, por exemplo, que o conceito de pobreza era uma condicionante desfavorável ao exercício do direito de defesa, e, por isso, fornecia uma justificativa política favorável à eficácia da garantia de presunção de não-culpabilidade até o trânsito em julgado.

Ocorre que naquele caso, como visto, não havia um réu hipossuficiente em julgamento, já que o paciente era um pecuarista de uma região abastada de Minas Gerais, o que demonstra que a argumentação política em torno da pobreza operou como elemento retórico no discurso de Eros Grau (BRASIL, 2010), sem nenhuma relevância prática para a definição do direito daquele paciente, ou seja, sem relação imediata com o contexto prático de aplicação da norma, o que demonstra de forma clara a dinâmica da tópica autorreferente do STF, que dissocia as teses jurídicas lançadas dos casos efetivamente em julgamento.

A linguagem abstrata empregada, portanto, operou um verdadeiro sofisma, caracterizado pela falácia da falsa causa, o que inseriu uma razão política de decidir não relacionada com a situação de aplicação, e, portanto, desvinculada do debate judicial concretamente travado naquele caso levado à apreciação do Poder Judiciário. Nesse contexto, a tese jurídica partiu de um juízo de conformação política que inseriu na racionalidade do ato judicial um argumento de finalidade alheio à base de facticidade do caso.

O discurso judicial, portanto, promoveu a justificação abstrata do direito, e não a aplicação adequada da norma ao caso em julgamento, já que a “pobreza que impedia a ampla defesa” não habitava a situação do caso. A conversão de discursos de aplicação em discursos de justificação possibilita essa disseminação de sofismas, pois os argumentos deixam de ter correlação com sinais característicos de aplicação, o que dificulta a compreensão da justiça, pela carência de imparcialidade do ato decisório.

Em outro contexto de aplicação da norma, pode ser que aquele argumento tivesse

³⁴ Como a questão mereceu repercussão na mídia, alguns veículos de imprensa informaram circunstâncias do caso, entre elas a natureza passional do crime e a condição social do réu, Omar Coelho Vitor, um fazendeiro da região de Passos-MG. O caso versava sobre uma tentativa de homicídio havida em 1991, durante uma exposição agropecuária na própria cidade de Passos-MG, o que foi motivado por uma suposta “cantada” proferida pela vítima à esposa do réu, o qual sacou uma pistola e deu cinco tiros na direção de Dirceu Moreira Brandão Filho, tendo alvejado a vítima com dois tiros – um na boca e outro próximo à coluna. Esta última bala ficou alojada no corpo da vítima, inclusive, e o réu não chegou a cumprir pena, pois o processo criminal não transitou em julgado até a prescrição da pretensão punitiva, havida em 2014 (CARVALHO, 2018).

pertinência, mas ali não, porque não havia a “pobreza que impedia o direito de ampla defesa” por parte do paciente julgado naquele “writ”. As condicionantes do discurso, portanto, projetaram falsas causas como argumento, e isso se torna possível porque no modelo da tópica autorreferente o caso é substituído por um raciocínio teórico-hipotético que se vale de circunstâncias fáticas não representadas concretamente na dimensão de aplicação, o que facilita que o discurso de aplicação seja convertido em um discurso de justificação.

O problema de precedentes assim formulados é a fragilidade de suas bases de fixação, que se convertem em ambiguidades no momento posterior de aplicação das suas teses jurídicas. As finalidades políticas, que podem justificar abstratamente uma certa decisão pontual sobre direitos, mudam com frequência no seio social, e acabam se tornando acessíveis à rediscussão abstrata, diferentemente do que ocorre com princípios.

Princípios são padrões de argumentação, e, como tais, estão permanentemente vinculados ao “peso” de sua influência na resolução de casos de aplicação (DWORKIN, 2020, p. 35-46). Por isso, revisar precedentes mal ancorados em termos de facticidade, e pródigios em argumentos de política, é uma tarefa mais simples do que superar decisões fundadas em argumentos de princípios, pois estes geralmente expressam sua força em casos concretos adequadamente resolvidos, ou seja, resolvidos com base em sua integral dimensão de complexidade.

Isso explica porque um precedente como o de 2009 (BRASIL, 2010), que, aparentemente, revelava uma noção mais adequada do art. 5º, LVII, da Constituição Federal acabou sendo rompido sete anos mais tarde, em 2016 (BRASIL, 2016), de uma forma relativamente simples. Naquele momento conturbado da vida política, em que impulsos reacionários se mobilizavam institucionalmente sob a forma do “lavajatismo punivista”, o resgate de identidades políticas autoritárias foi facilitado pela ausência de uma jurisprudência forte sobre a presunção de não-culpabilidade no STF.

Não havia, de fato, até ali, uma cadeia coerente de casos concretos bem resolvidos a contar uma história íntegra acerca dessa garantia constitucional. O resultado, então, foi a ruptura da jurisprudência, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº 126.292 (BRASIL, 2016), que será examinado a seguir.

2.4 A segunda inversão plenária da jurisprudência: a repristinação do precedente de 1991 no Habeas Corpus n.º 126.292

No julgamento do Habeas Corpus n.º 126.292 (BRASIL, 2016), realizado em 17

de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu novamente uma jurisprudência punitivista sobre o tema da presunção de não-culpabilidade.

A ementa do julgado expressa a síntese do entendimento que foi fixado pelo Plenário daquela Corte, nos seguintes termos:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (BRASIL, 2016).

Após fazer uma exposição geral dos entendimentos jungidos pelos paradigmas jurisprudenciais anteriores, assim como de alguns outros precedentes que seguiam a linha de entendimento do precedente de 1991, o Ministro Teori Zavaski (BRASIL, 2016), que foi relator do habeas corpus, justificou em termos utilitários a inadequação sistêmica da mudança jurisprudencial operada pelo Plenário daquela Corte em 2009. Pautou-se, essencialmente, na defesa de uma necessidade de compatibilização entre o princípio de presunção de não-culpabilidade e a efetividade da jurisdição penal. Nesses termos, sustentou a compatibilidade principiológica do cumprimento antecipado da pena, em argumentos como o dogma de definitividade do juízo de culpabilidade nas instâncias ordinárias, assentando que na segunda instância “fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado”.

Pontuou que “Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado” (BRASIL, 2016). Ancorando-se no pensamento doutrinário do já não mais garantista Gilmar Mendes, Zavaski defendeu que:

[...] a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. (BRASIL, 2016).

Reforçou o seu ponto de vista com um exemplo colhido da Lei Complementar n.º 135/2010, para sustentar que:

[...] em seu art. 1º, I, expressamente consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória por crimes nela relacionados quando proferidas

por órgão colegiado. É dizer, a presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado. (BRASIL, 2016).

Recorreu, ainda, a um argumento de direito comparado, à luz de uma posição externada no voto da Ministra Carmem Lúcia (no julgamento do Habeas Corpus n.º 85.886), assim como da impressão colhida de uma pesquisa realizada por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman (BRASIL, 2016). Nesse sentido, defendeu que a amplitude conferida no sistema brasileiro ao princípio da presunção de não-culpabilidade não encontra a mesma abrangência em outros ordenamentos relevantes do ocidente. Citou como exemplos Inglaterra, Estados Unidos da América, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina.

Acrescentou ao seu raciocínio a premissa processual segundo a qual a “natureza extraordinária” dos recursos, após a segunda instância, assim como a inserção de requisitos de filtragem processual, como a repercussão geral, demonstrariam que esses recursos não têm a vocação de verificar a justiça da decisão do caso concreto. Efetivamente:

[...] o Supremo Tribunal Federal somente está autorizado a conhecer daqueles recursos que tratem de questões constitucionais que transcendam o interesse subjetivo da parte, sendo irrelevante, para esse efeito, as circunstâncias do caso concreto [...] Afinal, os julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores não se vocacionam a permear a discussão acerca da culpa, e, por isso, apenas excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado. (BRASIL, 2016).

Arrematou sua defesa pelo retorno à jurisprudência de 1991 (BRASIL, 1992), ao argumento de que:

[...] a jurisprudência que assegura, em grau absoluto, o princípio da presunção da inocência...tem permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indistintos propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória. (BRASIL, 2016).

Concluiu sua tese com a afirmação de que, para eventuais equívocos condenatórios, a atribuição de efeitos suspensivos ao recurso extraordinário, em caráter excepcional, seria uma possibilidade sistêmica suficiente para evitar que a autorização do cumprimento provisório e antecipado da pena viesse a frustrar, de modo irreversível, o direito fundamental do preso. Neste ponto do discurso, a seletividade judicial na aplicação dos direitos fundamentais, à luz de um paradigma autolegitimador de livre convicção é algo insofismável no discurso de Zavascki (BRASIL, 2016). Afirmações como aquela em que o relator defende a irrelevância das circunstâncias da causa, assim como que “os julgamentos

realizados pelos Tribunais Superiores não se vocacionam a permear a discussão acerca da culpa”, demonstram que a estrutura da tópica autorreferente de jurisdição não apenas é uma realidade, assim como é defendida como dogma de compreensão do papel dos juízes no sistema constitucional de direitos.

A alegada ausência de compromisso das Cortes superiores com a verificação da culpa do acusado revela, por confissão, aquilo que foi apontado em 2009 pela crítica de Eros Grau (BRASIL, 2010) ao precedente de 1991 (BRASIL, 1992), o que seja: os poderes jurisdicionais estão sendo utilizados a serviço da conveniência e dos juízos utilitários dos magistrados, em lugar de se manifestarem em reforço à integridade política da jurisdição. Por trás de um discurso judicial com essas características, parece existir uma crença institucional de que os direitos não pertencem aos cidadãos enquanto comunidade política, e que só os juízes sabem efetivamente a quem, e em que circunstâncias, eles devem ser distribuídos aos súditos de seus palanques judiciais.

As razões de decidir que conduziram o Supremo Tribunal Federal à virada jurisprudencial de 2016 foram guiadas por um discurso de justificação que, basicamente, voltou-se à satisfação de interesses dispersos de determinados segmentos da esfera pública. Esses interesses, de matriz punitivista, foram momentaneamente alçados à condição de “leitmotiv”, pela idealização de um fluxo de opinião dominante na sociedade brasileira, fortemente influenciada pela campanha midiática que havia em torno do “lavajatismo”. A decisão de 2016 (BRASIL, 2016) demonstra, por excelência, as distorções causadas pela jurisdição exercida em termos de uma tópica autorreferente, já que nenhuma consideração mais relevante sobre caso figurou entre as razões de decidir do voto condutor de Zavascki. Ele converteu o discurso de aplicação da norma naquele habeas corpus em um discurso de justificação, vazio em termos situacionais, impossibilitando qualquer referência à imparcialidade na norma de decisão que denegou a ordem naquele “writ”.

Como dito, a afirmação de Zavascki (BRASIL, 2016) de que o caso é irrelevante para o exercício da jurisdição extraordinária em Cortes superiores é um atestado de confissão acerca da proeminência de uma estrutura tópico-autorreferente de jurisdição no método de trabalho daqueles Tribunais responsáveis por dar a última palavra nos processos judiciais. A ruptura dos discursos judiciais com a imparcialidade do procedimento de aplicação nesse método, portanto, é provada neste ponto da tese, pois o próprio relator alega que a discricionariedade será a solução para o problema criado com a mitigação da presunção de não-culpabilidade.

Se o caso não é mais relevante em Tribunais superiores, mas, mesmo assim, a

discricionarietà será a solução para o problema criado com a ausência de efeitos suspensivos em recursos de natureza extraordinária, o que o Ministro relator sugeriu em seu discurso foi atribuir direitos apenas para aqueles cuja “misericórdia judicial” acenar com um indulto, já que, em suas palavras, não é papel daquela Corte prestar contas às circunstâncias dos casos judiciais. O fundamento de uma decisão com esse tipo de argumento, ao que tudo indica, não leva a sério os direitos que as pessoas têm no constitucionalismo, porque ignora a dimensão política de pertencimento ancorada pela noção de direitos fundamentais, algo destinado não apenas aos agraciados pela autoridade judicial.

Como se pode perceber, o discurso de justificação de Zavascki (BRASIL, 2016) é extremamente falho do ponto de vista da racionalidade comunicativa do ato judicial. Ele foca exclusivamente em uma racionalidade instrumentalizada que centra seus argumentos em uma teleologia de meios a fins, por aspectos questionáveis de ordem prática processual, todos enumerados de maneira abstrata (e arbitrária) pelo magistrado, porquanto dissociados da situação de aplicação daquele habeas corpus.

O “writ” havia sido impetrado por Márcio Rodrigues Dantas (BRASIL, 2016), um paciente acusado de roubo qualificado, condenado até a segunda instância a uma pena de reclusão de cinco anos e quatro meses, em regime inicialmente fechado. Chama a atenção nesse caso que o cumprimento antecipado da pena tenha sido determinado mais de um ano após o julgamento do recurso de apelação, ou seja, sem motivação nova e concreta acerca da necessidade de iniciar o cumprimento da pena àquela altura.

Ausente, portanto, qualquer fato superveniente ou circunstância de agravamento que recomendasse a revisão da liberdade provisória concedida até ali, a chancela do STF àquela prisão determinada antes do trânsito em julgado aparentemente guiava-se por uma intenção política não tratada de modo ostensivo no discurso de Zavascki em 2016 (BRASIL, 2016), mas que apareceria logo adiante na história, pois habitava um cenário “punitivista” capitalizado judicialmente nos conturbados anos do “lavajatismo”. Ou seja, houve, ali, uma discricionarietà, que operou como juízo de conveniência da mudança teórica em torno da possibilidade do cumprimento antecipado da pena, sem circunstâncias que demonstrassem a imparcialidade do ato decisório que rompeu com a tradição recém-inaugurada em 2009 (BRASIL, 2010).

Crítérios de conveniência social e institucional, como os suscitados por Zavascki para justificar o resgate da prática de antecipação do cumprimento da pena só demonstram que o espaço judicial foi colonizado por juízes vestidos de legisladores, já que questões de ordem prática como o “excesso de recursos no processo penal” e os “prazos prescricionais

exíguos” são temas de política ordinária, cuja natureza infraconstitucional sugere o tratamento por meio de legislação, e não pela negação abstrata de garantias fundamentais do sistema constitucional de direitos. Não cabe ao Supremo Tribunal Federal se arrogar a prerrogativa de usurpador de competências legislativas, para, ao custo da suspensão de direitos constitucionais, justificar uma atuação ilegítima da jurisdição, com fundamento na defesa abstrata de temas como a efetividade do sistema penal, se o próprio devido processo legal é que está em jogo nessa estratégia de minimalismo de direitos e garantias fundamentais.

Portanto, questões ordinárias como a sensação de impunidade, atrelada à morosidade da Justiça atrelada e às prescrições do processo penal são fundamentos políticos para a atuação legislativa. Cabe, portanto, ao Parlamento debater, em termos de justificação abstrata de interesses gerais, os direitos que as pessoas têm, e não ao Poder Judiciário, cuja atuação deve estar voltada à aplicação imparcial da norma. O que Zavascki (BRASIL, 2016) desconsiderou em suas ponderações sobre a conveniência de se caçar o direito constitucional em exame, foi o risco potencial de se estar transferindo a implosão do sistema punitivo estatal do andar infraconstitucional das regras processuais e de prescrição para o próprio alicerce do edifício jurídico, onde se encontram os direitos e garantias fundamentais circunscritos pela comunidade política de princípios.

Logo, a rendição dos parâmetros de justiça procedimental a critérios discricionários de imputação volitiva de efeitos práticos da norma, como sugere Zavascki (BRASIL, 2016) em sua defesa de “concessão excepcional de efeitos suspensivos” a recursos extraordinários, inviabiliza por completo a noção de igualdade de tratamento na fruição da presunção de não-culpabilidade. Isso se torna ainda mais evidente quando o discurso de Zavascki é inserido no contexto de uma tópica autorreferente. Se os discursos judiciais em Cortes superiores não se voltam integralmente à solução adequada de casos, como o próprio relator afirmou, é inviável projetar discursos de aplicação imparciais e coerentes por meio dessa atuação dispersa de autoridades não vinculadas ao caso. Disso se conclui, por exemplo, que a acenada “concessão excepcional de efeitos suspensivos” a recursos de natureza extraordinária operaria, igualmente, sem parâmetros verificáveis de integridade, ou seja, ampliaria a discricionariedade judicial.

Em síntese, “fora dos casos” não há imparcialidade possível no processo de aplicação do direito, pelo que deixar a presunção de não-culpabilidade nas mãos da discricionariedade esvaziaria a feição contramajoritária desse direito. As justificativas de aplicação permaneceriam atreladas a convicções incontroláveis, e, em certas circunstâncias, demasiadamente suscetíveis à influência deletéria de fluxos comunicativos reacionários, como

havido nos anos do “lavajatismo”. Percebe-se, pois, que a desoneração da jurisprudência de balizas situacionais bem demarcadas por discursos de aplicação, sobretudo em matéria de garantias constitucionais, é um desastre para a continuidade desses direitos de feição contramajoritária, porque passam a estar sujeitos a ânimos e conjunturas sociais incertas.

Direitos fundamentais não podem ser inconstantes, tal como sugere o discurso de Zavascki (BRASIL, 2016), que pretende “trocar” a presunção de não-culpabilidade pela “concessão excepcional de efeitos suspensivos” a recursos extraordinários. Direitos não atuam por condições climáticas. Faça chuva ou faça sol, eles ainda devem estar lá, e o seu respeito é um pressuposto para a legitimidade do poder do Estado.

Voltando-se novamente ao discurso judicial de Eros Grau no precedente de 2009 (BRASIL, 2010), percebe-se com clareza o ponto em que se coloca esta fração da reflexão. Ali, o magistrado percebeu com exatidão o problema da jurisprudência de 1991 (BRASIL, 1992), embora também não tenha adentrado de modo mais imediato no caso de aplicação que estava sob sua responsabilidade no julgamento em que rompeu com o precedente. A verdade é que, desde 1991, incluído o julgamento de 2009, conferiram-se sucessivas interpretações por conveniência do art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

O que precisa ficar claro é que isso é inevitável em uma dinâmica de tópica autorreferente de jurisdição, já que os discursos de justificação se voltam exatamente à elucidação de questões abstratas sobre os direitos, o que muda de acordo com fatores políticos dispersos, e incentiva mudanças de opinião sobre a conveniência dos direitos. Se não houver uma cadeia de casos concretos bem resolvidos, que conte uma história coerente sobre os direitos que as pessoas têm na comunidade política de princípios, a identidade constitucional dessa comunidade é sabotada pelo concurso ininterrupto das variações de vontade dos magistrados responsáveis pela interpretação dos direitos.

É por isso que, muitas vezes, na prática forense quando as “palavras não alcançam o sentido” a “vontade cria novos sentidos”, ligando a convicção do intérprete e a uma suposta norma abstrata superior que justifica o seu discurso de ruptura com a tradição. Na verdade, sem uma estrutura de vinculação judicial à tarefa de resolução integral do caso, esse tipo de aproximação entre a linguagem do direito e os desígnios íntimos do intérprete torna-se incontrolável. Em termos abstratos, muitas respostas judiciais podem ser bem justificadas, já que é a situação concreta de aplicação que problematiza a adequação dos conceitos jurídicos.

O que se percebe a partir da fala do Ministro Eros Grau em 2009 (BRASIL, 2010), e que coloca em xeque o voto relatado pelo Ministro Teori Zavascki em 2016 (BRASIL, 2016), é que se tivessem sido levados a sério os direitos fundamentais inculpidos

na recém-promulgada Constituição cidadã de 1988, sobretudo no julgamento paradigmático relatado por Néri da Silveira em 1991 (BRASIL, 1992), ter-se-ia que considerar que os princípios políticos reinaugurados com a nova ordem constitucional constroem o intérprete judicial a uma adequada compreensão da noção de culpa atrelada ao trânsito em julgado.

Embora o Ministro Néri da Silveira tenha tentado emular a regularidade discursiva de seu avanço contra o art. 5º, LVII, da Constituição, por uma racionalidade instrumental ornamentada com um verniz de legalidade (o apelo ao § 2º do art. 27, da Lei n.º 8.038/1990), o fato é que previsões genéricas de normas processuais sobre efeitos recursais em instâncias superiores não poderiam ter nenhuma implicação prática na castração de direitos e garantias fundamentais previstos na própria Constituição.

Sistemicamente, isso atenta contra a natureza indisponível e irrevogável das cláusulas pétreas, as quais retiram até mesmo do poder constituinte derivado a possibilidade de alteração de suas previsões por emendas à Constituição, nos exatos termos do art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal (quicá por decisões de autoridades não eleitos). Por outro lado, como dito em outros pontos desta tese, a matriz política do Estado Novo, no qual foi promulgado o Código de Processo Penal, projeta uma identidade constitucional incompatível com os pressupostos democráticos emergentes do movimento constituinte de 1988.

A título de exemplo, o art. 122 da Constituição de 1937 impunha restrições constitucionais rigorosas ao exercício de direitos como a liberdade de expressão, em seu parágrafo 15 (BRASIL, 1937)³⁵, bem como albergava a previsão de pena de morte não limitada a crimes militares cometidos em tempo de guerra no parágrafo 13 (BRASIL, 1937)³⁶,

³⁵ Art. 122. [...] 15) todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei. (Vide Decreto n.º 10.358, de 1942) A lei pode prescrever: a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação; b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude; c) providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado. A imprensa reger-se-á por lei especial, de acordo com os seguintes princípios: a) a imprensa exerce uma função de caráter público; b) nenhum jornal pode recusar a inserção de comunicados do Governo, nas dimensões taxadas em lei; c) é assegurado a todo cidadão o direito de fazer inserir gratuitamente nos jornais que o informarem ou injuriarem, resposta, defesa ou retificação; d) é proibido o anonimato; e) a responsabilidade se tornará efetiva por pena de prisão contra o diretor responsável e pena pecuniária aplicada à empresa; f) as máquinas, caracteres e outros objetos tipográficos utilizados na impressão do jornal constituem garantia do pagamento da multa, reparação ou indenização, e das despesas com o processo nas condenações pronunciadas por delito de imprensa, excluídos os privilégios eventuais derivados do contrato de trabalho da empresa jornalística com os seus empregados. A garantia poderá ser substituída por uma caução depositada no princípio de cada ano e arbitrada pela autoridade competente, de acordo com a natureza, a importância e a circulação do jornal; g) não podem ser proprietários de empresas jornalísticas as sociedades por ações ao portador e os estrangeiros, vedado tanto a estes como às pessoas jurídicas participar de tais empresas como acionistas. A direção dos jornais, bem como a sua orientação intelectual, política e administrativa, só poderá ser exercida por brasileiros natos;

³⁶ Art. 122. [...] 13) Não haverá penas corpóreas perpétuas. As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não

além de possibilitar a instituição de Tribunais especiais, no seu parágrafo 17, para “os crimes que atentarem contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular” (BRASIL, 1937).

Essas são medidas políticas de um regime de exceção, no qual a limitação das liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos são uma constante, o que se mostrava, desde 1991 (BRASIL, 1992), um substrato político de justificação incompatível com os anseios mais imediatos de emancipação política do movimento constituinte de 1988. No art. 123 da Constituição de 1937, por exemplo, chegou-se a afirmar expressamente que “O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição” (BRASIL, 1937).

Antecipar a culpabilidade a um momento anterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, nesse contexto, era algo factível, ao contrário daquilo que se pode adequadamente compreender da comunidade de princípios instaurada com a atual ordem constitucional, sobretudo se considerada a decisão tomada pelo constituinte ao atrelar a fixação da culpa ao trânsito em julgado. A comunidade que age por princípios deve projetar suas ações por procedimentos imparciais e coerentes, que manifestem sentidos adequados de justiça procedimental, por meio de uma jurisdição que seja fonte de alimentação da identidade do sujeito constitucional que funda a experiência política no Estado democrático de direito.

Como se terá a oportunidade de demonstrar mais adiante na tese, em um ambiente em que os princípios passam a ocupar um lugar de centralidade normativa, antes reservado às regras, o abandono dos casos tem implicações mais graves e imediatas sobre o modo de

se aplicam aos fatos anteriores. Além dos casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra, a pena de morte será aplicada nos seguintes crimes: (Redação da pela Lei Constitucional n.º 1, de 1938) (Vide Decreto n.º 10.358, de 1942) a) tentar submeter o território da Nação ou parte dele à soberania de Estado estrangeiro; (Redação da pela Lei Constitucional n.º 1, de 1938) b) atentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, contra a unidade da Nação, procurando desmembrar o território sujeito à sua soberania; (Redação da pela Lei Constitucional n.º 1, de 1938) c) tentar por meio de movimento armado o desmembramento do território nacional, desde que para reprimi-lo se torne necessário proceder a operações de guerra; (Redação da pela Lei Constitucional n.º 1, de 1938) d) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na Constituição; (Redação da pela Lei Constitucional n.º 1, de 1938) e) tentar subverter por meios violentos a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social; (Redação da pela Lei Constitucional n.º 1, de 1938) f) a insurreição armada contra os Poderes do Estado, assim considerada ainda que as armas se encontrem em depósito; (Redação da pela Lei Constitucional n.º 1, de 1938) g) praticar atos destinados a provocar a guerra civil, se esta sobrevém em virtude deles (Incluído pela Lei Constitucional n.º 1, de 1938) h) atentar contra a segurança do Estado praticando devastação, saque, incêndio, depredação ou quaisquer atos destinados a suscitar terror; (Incluído pela Lei Constitucional n.º 1, de 1938) i) atentar contra a vida, a incolumidade ou a liberdade do Presidente da República; (Incluído pela Lei Constitucional n.º 1, de 1938) j) o homicídio cometido por motivo fútil ou com extremos de perversidade. (Incluído pela Lei Constitucional n.º 1, de 1938).

proceder à interpretação judicial. A incidência de princípios se dá por pesos, o que envolve a compreensão da dimensão situacional na significação do contexto de aplicação da norma jurídica. As normas devem expressar sentidos que sejam compatíveis com um agir comunicativo que tem como uma de suas referências a identidade constitucional da comunidade política que “decidiu agir por princípios” ao fundar o seu Estado de direito.

Nesse sentido é que o contraditório, que individualiza o caso, passa a ser mais importante para a ancoragem discursiva das decisões do que os próprios conceitos jurídicos indeterminados. Como as pré-compreensões em torno da norma precisam ancorar sua adequação em uma referência imediatamente verificável no discurso que resolve o caso, é a dimensão situacional que liga discursivamente os conceitos jurídicos indeterminados a um sentido comunitário prévio que, apesar de ser contrastado por novas pretensões de validade, ainda se demonstra adequado “in casu”, pelo procedimento de aplicação imparcial e coerente.

Situar o dever de integridade política da jurisdição em elementos estranhos ao modo de proceder à solução dos casos acaba por confundir o conceito de imparcialidade com neutralidade. Isso coloca o magistrado que aplica a lei acima da questão de justiça procedimental que funda o próprio direito. Para compreender melhor essa questão da falsa neutralização do intérprete, que se justifica como estética discursiva de abstenção, inclinada à igualdade de veredictos, faz-se necessário examinar o discurso judicial da Ministra Rosa Weber no julgamento do Habeas Corpus n.º 152.752 – o “caso Lula” (BRASIL, 2018).

Como se poderá perceber, naquele julgamento ela defendeu uma abstenção disciplinar de suas convicções, em prol do respeito a um princípio de colegialidade, o qual, insensível à injustiça material concreta em curso naquela persecução penal, promoveu a negação ao paciente de seus direitos fundamentais. A quebra de coerência do discurso por Weber foi estabelecida no próprio ato de negação do “writ”, na medida em que ela justificou que, possivelmente, aquela Corte mudaria de opinião no julgamento posterior sobre o tema, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, o que, para ela, seria um processo “mais adequado” para rediscutir a jurisprudência restritiva de 2016 (BRASIL, 2016).

Episódios assim demonstram que uma boa parte dos juízes brasileiros de formação positivista ainda promove, de modo equivocado, uma jurisdição discricionária que se desenvolve ao largo de compromissos mais imediatos com o dever de integridade política. O juiz que se nega à rediscussão dos direitos em bases concretas de aplicação, com fundamento em um dever de imparcialidade convertido em pretensão de neutralidade, não age verdadeiramente de um modo neutro. Ele tão somente negligencia um aspecto central de sua função política na comunidade de princípios, que é expressar os direitos à sua melhor luz, em

cada caso de aplicação.

A estrutura da tópica autorreferente facilita essa fuga discursiva dos casos, e, com isso, a reprodução de sentidos normativos sem bases de reflexividade crítica mais comprometidas com critérios de imparcialidade e coerência. Como se terá a possibilidade de perceber, a incongruência de desígnios de Rosa Weber promoveu uma ambivalência de sua discricionariedade, por meio da qual a magistrada se negou a exercê-la no “caso Lula”, por conveniência, mas, logo depois, por um senso de oportunidade, afirmou que ela poderia resgatá-la, no julgamento das ações de controle concentrado de constitucionalidade sobre o tema da presunção de não-culpabilidade.

2.5 A reviravolta jurisprudencial entre o “caso Lula” e as Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.ºs 43 e 44: a discricionariedade ambivalente da posição adotada pela Ministra Rosa Weber

Até aqui, tentou-se demonstrar a relação entre os precedentes “sem caso” do STF e a jurisprudência “sem rumo” que habitou o cenário jurídico nacional na temática relativa à presunção de não-culpabilidade. Visualizada essa relação, é possível começar a construção de um argumento teórico basilar na tese, no sentido de que a estrutura discursiva de casos bem resolvidos atribui aos precedentes uma dimensão procedimental capaz de concretizar a imparcialidade pelo procedimento de aplicação, o que se traduz em adequação discursiva.

Compreendida a adequação como expressão do princípio de imparcialidade no procedimento de aplicação, o discurso judicial passa a ser identificado por um critério de verificabilidade da coerência entre julgados historicamente situados por uma linguagem cercada concretamente, projetando-se um sentido de continuidade nas práticas judiciais. Segundo essa visão, a coerência na resolução de casos fornece à esfera pública um parâmetro de avaliação das práticas institucionais, acessando-se os padrões de argumentação presentes nos atos de aplicação das normas. A partir da coesão projetada por padrões coerentes de argumentação, reafirma-se o sentido político de uma comunidade de princípios, conferindo-se validade à jurisdição pela igualdade de tratamento verificável no modo de condução dos discursos judiciais – guiados por um agir comunicativo, e não por uma razão instrumental.

Ao negligenciar o contraditório, que é a estrutura de ancoragem discursiva da participação social na jurisdição, a jurisdição que opera como tópica autorreferente não presta as devidas contas hermenêuticas das mudanças de sentido da jurisprudência, o que esvazia o sentido de imparcialidade dos cortes políticos da jurisdição. Episódios marcantes da

personificação discricionária da jurisdição puderam ser visualizados nos sucessivos discursos até aqui examinados sobre a presunção de não-culpabilidade. Por exemplo, há um dado relevante sobre o quórum de julgamento das decisões plenárias tomadas pelo Supremo Tribunal Federal entre os anos de 2016 e 2019, o qual alerta para o uso excessivo da discricionariedade na tópica autorreferente dos Ministros da Corte suprema.

O quórum de Ministros votantes no habeas corpus do “caso Lula”, julgado em abril de 2018, era bastante semelhante ao do *writ* relatado por Zavascki em 2016, com a mudança apenas de um dos Ministros (Alexandre de Moraes), exatamente por ocasião da morte de Teori Zavascki, em um acidente aéreo ocorrido no dia 19 de janeiro de 2017. Por outro lado, a composição do Plenário era idêntica entre o julgamento do “caso Lula” e as ações de controle concentrado decididas em 2019. Esse cenário sugeriria, em tese, uma tendência à estabilização do sentido empregado à norma em 2016, já que a mudança de Ministros no STF foi quase nula. Contudo, a variação de entendimentos entre magistrados votantes nos julgamentos de 2016, 2018 e 2019 foi responsável por uma oscilação trienal na jurisprudência (entre fevereiro de 2016 e novembro de 2019), sem que os casos judiciais figurassem como elemento central de validação dessa mudança episódica de sentidos normativos. Em 2016 (BRASIL, 2016), como visto, resgatou-se a jurisprudência de 1991 (BRASIL, 1992) sem quaisquer justificativas atreladas ao caso de aplicação, pois, na verdade, o discurso judicial não se voltou à solução adequada do caso, mas sim à (re)fundamentação geral da norma, em um contexto punitivista marcado pelo “lavajatismo” como dito.

Contudo, logo adiante, em 2019, retomou-se a jurisprudência garantista de 2009, nas duas ações declaratórias de constitucionalidade sobre o tema. No meio desse caminho, ocorreu o julgamento do caso paradigmático de 2018, que envolvia o líder político e então Ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva (reconduzido ao cargo em janeiro de 2023, pela vitória conquistada no pleito eleitoral de 2022).

Naquele caso, havia um novo cenário de mudança anímica entre os membros do STF. Gilmar Mendes já havia dado sinais em falas públicas de que tenderia a retomar a posição garantista de 2009, o que foi confirmado em Plenário, só que em uma posição mitigada nos termos da proposta do Ministro Dias Tóffoli, que ensaiou uma espécie de “*lex tertia*”, segundo a qual a presunção de não-culpabilidade deveria imperar nos julgamentos criminais apenas até o julgamento de recursos especiais no STJ. As duas inversões de voto de Mendes e Tóffoli, portanto, reverteriam o placar de 7 a 4 fixado em 2016 para 6 a 5, contra a prisão antecipatória do cumprimento da pena, acaso os demais Ministros se mantivessem fiéis aos seus posicionamentos originários, assim como o substituto do Ministro Teori Zavascki

(Alexandre de Moraes) reproduzisse o entendimento de seu predecessor na cadeira. Ocorre que, para a surpresa de boa parte da opinião pública, houve mais uma autoridade do STF a mudar de opinião durante aquele julgamento – a Ministra Rosa Weber. Ela votou contra a prisão antecipatória em 2016, mas mudou a inclinação do seu voto no “caso Lula”, fornecendo uma vitória apertada à corrente punitivista, por um placar de 6 a 5 contra a concessão da ordem ao paciente.

Desse modo, a jurisprudência retrocedente fixada no julgamento relatado por Teori Zavascki em 2016 foi mantida no julgamento do “caso Lula”, pela diferença de um voto, justamente o voto de Rosa Weber, que havia declinado posição contrária a essa modalidade inconstitucional de prisão naquele primeiro julgamento. Não fosse suficientemente constrangedora a simples constatação da variação abstrata de posições de três membros do STF, as frágeis justificativas de Rosa Weber para proferir o voto decisivo contra Lula foram ainda mais estarrecedoras. Curiosamente, a Ministra defendeu uma posição de abstinência de sua convicção, por argumentos de disciplina judiciária, alegando que deveria se manter fiel ao posicionamento firmado pelo Plenário em 2016, já que ela vinha aplicando aquele entendimento em julgados posteriores. Ora, estando posta novamente a questão no Plenário em 2018, e não tendo Rosa Weber figurado entre os formadores da maioria vencedora em 2016, não havia nada que a vinculasse, por disciplina, a um posicionamento contrário à sua alegada convicção, já que havia ficado vencida naquele julgamento de 2016.

Assim, a única disciplina perceptível na posição de Rosa Weber foi a disciplina às suas próprias conveniências, diante da forte pressão social em torno do caso do então Ex-presidente. Tanto assim, que ela prenotou em seu discurso de 2018 que sua abstinência tinha data marcada para acabar, pois afirmou que o Plenário poderia (e deveria) rever a posição manifestada em 2016, quando as duas ações de controle concentrado, que já aguardavam pauta de julgamento, viessem a Plenário. Ou seja, ela votou com a jurisprudência de 2016 no “caso Lula”, mas sinalizou, já em 2018, que poderia vir a adotar novamente uma posição contrária às prisões antecipatórias nas duas ações diretas de constitucionalidade estrategicamente não incluídas na pauta do Plenário pela então Presidente da Corte, Ministra Carmen Lúcia, por razões igualmente discricionárias. Essa manipulação de pautas no Plenário do STF, inclusive, foi profundamente criticada por alguns magistrados da própria Corte, e a Ministra Rosa Weber tinha conhecimento dessa questão, assim como da mudança de posicionamento de Gilmar Mendes e de Dias Tóffoli. Assim, não fazia sentido a abstinência defendida pela Ministra no cenário desenhado institucionalmente.

Apesar de tentar justificar sua posição em um suposto critério de coerência,

guiado por uma métrica questionável de neutralidade (porquanto nada neutra), Rosa Weber aderiu à manobra política de Carmen Lúcia, evitando que a iminente mudança da jurisprudência beneficiasse Lula em 2018. A ciência do cenário de ruptura era inquestionável, pois Gilmar Mendes, que deveria, pela ordem normal de julgamento, votar em um momento posterior à Ministra Rosa Weber, pediu à Presidente Carmen Lúcia para antecipar o seu voto, sob a alegação de um voo marcado para Portugal, mas que, claramente, tinha também a intenção de clamar a Rosa Weber que mantivesse o seu voto original naquela ocasião. Disse Mendes, citando Rosa Weber em diversas ocasiões, em sua antecipação de voto:

Peço desculpas à Ministra Rosa. Senhora Presidente, talvez, faz muito que o Tribunal não se depara com uma questão de tal magnitude e de tal gravidade. Embora não seja, talvez, como a imprensa anuncia, o processo do século – sempre haverá um outro processo –, mas, sem dúvida nenhuma, é um caso de grande repercussão. E não é por acaso que nós, ao longo desses anos todos, se tivermos como marco temporal 2009, temos discutido essa questão com frequência, porque não se encontra uma fórmula adequada para a justiça da devida solução. Sempre temos debatido.

O Ministro Fachin, no seu cuidadoso voto, faz uma consideração e um *distinguishing* entre o que está posto neste HC e o que deveria estar posto na ADC processo objetivo. Confesso, com todas as minhas parcas luzes talvez, que eu não consigo fazer essa distinção.

A rigor, ao longo desses anos todos, **Ministra Rosa**, nós temos trabalhado com a ideia de que os processos que vêm para o Plenário ganham uma objetivação. É assim, por exemplo, no debate sobre o RE. Esses processos se objetivam. Mas, se quiséssemos lembrar apenas um caso, um só caso, lembremo-nos de um caso emblemático da relatoria do Ministro Marco Aurélio, o HC 82.959, que tratava do direito à progressão de regime [...]. (BRASIL, 2018, grifo nosso).

Logo adiante, o Ministro Marco Aurélio (BRASIL, 2018) pediu um aparte na fala de Gilmar Mendes, para pontuar essa questão da possível objetivação daquele julgamento de 2018, exatamente pela pendência de duas ações de controle concentrado sobre o tema, o que, para Marco Aurélio, não poderia ter um destino diverso daquele que fosse emprestado ao paciente no habeas corpus.

Disse Marco Aurélio:

O Colegiado será o mesmo quanto à decisão que proferirá nas duas ações – de nº 43 e nº 44. E causará estranheza se avançar-se agora – não sei qual será a conclusão do Colegiado – para o indeferimento da ordem neste *habeas* e depois acolher-se os pedidos formulados nas declaratórias de constitucionalidade. Ou seja, estamos julgando em definitivo – e precisamos ter presente que processo não tem capa, tem conteúdo estritamente – a questão de ser ou não possível, ante a cláusula do principal rol das garantias constitucionais, o do artigo 5º, alusiva ao princípio da não culpabilidade – pelo Pacto de São José da Costa Rica, princípio da inocência –, a execução da pena, portanto, sanção implementada antes do trânsito em julgado. (BRASIL, 2018).

Instaurou-se então no julgamento uma disputa em torno da questão, ou seja, se aquele caso firmaria uma “jurisprudência objetiva sobre o tema”, dada a pendência de duas

ações de controle concentrado sobre o tema.

Depois da fala de Marco Aurélio, a Presidente Carmen Lúcia também pediu um aparte, para defender a ausência de objetivação daquele julgamento, nos seguintes termos (BRASIL, 2018):

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Ministro, Vossa Excelência me permite um aparte?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Por favor!

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Apenas para lembrar que, naquele primeiro *habeas corpus* em 2009, aliás, Relator o Ministro Marco Aurélio, relativo aos casos de crimes hediondos, foi sempre repetido - como Vossa Excelência, com toda a lealdade afirma - como precedente. Tanto que não cabia reclamação contra ele, e, depois, evoluímos até para fazermos uma súmula, uma vez que havia a reiteração de dados. Apenas para chamar a atenção que este também tem sido um comportamento para não se adotar a objetivação simples, que alguns aceitam, como Vossa Excelência acaba de expor, e em outros casos não.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu até vou chegar a esse ponto, Presidente. Vossa Excelência me facilita enormemente a vida ao fazer essa lembrança. Por quê? Porque, naquele caso, eu me lembro que um juiz do Acre, invocando a premissa de que o caso valia *inter partes*, recusou-se a cumprir a decisão do Supremo, em tese. Disse: a decisão do Supremo vale *inter partes*. E veio para cá então uma reclamação, cuja relatoria me coube. Eu fui relator desse processo e o trouxe com toda honestidade para julgamento aqui.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – No Plenário.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E nós ficamos pontuando divergências, um dizia que sim, outro dizia que não, outro dizia que talvez, em homenagem à interpretação do art. 52, X, vetusta, até que, nesse ínterim, passou a súmula e o assunto ficou prejudicado em relação à reclamação. Todavia, se nós fôssemos decidir hoje essa reclamação, diríamos que a decisão tem eficácia *erga omnes*, porque fizemos isso recentemente e mudamos o entendimento em relação ao art. 52, X. Veja Vossa Excelência, portanto, que tudo caminha nesse sentido.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – E não havia repercussão geral também naquele primeiro momento, agora tem. (BRASIL, 2018, grifo nosso).

A discussão se seguiu, com Gilmar Mendes reiterando o caráter objetivo de decisões anteriores do Plenário, que, apesar de julgarem casos concretos, expandiram o seu sinal normativo com amplitude sistêmica no ordenamento jurídico.

Ele chegou a afirmar, expressamente, que:

[...] só fazendo ponto em relação àquela consideração feita pelo Ministro Fachin, quero dizer que, do ponto de vista - e ninguém vai entender - processual constitucional, não tem relevância o fato de nós estarmos aqui discutindo a temática toda em *habeas corpus* ou em ADC, nós temos que, de fato, fazer o devido encaminhamento. Não há a possibilidade de se falar que alguém está vinculado àquela decisão até que venha um julgamento em ADC, porque nós já tivemos isto. E vou dar-lhes mais um exemplo, sem querer ficar chato, que é o caso da ADI de

LOAS, a Lei de Assistência Social. Nós declaramos constitucional a Lei de LOAS, dissemos que ela era constitucional, o tempo foi passando, os juízes foram se rebelando, envolvendo e concebendo novas fórmulas, em algum momento o Tribunal concedia as reclamações, Ministro Fux, contra aquelas decisões rebeldes, que repudiavam a ideia que nós tínhamos sobre o tema. Aí passa o tempo, e o próprio Tribunal começa a vacilar na concessão das liminares em reclamação. E fui eu que trouxe a este Plenário o caso de uma reclamação propondo que nós declarássemos, agora, o processo de inconstitucionalização. Mas em que processo? Em que procedimento? Numa reclamação. Veja, em princípio de caráter subjetivo, e nós seguimos essa toada.

Portanto, com todas as vênias, Ministro Fachin, devo dizer que não tem relevância para o caso o que nós estamos discutindo. (BRASIL, 2018).

Havia ali uma clara disputa pelo voto da Ministra Rosa Weber. O debate se travava a partir de ponderações que giravam em torno da questão de ser possível ou não manifestar uma certa posição naquele caso e, mais adiante, votar em sentido diverso nas ações de controle concentrado. Se isso tinha como ser algo coerente (ou seja, se a Ministra Rosa Weber efetivamente tinha como fazer aquilo que, aparentemente, viria a fazer). Ao que parece, a defesa de Gilmar Mendes sobre a possibilidade de precedentes incidentais do Plenário formarem jurisprudências objetivas estava ligada a uma tentativa de pressionar Rosa Weber à manutenção do voto de 2016. Pelo que se pode recordar do caso, havia discussões na mídia sobre a possibilidade de Weber votar contra a concessão da ordem a Lula, exatamente pela possibilidade de a Ministra retomar sua posição original nas ações diretas não pautadas até aquele habeas corpus.

Sem qualquer pretensão de ingressar no campo intencional de Rosa Weber, o fato é que, diante da discussão que precedeu ao seu voto no julgamento do “caso Lula”, ela tinha plena ciência tanto da manobra de pautas levada a efeito por Carmén Lúcia, como da mudança de voto de Dias Tóffoli e Gilmar Mendes. Desse modo, é inegável que a magistrada votou contra aquilo que alegava ser sua convicção, sem prestar contas de sua discricionariedade no importante julgamento do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva. Seguindo um roteiro de “neutralidade” questionável, Rosa Weber oscilou o seu voto nos julgamentos de 2018 e 2019, sem razões convincentes para a ruptura episódica de convicção, retirando a condição de imparcialidade do seu discurso judicial, já que o caso não figurou na base de racionalidade discursiva daquela posição aparentemente antagônica.

A incoerência de Weber, portanto, é o que ficou marcado no seu discurso, pela ausência de tratamento adequado do contexto de aplicação da norma naquele caso de relevo para a sociedade. Com sua mudança planejada de desígnios, ela conduziu o Plenário da Corte momentaneamente a uma maioria de votos, permitindo a manutenção temporária da jurisprudência de 2016. Intencionalmente, portanto, ela postergou a inversão da

jurisprudência, o que ocorreu em 2019, com a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal.

É estarrecedor perceber que, por meio da estrutura tópico-autorreferente de jurisdição, uma simples mudança de desígnios, somada a uma manobra política de pautas, possa inverter e retomar jurisprudências diretamente ligadas às condições políticas de manutenção do próprio Estado democrático de direito, como é o caso de jurisprudências relativas a direitos e garantias fundamentais. Mais estarrecedor, ainda, é verificar que essas mudanças de desígnios podem se dar por justificativas abstratas, não atreladas à complexidade dos casos julgados pelas autoridades judiciais no curso do tempo. Desse modo, discursos desertos de facticidade impõem a ruptura abrupta das condições de sustentação política do ordenamento, tornando qualquer crença social na integridade dos direitos uma aporia.

Com um campo fértil como esse para a discricionariedade fundada na tópica autorreferente, é inevitável imaginar o nível de pressão política e social que Ministros podem sofrer em episódios conturbados como o julgamento do Ex-presidente Lula. Essa pressão externa, exercida fora dos holofotes da TV Justiça, é extremamente favorecida pela ausência de ancoragem da jurisprudência em um procedimento de aplicação imparcial.

Tal ancoragem é exatamente o que fornece segurança jurídica ao discurso judicial, por um sentido pragmático de continuidade extraível do enredo em cadeia dos direitos. Essa dimensão de ancoragem por casos adequadamente solucionados, portanto, evita a materialização daquilo que Argemiro Cardoso Moreira Martins chamou de “simulacro”, que subjuga a imparcialidade dos discursos jurídicos por critérios políticos que partidariam as discussões, esvaziando o sentido de continuidade das práticas constitucionais.

Como adverte Martins (2019) ao refletir sobre o tema, o espaço do argumento jurídico, sobretudo o argumento constitucional, deve ser devidamente distinguido dos impulsos momentâneos de esferas públicas livres, que promovem elucubrações em um nível político-partidário distinto da concepção imparcial que deve guiar a noção de força normativa da Constituição.

Segundo Martins:

O direito constitucional deve ser um fator de estabilidade da política, uma espécie de argumento capaz de se sobrepor às motivações políticas conjunturais e momentâneas. No momento em que a Constituição se converte em instrumento da política, fragiliza-se a diferenciação entre o sistema político e o sistema jurídico. Com isso, também resta abalada a própria segurança jurídica, pois esta deixa de ser um argumento externo e ingressa no campo dos embates partidários, convertendo-se em um simulacro mais que um argumento jurídico. (MARTINS, 2019, p. 77).

Nesse artigo, o autor cita o julgamento do “caso Lula” – HC n.º 152.752

(BRASIL, 2018) como exemplo dessa politização, nos seguintes termos:

Um indício do grau de politização do STF, foi a manobra da então Presidenta do tribunal, Ministra Carmen Lúcia, no julgamento do Habeas Corpus 152.752 em março de 2018 relativo à execução de condenação penal em 2ª instância do ex-Presidente Lula. Nessa ocasião, a presidenta postergou o julgamento da mesma questão no âmbito das Ações Declaratórias de Constitucionalidades 43 e 44, cujos efeitos seriam *erga omnes* e, portanto, seria supostamente mais difícil construir uma maioria dos membros do plenário no sentido de manter a prisão em segunda instância. É curioso notar que tal manobra própria dos parlamentos, agora chega, ao menos explicitamente, ao STF. (MARTINS, 2019, p. 77).

Para Martins (2019), o protagonismo do STF no campo da judicialização da política é um combinado de diversos fatores, que “de um lado, envolveu mudanças constitucionais e legais, e, de outro lado, envolveu fatores externos, em especial, a influência exercida pela mídia” (MARTINS, p. 2019, p. 77). Poder-se-ia, à luz do argumento desenvolvido nesta tese, acrescentar a tais fatores de politização a própria dinâmica da tópica autorreferente de jurisdição, que reduz demasiadamente a dimensão de aplicação do discurso judicial, a qual se converte em um modelo objetivo de fundamentação da lei “sem casos específicos de aplicação”.

Com o desvio da concretude dos casos, como se pode perceber, perdem-se as condições estruturais de ancoragem da integridade política da jurisdição. E isso privilegia um tipo de atuação judicial voltado excessivamente à subjetividade decisória, desatrelada do poder cidadão de “agendar os debates judiciais”, pois é no contraditório que se impõe a força do dever de imparcialidade no ato de aplicação, o que acaba sendo negligenciado pela tópica autorreferente que mitiga o poder de agenda do contraditório.

A jurisprudência oscilante do STF sobre a presunção de não-culpabilidade exemplifica essa questão da politização que se torna deletéria para o sistema de direitos constitucionais. Com ela, a jurisprudência já não forma mais correntes de opinião coerentes com os argumentos de princípio. Isso, por sua vez, retira a condição de imparcialidade dos discursos judiciais, pela projeção de práticas antagônicas não justificadas em termos de igualdade de tratamento.

Essa é uma via de mão dupla, pois, com a perda de referência da imparcialidade, tornam-se mais recorrentes as oscilações de entendimento, em um ciclo vicioso que se retroalimenta, pois, ao mesmo tempo em que o desvio dos casos aumenta a discricionariedade em termos abstratos, a fragilidade de tais precedentes “sem caso” torna as jurisprudências mais suscetíveis à manipulação política momentânea, como o que ocorreu no Supremo Tribunal Federal entre os anos de 2016 e 2019.

A possibilidade permanente de mudança abstrata, portanto, promove a

impossibilidade de práticas fundadas em integridade de narrativa, já que a viabilidade do resgate de posições antagônicas libera as autoridades judiciais dos deveres de igualdade inerentes à jurisdição imparcial. Com isso, tais autoridades se sentem confortáveis para promoverem concessões políticas momentâneas às arenas e aos setores organizados da sociedade civil com poder de influência, tais como governos, igrejas e veículos de mídia com amplitude de imersão social.

Nesse cenário, o debate sobre direitos deixa de ser coerente e imparcial, pois não se persegue uma resposta correta acerca do que é devido a cada sujeito de direito nas situações especiais de aplicação, mas sim acerca do que é conveniente para o momento político no qual está envolta a aplicação do direito.

Perde-se, com isso, a força normativa presente na noção de um enredo em cadeia, já que tal figura literária pressupõe uma história contada por capítulos coesos. Dizer o direito, então, passa a ser uma tarefa política de manifestação de opiniões atuais dos membros de órgãos de cúpula do Poder Judiciário, o que retira o sentido de segurança ligado ao discurso jurídico, como observa Martins (2019).

O efeito perverso dessa aparente liberdade de convicção dos juízes, como se pôde perceber nos episódios recentes do “lavajatismo”, é que os juízes que agem sem coerência acabam estando sujeitos às pressões sociais externas em momentos de crise política, o que é mobilizado pela grave exposição institucional dessas autoridades à opinião pública, como ocorreu no “caso Lula”. Ninguém discutiu naquela época a posição que seria adotada pelo Ministro Marco Aurélio, por exemplo, já que sua inclinação uniforme no tratamento do tema não deixava dúvidas sobre qual o sentido de aplicação da norma para aquele magistrado. A coerência tem esse poder de dissuasão das pressões externas, quando a autoridade é identificada socialmente como alguém que não muda o sentido de sua inclinação por variações políticas de ânimo. O contrário também é verdadeiro e, não à toa, Gilmar Mendes foi um dos magistrados mais pressionados naquele contexto “lavajatista”, dado que já havia mudado de inclinação sobre a presunção de não-culpabilidade em diversos momentos.

A “interação extramuros”, que conta com uma intensa manipulação midiática de fluxos comunicativos, favorece todo tipo de pressão externa, o que é típico das negociações políticas, mas não deveria habitar as discussões judiciais sobre direitos. Percebe-se, portanto, por que a dinâmica de politização, atrelada à estrutura da tópica autorreferente de jurisdição, favorece a disseminação de jurisprudências “sem rumo” como a visualizada em torno da presunção de não-culpabilidade.

Na dinâmica da tópica autorreferente o magistrado perde a estrutura de

cercamento do caso, que em condições gerais fornece uma justificativa política adequada para calar (ou diminuir a voz de autoridade) de fatores externos de pressão social. Sem o caso para blindar o discurso com a imparcialidade, as Cortes judiciais acabam sendo fortemente compelidas às guinadas jurisprudenciais de ocasião, o que inviabiliza a construção de um enredo em cadeia, e, assim, impossibilita a visão política da integridade dos direitos. No “caso Lula”, por exemplo, fluxos comunicativos mobilizados por veículos de mídia, e por setores da esfera pública aderentes aos argumentos do “lavajatismo”, exerceram uma enorme pressão sobre os magistrados do STF em 2018. A ponto de o próprio Gilmar Mendes abrir uma fala direta no seu voto em Plenário, contra aquilo que chamou de atitude chantagista da chamada “grande mídia”. Disse Gilmar Mendes naquela ocasião (BRASIL, 2018):

[...] não me lembro, Presidente, em todos esses anos, de uma mídia tão ofensiva, até diria - usando uma palavra forte -, de uma certa forma, chantagista. Eu vi, por exemplo, a matéria da Folha de domingo, dizendo que nós temos 88 dias de férias, e daí toda a causa. Essa matéria deveria já ter sido publicada. De fato, e eu concordo, nós temos de acabar com esses feriados do Judiciário. Nós temos que realmente, e eu já falo sempre: acabar com as férias em dobro do Judiciário. Mas não mediante chantagem, com uma reflexão clara nossa. É como se dissessem assim: ‘Se vocês se comportassem, a gente não publicaria isso. Mas, como vocês não estão se comportando [...]’ Não dá; num regime democrático, isso não se pode fazer. Veja, e eu falo com a autoridade de quem vem falando isso há muito tempo, temos de acabar com esses penduricalhos, com essas férias em dobro, com o auxílio moradia, o diabo. Falo com a autoridade de quem passou pelo Eleitoral agora recentemente e acabou com 400 Zonas Eleitorais. Os senhores sabem que isso significa ‘dindim’, dinheiro para promotor, dinheiro para juiz. Muito difícil de se fazer, porque entendi que era para se fazer assim.

Mas é preciso, um pouco, acabar essa mídia opressiva que se tem feito. Fez-se ontem um festival no Jornal Nacional, querendo provar minha incoerência. Os senhores verão que não tem incoerência alguma, senão responsabilidade com o País, responsabilidade institucional.

Talvez nesse episódio de intensa manipulação de fluxos comunicacionais, com formação de opiniões públicas intensas contra direitos e garantias fundamentais, possa-se aprender uma valiosa lição, no sentido de que “quem muito usa de sua discricionariedade”, como veio a fazer o próprio Gilmar Mendes nos sucessivos casos sobre presunção de não-culpabilidade, pode se ver um dia na posição incômoda de ser chantageado pelo uso que dela tenha feito no seu passado institucional. No caso de Gilmar Mendes, como visto, a incoerência de suas posturas institucionais parece ter se voltado contra ele, mobilizando uma forte pressão da grande mídia. Com sua pródiga inversão de entendimentos, não há dúvidas de que o próprio Gilmar Mendes contribuiu para o cenário caótico instalado em torno do direito à presunção de não-culpabilidade, o que aparentemente lhe cobrou um preço alto em 2018, em termos de respeitabilidade perante a opinião pública e as autoridades dentro do Poder Judiciário e em outros Poderes.

A ausência de casos adequadamente resolvidos no passado institucional de uma Corte parece ter influenciado nessa noção de permissividade, o que criou incentivos a que esferas públicas a pressionem por decisões populistas, como aquelas que vieram a caçar direitos fundamentais nos anos “lavajatistas”. Disso se conclui que a discricionariedade presente no modelo da tópica autorreferente pode até desonerar os membros de Tribunais de maiores responsabilidades com a integridade de seus atos por longos anos, mas quando há um interesse externo em pressionar as autoridades, essa mesma desoneração lançada como tradição de discricionariedade no exercício do poder acaba aprisionando as autoridades à força de fluxos disruptivos de opinião. Essa pressão externa de centros de formação de opinião da grande mídia, que mobilizam fluxos contrários à necessidade de manutenção da integridade do sistema de direitos, aparentemente foi decisiva nos conturbados julgamentos que envolveram as ações “lavajatistas”.

As chantagens midiáticas e fluxos deletérios de opinião em torno do desvalor de direitos e garantias fundamentais, denunciados por Gilmar Mendes em tom de desabafo no julgamento do “caso Lula”, parecem ter pesado na decisão da Ministra Rosa Weber, já que ela não se sentiu em condições de fazer o que lhe parecia correto no “caso Lula”, e suas justificativas para ser incoerente não apontavam nem para especificidades do caso nem para uma mudança de convicção autêntica – ou seja, havia ali uma discricionariedade coagida pelo ambiente institucional, que foi pressionado pela opinião pública. É importante notar que os discursos disruptivos de autoridades judiciais coagidas por contextos políticos conturbados, como aparentemente ocorreu com a Ministra Rosa Weber em 2018, podem impactar diretamente na instabilidade política do Estado, influenciando eventos de perturbação intensa da vida republicana.

A discricionariedade presente no modelo da tópica autorreferente, portanto, interfere na própria noção política de separação de poderes, e tem o potencial de colocar em crise o Estado democrático de direito, como se pôde visualizar de forma bastante clara no “caso Lula”. Aquele julgamento, sem dúvidas, influenciou diretamente na eleição presidencial de 2018. Naquela corrida eleitoral, Lula, apesar de inelegível nos termos da “Lei da Ficha Limpa”, figurava como favorito nas pesquisas de intenção de voto. Para além da questão da inviabilidade prática de sua candidatura em 2018, é fato que sua prisão abriu caminho para a ascensão do seu maior adversário político, Jair Messias Bolsonaro, que veio a se sagrar Presidente da República no conturbado processo eleitoral daquele ano.

Em tal ocasião, a intervenção judicial do STF no habeas corpus de Lula influenciou os ânimos eleitorais, e modificou as próprias perspectivas de aliança política,

capazes em tese de conferir um destino diverso à nação brasileira. Inviabilizou-se, ali, por exemplo, a própria possibilidade de construção de uma aliança de esquerdas com alguém diferente de Lula, pois o sentimento de injustiça captado daquela decisão aferrou os ânimos das bases eleitorais, o que acabou mobilizando Lula a manter sua candidatura, até que o TSE veio a invalidá-la, quando já não havia mais tempo hábil para fazer um nome de consenso entre os quadros políticos, o que prejudicou intensamente o desempenho da ala progressista naquelas eleições.

É muito grave perceber que Ministros do STF podem ceder a pressões sociais para atuarem contra direitos e garantias fundamentais, e, com isso, tornar o cenário político favorável a argumentos reacionários, tais como os mobilizados por Jair Bolsonaro em 2018. Portanto, em momentos conturbados, a influência deletéria de fluxos comunicacionais, contrapostos à discricionariedade judicial “reinante” em momentos de tranquilidade política, pode gerar jurisprudências de ocasião descomprometidas com a própria manutenção e regularidade do Estado de direito, gerando um custo político para as instituições de justiça que os juízes não eleitos não possuem condições de suportar diante de sua ausência de legitimidade para a representação social.

Reféns dessas condicionantes sazonais, que apontam para a discricionariedade de “ontem” como argumento de reivindicação da discricionariedade de “hoje”, mobilizada por sentimentos políticos atentatórios à integridade dos direitos, os juízes acabam sendo constrangidos à ruptura institucional com a imparcialidade e a coerência, mesmo quando munidos de argumentos institucionais fortes para a preservação de posições corretas sobre temas sensíveis à regularidade da própria jurisdição, como no caso da defesa a direitos fundamentais que gozam de uma força contramajoritária no sistema político de direitos.

Percebe-se, aqui, por que a discricionariedade livremente utilizada no passado institucional se torna uma ferramenta social capaz de criar condições para pressões disruptivas em torno desses direitos quando inimigos sociais de ocasião são mirados pelo poder político disperso da opinião pública, como ocorreu contra Lula após o golpe de Estado ocorrido em 2016. No caso da Ministra Rosa Weber, percebe-se a força dessa manipulação. Havia em seu discurso um claro incômodo com a condição de voto de minerva em que ela se viu colocada, a partir da “manobra de pautas” de Carmen Lúcia e da antecipação de voto de Gilmar Mendes.

Rosa Weber (BRASIL, 2018), aliás, fez questão externar no julgamento do “caso Lula” que estava decidindo em sentido contrário às suas convicções. Por essa razão, ela renunciou que deveria voltar a debater a questão no futuro, quando viessem a julgamento as ações declaratórias de constitucionalidade do art. 283 do CPP. Como visto, essa condição

precária de convicção do voto de Rosa Weber motivou, inclusive, a discussão plenária sobre o suposto sentido objetivo daquele julgamento de 2018, tudo aparentemente arquitetado para convencer Rosa Weber de votar, já ali, no sentido da inconstitucionalidade da prisão para cumprimento antecipado da pena.

Naquele contexto de profunda pressão, Rosa Weber disse expressamente:

[...] tendo integrado a corrente minoritária neste Plenário quanto ao tema de fundo, passei a adotar, nesta Suprema Corte e no exercício da jurisdição eleitoral, no TSE, a orientação hoje prevalecente, de modo a atender não só o dever de equidade que há de nortear, na minha visão, a prestação jurisdicional – tratar casos semelhantes de modo semelhante (*treat like cases alike*) – mas também, como sempre enfatizo, o princípio da colegialidade que, enquanto expressão da exigência de integridade da jurisprudência, é meio de atribuir autoridade e institucionalidade às decisões desta Casa, conforme explanei anteriormente. Nessa linha de raciocínio, e sendo prevalecente neste Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a execução provisória ‘de acórdão penal condenatório proferido em julgamento de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal’ - tese consagrada por este Plenário em 17 de fevereiro de 2016, ao exame do HC 126.292/SP, da relatoria do querido e saudoso Min. Teori Zavascki (DJe de 17.5.2016), reafirmada em 05.10.2016 também por este Plenário quando do indeferimento das medidas cautelares requeridas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, da relatoria do Min Marco Aurélio, e mais uma vez em 10.11.2016, sob a sistemática da repercussão geral, no ARE 964.246-RG/SP, também da relatoria do Min. Teori Zavascki, no Plenário Virtual (DJe 25.11.2016), quando reafirmada a jurisprudência dominante, não tenho como reputar ilegal, abusivo ou teratológico, acórdão que, forte nesta compreensão do próprio Supremo Tribunal, rejeita a ordem de habeas corpus, independentemente da minha posição pessoal quanto ao tema de fundo e devidamente ressalvado o meu ponto de vista a respeito, ainda que, repito, o Plenário seja sem dúvida o locus apropriado para revisitar tais temas. Hoje, todavia, não estão em julgamento as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, nas quais, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o tema se põe - no mérito ainda pendente de apreciação por este Plenário -, diante do pedido de declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP [...]. (BRASIL, 2018, grifo nosso).

Percebe-se que Rosa Weber empreende em seus argumentos uma tentativa de defesa de uma noção exótica de coerência e equidade, tal como se ela estivesse sem alternativas e tivesse que emprestar “um quê de neutralidade” ao seu posicionamento naquele julgamento. Contudo, ali não houve nada de neutro ou imparcial, já que ela própria sabia que o mesmo direito em discussão seria reconhecido mais amplamente na página seguinte da história, naquele mesmo Plenário.

A magistrada estava visivelmente constrangida ao manifestar sua posição antagônica naquela votação, porquanto desprovida de fundamentos sólidos para justificar o injustificável. Sua recalcitrância era inegável, tanto que concluiu o seu discurso avisando aos pares que não compactuaria mais com aquela posição em um futuro bem próximo, nos

seguintes termos:

Senhora Presidente, enfrente este habeas corpus nos exatos termos como fiz todos os outros que desde 2016 me foram submetidos, reafirmando que o tema de fundo, para quem pensa como eu, há de ser sim revisitado no exercício do controle abstrato de constitucionalidade, vale dizer, nas ADCs da relatoria do Min. Marco Aurélio, em que esta Suprema Corte, em atenção ao princípio da segurança jurídica, em prol da sociedade brasileira, há de expressar, como voz coletiva, enquanto guardião da Constituição, se o caso, outra leitura do art. 5º, LVII, da Lei Fundamental. Tal preceito, com clareza meridiana, consagra o princípio da presunção de inocência, ninguém o nega, situadas no seu termo final – o momento do trânsito em julgado - sentido e alcance, pontos de candentes divergências, as disputas hermenêuticas. ACOMPANHO, POIS, NO ÂMBITO DESTES HABEAS CORPUS, O RELATOR, a quem renovo minhas homenagens, DENEGANDO A ORDEM. É COMO VOTO, PRESIDENTE. (BRASIL, 2018, grifo nosso).

A afirmação ambígua do voto da Ministra Rosa Weber exemplifica de modo contundente por que a discricionariedade fundada no modelo da tópica autorreferente pode operar em um nível de ambivalência procedimentalmente incontrolável. Em certos casos essa discricionariedade opera como justificativa geral de abstenção, centrada na ideia de disciplina judiciária, para em outras ocasiões ser resgatada por juízos de conveniência e oportunidade, não contrastados por deveres mais imediatos de integridade política, até por que os discursos do passado deixam de ser comparáveis em termos procedimentais com o discurso do presente, ante a perda de referência dos casos de aplicação como comunicação de um enredo em cadeia (DWORKIN, 2014, p. 275-279).

Com isso, a definição dos direitos perpassa um critério íntimo e insondável (intensamente suscetível à manipulação externa por atores políticos e fluxos comunicacionais dispersos), fazendo com que juízes decidam de forma ilegítima quando é conveniente ou não ser coerente, o que esvazia o próprio sentido de coerência, pela perda de referência da imparcialidade no modo de decidir. Não há nada no discurso da Ministra Rosa Weber que explique de modo convincente as razões pelas quais ela estava juridicamente constrangida, naquele julgamento proferido em 2018, a mudar de convicção para aderir a um entendimento com o qual ela não concordava, desde a sua origem em 2016. As razões do seu voto e as conjunturas que cercaram aquele julgamento demonstram de forma inequívoca que o entendimento fixado em 2016 já era minoritário naquela Corte.

Por outro lado, a alusão às ações declaratórias de constitucionalidade como “locus” adequado à ruptura com a “jurisprudência natimorta” de 2016 inseriu no discurso de Weber uma discricionariedade sem qualquer justificativa de imparcialidade, esvaziando por completo o sentido de sua alegada coerência no modo de decidir. Ao contrário disso, o aceno de Rosa Weber à “ruptura oportuna” demonstra claramente que ela não “abriu mão” da

discricionarietà em 2018, mas foi compelida a votar em sentido contrário à sua convicção. Esse é um risco inerente à discricionarietà da tópicã autorreferente, já que, desviada a decisão da dimensão situacional dos casos, a jurisdição sofre com pressões políticas desproporcionais em momentos conturbados da vida política, como ocorrido no Brasil durante o “lavajatismo”. Em tais ocasiões, a discricionarietà ordinariamente manifestada como “potestas absoluta” volta-se contra o próprio magistrado, e as condicionantes de fluxos comunicativos dispersos impõem a subserviência do juiz a elementos externos, incentivados pela ausência de ancoragem da jurisdição em critérios verificáveis de integridade política.

O enredo em cadeia do direito é um instrumento capaz de defender a jurisprudência dessas oscilações de ânimo protagonizadas pela opinião pública, já que na coerência dos veredictos reside um importante argumento racional de imparcialidade decisória, muitas vezes capaz de neutralizar fluxos reacionários momentâneos contra os direitos, como aquele havido no contexto “lavajatista”. Rosa Weber não tinha um argumento de integridade à sua disposição pelo simples fato de o Supremo Tribunal Federal não vir agindo com integridade no julgamento dos casos sobre presunção de não-culpabilidade.

Em suma, a tópicã autorreferente tem o potencial de inviabilizar o sentido de integridade da jurisdição coerentemente desenvolvida pela adequação discursiva nos casos de aplicação, o que torna possível, em que pese ainda injustificável, a defesa de posições judiciais antagônicas, como aquelas protagonizadas por Rosa Weber, Gilmar Mendes e Dias Tóffoli. Examinando de forma objetiva a situação, percebe-se que Rosa Weber aderiu à manobra de pautas do Plenário da Corte. Com isso, pode-se dizer que Carmen Lúcia venceu naquela ocasião, mas Rosa Weber passou longe de convencer com seu discurso de “neutralidade”, calculado a partir dos custos políticos que a sua alegada convicção poderia lhe impor momentaneamente no julgamento do “caso Lula”.

Esse episódio serve razoavelmente para demonstrar por que a conversão de discursos de aplicação em discursos de justificação ostenta uma característica perversa, ligada a contextos políticos que criam condições para rupturas jurisprudenciais não racionalizadas, o que é favorecido pela perda de referência da integridade na jurisdição. Como os oradores ordinariamente discursam para “fora do caso”, justificando abstratamente seus posicionamentos, eles se blindam de responsabilidades ao fornecerem justificativas para as mudanças de sentido dos direitos. Ocorre que, exatamente por isso, eles ficam sujeitos à força disruptiva de eventos irracionais como o “lavajatismo”, que acabam atacando ciclicamente a regularidade institucional e o próprio Estado de direito.

Em síntese, a mesma facilidade com que autoridades judiciais se servem da

estrutura da tópica autorreferente para isolar suas decisões judiciais faz com que elas fiquem vulneráveis ao concurso externo da crítica de opinião pública, o que se torna especialmente problemático quando esses fluxos se desenvolvem em um sentido contrário a direitos e garantias fundamentais. Na ambivalência da discricionariedade de Rosa Weber pôde-se perceber essa condição de “quase-refém” do contexto político reacionário de 2018, contra o qual ela não teve forças para resistir no julgamento do “caso Lula”, fortemente influenciado pela opinião pública punitivista formada naquela ocasião.

Até aqui, empreendeu-se um esforço de demonstração das distorções práticas da jurisprudência firmada pelo STF a partir dos precedentes “sem caso” que habitaram as discussões plenárias daquela Corte em torno da presunção de não-culpabilidade. Com isso, foi possível perceber não só a carência de integridade desses discursos, mas também a relação deletéria entre jurisprudências “sem rumo” e o modelo autorreferente da tópica empreendida como modelo sistêmico de objetivização da jurisdição.

Como se sabe, hoje em dia a questão da presunção de não-culpabilidade encontra-se judicialmente pacificada pelo precedente firmado em 2019 no âmbito das citadas ações declaratórias de constitucionalidade n.ºs 43 e 44, as quais julgaram constitucional o art. 283 do CPP, o qual dispunha que:

Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (BRASIL, 1941).

Após isso, inclusive, o dispositivo foi alterado pela Lei nº 13.964/2019 (BRASIL, 2019), passando a prever que: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.” A partir de então, a questão da abrangência do art. 5º, LVII, da Constituição se viu abraçada por uma jurisprudência que reflete um sentido e alcance de trânsito em julgado consentânea com o sentido conferido pelo constituinte, de um “elemento fundante da culpa” no processo penal.

Nem por isso o problema criado pela jurisprudência oscilante do Supremo Tribunal Federal deixou de lançar as suas marcas no sistema constitucional de direitos. Tanto assim que existe uma proposta de emenda à Constituição (PEC nº 119/2019) que tramita no Congresso Nacional com a finalidade de emprestar nova conformação ao direito à presunção de não-culpabilidade. Por meio da redução de recursos, pretende-se permitir o cumprimento da pena em segundo grau, pela da antecipação formal do trânsito em julgado no processo.

Embora o sentido de cláusula pétrea da garantia fundamental imponha restrições inarredáveis às tentativas de limitação do alcance do art. 5º, LVII, da Constituição, o processo político, como se sabe, tem essas vias transversas de submeter o poder às oscilações de entendimento sociais, o que a jurisdição não está autorizada a abraçar. Exatamente porque os direitos valem discursivamente enquanto prática continuada de um sentido racional, as oscilações políticas de entendimento dos magistrados devem estar abaixo da noção de integridade no sistema de direitos, o que apenas uma estrutura de casos concretos bem resolvidos é capaz de proporcionar, por intermédio dos seus mecanismos procedimentais de avaliação da legitimidade dos atos jurisdicionais.

Contudo, para o alcance de uma estrutura discursiva voltada integralmente à imparcialidade e coerência do procedimento de aplicação, é preciso compreender a fundo as condições processuais sob as quais opera a tópica autorreferente, o que envolve compreender as jurisprudências defensivas que possibilitam o abandono discursivo dos casos. O capítulo seguinte irá abordar essa questão, para demonstrar que a tópica atrelada à hermenêutica crítica não pode se desenvolver pela lógica autorreferente até aqui verificada no STF.

3 A ESTRUTURA PROCESSUAL DA TÓPICA AUTORREFERENTE NAS CORTES SUPERIORES: O DESVIO METODOLÓGICO DO POSITIVISMO JURÍDICO NO CASO BRASILEIRO

3.1 A jurisprudência defensiva que sufoca o contraditório judicial no âmbito das Cortes superiores brasileiras

Quando se estabelece uma crítica aos mecanismos da tópica autorreferente presentes na dinâmica de trabalho das Cortes superiores, deve-se ter em mente as jurisprudências defensivas que mitigam o contraditório nesses espaços judiciais. São essas jurisprudências defensivas que formatam, em grande medida, o conjunto de aspectos processuais que limitam a liberdade de argumentação em Tribunais superiores. Essas jurisprudências projetam limitações às condições de processamento das causas, por justificativas sistemáticas que alçam as Cortes superiores à condição de “instância uniformizadora de jurisprudência”.

A primeira questão que se coloca como algo problemático nesse modelo é a própria inadequação da função política de uniformização, que reduz a capacidade cognitiva dos magistrados no exercício de competências voltadas à apreciação dos “recursos de natureza extraordinária”³⁷. Aqui, há uma tendência dogmática à identificação da “jurisdição extraordinária” como algo distinto da resolução adequada de conflitos individuais, convertendo-se precedentes em simulacros teóricos, guiados por um devir sistêmico³⁸ de natureza objetivista. Com essa configuração, as jurisprudências em Cortes superiores são

³⁷ Todo Tribunal possui competências originárias e recursais. Entre as competências recursais, existem aquelas que se direcionam à revisão ordinária da cognição exercida em um nível inferior de jurisdição, bem como aquelas direcionadas à intervenção extraordinária no feito. Na primeira modalidade, o efeito do recurso é devolutivo e translativo, pelo que toda matéria de defesa (apreciada ou não) é devolvida à instância revisora, assim como questões preliminares e prejudiciais, que podem ser suscitadas inclusive de ofício. Já na segunda modalidade, dita extraordinária, apenas as questões já apreciadas pela instância inferior são passíveis de reapreciação, o que traduz um corte sensível na dinâmica de pretensões recursais, porque nem sempre o que se demandou na instância inferior é adequadamente tratado no discurso que resolveu a disputa, criando-se um embaraço em Cortes superiores à veiculação de questões tidas por essenciais pelas partes. A via de acesso aos debates negligenciados por instâncias inferiores é a disciplina das nulidades processuais, o que também está sujeito ao juízo discricionário das Cortes superiores, que julgam a relevância das ocorrências processuais, segundo uma métrica de prejuízo que não se encontra sob o controle imediato dos sujeitos participantes, já que submetida à racionalidade técnica que é instrumentalizada pelo operador, projetando-se como facticidade contra as partes que manejam o contraditório.

³⁸ O uso da expressão “sistêmico” aqui aponta para a razão instrumental, que fornece justificativas teleológicas (de meios a fins) que se sobrepõe à racionalidade comunicativa da própria decisão que se pretende válida e legítima. Sobre a relação entre o pensamento sistêmico, que tende a selecionar problemas adequáveis ao dogma e, em sentido inverso, do enfoque do pensamento aporético na seleção de sistemas adequados ao problema colocado à reflexão, confira Viehweg (1979, p. 34-35).

compreendidas como paradigmas conceituais que se traduzem por “teses jurídicas vinculantes”, as quais se projetam por uma jurisdição autônoma, que se dissocia das singularidades dos casos concretos.

A tarefa das Cortes superiores seria, então, promover a uniformidade abstrata de sentidos normativos, por um apelo sistêmico à segurança jurídica. Não se busca com isso respostas adequadas a sinais específicos de aplicação, mas parâmetros gerais de normatividade, supostamente fornecidos por discursos de justificação. Na Justiça Comum, o recurso especial cumpre esse papel, ao passo que na Justiça do Trabalho é o recurso de revista. Já no Supremo Tribunal Federal, essa jurisdição excepcional é exercida por meio da figura do recurso extraordinário, que opera o controle de constitucionalidade difuso das normas³⁹.

O que há de comum nos diferentes Tribunais quando exercem tais competências recursais de natureza extraordinária é a estrutura autorreferente da tópica que guia a abordagem discursiva evasiva dos casos. Isso sufoca o contraditório exercido nesses espaços judiciais, já que não se insere de um modo central no procedimento de aplicação as nuances da situação de aplicação, mas sim questões teóricas amplamente manipuláveis pela discricionariedade judicial, porquanto não constrangidas imediatamente por um critério verificável da imparcialidade da decisão. Portanto, a expressão “jurisdição extraordinária”, ligada à noção de “uniformização”, significa, na prática, uma tentativa de catalogar jurisprudências estáticas, utilizando-se um método abstrativo de justificação que negligencia as complexidades dos casos individuais levados à apreciação do Poder Judiciário⁴⁰.

O caso, aqui, é relativizado em prol das jurisprudências defensivas, o que possibilita a negligência discursiva em torno de características especiais da situação de aplicação. Tal negligência culmina em decisões guiadas por uma metodologia de recuperação

³⁹ Essa dinâmica tópico-autorreferente, por razões óbvias, também se estabelece no controle concentrado de constitucionalidade das normas, já que a estrutura abstrata das ações concentradas prescinde de casos reais de aplicação para a sua instauração e desenvolvimento. Atualmente, há três tipos distintos de ações desse tipo no ordenamento pátrio: as ações diretas de inconstitucionalidade (ADI), as ações declaratórias de constitucionalidade (ADC) e as arguições de descumprimento de preceito fundamental (APDF).

⁴⁰ A noção de abstração e objetividade é tão forte na jurisprudência das Cortes superiores que chega a operar como argumento decisório para a negação de direitos nos debates judiciais. Nos casos examinados pela pesquisa, tem-se pelo menos duas alusões à estrutura tópico-autorreferente como fundamento para negar direitos. Primeiro no precedente de 2016, quando Teori Zavascki justificou o resgate da jurisprudência de 1991 sobre prisão antecipatória na noção de “imutabilidade do juízo de formação da culpa após o segundo grau”, referindo-se exatamente à jurisprudência defensiva de vedação à revisão de fatos e provas como indício da impossibilidade de revisão dos casos em instâncias superiores (BRASIL, 2016). Também Gilmar Mendes fez uma alusão pontual à estrutura objetiva dos casos em Cortes superiores, ao tentar convencer a Ministra Rosa Weber de que o julgamento do “caso Lula” em 2018 antecipava a discussão sobre a constitucionalidade do art. 283 do CPP, em que pese a manobra empreendida por Carmen Lúcia, ao trazer o habeas corpus à pauta antes das ações de controle concentrado sobre o tema (BRASIL, 2018).

dogmática de conceitos jurídicos, desatrelada da dimensão singular do caso presente. Por esse apelo à objetividade, as jurisprudências defensivas embasam uma atuação opaca das Cortes superiores, que não reflete a adequação discursiva, porque promove a conversão dos discursos de aplicação em discursos de justificação.

Nesse cenário, lançam-se precedentes com teses gerais sobre os direitos, em lugar de respostas corretas para casos específicos. Isso privilegia jurisprudências que buscam a antecipação de resultados normativos, e não a estabilização de expectativas sociais, já que a dimensão situacional do caso, que inaugura o conflito de entendimento, é negligenciada em prol de um conjunto de abstrações autorreferentes que operam a norma como critério dissociado da situação de aplicação.

Contudo, operando por esse modelo de abstração conceitual, sem parâmetros claros de verificabilidade da adequação discursiva, os Tribunais criam jurisprudências deficitárias em termos de imparcialidade e coerência, já que a integridade do corte de jurisdição está intimamente ligada ao enfrentamento integral dos aspectos situacionais da aplicação. O caso é o cercamento linguístico que torna o discurso de aplicação um veículo competente na tarefa de dissuasão de conflitos, pelo que negligenciar essa dimensão de ancoragem analítica converte a aplicação em um ato discricionário.

Com isso, projeta-se uma ilegitimidade estrutural no discurso prático da autoridade, pois o abandono do caso promove a perda da referência procedimental da validade do caminho de construção dos precedentes. A jurisprudência defensiva, portanto, promove um distanciamento entre o discurso judicial e a referência de imparcialidade que valida a decisão, o que coincide com o fato de a autoridade judicial não se associar ao dever de enfrentamento integral do contraditório.

É importante notar que essa dissociação da situação do caso aporta na decisão judicial uma perda da “dimensão de princípio” do procedimento de aplicação, já que o discurso deixa de ser guiado por padrões de argumentação que recordam o peso das normas-princípio em casos anteriores, retirando-se mecanismos de imparcialidade na comparação entre casos singulares. É dessa maneira que se poderia desenvolver uma teoria concreta sobre a integridade dos direitos, mas na tópica autorreferente isso é enturvecido, pois a apropriação do histórico de efeitos da norma projeta-se como simples facticidade no presente, sem parâmetros procedimentais de validação atual.

O abandono do conflito individualizado, então, converte a função dos juízes de Cortes superiores em uma pretensão dogmática de encerramento sistêmico da interpretação. E isso se dá por uma justificação política de uniformidade, a qual, todavia, sequer é realizada, já

que os dogmas são constantemente superados por novos discursos de justificação, como observado nos casos aqui examinados. Daí, os sentidos atribuídos à norma operam sem a necessária condição situacional de revalidação permanente, e podem ser rompidos mesmo em circunstâncias análogas às anteriores, instaurando-se um procedimento profundamente incoerente na jurisprudência.

Essa incoerência sistêmica é fruto da tópica autorreferente, que, desde a fixação do paradigma, não ancora o discurso judicial em uma estrutura analítica de casos concretos bem resolvidos, o que facilita a ruptura de sentidos em eventos posteriores de aplicação. Na tópica autorreferente, em lugar de se justificar a mudança por um princípio de imparcialidade situado por novos casos singulares (o “distinguishing”), realizam-se rupturas com base em elementos de convicção íntima, por meio de novos discursos abstratos. Nesse cenário, a mudança de jurisprudências coincide constantemente com uma mudança de ânimos sociais idealizados pela autoridade, projetando-se antagonismos político-teóricos na definição dos direitos.

Por meio desses antagonismos, as decisões ocasionais podem ser tanto disruptivas como restaurativas. Um exemplo de decisão disruptiva foi demonstrado pelo precedente de 2007 da Segunda Turma do STF (BRASIL, 2007), denominado de “suspiro garantista de Mendes”, em que se decidiu aquele caso em um sentido inovador com relação ao precedente plenário de 1991, ainda vigente. Já um exemplo de decisão restaurativa pode ser colhido do precedente plenário de 2016 do STF (BRASIL, 2016), relatado pelo Ministro Teori Zavascki, o qual revalidou a jurisprudência de 1991 (BRASIL, 1992) sobre o tema.

Percebe-se, assim, que na dinâmica da tópica autorreferente das Cortes superiores o centro da racionalidade discursiva não é o problema de aplicação, pois o discurso se evade da resolução imediata dos casos, e isso representa um desvio metodológico do positivismo jurídico que fundamenta as práticas dogmáticas das próprias Cortes brasileiras. A teoria positivista vem embasando o saber jurídico nacional desde a primeira metade do século XX, pelo que a revelação da incompatibilidade entre a tópica autorreferente e o seu pressuposto filosófico demonstra uma ilegitimidade sistêmica que afeta imediatamente a jurisdição em Cortes superiores.

O modelo abstrato de jurisdição, portanto, insere no modelo de práticas judiciais um elemento de crise paradigmática permanente, caracterizada por esse desvio metodológico do positivismo, visto que a discricionariedade discursiva dos juízes em Cortes superiores não é guiada à resolução imediata de casos difíceis, mas sim à projeção teórico-abstrata de conceitos jurídicos indeterminados. Isso oferece um protagonismo excessivo aos agentes

políticos do Poder Judiciário, que são desprovidos de poderes de representatividade, e, por isso mesmo, não possuem legitimidade para agir em nome da sociedade, tal como os legisladores. Nesse sentido, o desvio metodológico dos casos também é extremamente problemático para o Estado democrático de direito, pois atrela a discricionariedade judicial a algo distinto da resolução de disputas individualizadas sobre direitos, convertendo o Poder Judiciário em uma espécie de “centro legislativo” distinto do Parlamento.

Percebe-se, então, por que o devir sistêmico de objetividade abstrativa da interpretação judicial projeta na jurisdição uma função política de antecipação de resultados, o que é incompatível com a tarefa construtiva dos precedentes – gênese da hermenêutica crítico-discursiva proposta por autores como Dworkin (2010, 2014, 2019, 2020), Habermas (1989, 2019, 2020) e Günther (1993, 2011). Segundo essa versão, as jurisprudências são convertidas em catálogos de regras abstratas, o que é exemplificado pela cultura corrente de súmulas em Tribunais superiores. Os catálogos, por sua vez, são utilizados em instâncias inferiores como mecanismos de imputação de analogias arbitrárias, que produzem novos desvios metodológicos dos casos, por meio da seleção arbitrária de sinais característicos de aplicação.

Desse modo, a jurisdição se conduz por uma dinâmica de tópica autorreferente que se reproduz no sistema judicial, prejudicando o tratamento adequado das novidades intermináveis presentes em casos atuais. Isso isola a decisão da concretude situacional, o que retira da jurisdição a condição autêntica de uma expressão performativa da justiça concretizável “aqui e agora”. E esse isolamento discursivo promove uma estruturação orgânica da tópica autorreferente, que tenta prevenir conflitos antecipando interpretações sobre os direitos, mas não fornece justificativas adequadas sobre a imparcialidade na aplicação, dado que o intérprete judicial não assume discursivamente a distinção entre a dimensão de justificação da norma e a sua aplicação adequada a casos, tal como preconizado pela teoria de Günther (1993, 2011).

Os precedentes “sem caso” anulam a distinção entre justificação e aplicação, fazendo com que a aplicação seja permanentemente colonizada por discursos abstratos de fundamentação da lei geral, o que promove a retroalimentação das premissas estruturais da tópica autorreferente de jurisdição, dissociando-se as práticas judiciais de critérios verificáveis de coerência argumentativa. Assim, o sistema fixa jurisprudências empobrecidas em termos de sinais característicos de aplicação, e isso dificulta a posterior profusão de entendimentos estáveis sobre a norma. É que a ausência de elementos referenciais de integridade nos discursos de justificação transforma os precedentes em veículos comunicacionais pouco habilitados à estabilização de expectativas sociais, dada a emergência constante de novas

complexidades situacionais.

Percebe-se, portanto, que, quando os sinais característicos da aplicação são negligenciados na fixação de precedentes, sua ausência acaba impactando na viabilidade da reprodução de um sentido uniforme e coerente em casos posteriores. Por outro lado, como é a distinção situacional entre casos que justifica a ruptura legítima com precedentes, ao se perder essa referência discursiva perde-se a própria legitimidade do discurso, que opera como justificção antagonica ao histórico de efeitos da norma. Trata-se de um ciclo vicioso, no qual a perda de ancoragem analítica da dimensão situacional na fixação do precedente culmina com a fragilidade das teses lançadas como veículo comunicacional da compreensão normativa.

Com isso, resultados normativos antagonicos deixam de ser justificados por sinais especiais de aplicação, e essa ausência de justificativas imparciais projeta no discurso incoerências. Nesse estado de descolamento situacional, os precedentes são lançados contra um “sem número” de pretensões potencialmente distintas, o que ocorre sem referências às distinções que caracterizam as singularidades das novas situações de aplicação. Converte-se, então, a jurisdição em um solipsismo esclarecido de juizes, projetando-se uma discricionariedade expansionista que supera o decisionismo positivista, que é justificado como método integrativo em casos difíceis. Essa é uma característica indissociável da tópica autorreferente, pois, pelo desvio metodológico da situação de aplicação, promove-se a liberação da discricionariedade de amarras discursivas mais imediatas, como são o caso e as próprias normas positivadas pela legislação.

O habeas corpus relatado por Eros Grau no STF em 2009 exemplifica bem essa questão (BRASIL, 2010). Ali, apesar de o magistrado alegar que a jurisprudência de 1991 sobre a presunção de não-culpabilidade só poderia ser fruto de uma conveniência dos magistrados, ele apontou o dedo para a discricionariedade de seus antecessores, mas, ao mesmo tempo, deixou de observar a sua própria discricionariedade. Como já se referiu no item 2.3, ao alegar razões de hipossuficiência econômica como justificativa para a ruptura com a decisão de 1991, Eros Grau não justificou porque o seu argumento seria relevante em um caso no qual o paciente era um fazendeiro com posses – não hipossuficiente, portanto. O argumento econômico, aqui, nem mesmo parecia adequado para justificar direitos como o devido processo legal e a ampla defesa, mas, uma vez utilizado, deveria ter relação com o caso julgado, por uma questão de integridade (demonstração do critério de igualdade de consideração e respeito que o argumento fornece à discussão concreta do direito em debate).

O descolamento situacional do seu discurso, portanto, demonstra a incoerência

entre o discurso de justificação proferido e o caso de aplicação da norma. Ou seja, percebe-se que a discricionariedade de Eros Grau também era veiculada por um juízo de conveniência, e não por uma dimensão concreta de aplicação. O exemplo serve para demonstrar que a estrutura do caso judicial vem sendo renegada sucessivamente pelo STF na história de aplicação do art. 5º, LVII, da Constituição Federal. A tópica autorreferente que domina o espaço judicial do Supremo Tribunal Federal aparentemente vem desertificando os precedentes em termos situacionais, o que no caso da jurisprudência sobre a presunção de não-culpabilidade marca toda a trajetória de decisões plenárias do STF sobre o tema. Na tópica autorreferente, mesmo a limitação imposta pela discricionariedade positivista é rompida, pois a jurisdição é exercida por discursos de justificação, que deixam de conferir igualdade de tratamento para os sujeitos de direito.

A igualdade de tratamento, é importante referir, não se confunde com uniformidade estática de sentidos, pautada por “cálculo e previsibilidade” (WEBER, 2004, p. 142-153), pois a prática de rupturas com precedentes na tópica autorreferente destrói toda pertinência atribuída à função teleológica da norma objetivada dogmaticamente como súmulas ou teses teóricas. Ou seja, o antagonismo com que a jurisdição rompe com seus próprios precedentes nega no campo empírico a justificativa teórica atribuída para arbitrar direitos por súmulas e teses. Igualdade de tratamento, em verdade, pressupõe o enfrentamento integral dos casos de aplicação, dado que é ao tratar os destinatários da norma com igual consideração e respeito no debate judicial que se desenvolve, pelo devido processo legal, um procedimento de aplicação cercado por parâmetros discursivos que estabelecem a condição de igualdade entre sujeitos.

Essa condição de igualdade, portanto, depende do tratamento igualitário conferido ao próprio contraditório, o que não coincide com uma maratona jurisprudencial de repetição acrílica dos dogmas abstratos fixados por precedentes “sem caso”. É a negligência aos casos de aplicação que diminui a competência discursiva atrelada às jurisprudências sem rumo, como se viu pelo recorte de casos examinados pela pesquisa. Por essa razão, é no retorno integral ao caso que reside a saída procedimental para o problema da jurisdição fundada na tópica autorreferente.

Em síntese, como a dinâmica evasiva dos casos não permite que o contraditório se converta em condições reais de igualdade pelo processo, tampouco a semântica abstrativa dos conceitos permite a uniformidade de sentidos, percebe-se, ao final, que o argumento sistêmico que fornece a justificativa política para o modelo da tópica autorreferente (a segurança jurídica) projeta uma falácia institucional repetida insistentemente. Os chamados “sentidos

uniformes” da interpretação são constantemente negados pelas oscilações de entendimento das autoridades, o que se mostrou nas sucessivas inversões de entendimento de Gilmar Mendes sobre a presunção de não-culpabilidade.

Episódios como esse de antagonismo teórico-político das jurisprudências retiram da jurisdição extraordinária a sua condição de legitimidade, a qual é fundada no argumento político de uniformidade de sentido que sustenta a defesa da tópica autorreferente nas Cortes superiores. Se compreendida a amplitude do conceito de igualdade de tratamento presente na noção de integridade do direito, é possível perceber a fragilidade dessa noção semântica de uniformidade de sentidos. A igualdade de tratamento é um conceito procedimental que projeta nos discursos de aplicação uma tarefa indelével de dissuasão integral das singularidades das situações de aplicação, de modo a comprovar, caso a caso, a imparcialidade e a coerência dos cortes de jurisdição.

Logo, uma vez materializada a dinâmica da tópica autorreferente, que desonera os juízes da necessidade de enfrentamento integral da pauta de debates agendada pelo contraditório, gera-se uma ilegitimidade sistêmica do direito que flui pelas Cortes de justiça, porquanto insensibilizado por situações singulares de aplicação. São essas situações de aplicação que reclamam um tratamento adequado por parte da autoridade judicial, e que justificam a própria tarefa interpretativa atribuída à jurisdição, o que não se confunde com a fixação de normas abstratas, mas sim com a concretização adequada de normas gerais já existentes.

Visualizada a questão do sufocamento do contraditório em Cortes superiores, por meio da cultura de uniformização de sentidos presente na noção de “jurisdição extraordinária”, torna-se relevante analisar algumas das jurisprudências defensivas que estruturam a tópica autorreferente nesses espaços judiciais. Para isso, irão ser enfocadas duas jurisprudências centrais nesse modelo de jurisdição, quais sejam: a “vedação à revisão de fatos e provas” e o requisito processual do “prequestionamento”.

3.2 O problema estrutural da jurisprudência defensiva que veda a revisão de fatos e provas nas instâncias superiores: como julgar adequadamente aquilo que não se conhece em um caso judicial?

A prática da jurisdição extraordinária nas Cortes superiores, como foi enfatizado acima, é permeada por uma série de dogmas de compreensão processual que restringem a cognição dos casos concretos nas chamadas “instâncias de uniformização”. Ocorre que para o

processo judicial funcionar como arena discursiva, vocacionada à construção de sentidos normativos coerentes com a comunidade política de princípios, parece ser indispensável repensar esse modelo de jurisdição. É que, pela hierarquia judicial, é nas instâncias finais de apreciação da causa que as narrativas judiciais ganham definitividade, pelo que é ali que se confere o resultado final da intervenção judicial em conflitos individualizados pelo caso.

Como se tentou enfatizar na parte final do tópico anterior, a procedimentalização da integridade na jurisprudência não se confunde com estática de sentidos normativos. Situacionalmente, a aplicação da norma é objeto de validação pelo critério procedimental adotado como condição de legitimidade discursiva, e não pela repetição dogmática do histórico de efeitos da norma. Os sujeitos de direito veiculam pretensões de modos distintos em cada caso, e isso deve sensibilizar a narrativa judicial, dando-se ao contraditório um lugar de destaque na avaliação da coerência que marca a integridade da narrativa em cadeia (DWORKIN, 2014, p. 275-279) dos direitos.

A jurisdição, para que reflita igualdade de tratamento, portanto, precisa abraçar os poderes de participação dos contraditores em condições estruturais de igualdade, que materializem a equivalência jurídica perante a autoridade judicial. Como se poderá perceber neste tópico, as jurisprudências defensivas fixam restrições ao contraditório que limitam o poder de influência discursiva das partes nos debates judiciais, gerando um problema estrutural para a verificação da igualdade de tratamento.

Um dos mecanismos processuais que promove esse tipo de restrição em Cortes superiores é a chamada “vedação à revisão de fatos e provas”, o que encontra ressonância nos três principais tribunais de uniformização de jurisprudência do arranjo institucional brasileiro. No Supremo Tribunal Federal, tem-se a Súmula n.º 279 (BRASIL, 1963), que dispõe que: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. Já no Superior Tribunal de Justiça, previsão semelhante encontra esteio na Súmula n.º 7 (BRASIL, 1990), a qual disciplina que: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”. Por fim, nesse mesmo sentido, tem-se a previsão da Súmula n.º 126 (BRASIL, 1980) do Tribunal Superior do Trabalho, a qual determina ser: “Incabível o recurso de revista ou de embargos (arts. 896 e 894, "b", da CLT) para reexame de fatos e provas”.

É de se confessar que, à primeira vista, quando se lê essas súmulas, e não se tem conhecimento prévio sobre a carga exoneratória de responsabilidades hermenêuticas contida em suas prescrições, não se vislumbra o problema estruturante que ela insere na dinâmica de jurisdição extraordinária. Um leigo teria dificuldades em compreender o que seria um recurso cuja pretensão é tão somente a revisão dos fatos, ou de frações da prova, e não a revisão da

solução jurídica emprestada ao caso concreto. Isso obviamente não teria sentido, já que as demandas judiciais giram em torno dos direitos, e não das instrumentalidades processuais, pelo que são os efeitos práticos da norma de decisão que estão em disputa no curso de um processo regular. Os casos concretos, por isso mesmo, não giram em torno de meras disputas semânticas sobre conceitos jurídicos, ou sobre a interpretação desvinculada dos fatos da vida, mas sim sobre as relações de implicação dos direitos, que são problematizadas em contraditório.

Portanto, a profundidade do problema que a “vedação à revisão de fatos e provas” projeta no ordenamento é muito mais grave e abrangente do que se pode imaginar em um primeiro momento. Na verdade, ela fixa um dogma instrumental da tópica autorreferente presente em Cortes superiores. Pela simplificação dos casos converte-se a tarefa hermenêutica nessas Cortes em uma função abstrata de projeção de sentidos normativos, impossibilitando-se processualmente a revisão das balizas fáticas e probatórias do caso, o que materializa a jurisdição evasiva do enfrentamento integral dos sinais característicos de aplicação das normas, pela negligência de seus aspectos singulares. Instala-se, assim, um modelo de jurisdição que não se guia por um princípio geral de argumentações de adequação, exatamente porque a dimensão situacional de aplicação é turbada pela seletividade arbitrária do contraditório, o qual é estabilizado no segundo grau, pois as Cortes superiores “não revisam os casos”.

Segundo essa estruturação do processo judicial, as primeiras instâncias fornecem ao caso um corte de jurisdição impenetrável, guiado por poderes gerais de direção do processo, por juízes de instância inferior que instruem a causa. Daí em diante, instala-se uma fonte de discricionariedade incontrastável pelo contraditório, já que se converte livre convencimento em poder ilimitado de agenda dos debates judiciais. Isso esvazia a liberdade de postulação que caracteriza a promoção de um contraditório livre pelas partes. Com essa configuração da jurisdição, os contraditores deixam de contar com a certeza de que possuem um direito de haver respostas judiciais em conformidade com os casos formulados.

A liberdade de agendamento do debate é transferida para a autoridade judicial, que seleciona os sinais característicos da situação de aplicação que lhe parecem mais relevantes, relativizando-se o poder de influência dos argumentos manejados pelos contraditores. Essa estrutura que reduz os poderes de agendamento livre dos debates é extremamente problemática, pois é exatamente a singularidade situacional dos casos que ancora critérios verificáveis de imparcialidade na decisão, de modo que esvaziar o poder de agenda significa minar o poder de influência do contraditório.

Portanto, a manipulação dos contornos fático-probatórios dos casos promove a possibilidade de manipulação do próprio sentido das pretensões externadas em juízo. Nesse cenário, a jurisdição passa a operar segundo juízos de conveniência que enaltecem certas alegações, em detrimento de outras. Isso facilita, por exemplo, a reprodução acrítica de lugares comuns, pois o discurso de justificação da norma opera sem deveres imediatos de adequação situacional a casos singulares. O caso é retirado do centro da racionalidade discursiva do ato judicial por esse selecionamento prévio do contraditório manifestado pelas partes, condicionando-se o discurso judicial a premissas autorreferentes que criam um problema de interpretação diferente daquele proposto pelos contraditores ao formularem o caso.

Percebe-se, assim, que, em diferentes níveis de relatividade, quando a resposta judicial desconsidera o caso em sua singularidade, é inviável sondar a legitimidade do corte de jurisdição, e, por isso mesmo, torna-se inviável falar em igualdade de tratamento pela jurisdição, dada a perda referencial da imparcialidade no procedimento de aplicação. Nesse formato, projeta-se uma jurisdição fundada em discursos de justificação, que enfocam primordialmente argumentos gerais de validade da norma, em lugar do enfrentamento detido das situações de aplicação que problematizam o histórico de efeitos da norma enquanto conhecimento abstrato.

Como dito, essa distorção de enfoque discursivo vem debilitando no caso brasileiro a racionalidade dos atos judiciais, pela perda do sentido de justiça concreta dos cortes de jurisdição. Com a seletividade de contraditórios, portanto, cristaliza-se uma estrutura processual que privilegia a dinâmica da tópica autorreferente, em lugar de uma jurisdição aberta ao diálogo construtivo com as partes.

O sistema da tópica autorreferente, então, conta com uma dupla contingência de agendamento judicial dos debates. À primeira mitigação do contraditório, promovida nas instâncias ordinárias de primeiro e segundo graus pelos chamados “poderes diretivos do processo”, é somada uma superestrutura processual em Cortes superiores, que se vale de jurisprudências defensivas como a “vedação à revisão de fatos e provas” para estabilizar o sentido da demanda estabelecido até o segundo grau. Isso se dá sem maiores preocupações com as frações de contraditório negligenciadas até aquele momento pela jurisdição, o que torna a participação nos debates algo incerto e não vinculativo do discurso judicial que decide a demanda.

É importante perceber nesse cenário que, ao “não revisarem os casos”, as Cortes superiores se negam, na verdade, a enfrentar integralmente a real complexidade da dimensão

situacional de aplicação das normas. Essa negação, portanto, posiciona os órgãos jurisdicionais em um estado de discricionariedade cercado por elementos dispersos de pressão social, o que permite ora a reprodução acrítica de precedentes, ora a sua superação desvinculada de contextos íntegros de aplicação, por meio de discursos de justificação que se projetam no lugar de soluções adequadas a casos atuais.

Por isso, a vedação à revisão de fatos e provas reduz sensivelmente o papel do contraditório nas Cortes superiores, já que se soma aos poderes institucionais de agendamento dos debates judiciais exercidos de forma discricionária desde a primeira instância pelos citados “poderes de direção processual” do juiz que instrui a causa e seleciona frações da prova e do contraditório para definir o sentido da norma em uma disputa. O problema, como se pode perceber, nasce na base, quando aspectos centrais do contraditório são negligenciados pela autoridade que instrui e julga o processo em primeira e segunda instância, mas se cristaliza nas Cortes superiores, quando elas se negam a revisar os casos.

De acordo com essa estrutura formatada para ser desviada da singularidade dos casos, o poder de agenda dos debates se concentra grandemente nas autoridades judiciais, convertendo-se a discricionariedade em instrumento permanente de sufocamento do contraditório, como visto no tópico anterior. Promove-se, assim, o soerguimento do elemento autorreferencial da tópica teórica que domina a jurisdição nas Cortes superiores brasileiras. Ocorre, nesse contexto, um fechamento deletério do discurso judicial, o que dificulta a efetiva participação dos sujeitos de direito em condições de igualdade na formação dos juízos críticos em torno das normas jurídicas.

Logo, a estrutura discursiva alienante que domina a tópica autorreferente possibilita que aspectos situacionais do caso sejam negligenciados pela autoridade judicial, sem um equivalente estrutural que confira poderes comunicativos reais de contraposição discursiva pelo contraditório, já que a rejeição a pretensões pode se dar por razões sistêmicas alheias ao caso de aplicação. Com isso, a própria possibilidade de influência discursiva na resolução adequada de casos é diminuída no curso da relação processual, em níveis incontroláveis pelas partes.

Com a restrição da relevância e vinculação judicial ao contraditório, então, privilegia-se a instalação de uma superestrutura judicial, que se manifesta como poder administrativo que subjuga os direitos de participação dos contraditores. Na distribuição adequada do poder de agenda dos debates judiciais reside um elo importante entre a singularidade dos casos e a justiça da decisão, pelo que a imparcialidade pelo procedimento de aplicação (GÜNTHER, 2011, p. 274-275) demanda esse acesso dos contraditores a poderes

comunicativos mais amplos, que influenciem imediatamente a decisão, pois nisso reside uma fração relevante da condição de integridade do ato judicial.

Percebe-se, portanto, por que a seletividade arbitrária do contraditório é um problema estrutural da maior importância, assim como por que a jurisprudência que veda a revisão de fatos e provas intensifica seus efeitos, dado que opera como estrutura processual de reprodução da dinâmica autorreferente da tópica evasiva dos casos nas Cortes superiores brasileiras. Por um lado, o embaraço que se cria com a redução do veículo comunicacional do conflito judicial retira a condição de verificação da legitimidade discursiva dos atos judiciais, e, por outro, o distanciamento entre a jurisdição e o poder comunicacional das partes promove a manutenção do modelo autocrático em vigor. Essa mistura de fatores, associada a uma forte politização dos discursos judiciais, sustenta atualmente o modelo autorreferente que guia as decisões judiciais por um caminho abstrativo de justificação. Isso, como dito, não coincide necessariamente com a adequada aplicação das normas a casos singulares, pois a tópica autorreferente abandona referências imediatas do caso, a fim de abraçar uma retórica de argumentação abstrata que se sobrepõe aos sinais específicos da situação de aplicação.

Com esse formato, a jurisdição gera problemas imediatos para a função estabilizadora do direito, pois a estabilização de expectativas pressupõe o cumprimento da condição resolutive de reciprocidade que liga “ego” e “alter” à norma jurídica, o que se legitima pelo modo imparcial com que se aplica a norma aos sujeitos de direito (GÜNTHER, 2011, p. 242). Perdida essa referência, o que vincula a sociedade ao direito passa a ser apenas a sua dimensão de facticidade, que opera como elemento de reconhecimento empírico da sua força. Contudo, para que a dominação política promovida pelo Estado se dê de uma forma legítima é indispensável o resgate constante da igualdade de tratamento que confere integridade ao sistema de direitos.

Anular o controle social sobre a agenda de debates, por meio de jurisprudências defensivas como a que “veda a revisão de fatos e provas”, cerceia a manifestação das pretensões inovadoras da comunidade em torno dos direitos, de um modo que esvazia a dimensão de pertencimento social às normas de direito. Isso, por sua vez, impacta imediatamente nas condições de legitimidade do direito, pois, não raras vezes, o contraditório se lança em um debate judicial como pretensão de validade em torno de práticas sociais inéditas, o que precisa de uma conformação jurídica em tom de integridade com a história dos direitos.

A compatibilização entre sentidos previamente constituídos e casos singulares difíceis, em muitos casos, envolve o manejo de argumentos de princípio que são contrários a

certas facticidades jurisprudenciais já estabelecidas em um enredo em cadeia. Estabilizar o método de jurisdição, por critérios processuais que negligenciam aspectos inovadores dos casos singulares, nega essa dimensão de integridade do processo de adaptação das jurisprudências. A estruturação de uma tópica autorreferente, portanto, entrega para a discricionariedade judicial um poder de decisão que deveria estar voltado para o melhor argumento em um debate judicial, de modo a identificar a tarefa de atualização do direito com um critério discursivo legítimo, tal como sugere a hermenêutica crítica abraçada como marco teórico por esta tese, à luz de autores como Dworkin (2010, 2014, 2019, 2020), Günther (1993, 2011) e Habermas (1987, 1989, 2000, 2005, 2019, 2020).

Portanto, o efeito de restrição ao contraditório promovido pela jurisprudência defensiva que veda a revisão de fatos e provas comprova empiricamente a existência de uma estrutura processual que privilegia um modelo de jurisdição formatado para ser abstrato em Cortes superiores, guiando a sua jurisdição por uma tópica autorreferente refratária à reflexividade crítica do contraditório. Esse modelo precisa ser problematizado, pelos motivos acima expostos, a fim de se promover um resgate do caso judicial enquanto estrutura de reconhecimento da validade dos recortes de jurisdição, emulando-se, conseqüentemente, critérios de adequação discursiva que projetem sistemicamente a integridade dos direitos.

Não é possível decidir adequadamente os casos que não se dão a conhecer pelo discurso judicial que se evade do contraditório, de modo que a estruturação discursiva de “casos judiciais fortes” passa pela observância integral das disputas travadas pelas partes que demandam em juízo. Isso envolve, à toda evidência, a negação de mecanismos processuais de mitigação do contraditório, tal como a vedação à revisão de fatos e provas. São os contornos de complexidade dos casos que inserem a singularidade da situação de aplicação na órbita de reflexão dos precedentes, pelo que o tratamento fidedigno dos desacordos originários que fundam o caso judicial é um pressuposto procedimental inarredável para a adequação discursiva dos atos de aplicação da norma jurídica.

Os casos, assim, reclamam atenção integral da autoridade judicial, para que a jurisdição promova um procedimento de aplicação empiricamente fundado em igualdade de tratamento dos sujeitos envolvidos pela disputa judicial. Os “fatos e provas” figuram no processo como causa de pedir (ou de resistir a uma pretensão), dando contornos concretos às singularidades do procedimento de aplicação, pelo que não podem ser negligenciados por um discurso judicial que se pretende legítimo e imparcial.

Portanto, do ponto de vista da integridade, são as concretudes da causa que fornecem elementos imparciais de avaliação das pretensões legítimas e ilegítimas dos sujeitos

de direito. Assim, é na estrutura discursiva da causa adequadamente solucionada que reside a referência analítica da integridade da jurisdição na justaposição de pretensões antagônicas emergentes de uma relação jurídico-processual.

As diferentes “razões de direito” que podem ser acessadas retoricamente por discursos de aplicação precisam da referência de concretude do caso para serem devidamente individualizadas como norma adequada, ligando-se a jurisdição a condições imparciais de aplicação. Nisso consiste o juízo de adequabilidade situacional da norma (“sense of appropriateness”) proposto por Günther (1993). A conformação do processo judicial a uma noção de contraditório que se expresse como poder comunicativo garantidor da “equivalência estrutural da igualdade de tratamento” é o que dá forma procedimental à integridade na jurisdição, tornando o conceito de justiça mais acessível à comunidade, porque projeta o direito como “única resposta correta” (DWORKIN, 2020, p. 429-446) para o caso.

Como observa Habermas, “o problema da racionalidade procedimental se instaura de maneira renovada para a prática de decisão judicial e para a dogmática jurídica” (2020, p. 619). Por essa razão, compreende-se por que a anulação da integral complexidade do caso impacta diretamente em um decréscimo estrutural da legitimidade do procedimento de aplicação, algo que é reforçado pela jurisprudência defensiva que veda a revisão de fatos e provas em Cortes superiores.

Adiante uma segunda jurisprudência defensiva central nas Cortes superiores será tratada para a demonstração dos mecanismos processuais que sustentam o modelo da tópica autorreferente dominante, qual seja: o requisito processual do prequestionamento. Junto com a vedação à revisão de fatos e provas, essa jurisprudência defensiva reforça as condições discursivas de evasão judicial dos casos.

3.3 A vedação judicial ao enfrentamento nas Cortes superiores de questões jurídicas negligenciadas até o segundo grau de jurisdição: qual o verdadeiro lugar do prequestionamento no processo?

Além da vedação à revisão de fatos e provas, opera como estrutura de mitigação do contraditório nas instâncias superiores o requisito processual do prequestionamento. A dimensão restritiva que essa cláusula de barreira recursal reduz em grande medida a capacidade de desenvolvimento dos contraditórios perante os órgãos judiciais responsáveis pela função política de uniformização de jurisprudências.

O instituto processual encontra-se estabelecido em verbetes sumulares das três

Cortes até aqui utilizadas como parâmetro de análise (STF, STJ e TST). No Supremo Tribunal Federal está contida na Súmula n.º 282 (BRASIL, 1964), segundo a qual: “é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.” Já no Superior Tribunal de Justiça, encontra-se circunscrita aos termos do verbete da Súmula n.º 211 (BRASIL, 1998), por meio do qual se estabeleceu ser: “inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal ‘a quo’.” Por fim, no Tribunal Superior do Trabalho, a expressão dessa jurisprudência aparece na Súmula n.º 297 (2003), que dispõe no seu item I que: “diz-se prequestionada a matéria ou questão quando na decisão impugnada haja sido adotada, explicitamente, tese a respeito”.

No curso deste tópico, tentar-se-á desenvolver a ideia de que o chamado “requisito processual do prequestionamento” não pode ser legitimamente compreendido como prerrogativa discricionária de exercício de uma abstenção judicial ao enfrentamento de frações do caso regularmente externadas em contraditório. Mesmo que uma causa esteja em uma instância uniformizadora, o enfrentamento discursivo do contraditório regularmente exercido é uma prerrogativa que precisa ser preservada pela autoridade, em nome da integridade do ato de jurisdição.

O comprometimento com o caso decorre da necessidade política de materialização da igualdade de tratamento pela jurisdição, como visto acima, o que pressupõe a ancoragem estrutural dos discursos de aplicação, voltados à solução jurídica justa de casos singulares, e não à projeção de conceitos abstratos de compreensão dos direitos – modelo que hoje ainda é dominante. É a estrutura de ancoragem ligada aos casos bem resolvidos que possibilita imparcialidade e coerência aos cortes de jurisdição. Portanto, a tarefa de formatação adequada das decisões envolve limitar o poder judicial de selecionar de forma livre as frações relevantes do caso, transferindo-se esse poder aos sujeitos implicados pela norma de decisão.

Por outro lado, e essa é uma observação importante quando se analisa o papel atual de jurisprudências defensivas na dinâmica de trabalho das Cortes superiores, percebe-se que a dimensão substancial do contraditório não se confunde com uma prerrogativa cidadã de falseamento das circunstâncias de aplicação da norma, sobretudo quando se adota a perspectiva de uma ética do discurso, voltada ao agir comunicativo de sujeitos aptos a falar e compreender (HABERMAS, 1989, 2019), o que envolve guiar as ações de fala ao entendimento. Por essa razão, o poder social de agendar os debates judiciais não é absoluto, nem renovável de forma ilimitada (e a todo o instante) no curso do processo, pelo que algum nível de fiscalização e controle do debate precisa ser voltado ao ator que decide o caso.

Há, portanto, necessidade de estabilização da demanda e de racionalidade na argumentação, para que o discurso de adequabilidade situacional da norma reflita um corte imparcial e coerente de jurisdição, possibilitando o alcance da finitude do litígio e da racionalidade comunicativa da decisão. A liberdade de formulação dos debates judiciais, portanto, é uma prerrogativa de poder comunicacional que deve estar atrelada ao contraditório exercido de forma regular e tempestiva no curso do procedimento legal, o que é mediado pelo juízo pelo mesmo mecanismo de razões que é exigido das partes, evitando tanto a seletividade arbitrária quanto a digressão não racionalizada por argumentos – compreendidos aqui como agir comunicativo guiado ao entendimento, no sentido habermasiano (HABERMAS, 1989, 2019).

Desse modo, a rejeição circunstanciada dos pontos de vista inéditos das partes, quando já estabilizada a relação processual, deve se guiar por uma disciplina processual relativa às causas excepcionais de invocação extemporânea dos “fatos novos” ou dos “documentos inacessíveis” ao tempo da postulação judicial ou da defesa, a fim de evitar a eternização das causas judiciais e o próprio desvio da racionalidade estabelecida pela relação entre pontos controversos estabelecidos e argumentos decisórios. Tal adstrição do contraditório, que ainda se encontra limitado a momentos processuais oportunos, é algo absolutamente indispensável para a organização dos trabalhos judiciais, pelo que deve nortear o regime de racionalização dialética do procedimento de aplicação.

Os eventos preclusivos projetam um sentido de racionalidade guiada pela finitude dos conflitos instaurados pelo contraditório livre, marcando a atuação judicial das partes por critérios acessíveis de regularidade das manifestações processuais. Por essa razão, a ênfase discursiva na solução adequada de contraditórios não se traduz em poder discricionário das partes para burlar formas e tempos processuais.

A centralidade do contraditório nos debates judiciais se justifica por questões de inadequação dos recortes arbitrários promovidos pela tópica autorreferente de jurisdição. O objetivo de implantar os discursos de aplicação como procedimento adequado de solução de casos singulares, portanto, é retirar do campo das práticas forenses o absentismo dialógico característico da discricionariedade expansionista que guia a atuação judicial por poderes de seletividade arbitrária dos contraditórios.

Percebe-se, assim, que a estrutura procedimental de resolução integral de contraditórios preserva o poder de agenda conferido às partes, sem descuidar da necessidade de adequação discursiva dos tempos e momentos processuais de manifestação livre dos sujeitos contraditórios. Por essa razão, para fins de uma hermenêutica crítica voltada à resolução

adequada de casos, os requisitos processuais de contenção da liberdade de argumentação, como é o caso do prequestionamento, são legítimos quando se inserem na tarefa institucional de organização dos trabalhos judiciais para limitar excessos de inovação intempestiva na lide, e não para possibilitar a seletividade arbitrária de contraditórios, tal como ocorre na tópica autorreferente.

Em suma, o poder de saneamento processual conferido aos juízes deve ser exercido tendo-se em conta essa necessidade de preservação dos poderes de fala dos sujeitos que operam o contraditório. Desse modo, evita-se que esses poderes comunicacionais sejam desvirtuados, com a conseqüente condução do processo a dois extremos improdutivos, que são, de um lado, a inutilidade de prerrogativas processuais pelo esvaziamento do contraditório, e, de outro, uma prodigalidade dispersa da argumentação, o que pode ser estrategicamente utilizado para provocar tumultos processuais e conluios fraudulentários.

Visto por esse ângulo, o poder de direção processual permanece sendo possível ao magistrado, só que sujeito à rejeição racional de frações de contraditório, o que, adotado o agir comunicativo, e não a racionalidade instrumental, não se converte em discricionariedade de escolhas entre diferentes circunstâncias de contraditório. Portanto, é dever de integridade do juiz que rejeita um argumento ou uma circunstância alegada em contraditório demonstrar a sua inadequação no debate judicial. A rejeição a frações do contraditório, então, torna-se sujeita a um juízo crítico das partes, o que possibilita a ação guiada ao entendimento entre sujeitos participantes do debate. Exercido nesses termos, o poder geral de cautela e direção processual da autoridade deixa de se traduzir em frustração geral do compromisso com o contraditório e a imparcialidade, e passa a significar uma medida profilática legítima, voltada à manutenção da integridade dos debates judiciais.

Criam-se, assim, barreiras processuais discursivamente legitimadas por meio de um poder administrativo devidamente encaixado em sua finalidade política de pacificação social de conflitos reais sobre o alcance dos direitos. Alguns mecanismos processuais já estendem os poderes judiciais para a racionalização do litígio, a fim de evitar a inutilidade do procedimento de aplicação. Hipóteses como a intimação de ofício de pessoas afetadas diretamente pela lide, e que não foram devidamente arroladas pelas partes, são comuns no processo civil. São os chamados “litisconsórcios unitários”, que permeiam as demandas cuja solução depende de uma resposta uniforme para todos os sujeitos afetados pela relação jurídica problematizada em juízo⁴¹.

⁴¹ Segundo o art. 115, inciso I, do Código de Processo Civil: “A sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório, será [...] nula, se a decisão deveria ser uniforme em relação a todos que deveriam ter

Hipóteses assim visam à integridade do procedimento de aplicação, o que justifica uma intervenção legítima da autoridade para alargar o contraditório a outros sujeitos de direito afetados pelo discurso de aplicação, mesmo quando instaurada a lide de uma forma incompleta pelas partes. Fora isso, as próprias circunstâncias dos “fatos novos” e das “provas supervenientes”, acima referidas, configuram exceções processuais autorizadas de uma flexibilização do contraditório, rompendo-se legitimamente com a chamada “estabilização da demanda”, para fins de integração regular do direito de petição ou de defesa. Ou seja, quando a solução judicial pode ser impactada por novas complexidades, até então desconhecidas, o manejo de argumentos e provas em torno dessas questões torna-se indispensável para a adequada solução do caso, pelo que justificam o contraditório diferido no curso da relação processual.

Portanto, ocorrências excepcionais deste tipo geram um poder legítimo de extensão ou restrição às manifestações das partes, sem que sua deflagração esteja atrelada a um mecanismo de discricionariedade disperso, como ocorre na tópica autorreferente. Guiando-se por motivações imparciais de intervenção, esses poderes de direção processual cumprem uma função importante, direcionada à organização do procedimento em condições que promovam a igualdade de tratamento entre as partes no curso de uma relação processual. Em síntese, por esse caminho procedimental preserva-se o direito de as partes peticionarem perante o juízo quando tomam conhecimento de novas complexidades inacessíveis até a sua intervenção anterior no caso, sem que isso inviabilize a dinâmica de igualdade que guia o corte legítimo de jurisdição.

Fora dessas ocorrências, as intervenções arbitrárias nos poderes de fala das partes são ilegítimas, pois traduzem uma seletividade arbitrária de contraditório, o que é incompatível com o princípio da igualdade de tratamento. Portanto, a abstenção voluntária da autoridade com relação a frações do contraditório quebra a noção de integridade no procedimento de aplicação. Um exemplo prático da dinâmica forense pode ilustrar a questão do respeito aos momentos processuais como condição de igualdade na relação processual. A chamada “intervenção facultativa de terceiros” no processo se dá em conformidade com o critério de estabilização das demandas aqui referido, por exemplo. Desse modo, a intervenção de terceiros é permitida “no estado em que se encontra o processo”. Diferentemente do que ocorre em um litisconsórcio unitário, cuja inobservância gera nulidade da decisão, em um litisconsórcio facultativo⁴² deve se levar em consideração o que já foi produzido em

integrado o processo”. (BRASIL, 2015).

⁴² O litisconsórcio facultativo ocorre quando a participação do terceiro não é essencial à validade do ato

contraditório até o ingresso do terceiro interessado, bem como os atos decisórios já praticados.

A dinâmica de conformação acima descrita, que se guia por uma lógica de preclusões que está presente de forma permanente no processo, demonstra por que é legítimo interferir no contraditório para organizar os trabalhos judiciais de um modo guiado à pacificação do litígio. Isso, contudo, deve se direcionar primordialmente à manutenção da integridade do procedimento, e não à castração da liberdade de argumentação no agendamento dos debates judiciais. Quando o corte de jurisdição não se justifica nos termos restritos da organização dos debates, o que se produz é uma alienação injustificável do contraditório regularmente exercido pelas partes, o que não é legítimo, ao contrário das limitações processuais das formas de agir em juízo. Por isso, a lógica autorreferente da tópica teórica, ao contrário da organização racional dos debates judiciais, é algo ofensivo à igualdade de tratamento.

O respeito à participação influente das partes, quando exercida de forma regular no processo, é um pressuposto inarredável da integridade da jurisdição, pelo que não poder ser objeto de frustração por atos de poder discricionários, exercidos sob a justificativa geral de livre convencimento motivado da autoridade. Logo, os cortes de jurisdição só interveem de um modo legítimo na disponibilidade do contraditório quando se justificam internamente, por razões de integridade do procedimento, a fim de frustrar fraudes ou desvios de finalidade. Nos demais casos, afigura-se ilegítima a sobreposição judicial ao contraditório no dimensionamento do conteúdo adversariamente demandado, sobretudo quando não há causas autônomas de direito para frustrar a intervenção das partes na formação do parâmetro de delimitação da lide⁴³.

Conclui-se, então, que, sem o concurso de acontecimentos que se coloquem como uma novidade autêntica para as partes e para o juízo, o controle judicial se dá não sobre a dimensão situacional do contraditório, mas sobre requisitos formais de regularidade na produção do argumento ou das provas. Essa compreensão compatibiliza a noção de contraditório com os poderes de participação influente na solução da lide, o que é essencial para o desenvolvimento da jurisdição em termos verificáveis de integridade discursiva. Promove-se, assim, uma marcha processual guiada por atos continuamente direcionados à

decisório, mas, por ele ostentar um legítimo interesse jurídico na causa, estar legitimamente habilitado a promover a defesa de pontos de vista em conjunto com uma das partes litigantes.

⁴³ Nesse sentido, questões como a prescrição, a decadência e o trânsito em julgado de decisões proferidas em ação anterior, além de critérios de litispendência, a constatação de atos contrários ao interesse de demandar, entre outras exceções ao poder de agenda do contraditório estão presentes no sistema de direitos, e servem como norte para o corte jurisdicional legítimo em pretensões de direito externadas em descompasso com o devido processo legal.

solução correta dos problemas de interpretação formulados por sujeitos influentes na demanda. Isso cria um discurso contingencial de aplicação que é guiado pela finalidade de adequação discursiva, e não à reprodução de convicções flutuantes de autoridades sem poderes de representatividade social.

Seguindo-se esse caminho de resolução adequada de casos, pois, emerge do contraditório uma estrutura de controle social da jurisdição, que opera legitimamente como premissa dialética de conformação dos discursos judiciais a casos bem compreendidos e integralmente solucionados por autoridades que agem com imparcialidade. Nesse modelo, parte-se de um consenso linguístico mínimo, que gira em torno das manifestações dos sujeitos de direito, os quais definem por si o que está sendo discutindo nos autos, atribuindo-se sentido pragmático às discordâncias originárias que instauram aquela disputa por direitos.

Compreende-se, então, por que o controle judicial legítimo sobre o procedimento de aplicação não pode operar como mecanismo discricionário de abandono de frações do contraditório manifestadas regularmente pelas partes. O seu lugar adequado na organização dos trabalhos judiciais deve estar associado a uma forma de exercício do poder judicial que esteja conformada por critérios de imparcialidade. Ou seja, o prequestionamento, nesse caso, é um instrumento legítimo de organização judicial das demandas quando não influencia na liberdade de veiculação de pretensões devidamente manifestadas no curso de uma relação processual. Isso porque, do fato de que as partes são livres para pautar o debate judicial não se segue que elas sejam exoneradas do ônus de tornar o caso concreto devidamente compreensível para o magistrado e para os demais contraditores.

Por isso, o prequestionamento é indispensável para tal desiderato, já que opera como uma espécie de pré-requisito processual que grava na controvérsia os temas que podem ser debatidos nas instâncias superiores, por uma razão de contingência que é essencial aos discursos que promovem a solução de debates judiciais⁴⁴. Contudo, não é justo (nem legítimo) que todas as matérias regularmente manifestadas em contraditório nas instâncias inferiores não sejam oponíveis aos magistrados das Cortes superiores, por um critério de prequestionamento que reforça a discricionariedade, no sentido da seletividade arbitrária de frações do caso concreto. Quando a barragem de certas questões é obra de um descuido, ou de uma abstenção intencional dos magistrados de instâncias inferiores, não há nada de legítimo em cristalizar o corte de jurisdição operado em primeiro ou segundo graus⁴⁵.

⁴⁴ Sobre a questão da contingência, em seu sentido aristotélico, a qual insere as ações humanas no campo filosófico do “acaso”, e não do “acidente”, confira Roesler (2013, p. 114).

⁴⁵ Em regra, o primeiro e segundo graus de jurisdição, embora haja causas processadas originariamente em

Um excesso de intervenção judicial no poder conferido às partes para agendar os debates judiciais frustra o direito de participação influente, que é uma reserva de poder comunicacional que precisa estar à disposição do sujeito que exerce o contraditório judicial. Nela reside um sentido de legitimidade que confere imparcialidade à jurisdição, e isso se perde quando o discurso judicial se evade do contraditório manifestado a tempo e modo pelas partes processuais.

O poder de direção processual, portanto, só atende ao critério imparcial de conformidade da jurisdição quando mobilizado como estrutura de organização que promove a integridade do devido processo legal, e não como poder desproporcional de seletividade arbitrária do contraditório. Por isso, é na condição prática de uma regra de estabilização das demandas que se legitima o prequestionamento, e não como válvula de escape ao enfrentamento integral das complexidades dos casos de aplicação levados à apreciação do Poder Judiciário.

Não há nada na jurisdição extraordinária que justifique de forma legítima que, à medida que os processos subam na escala hierárquica, os seus debates tenham a complexidade encolhida voluntariamente pelas autoridades judiciais, por critérios técnicos questionáveis do ponto de vista da liberdade de expressão e da imparcialidade. Assim, o incremento de fórmulas processuais que reforçam a estrutura da tópica autorreferente no processo, por questões de política judiciária, promove um exercício abusivo da discricionariedade, porquanto dissocia a jurisdição do contraditório que formula o caso de aplicação perante a autoridade judicial.

Para que o direito seja aplicado com “conhecimento de causa”, o exercício da jurisdição deve ser permeado de forma vinculante por todos os fatos, provas e pré-compreensões jurídicas levantadas em contraditório, sem o que a intervenção judicial se mostra discricionária, porquanto inflacionada por critérios arbitrários de seletividade do poder comunicativo presente na noção de contraditório. Aliás, se se levar em consideração que, crescentemente, os paradigmas de jurisprudência pretendem ostentar um efeito sistêmico irradiante, pois se projetam como dogmas de compreensão da norma jurídica. Quanto mais elementos estiverem inseridos na estrutura de problema que dá sentido à interpretação judicial, mais valiosa será a sua contribuição para esse tipo de efeito estabilizador almejado.

As condições da aceitação geral da norma só são cumpridas quando estão presentes “os pressupostos comunicativos necessários para a formação discursiva da vontade”

(HABERMAS, 2020, p. 618-619). No caso da aplicação, a validade do ato jurisdicional não decorre da vontade geral ritualizada pelo procedimento legislativo, como bem identifica o citado autor, mas de um fundamento de validade distinto, que consiste no reconhecimento da adequação ao caso de uma norma fundada por uma vontade comunitária anterior, manifestada ao se editar uma lei. Isso, ao que tudo indica, pressupõe que, à luz de uma dimensão situacional específica, seja possível defender racionalmente a aceitabilidade do resultado prático produzido por uma lei invariavelmente genérica.

As leis, em regra, tratam das questões generalizáveis, que são passíveis de justificação abstrata, e não especificamente das singularidades dos casos, que emergem da multiplicidade de pretensões de validade com que as relações jurídicas são travadas em sociedade. Por isso, ao serem aplicadas, as normas ainda dependem da consideração racional de sua adequação, pois as leis e conceitos jurídicos permeiam um universo simbólico de pré-compreensões que habitam o imaginário coletivo como senso comum, e não como norma jurídica antecipável a todos os casos. Portanto, não é no primeiro plano de análise da validade normativa (o plano da justificação da lei geral) que se funda o juízo moral pós-convencional sobre a legitimidade da norma aplicada ao caso, mas sim em um segundo plano, que se guia pelo sentido de adequação da norma a sinais característicos da aplicação, ou seja, particularidades verificadas “aqui e agora”, no caso julgado.

É importante notar que a reflexividade crítica atrelada à função de aplicação está sempre em órbita de contraste e revalidação do histórico de efeitos de uma norma. Segundo o próprio Habermas, “casos-limite de resistência legítima e de desobediência civil mostram que tais argumentações também são capazes de romper a forma jurídica na qual elas mesmas são institucionalizadas” (2020, p. 621).

A possibilidade de que a reflexividade crítica de sujeitos que se guiam à razão por um agir comunicativo imponha rupturas legítimas com o histórico de efeitos da norma cria uma relação permanente entre a legitimidade da norma em abstrato e sua validade na aplicação a casos concretos. Nos termos dessa relação, problematizada em contraditório, a decisão jurídica é justa por ter se demonstrado legítima mesmo em casos que, a priori, desafiavam o sentido geral emprestado à lei. O alcance desse sentido de legitimidade pela demonstração da adequação, portanto, pressupõe a noção de discurso de aplicação. É por isso que o argumento geral da “função uniformizadora” das Cortes superiores, que se desenvolve pela estrutura dos discursos de justificação (e não de aplicação), não se sustenta em termos de integridade política da jurisdição.

Quando tal justificativa política de uniformização se liga a mecanismos

processuais de contenção do contraditório, então, o resultado prático dos cortes arbitrários de jurisdição é a fuga discursiva dos casos. Isso é o que ocorre, por exemplo, quando o prequestionamento opera sem limites na organização dos debates, invadindo a própria prerrogativa jurídica dos sujeitos comunicantes de demandar por contraditórios livres. A seletividade arbitrária, portanto, traduz-se em perda da matriz de igualdade de condições de participação, com redução ilegítima do campo de reflexividade crítica que opera como procedimento na solução do caso. Isso, por sua vez, impacta na colonização da racionalidade comunicativa pela racionalidade instrumental, expressa em reprodução acrítica de jurisprudências.

É notável, ainda, que a criação de barreiras injustificáveis entre a jurisdição de Estado e a cidadania discursiva presente nos debates judiciais enturvece o pertencimento social ao sistema de direitos, o que impacta de modo deletério na estabilização de expectativas normativas. Uma dinâmica dessa natureza pode ser visualizada nesta tese à luz da incoerência de teses lançadas nos casos de presunção de não-culpabilidade examinados no primeiro capítulo. Naqueles casos, a ausência de enfrentamento detido de circunstâncias do caso, somada à oscilação do entendimento normativo sem bases de adequabilidade situacional acabaram negando a noção jurídica de inalienabilidade da garantia fundamental em questão, sobretudo nos anos de 1991 a 2009, até o precedente relatado por Eros Grau (BRASIL, 2010), e, depois, de 2016 a 2019, até o precedente fixado nas ações de controle concentrado sobre o tema (BRASIL, 2019).

Finda a presente análise dos dois mecanismos de jurisprudência defensiva centrais no modelo da tópica autorreferente verificada em Cortes superiores brasileiras, adentrar-se-á adiante na questão relativa à inadequação desse modelo no atual estágio de desenvolvimento do direito centrado em princípios. Diante da indeterminação das normas jurídicas, que operam pela “perífrase do procedimento de aplicação imparcial” (GÜNTHER, 2011, p. 263), há uma clara impossibilidade de se inserir elementos políticos de integridade no exercício da jurisdição quando os discursos judiciais operam para fora da estrutura vinculante de contraditório. Isso revela que a estrutura processual da tópica autorreferente reproduz um procedimento que coloca os juízes em permanente estado de deslegitimação procedimental, pela perda de referência discursiva da dimensão pragmática de concretização normativa da comunidade política de princípios.

Logo, a inadequação estrutural da tópica autorreferente, que isola o caso judicial do discurso de aplicação, parece ser uma hipótese teórica sustentável, diante da necessidade de implantação de uma hermenêutica crítica voltada à integridade política dos direitos. Tal

ponto de vista será defendido adiante nesta tese.

3.4 O resgate do modo aporético de pensamento judicial: entendendo a tópica-problemática em Viehweg e sua adequação de sentido à hermenêutica crítica

Desde a antiguidade, pensar o direito por problemas é a forma tradicional de construção do saber relacionado à jurisprudência, tendo a tradição de cunho tópico-retórica influenciado imediatamente o desenvolvimento jurídico das sociedades civilizadas do ocidente. A estrutura aporética de pensamento judicial habitou de forma central a construção teórica e prática dos direitos por um longo tempo. A partir do final do século XIX, o positivismo filosófico converteu, pela lógica dedutiva do cartesianismo, a centralidade do raciocínio jurídico em uma atividade voltada à sistematização orgânica de conceitos jurídicos.

O modelo da tópica-problemática teve os seus elementos teóricos resgatados por Viehweg (1979). Partindo do exame da “dissertatio” de Gian Battista Vico, denominada de “De nostre temporis studiorum ratione”, Viehweg (1979) esmiuçou as “scientiarum instrumenta” (métodos científicos) de Vico, que separa o método antigo em retórico (tópico) – ligado a Cícero – e o moderno em crítico – ligado a Descartes, embora ele se refira a Arnauld, um de seus seguidores, que, segundo Viehweg seria um “co-redator da Art de Penser de Port Royal (1662), um cartesiano no sentido dos jansenistas, aos quais pertence Pascal” (VIEHWEG, 1979, p. 20).

Enquanto o método novo (crítico) trabalha ao modo de uma geometria, por deduções (o ponto de partida é um “primum verum”), o método antigo (tópico) se vale de um modelo retórico de verossimilhança, que opera no sentido de um silogismo, cujo ponto de partida é um senso comum (VIEHWEG, 1979, p. 19-20). Em termos gerais, o autor ressalta que o raciocínio dialético não difere em sua estrutura formal dos elementos caracterizadores do raciocínio apodítico⁴⁶. O que irá, segundo ele, em citação a Aristóteles, diferenciar esses campos do raciocínio é a índole das premissas perseguidas por ambos os raciocínios, já que o raciocínio dialético parte de premissas que parecem verdadeiras, mas que devem contar com o consentimento da maioria dos sábios ou dos famosos da comunidade para ter o seu caráter persuasivo atestado, ou seja, precisam ser dotadas de uma aceitação – “endoxa” (VIEHWEG, 1979, p. 25).

Como a preocupação de Aristóteles estava voltada para a índole das premissas que

⁴⁶ Também chamado de “apodexis”, o raciocínio apodítico se refere a proposições verdadeiras ou que dela deriva (VIEHWEG, 1979, p. 24).

se podem alocar na condição de “topoi” (lugares comuns), Viehweg enxerga com facilidade a classificação feita por ele, que parte dos seus 4 tipos de *genera* (acidente, gênero, “*proprium*” e definição) e sua relação com as famosas 10 categorias do pensamento aristotélico (substância ou “quidade”, qualidade, quantidade, relação, lugar, tempo, estado, posição, ação, paixão), assim descritos em sua tópica: “a definição e o gênero podem pertencer a quaisquer das categorias, ao passo que o ‘*proprium*’ e o acidente não podem pertencer à categoria da substância” (VIEHWEG, 1979, p. 25-26).

Além disso, o autor aponta como instrumentos relevantes para encontrar raciocínios adequados, além do silogismo e da indução, os seguintes:

[...] a) a descoberta e a apreensão das premissas; b) a discriminação da plurivocidade existente nas expressões linguísticas e discriminação das diversas expressões categoriais; c) a descoberta das diferenças de gêneros e espécie; d) a descoberta de semelhanças nos diferentes gêneros. (VIEHWEG, 1979, p. 26).

Partindo dessa instrumentação filosófica é possível alcançar a práxis da tópica, por meio da classificação dos diferentes “topoi”, conforme o seu enquadramento em um dos quatro “*genera*” (instrumentos analíticos) acima descritos. Neste ponto do argumento, Viehweg expõe o pensamento de Aristóteles, que faz uma sutil separação entre os “topoi” e os princípios próprios, sendo que os primeiros servem para formar silogismos e entimemas⁴⁷ em mais de uma das espécies em que se aplica o raciocínio dialético, ao passo que os princípios próprios não se permitem ao uso para silogismos ou entimemas fora do contexto de sua aplicação técnica específica – princípios próprios da física não servem para criar raciocínios válidos para a ética, e vice-versa (VIEHWEG, 1979, p. 26).

Abordando essa relação entre a dialética aristotélica e a tópica, Roesler (2013, p. 108) observa que a tópica “é vinculada à dialética pela própria explanação de Aristóteles, que, não definindo expressamente o que é um “topos”, propõe-se a tratar dos raciocínios dialéticos ao longo dos livros de *Tópicos*”. Acentuando ainda mais essa relação, Roesler (2013, p. 108) percebe que “a dialética vem concebida por Aristóteles como uma arte de argumentação crítica, especializada em pôr à prova, em testar os argumentos, independentemente de seu tema”.

Por essa razão, a autora observa que para Aristóteles a tópica serve para a discussão “em todos os âmbitos do conhecimento humano, enquanto instrumento de verificação de contradição e de conseqüências do raciocínio, de desenvolvimento mesmo de

⁴⁷ É uma forma menos rigorosa de silogismo, na qual alguma premissa é pressuposta, o que na tópica é mobilizado pela utilização instrumental de “topoi”, que já contam com aceitação prévia dos sujeitos do debate.

seus pressupostos” (ROESLER, 2013, p. 108).

Mas a relação entre a dialética e a tópica não era a única referência em Aristóteles. Também havia, segundo Roesler (2013, p. 111), uma aproximação entre a tópica e a retórica, já que “a tópica forneceria – assim como o fez para a dialética – à retórica aquelas ‘regras’, leis ou fórmulas genéricas que gozam de aceitação e viabilizam a construção de argumentos persuasivos, os *topoi*”.

A autora observa, ainda, que: “A persuasão adviria exatamente dessa vinculação com a opinião comum, manifestada e articulada nos *topoi* utilizados como pontos de partida” (ROESLER, 2013, p. 111). Nesse sentido, considera que “a dimensão argumentativa, por assim dizer, estava presente de modo explícito na tópica aristotélica, seja pela vinculação entre tópica e dialética, seja pela relação entre dialética e retórica” (ROESLER, 2013, p. 111).

Para esta tese, o resgate sucinto dessas referências teóricas é importante porque o retorno ao modelo aporético de pensamento judicial aponta para uma saída procedimental viável à articulação da nova hermenêutica de princípios, que emerge como resposta para o declínio positivista no pós-giro. Como se tentará sustentar adiante, esse retorno ao modelo aporético de pensamento judicial não coincide com um resgate da retórica, mas sim com uma construção dialética dos sentidos refletidos da norma jurídica, à luz da noção de centralidade dos princípios da ordem jurídica.

Como se sabe, em certo ponto de sua história a tópica pós-aristotélica se ligou preponderantemente à retórica no seu desenvolvimento, notadamente a partir dos estudos desenvolvidos por Cícero (VIEHWEG, 1979, p. 27). Com isso, o elemento retórico, direcionado à persuasão discursiva, ganhou maior dimensão importância do que o elemento dialético aristotélico, voltado à formação racional dos juízos críticos.

Compreender isso é central para a constatação que se pretende fazer neste ponto da tese, no sentido de que a hermenêutica crítica de princípios não depende de um resgate da tópica voltada à instrumentação retórica, mas tão somente de um retorno ao modelo aporético de pensamento judicial, de modo que é a dialética dos juízos críticos, circunstanciados por contextos de aplicação bem marcados no debate judicial, que interessa à hermenêutica crítica que emerge como resposta procedimental à dificuldade positivista no pós-giro. Para alcançar esse ponto do argumento, contudo, é preciso revisitar a transição entre a tópica e o modelo positivista.

O positivismo emergiu como filosofia do direito em um contexto de resgate das ideias cartesianas, que eram fundadas em uma lógica dedutiva que se contrapunha à tradição jurídica anterior, fundada no modelo aporético da tópica. Essa transição entre a tópica e o

positivismo sistêmico converteu a antiga fonte de conhecimento jurídico (os “topoi”) em um organograma sistêmico de regras, o que retirou da noção de “topos” a condição de elemento central do raciocínio voltado à construção dos argumentos jurídicos.

Com a ascensão do positivismo, a fonte legal passou a ser o repositório mais imediato da argumentação no direito. Em um sistema lógico-dedutivo de regras autorreferentes pretendia-se resolver o problema da interpretação no direito de um modo abstrato e objetivo. A autorreferência do conjunto de regras transformava filosoficamente o ordenamento jurídico em um modelo estável de compreensão normativa, que antecipava seus resultados por meio da projeção de condutas e consequências catalogados em direitos e deveres previamente estabelecidos pela norma.

Contudo, Viehweg (1979) notou que essa operação de fechamento sistêmico envolveu uma perda referencial importante para o direito. Essa perda decorreu do distanciamento entre a estrutura essencialmente aporética do pensamento judicial, ligado à tradição da tópica, a qual ligava a interpretação ao concurso humano da inventividade, que projetava o conhecimento jurídico de uma forma produtiva para a adaptação do direito a novas complexidades emergentes das relações sociais.

Como observa Durham Jr. (1993), na visão de Viehweg houve uma perda dessa dimensão produtiva de inventividade com a sistematicidade orgânica do cartesianismo, o que ele resumiu da seguinte maneira em sua nota introdutória à tradução da obra do autor alemão para o inglês: “In short, the gains of deductive systematization are offset by enervation of legal inventiveness and imagination. But such creativity, of course, constitutes a critical human element in the process of achieving justice and attaining optimal solutions to legal problems” (DURHAM JR., 1993, p. xvi).

Apesar disso, segundo Duhram Jr. (1993), Viehweg não era um crítico da sistematização no todo, mas apenas cético com relação à anulação da inventividade que a proposta do método dedutivo no direito promovia. Nesse sentido, o autor observa:

It is important to note here, as many of Viehweg’s critics have not, that the objection is to deductive systematization. Viehweg was well aware that legal reasoning inevitably involves some elements of deduction. Moreover, he clearly was not calling for wholesale jettisoning of all forms of ordering or systematizing. As Viehweg noted in the introduction to the second edition of his book, the topical mode of intellectuality ‘uses deductive means of thinking, but cannot be deductively presented in its totality. Consequently, deductive systematization is to be rejected in our field, which of course does not mean, as is likewise sufficiently obvious from the text, that every type of coherence [*Sinnzusammenhang*] would be denied’. In order to be manageable and teachable, legal materials need to be systematized in a variety of ways. Viehweg’s point is that the structures used for this process are much more diverse and rich than the model of deductive systematization suggests, and genuine analysis of legal phenomena should not allow itself to be blinded by

narrowness of this seductive paradigm. (DUHRAM JR., 1993, p. xvii, grifo do autor).

É possível, segundo o relato de Duhram Jr. (1993), identificar a perda da inventividade como problema central tratado por Viehweg em sua crítica tópica ao sistema dedutivo cartesiano. O fechamento sistêmico do positivismo, de fato, impôs à práxis jurídica um limite muito evidente no tocante à capacidade de inventividade presente na tópica. Dito isso, é possível sustentar que o resgate dessa dimensão criativa, a partir do giro decisionista de Kelsen, operou como perda parcial do argumento de legitimidade formal, atrelada à lógica dedutiva do sistema jurídico positivo. A insuficiência semântica da norma, aliada à condição precária de justificação da discricionariedade no estágio moral pós-convencional enaltecera a necessidade de imparcialidade na dimensão de aplicação, pois as questões morais e de justiça, antes renegadas pela ciência pura do direito, passaram a habitar de modo central a hermenêutica crítica do direito no pós-giro.

Assim, a transição mal compreendida do sistema lógico-dedutivo, justificado cientificamente por uma premissa cética de neutralidade axiológica, ao sistema crítico-reflexivo, centrado na comunidade de princípios, fez emergir do campo filosófico um problema de legitimidade procedimental que, pela proposta de Günther, pode ser resolvido com a diferenciação entre discursos de justificação e aplicação das normas jurídicas. A proposta teórica, assim, aparentemente resolve o problema de imparcialidade nesta segunda dimensão, pela condicionante dos juízos de adequabilidade situacional, que estabelecem um procedimento formal-pragmático que guia os atores do discurso a um agir comunicativo voltado à concretização de princípios com imparcialidade e coerência na aplicação de normas.

O que se coloca de modo muito claro nesse contexto é que a abertura axiológica do ordenamento à influência discursiva de princípios não pode prescindir de um procedimento de aplicação imparcial, que valide a cada caso o uso da argumentação por princípio, de modo a não reduzi-la a um instrumento retórico da discricionariedade judicial. Desse modo, se considerada a dimensão autorreferente que a tópica assumiu no ordenamento brasileiro, por exemplo, na qual o caso judicial foi retirado da centralidade do modelo decisório, a jurisprudência encontra-se em uma crise de legitimidade que só tem condições de ser superada a partir de uma reorganização do papel da jurisdição no Estado de direito.

A hermenêutica de princípios não pode, à toda evidência, ser confundida com uma retórica relativamente livre de compromissos com a integridade do procedimento de aplicação, pois isso retiraria a confiabilidade do sistema de justiça, que passaria a substituir o papel político do Parlamento, convertendo a jurisdição em um poder de conformação política

de vontades majoritárias por autoridades não eleitas, o que fulmina a própria noção tradicional de democracia no Estado de direito.

Portanto, percebe-se que a hermenêutica de princípios não pode operar nos Tribunais de uma forma legítima sem o suporte estrutural de um procedimento de aplicação vinculado à promoção concreta de condições discursivas de igualdade entre os sujeitos participantes dos debates judiciais. Assim, o problema que se coloca como essencial para a interpretação judicial nesse contexto é a emulação da imparcialidade no processo de aplicação das normas.

Em um sistema que não conta mais com a objetividade semântica dos dogmas jurídicos, e que não pode legitimamente operar por princípios sem um procedimento de aplicação fundado em coerência argumentativa, é a imparcialidade no ato de aplicação que proporciona condições de validade para o discurso judicial sobre direitos. Por essa razão, a suplantação do modelo de operação lógico-dedutivo do positivismo impõe à hermenêutica o desafio do resgate da dimensão situacional de aplicação da linguagem jurídica, sem que isso se confunda com um simples resgate da retórica discricionária de juízes detentores de saberes autorizados por uma “endoxa”.

Os discursos jurídicos são mais bem compreendidos no atual estágio de evolução do sistema jurídico como discursos de aplicação voltados à solução adequada de casos singulares. Essa acepção güntheriana do termo, insere a jurisdição em um complexo arranjo de uma função sistêmica definida politicamente pela tarefa de concretização da comunidade de princípios. Nesse cenário, o “caso concreto bem resolvido” é a estrutura discursiva que projeta por juízos de adequabilidade situacional da norma (“senses of appropriateness”) a integridade política do sistema de direitos.

Se assumida essa condição para o adequado resgate da dimensão situacional de aplicação da linguagem jurídica, é possível perceber que o retorno à estrutura aporética de pensamento judicial impõe-se atualmente à hermenêutica com base em uma limitação clara do tipo de problema de interpretação legítimo da jurisdição, que é o caso de aplicação. Isso impacta imediatamente na reconfiguração do sentido atribuído à tópica no universo hermenêutico de significação prática da norma, já que estruturalmente os sentidos comuns não se confundem com essa concepção de princípios que opera como mecanismo procedimental da adequação discursiva.

Essa questão pode ser bem visualizada na citada teoria de Günther (1993, 2011), que trabalha a distinção entre os planos da justificação e da aplicação da norma jurídica. O autor separa as razões de interesse dispersas que formam a vontade geral, e validam o

procedimento legislativo, dos posteriores juízos de implicação lançados pela interpretação da norma em face de relações sociais que problematizam os direitos por conflitos individualizados de entendimento. Para ele, é na solução adequada desses conflitos individualizados que se encontra o elemento de imparcialidade que valida a ação discursiva de aplicação, ou seja, o juízo de adequabilidade situacional da norma (“sense of appropriateness”).

Como se pode perceber, essa noção teórica difere da estrutura de pensamento aporético que se encontrava ligada à retórica na tradição da tópica anterior ao positivismo. Na formulação güntheriana, o caso judicial habita o problema de interpretação de um modo inarredável, de modo que a estrutura aporética de pensamento, nesse caso, não coincide com um modelo autorreferente de compreensão normativa, porquanto fundado em argumentações de adequação que pressupõem o caso como estrutura de reconhecimento da validade discursiva do discurso de aplicação.

Essa dinâmica opera no sentido inverso ao da tópica autorreferente verificada no caso brasileiro, no qual as Cortes superiores transformaram questões políticas e teóricas em problema de interpretação judicial, isolando seus discursos judiciais da concretude dos casos levados a julgamento perante a autoridade judicial. Com isso, os precedentes concebidos sem casos bem demarcados pelo discurso judicial são convertidos em enunciados teóricos abstratos, discricionariamente rompidos pela soma indiscriminada de discursos de justificação antagônicos, o que materializa as jurisprudências “sem rumo” que se projetam sistemicamente sem critérios verificáveis de coerência e imparcialidade argumentativa.

Portanto, ao se assumir a condição de legitimidade dos juízos de adequabilidade situacional, é preciso rejeitar esse desvio metodológico que se tornou comum nas Cortes superiores brasileiras. Por essa razão, o resgate do modelo aporético de pensamento judicial na hermenêutica de princípios fundada em discursos de aplicação envolve a assunção dos casos judiciais como referência essencial para a concretização imparcial da norma fundada em princípios jurídicos, os quais não se traduzem em axiomas normativos, mas sim em padrões coerentes de argumentação.

O retorno aos casos judiciais, portanto, aparece como sinônimo do resgate do modelo aporético de pensamento judicial na hermenêutica de princípios. Desse modo, a jurisdição passa a ser guiada por problemas práticos de aplicação, que são individualizados pela estrutura de cercamento linguístico do contraditório, o qual opera nos debates judiciais como um equivalente estrutural da igualdade de tratamento, exigindo o seu enfrentamento integral, como forma de conferir ao procedimento de aplicação um critério íntegro e imparcial

de construção jurisprudencial dos direitos.

Esse caminho discursivo de validação da norma de decisão na hermenêutica crítica difere sensivelmente do modelo retórico de argumentação da tópica pré-positivista, que era cercada por juízos críticos em torno de questões teóricas e práticas que se desenvolviam por tradições discursivas fundadas no catálogo de “topoi”, o que não envolvia um compromisso imediato com a integridade do procedimento de aplicação, porque o caso não era uma referência obrigatória para o discurso.

Embora todo discurso tópico no direito se propusesse a resolver um problema de interpretação, o problema de interpretação para a tópica nem sempre era um problema de aplicação concreta do direito, podendo questões teóricas habitarem igualmente o universo simbólico da contingência aporética de um juízo crítico. Ao que se percebe, essa lógica se reproduziu no modelo da tópica autorreferente aqui criticada à luz do método de trabalho de Cortes superiores brasileiras. Nela, a inventividade da tópica se somou à discricionariedade expansionista, transformando-se os juízes de Tribunais superiores em autoridades desvinculadas dos casos de aplicação, o que projetou no ordenamento jurídico brasileiro um campo de reflexão abstrata que não se encontra atrelado à solução adequada de situações práticas reais de aplicação.

Contudo, após o giro hermenêutico isso se tornou algo profundamente problemático, pois a validade do direito nesse novo contexto passou a ser guiada por uma busca incessante de concretização da comunidade política de princípios, o que pressupõe situações concretas de aplicação das normas jurídicas, pois o universo simbólico da abstração normativa é habitado por processos legislativos em um Estado democrático de direito, e não pela jurisdição.

Percebe-se, portanto, que a compreensão do direito sob a perspectiva hermenêutica da concretização de princípios não coincide nem com a projeção abstrata de conceitos jurídicos, por um fechamento positivista de regras, nem com uma inventividade dissociada da dimensão situacional de aplicação. Os princípios, como se sabe, são padrões de argumentação (DWORKIN, 2020, p. 35-46) relacionados com a forma imparcial e coerente pela qual se desenvolve a aplicação do direito.

Por isso, o resgate argumentativo de sentidos comuns, quando não situados por situações concretas de aplicação, que revalidem o argumento no caso, não cumpre uma função essencial de reconciliação entre a história e a justiça, o que opera como justificativa central em uma hermenêutica de princípios. Para a hermenêutica crítica, princípios não são justificativas gerais disseminadas no seio de uma comunidade linguística, pelo que não

servem de instrumentos retóricos de justificação das práticas e dos usos correntes da argumentação.

Nesse sentido, falar “da” igualdade, ou “da” liberdade, ou “da” dignidade humana não insere um argumento de princípio válido em um debate sem que o sentido de igualdade, liberdade ou dignidade seja construído por um procedimento discursivo que envolva a consideração de todas as circunstâncias de aplicação presentes no caso. Portanto, do ponto de vista abstrato e teórico, falar “de” princípios não diz nada acerca da adequação da validade do discurso em termos de princípio, já que para um argumento operar no sentido normativo de um princípio ele precisa demonstrar a sua condição de única resposta correta no contexto de aplicação, sendo essa uma condição de validade para a invocação discursiva de argumentos de princípio adequadamente construídos.

Essa dimensão de concretude, embora não seja necessariamente rejeitada em uma argumentação retórica, não se encontra diretamente imposta como condição de validade discursiva nesse modelo de argumentação. Por operar em dimensões de pesos distintos nas situações de aplicação, os princípios pressupõem esse tipo de ancoragem linguística fornecida pelo caso, que liga a ação discursiva a um modo de proceder à aplicação com integridade.

Em um discurso de aplicação, portanto, a construção válida de argumentos de princípio se funda na concretude do enfrentamento dos sinais característicos da situação de aplicação. Princípios, nesse sentido, não operam como meras pré-compreensões teóricas compartilhadas comunitariamente, mas como procedimento de aplicação imparcial da norma jurídica a casos concretos integralmente enfrentados.

É na estrutura procedimental de construção das analogias viáveis do caso de aplicação que se forma a chamada “perífrase do procedimento de aplicação imparcial” (GÜNTHER, 2011, p. 263), o que é uma condição legitimante da concretização das normas-princípio. Assim, é possível perceber que o argumento de princípio, diferentemente do que ocorre com um argumento de “topos”, não se volta à persuasão de uma plateia afetada pelo discurso, mas sim à demonstração da correção da decisão, pela adoção de um sentido íntegro para a norma, em relação ao universo situacional concretamente verificado no caso de aplicação.

Embora ambas as funções possam ser esporadicamente identificadas em um mesmo discurso de aplicação, a dimensão procedimental que envolve a aceção correta de uma argumentação por princípio torna imprópria a equivalência teórica entre princípios e “topoi”. Princípios sempre dependem de comprovação mediada pelo discurso de aplicação, ao passo que um “topos” pode operar como premissa antecedente do raciocínio que guia um

juízo crítico. Mesmo que essa função de “premissa do raciocínio aporético” não seja a única função possível para um “topos”, como bem ponderou Roesler (informação verbal)⁴⁸, não se pode negar que tal função pode ser assumida pelo “topos” em uma argumentação retórica, e que, por essa razão, a dimensão situacional do caso de aplicação não é uma referência analítica obrigatória na tópica viehwegiana.

Por isso, a diferenciação teórica entre um “topos” e um “princípio” é importante, pois disso depende o afastamento pretendido por esta tese entre um efetivo campo de argumentação voltado à concretização de uma comunidade de princípios e o uso retórico que se pode fazer das analogias de princípio, quando não guiadas por discursos de aplicação integralmente voltados à solução adequada de casos singulares.

Em sua função retórica geral, um “topos” fornece boas razões para decidir, e não necessariamente as razões corretas para decidir um caso de um modo imparcial e coerente. Essa segunda condição, contudo, é central na procedimentalização de uma argumentação de princípios, a qual se funda exatamente na adequação discursiva das soluções construídas em casos individuais.

Princípios, para a hermenêutica crítica, portanto, são sempre procedimentais, e sua adequação depende do posicionamento discursivo de suas implicações no caso, de modo a que se demonstre a sua adequação como solução jurídica justa, o que depende da estrutura do caso concreto, que, bem compreendido e resolvido em toda a sua complexidade, fornece um elemento de validade necessário ao discurso de aplicação. Já os “topoi” não operam necessariamente desta maneira, pois a resposta para um problema guiada por um “topos” pode ser construída a partir de um discurso abstrato de fundamentação, o que é inviável na dinâmica da hermenêutica de princípios concretista.

Como se pode perceber, o “problema de interpretação” para a tópica viehwegiana pode ser tanto a dimensão concreta de um caso como a noção teórica que nutre o conteúdo abstrato de um senso comum jurídico. Já para a hermenêutica crítica, a resposta correta para o problema de interpretação do direito depende da demonstração da adequação de um argumento de princípio ao caso de aplicação, por meio do tratamento integral de suas características especiais e singulares.

Desse modo, conclui-se que na tópica viehwegiana é possível ampliar a noção de problema, a fim de abarcar o discurso de fundamentação como resultado prático viável de um juízo crítico em torno da atividade aporética de interpretação. Já na hermenêutica crítica, que

⁴⁸ Arguição da banca de qualificação de Doutorado de Stéfano Cunha Araújo, em Brasília, em 18 de novembro de 2022.

se volta integralmente à formação de juízos de adequabilidade situacional da norma, não. É que a hermenêutica crítica impõe uma reflexividade permanente aos sujeitos que pretendem validade de seus discursos, mesmo que fundados em um histórico de efeitos, o que sugere que a argumentação por “topos” não é suficiente para fundamentar “a priori” o pleito de validade das práticas em casos concretos de aplicação. O pensamento retórico não é voltado à razão guiada pelo agir comunicativo, mas sim à persuasão a um fim pelo argumento verossímil, o que sugere uma escolha pela racionalidade instrumental no manejo dos argumentos.

Assim, embora o enunciado de um “topos” possa se converter discursivamente em um princípio na solução correta de um caso, isso só é válido pela própria expressão problemática do caso resolvido adequadamente, por meio do discurso de aplicação que enuncia um “topos” como padrão de argumentação coerente com a comunidade de princípios naquela situação de interpretação. Por essa razão, a alocação ocasional de um “topos” na posição de princípio na decisão de um caso não traduz uma equivalência teórica entre o “topos” e a categoria filosófica dos princípios.

A eventual função de princípio que pode ser sustentada em torno de um “topos” em um caso concreto não está previamente determinada pela sua aceitação geral pela “endoxa”. Portanto, ela é uma condição discursiva incerta, e que se encontra vinculada à própria construção discursiva do procedimento de aplicação, o qual posiciona os padrões de argumentação adequados a partir do tratamento da própria complexidade emergente do caso, o que envolve a dissuasão de pretensões de validade contrapostas entre sujeitos comunicantes.

Por isso, a condição de princípio que um “topos” pode assumir em um discurso de aplicação não possui uma relação imediata com o grau de aceitação geral que ele goza em uma comunidade de linguagem, como ocorre no modelo retórico de argumentação, mas sim com sua condição concreta de adequação ao caso de aplicação, demonstrando-se por uma forma imparcial que o discurso guiado por aquele “topos” assume um histórico de efeitos da norma compatível com o enfrentamento integral das complexidades singulares da situação de aplicação atual.

Em síntese, como a abordagem de problemas por “topoi” não necessariamente guia o discurso jurídico por um princípio universal de argumentações por adequação, isso retira do campo da retórica uma condição necessária de ancoragem da imparcialidade no processo de concretização dos princípios da ordem jurídica. Por essa razão, é inadequado igualar “a priori” a noção de princípios com a ideia de “topos”, já que tal equivalência é circunstancial e não categorial. Ela depende, como visto, de contextos discursivos, nos quais a condição de princípio de um certo padrão de argumentação se mostre imparcial e coerente,

revelando que o “topos” naquele contexto da aplicação opera como solução adequada do direito concretizado a partir do caso.

Por isso, embora uma pré-compreensão que habite um “topos” possa ter sua condição de princípio demonstrada em um caso concreto, não é o “topos”, abstratamente considerado, que habita a condição de princípio. É o discurso que demonstra a sua coerência enquanto resposta correta para o caso (portanto, imparcial porque validada pelo seu enfrentamento integral) que fundamenta a condição de princípio do padrão de argumentação “in casu”. Não há, nesse sentido, um simples resgate teórico do padrão de argumentação que operou como norma jurídica no passado, tal como postula a compreensão de uma hermenêutica filosófica, fundada na premissa de circularidade. Por isso a abordagem retórica do problema de aplicação não é suficiente, pois na hermenêutica crítica a demonstração da condição de adequação atual do padrão de argumentação é parte integrante de sua condição de validade em um discurso guiado à razão pelo agir comunicativo.

Como pondera Günther (2011), o discurso de aplicação concretiza uma dimensão forma-pragmática do procedimento da imparcialidade, o que se difere procedimentalmente da imparcialidade que habita os discursos de justificação, que dão tratamento aos interesses gerais em torno da norma. Esse princípio universal de adequação interfere diretamente na noção de princípio que é assimilada pela hermenêutica crítica, pois aqui os princípios passam a ser compreendidos como procedimentalização da integridade do ato de aplicação. Nesse sentido, o autor:

[...] se entendermos princípios, no modo aqui sugerido, como expressão de um procedimento argumentativo que possibilita uma consideração imparcial de todos os sinais característicos situacionais, o seu sentido muda; neste caso, passam a servir para justificar coerentemente aquelas normas e as suas variantes de significado que podem ser relacionadas com uma descrição situacional integral. (GÜNTHER, 2011, p. 267).

O princípio de adequação discursiva em Günther (1993, 2011) é mais exigente do ponto de vista da imparcialidade, pois requer não apenas a colocação de um caso no contexto previamente compartilhado do saber teórico, mas a própria “recontextualização da norma” em termos situacionais concretos. Isso não se confunde com o resgate de dogmas abstratos de compreensão, mas sim com o cercamento dialético do saber comunicativo, (re)construído a partir dos episódios de aplicação das normas de direito, por meio de casos concretos bem resolvidos.

O compromisso com o procedimento de aplicação na hermenêutica de princípios, portanto, funda a integridade política da jurisdição, na medida em que exige da autoridade que

trate de forma igualitária os sujeitos de direito. Ao pretender a resolução integral de problemas singulares e concretos como caminho argumentativo da imparcialidade, a hermenêutica de princípios não se resume à questão retórica, nem pode se confundir com a tarefa de fornecer aos discursos bons argumentos decisórios.

Na tópica autorreferente é exatamente isso que acontece ao se enfrentar problemas teóricos, em lugar de situações específicas de aplicação. No cenário da tópica autorreferente, portanto, a interpretação tende a se resumir à reprodução de pré-compreensões, que se projetam como facticidades, mas que, pelo concurso da inventividade discricionária, acabam mobilizando rupturas sucessivas dos conceitos, projetando oscilações de entendimento não justificadas por um critério procedimental de adequação da aplicação em casos singulares.

Esse cenário de dispersão coloca a interpretação judicial em um círculo hermenêutico inacessível à reflexividade crítica dos destinatários da norma, pois eles, em sua maioria, não fazem parte da “endoxa”. Com isso, o recurso retórico da argumentação é livremente mobilizado por aqueles sujeitos que detém a autoridade para decidir, mas isso desgasta a própria respeitabilidade da autoridade que decide, como visto nos sucessivos casos de mudança de opinião de Gilmar Mendes (BRASIL, 2018) e na própria oscilação de voto da Ministra Rosa Weber (BRASIL, 2018).

Quando as mudanças de entendimento judicial estão dissociadas de complexidades retratáveis pelo discurso de aplicação, promove-se recorrentemente uma alienação técnica dos discursos judiciais, o que é profundamente problemático no novo contexto político e social em que são os princípios que operam no centro do ordenamento, e não as regras. As regras são mais afeitas a esse simbolismo retórico da argumentação fundada na “técnica”. Na retórica positivista, por exemplo, a técnica é um elemento autorizativo que superava a própria validade substancial do direito, pois o critério de neutralidade axiológica lançado como justificativa de purificação do direito direciona à regularidade das formas jurídicas o papel que hoje é ocupado pela dimensão de adequação situacional das normas.

O paradigma formalista, portanto, é problematizado na transição do modelo de regras à hermenêutica de princípios. Nesse contexto, é possível perceber que o discurso técnico, não sensibilizado por nuances do caso, que servia antes para reforçar a imparcialidade da jurisdição, por um critério autorreferente que caracterizava o fechamento sistêmico do direito, perdeu a sua condição central de legitimidade em um ordenamento centrado em princípios. Com a ruptura com o paradigma da neutralidade axiológica, deixar de enfrentar as questões morais e de justiça que habitam os debates judiciais em um caso concreto passa a retirar a própria condição de legitimidade do discurso judicial, e não a reforçá-la, como no

positivismo.

Por isso, quando os princípios operam como meros instrumentos retóricos de argumentação, e não como padrões de argumentação coerentes, eles perdem a condição de imparcialidade que os torna válidos em um discurso de aplicação. É exatamente nessa função discursiva que se valida concretamente a aplicação de princípios, já que princípios não são conversíveis em regras abstratas, tampouco são passíveis à positivação antecipatória de seus conteúdos.

As teorias retóricas da argumentação não estão preocupadas com essas dimensões filosóficas do problema de interpretação, pois, na verdade, o seu olhar cético para o problema da correção do direito torna a abordagem por “topos” essencialmente pragmática. Assim, embora o modelo retórico não se confunda com um despreço geral pela coerência, o fato é que a retórica não faz da coerência o seu norte procedimental de validação discursiva, tal como ocorre com a hermenêutica centrada em princípios.

É verdade que Viehweg (1979), ao revisitar a sua obra vinte anos após o lançamento de “Tópica e jurisprudência”, fez algumas reflexões sobre o desenvolvimento posterior que a tópica vinha recebendo no campo jurídico. Ali, o autor advertiu os adeptos da tópica sobre a nova teoria retórica da argumentação em emergência após o giro linguístico, a qual teria como ponto de partida o discurso situacional. Contudo, também é verdade que essa noção teórica de discurso situacional em Viehweg não está condicionada à estrutura de cercamento linguístico do caso concreto de aplicação, como sugerido por Günther (1993, 2011), por exemplo.

Assim, o que se defende nesta tese não é a inviabilidade da tópica, mas a sua inadequação enquanto instrumento retórico de argumentação em uma dinâmica concretista de aplicação de princípios. Isso porque a dimensão situacional de aplicação de uma norma-princípio sempre depende da facticidade de um caso concreto, pois é nesse nível de concretização que se desenvolve o sentido coerente de uma argumentação de princípio. No campo conceitual, a noção de princípio pode ser facilmente subvertida pela opinião oscilante da “endoxa”, o que forja novas versões para a norma, as quais não são necessariamente coerentes com um histórico de efeitos, tampouco são guiadas por um liame de integridade, como se pôde perceber nos discursos judiciais examinados por esta pesquisa.

Portanto, embora no campo teórico Viehweg (1979, p. 101) assumia que a tópica deve tomar de empréstimo a diferenciação entre linguagem situacional e não-situacional, para estabelecer, a partir da semiótica, uma análise que se volta para a sintática (relação entre signos), para a semântica (relação entre signos e objetos) e para a pragmática (relação entre

situações e signos), o fato constatado por esta pesquisa é que na tópica autorreferente das Cortes superiores brasileiras o elemento sintático-semântico se coloca acima da dimensão pragmática de aplicação, o que é profundamente problemático em uma dinâmica de concretização de princípios jurídicos.

A axiomatização dos conceitos sintáticos, denunciada por Viehweg (1979, p. 102-103) como algo que não deu certo no positivismo, e que o fez advogar pelo retorno do saber jurídico ao campo pragmático da tópica, infelizmente é algo ainda presente na metodologia de trabalho das Cortes superiores, só que agora reforçada pelo uso retórico da noção de princípios. Por outro lado, a semântica, que é lembrada por Viehweg (1979, p. 102-103) como um recanto de simplificação do processo jurisprudencial, também opera como argumento de racionalidade dominante na jurisprudência das Cortes superiores, embora permeada por uma discricionariedade que insere incoerências na narrativa geral.

Assim, teorias semânticas são intercaladas com argumentações políticas e, com isso, funda-se a discricionariedade expansionista que caracteriza o modelo da tópica autorreferente. Nela, os precedentes disruptivos rejeitam os discursos de justificação alçados à condição de teoria do direito em capítulos anteriores da jurisprudência, por meio de argumentações não vinculadas nem ao sentido de coerência geral do sistema, nem à solução correta de casos concretos singulares que rompem com a pretensão de validade baseada em pré-compreensões anteriores. Com isso, retira-se do modelo da tópica autorreferente uma condição essencial de imparcialidade no procedimento de aplicação da norma.

De um modo particularizado, à luz dos casos de presunção de não-culpabilidade e da análise da estrutura de jurisprudência defensiva em Cortes superiores, esta pesquisa demonstrou por que o problema de adequação discursiva de precedentes no Brasil está imediatamente ligado ao modelo da tópica autorreferente. Ela transforma o caso concreto em algo periférico na projeção de discursos de justificação, recorrentemente antagônicos e injustificados à luz dos casos de aplicação, o que materializa jurisprudências “sem rumo”, pela soma acrítica de precedentes “sem caso”.

Sendo assim, embora se possa concordar com Viehweg (1979, p. 104) quando visualiza que a estrutura de pensamento aporético, ligada à tópica, é essencial para um resgate do “pensamento situacional”, sobretudo no pós-giro, a identificação da estrutura de cercamento linguístico do caso concreto não pode deixar de ser central nesse movimento de pragmatização da linguagem jurídica. Do contrário, corre-se o risco de converter o reconhecimento da pragmática da linguagem em um fundamento filosófico autônomo para a sustentação do próprio pragmatismo jurídico. Essa parece ser uma visão distorcida do papel

político da interpretação judicial, porquanto dissocia a jurisdição de um dever imediato de conformação política, por critérios de integridade acessíveis nos discursos de aplicação da norma jurídica.

A legitimidade do direito não se restringe à forma de reprodução legislativa do direito, tampouco à forma de investidura do poder da autoridade judicial que discursa sobre esses direitos em uma comunidade política de princípios. Ela depende da integridade do procedimento de aplicação, para que se alcance um sentido de legitimidade social que é próprio das sociedades constitucionais. Em tais sociedades, a esfera pública se posiciona politicamente, gerando elementos discursivos que tensionam o discurso judicial, pelo que a legitimidade do discurso judicial está vinculada ao adequado tratamento conferido pela autoridade às pretensões de validade que emergem do contraste entre vontades majoritárias cambiantes e a integridade corrente da narrativa em cadeia dos direitos.

Essa observação encontra ressonância na teoria discursiva de Habermas (2020), que identifica no desenvolvimento de sociedades crítico-deliberativas uma permanente tensão entre facticidade e validade, sobretudo após a ascensão do Estado democrático de direito. Talvez o próprio Viehweg (1979) tenha se apercebido dessa questão ao criticar o uso sintático-semântico da tópica, e propor um sentido dialógico para as práticas discursivas no direito, ligando-as à questão essencial da ética discursiva. Ele chega a apontar para essa alternativa como um caminho possível para a tópica, guiando-se a retórica por uma argumentação estrangida por deveres comunicativos.

Nesse sentido, para ele, por exemplo, no processo civil, a noção de ônus da prova tangencia diversos aspectos da comunicação processual e impõe encargos àqueles que pretendem fazer valer um determinado ponto de vista no processo (VIEHWEG, 1979, p. 106-107). Essa noção é bastante perspicaz, mas ainda assim não aborda de modo integral a questão aqui enfocada. É que a integridade do procedimento de aplicação não aparece na argumentação de Viehweg como um elemento central da tópica, mesmo que não negue a importância da coerência na construção argumentativa.

Nesta tese, ao contrário de uma alternativa procedimental, a noção de integridade é imediatamente ligada aos juízos de adequação situacional da norma, tornando essa questão teórica um elemento normativo de conformação da jurisdição. Para Viehweg (1979), a questão da ética ligada ao discurso é apenas periférica, e aponta para um dos caminhos possíveis para a tópica, sendo certo que para o marco teórico aqui assumido esse o único sentido legítimo que a tópica pode assumir em uma comunidade política de princípios.

Logo, a compatibilização da estrutura aporética de pensamento judicial é relevante

para a hermenêutica crítico-reflexiva apenas se assumida nessa dimensão prática de cercamento linguístico por casos concretos. É que na hermenêutica crítica a tópica é interessante enquanto função de proceduralização da resolução adequada de casos judiciais, e não como recurso de emulação teórica de conceitos autorreferentes, pois a feição concretista emprestada à noção de princípios depende do desenvolvimento de uma hermenêutica fundada não apenas em pragmaticidade, mas igualmente na ética discursiva.

Como visto, com o foco da tópica mantido em uma dimensão retórica da argumentação acaba-se convertendo facilmente o discurso judicial em uma reprodução acrítica de estados de fato da jurisprudência, secundadas por rupturas irrefletidas de entendimento por parte das autoridades que compõem a “endoxa”, tal como visto nos casos examinados por esta pesquisa. Já quando o foco do processo de interpretação é a abordagem crítica de problemas jurídicos concretos, a hermenêutica de princípios proceduraliza a imparcialidade na aplicação, e isso fornece concretude ao processo de validação discursiva do sistema constitucional de direitos, tornando os precedentes menos suscetíveis às rupturas irrefletidas constantes em uma tópica autorreferente.

Talvez neste ponto seja interessante resgatar uma alusão feita por Roesler (2013) ao chamado “contingente aristotélico”, que habita a dialética ligada à noção grega de prudência, e a diferencia do saber propriamente científico. Para a autora, partindo-se dessa concepção, a ordem das ações humanas contingentes no mundo não se encontra em um campo acidental, mas sim em um campo “do acaso”, ou seja, aquilo que, não sendo necessário ou frequente, depende de um algo em si para marcar a sua diferenciação.

Nesse sentido, são as palavras da autora:

[...] o domínio propriamente dito da ação é aquele das coisas que acontecem por acaso, nem necessárias e nem frequentes, e tendentes a um fim. Sua ocorrência continua sendo incerta e elas comportam a indeterminação, mas é possível agir com finalidade, embora não se tenha garantia de que a relação de causa e efeito seja sempre alcançada. (ROESLER, 2013, p. 114).

No campo do direito, se assumido o sentido hermenêutico aqui defendido, é possível postular que todo discurso sobre normas jurídicas é necessariamente situacional e, por isso, deve operar como algo contingente, pois a validade do discurso sobre direitos depende de contextos específicos de aplicação, que envolvem o caso e não variáveis externas a ele, como na tópica autorreferente. São os contextos que ligam problemas renovados de interpretação às justificações gerais que já operaram no passado como norma jurídica, criando um elo de adequação discursiva entre a referência normativa e o caso atual de aplicação.

Por isso, é importante notar que, em uma dinâmica crescente de indeterminação

das normas jurídicas, o aporte filosófico do direito em uma noção de comunidade política de princípios sugere que a legitimidade do discurso judicial esteja atrelada a essa dimensão universalizante da argumentação por adequação, tal como proposto por Günther (2011, p. 259-260) com base na noção de integridade presente em Dworkin (2014).

Habermas (2020) também enfatiza essa questão quando discorre sobre o pensamento de Kant. Segundo ele, a teoria de Kant pecou por centrar a questão da imparcialidade no processo legislativo, o que se fundamenta no pressuposto que ele adota a partir da noção de “vontade geral” em Rousseau. Com isso, Habermas enxerga uma espécie de colonização da justificação da lei geral sobre o seu procedimento de aplicação, nos seguintes termos:

[...] o próprio Kant contribuiu para que logo fossem confundidos dois significados, completamente diferentes, de ‘universalidade’ da lei: a universalidade semântica da lei geral e abstrata tomou o lugar daquela universalidade procedimental, que caracteriza a lei obtida de maneira democrática como expressão da ‘vontade unida do povo’. (HABERMAS, 2020, p. 618).

Para as reflexões aqui desenvolvidas, essa citação é importante porque a própria abordagem positivista que se segue a Kant (o positivismo kelseneano, por exemplo) serviu-se amplamente desse conceito para justificar a legitimidade do direito como algo sistêmico, ligado à regularidade do processo legislativo, sendo essa a fonte da neutralidade axiológica que fundamenta a teoria pura do direito. A associação indistinta entre a dimensão de justificação da norma e a sua aplicação válida a casos foi demonstrada por Günther (2011), ao referir essa condição estrutural do positivismo, que parte da noção kantiana de imparcialidade da lei geral, sem se atentar para a peculiaridade do problema da imparcialidade no processo de aplicação das normas.

No positivismo, portanto, pela própria lógica sistêmica de dedução, o problema da aplicação imparcial é aparentemente negado, pelo recurso teórico da neutralidade axiológica pregada pela teoria do direito. Quando isso é alvo da crítica do giro, e ocorre a superação do paradigma centrado regras, há um recondicionamento filosófico do direito que agora centra a noção de validade em uma comunidade política de princípios.

Mas com esse recondicionamento, a avaliação dos direitos em um nível pós-convencional da moral passou a depender integralmente desse tratamento conferido à imparcialidade decisória, já que a questão da validade discursiva não se resume mais à regularidade de formas, adentrando na noção de adequação situacional, imediatamente ligada ao enfrentamento integral dos sinais característicos da situação de aplicação. Por essa razão, percebe-se que a tópica autorreferente, que se volta para a questão abstrata de interpretação e

justificação das normas, não alcança esse nível de exigência discursiva da imparcialidade na dimensão de aplicação.

Partindo-se dessa constatação, é possível perceber por que a tese aqui desenvolvida propõe um resgate do modelo aporético de pensamento judicial sob uma perspectiva limitada à estrutura do caso concreto, pois é dimensão situacional do caso que se liga à categoria do discurso de aplicação, e não a estrutura autorreferente dos problemas hipotéticos ligados aos discursos de justificação. Também por isso a noção retórica da tópica mostra-se insuficiente para justificar em termos de imparcialidade o procedimento de aplicação, já que possibilita o desenvolvimento desse tipo de discricionariedade desviada dos casos, e que, pela refundação teórica dos direitos por discursos de aplicação, inserem a incoerência no cerne do ordenamento, a partir da oscilação de jurisprudências.

Em síntese, o sentido de “ars inveniendi” contido na noção autorreferente da tópica não vinculada a casos concretos posiciona o discurso judicial em uma condição de “saber autorizado”, o que proporciona o monopólio dos espaços de fala judiciais pela autoridade. Isso parece ser algo que enfraquece a integridade da jurisprudência, como foi demonstrado à luz dos discursos judiciais em torno da questão de presunção de não-culpabilidade no STF.

Feitas essas considerações sobre o problema da tópica autorreferente, a noção teórica de “caso concreto bem resolvido” emerge como categoria fundamental para o processo de readequação discursiva da jurisprudência, que se volta à tarefa de concretização da comunidade política de princípios, atestando por elementos concretos de ancoragem discursiva a integridade da narrativa judicial dos direitos. Esse tema será abordado adiante, no capítulo final desta tese.

4 A IMPARCIALIDADE PELO PROCEDIMENTO DE APLICAÇÃO: A RELAÇÃO ENTRE OS CASOS CONCRETOS BEM RESOLVIDOS E A INTEGRIDADE POLÍTICA NA JURISDIÇÃO

4.1 O novo sentido crítico-reflexivo da hermenêutica jurídica na transição filosófica do positivismo de regras ao ordenamento centrado em princípios

O nível crescente de indeterminação abstrata das normas jurídicas, em contextos sociais de relações cada vez mais complexas, tende a tornar a dimensão situacional de aplicação um elemento indispensável para a adequação dos discursos judiciais. O resgate teórico de Viehweg permitiu observar que, a partir da visão moderna do positivismo, implantou-se na consciência jurídica dominante um dogma de objetividade que contrasta frontalmente com a estrutura aporética de pensamento judicial pré-moderno. Esse paradigma, contudo, passou a ser problematizado com o giro linguístico-pragmático (WITTGENSTEIN, 1996), que promoveu uma ruptura com a filosofia do conhecimento baseada no pensamento cognitivista que remonta a Kant.

Na emergência dessa crise da objetividade, perde sustentação filosófica a tarefa de uniformização conferida tradicionalmente à jurisprudência sumular, guiada por uma justificativa sistemática de estabilização de sentidos normativos. No caso brasileiro, o sistema da tópica autorreferente promoveu um simulacro teórico de teses jurídicas, convertendo a jurisprudência em um elemento dogmático de produção conceitual desviado dos casos de aplicação.

Isso fundou na experiência nacional uma espécie de positivismo exótico, no qual a discricionariedade foi convertida em poder de normatização geral, em lugar de uma metodologia de integração das lacunas normativas do sistema, condicionado à solução detida de casos por órgãos de aplicação. Com isso, a estruturação teórico-abstrata da jurisprudência brasileira desviou-se do positivismo metodológico tradicional, já que na tópica autorreferente a discricionariedade desenvolveu uma metodologia prospectiva, onde as teses foram direcionadas “para fora e além” dos casos de aplicação, aproximando a jurisprudência de uma atividade legislativa.

Neste capítulo da tese, tentar-se-á demonstrar que a nova ordem jurídica centrada em princípios depende de uma conformação diferente da hermenêutica jurídica, voltada à reflexividade crítica intersubjetiva, o que depende do resgate da forma aporética de pensamento judicial, cercada pela estrutura individual do caso concreto. Defender-se-á que o

desenvolvimento de jurisprudências efetivamente guiadas por um modelo de argumentação por princípios depende da ancoragem discursiva dos sentidos normativos na dimensão de aplicação. A premissa de que parte esse argumento é que, fora desse contexto de aplicação, princípios jurídicos correm o risco incontrolável de se converterem em escolhas valorativas do intérprete, sem adequada expressão de historicidade na comunidade política de afetação.

Negar a validade política da tópica autorreferente, portanto, é o primeiro passo de reconstrução de novas bases crítico-reflexivas para a hermenêutica, de modo a instrumentar um uso adequado dos princípios jurídicos na experiência judicial. Para isso, é necessário atacar a instrumentalização acrítica dos métodos hermenêuticos utilizados por juízes adeptos do pragmatismo estruturado pela tópica autorreferente. Na dissociação dos casos, a interpretação judicial passa a operar a serviço da justificação abstrata de normas, convertendo a tarefa de aplicação em uniformização de sentidos, o que promove uma discricionariedade expansionista que torna superdimensionados os órgãos de cúpula do Poder Judiciário.

Aqui, será demonstrado que, quando princípios são mobilizados fora da concretude dos contextos de aplicação, como vem ocorrendo na prática atual, eles são convertidos em argumentações de política dissociadas do norte da adequação. Isso, por sua vez, inviabiliza a visualização da imparcialidade pelo procedimento de aplicação. Como os princípios eram secundários no modelo de regras positivista, e não possuíam status de normatividade fora da condição estruturante da forma legal, a teoria semântica da norma desviava o foco dessa questão dos padrões morais de argumentação no direito, o que é central na nova abordagem hermenêutica do pós-giro, em que o ordenamento é centrado em princípios.

A reinserção da dimensão moral dos discursos no centro da racionalidade do direito pressupõe uma releitura das bases de desenvolvimento da hermenêutica, pois a noção de princípios não vem sendo validamente apropriada pela jurisdição em seu modelo de tópica autorreferente. O positivismo exótico brasileiro vem guiando a jurisprudência em Cortes superiores como tarefa política para que juízes conceituem de forma abstrata dos direitos, o que no pós-giro vem reduzindo a tarefa da hermenêutica de princípios a um projeto ambicioso (e ilegítimo) de dogmatização abstrata de “valores objetivos”, por juízes sem poderes de representatividade social.

Quando princípios são reduzidos a valores abstratos, lançados discricionariamente por juízes não eleitos, criam-se diretrizes políticas de conformação social que não possuem condições de aceitabilidade racional, dado que a conversão de princípios (que são normas jurídicas) em valores retira o caráter deontológico desses padrões de argumentação,

incorporando-os em uma dimensão teleológica que não possui parâmetro de verificação de sua justiça procedimental (“fairness”). Seja porque não fundados em juízos de adequabilidade situacional, que tornem possível identificar o “fairness” da norma de decisão em um caso, seja porque não justificáveis formalmente por uma decisão de um órgão representativo, “escolhas valorativas judiciais” lançadas abstratamente acabam não coincidindo procedimentalmente com o sentido adequado de uma norma fundada na comunidade política de princípios.

A tópica autorreferente subverte a noção de integridade política na jurisdição, por adotar um pragmatismo consequencial que mobiliza decisões voluntárias guiadas por uma racionalidade instrumento de meios a fins, em lugar de um agir comunicativo guiado à auto-compreensão da comunidade de princípios. Com isso, o monopólio do espaço judicial pela autoridade anula a dimensão crítico-reflexiva de reconhecimento da validade do processo de apropriação judicial dos princípios, pois, utilizados como discurso de justificação abstrato fundado em discricionariedade, tornam-se impermeáveis à participação em contraditório dos sujeitos afetados pela norma de decisão.

Ocorre que, como princípios só se dão a conhecer legitimamente em contextos de concretização de direitos implícitos, e não como projeções voluntárias de regras abstratas de aplicação, a experiência da tópica autorreferente vem simplificando a hermenêutica de princípios, e transformando-a em um instrumento discricionário de imposição da vontade política de juízes que operam como uma espécie de superego social (MAUS, 2010).

A jurisprudência, então, submete os destinatários da norma a uma facticidade dogmática que é pressuposta nos discursos de justificação, quando na verdade o que se deveria perquirir dos juízes em um processo racional de interpretação é, exatamente, a validade dos pressupostos que operam como facticidade. Por esse caminho de abstração e dispersão dos casos, portanto, a tópica autorreferente promove uma conversão judicial da noção de princípios em regras dogmáticas sem fundo de validade claro, porque dissociadas de critérios de racionalidade comunicativa demonstráveis pela aplicação. A definição autorreferente da racionalidade instrumental de juízes, aqui, é projetada e (re)definida por súmulas e teses teóricas gerais que se firma como inteligência conceitual de juízes, no lugar de precedentes baseados em “casos concretos bem resolvidos”.

Isso é extremamente problemático, como será visto, pois a noção de princípios pressupõe que a sua aplicação opera adequadamente por pesos, e não por exclusão de outros princípios, o que inevitavelmente acontece quando se cria uma regra em lugar de se aplicar o princípio com adequação, já que são as regras que operam dessa “maneira do tudo-ou-nada”, como observa Dworkin na seguinte passagem:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada”. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. (DWORKIN, 2020, p. 39).

Em face de regras ou de princípios, a normatividade do padrão de argumentação só é válida quando orienta a decisão por um agir comunicativo voltado à adequação situacional na aplicação, o que pressupõe um caminho discursivo que tenha como suporte o caso, a partir do qual é demonstrada a correção do sentido de orientação do dever jurídico na situação descrita pelo discurso de aplicação. Diferentes normas “a priori” podem ter sua relevância considerada em um caso, mas o tratamento integral de sinais característicos da situação de aplicação cria um modelo de colisão entre normas que se torna resolúvel por uma racionalidade não restrita à instrumentalidade dos meios a fins.

No caso brasileiro, ao que parece, a jurisdição só pode ser distanciada da discricionariedade judicial se a estrutura do discurso de aplicação passar a operar no lugar dos discursos de justificação que hoje habitam a tópica autorreferente. É que, quando há um tratamento imparcial do contraditório, evita-se que o discurso judicial seja converta em subjetivismo decisório colonizador da norma, o que opera como razão instrumental sem parâmetros de verificabilidade da coerência discursiva.

Por esse processo de construção de juízos de adequabilidade situacional, portanto, princípios concorrentes mantêm-se intactos no final do procedimento de aplicação. Nesse contexto, a (in)adequação de um princípio ao caso de aplicação não se converte de modo incontinenti em uma “falsa regra de implicação” da rejeição ao princípio, o que nos discursos de justificação acaba operando pela regra de precedência condicionada entre princípios (ALEXY, 2008) alocada no lugar da adequação situacional (GÜNTHER, 2011). Por conseguinte, no modelo güntheriano a aplicação futura do princípio não é inviabilizada, tampouco dependerá de um juízo discricionário de ruptura, o que acaba sendo inevitável quando o processo hermenêutico é convertido em um esforço dogmático de projeção abstrata de regras gerais sobre direitos.

Na hermenêutica fundada em discursos de aplicação, então, permite-se que princípios operem por diferentes graus de incidência, o que a conversão em regras abstratas inviabiliza, já que a concorrência entre regras sempre impõe a anulação de uma em favor da outra na hipótese de aplicação. Daí porque a adequação como norte procedimental da tarefa de interpretação oferece um aporte filosófico mais sólido para a integridade política no

exercício da jurisdição.

A partir da consideração integral dos sinais característicos de uma situação de conflito, fundamenta-se concretamente o juízo de adequabilidade que legitima a relevância prática conferida pelo discurso a diferentes regras e princípios em um contexto de aplicação. Constrói-se, assim, uma hermenêutica crítico-reflexiva, que expressa a coerência como resultado de um procedimento de concretização guiado por deveres éticos na comunidade política de princípios. Esses deveres, então, submetem os sujeitos que interagem nos debates a mobilizarem suas pretensões de validade por um agir comunicativo guiado ao entendimento, e não por uma racionalidade instrumental que opere como facticidade externa ao problema de interpretação.

É importante perceber que no modelo de regras positivista a tentativa de antecipar semanticamente o conteúdo das normas ainda fazia algum sentido, pois o paradigma do conhecimento ostentava uma condição dominante e suportava a pretensão conceitual de identificar o sentido de aplicação das normas por antecipação, tanto que a teoria da interpretação no positivismo anterior ao giro decisionista kelseneano era fundada nessa premissa de uma “moldura interpretativa”.

Aliada à regra do “tudo ou nada”, portanto, a pretensão semântica compunha um sentido instrumental da interpretação que fundava os cânones clássicos da interpretação (anterioridade, especialidade, etc.). Isso assegurava um método de exclusão de normas que certificava na maioria dos casos que apenas uma regra tivesse pertinência na solução do caso, o que era complementado pela discricionariedade nas hipóteses de ambiguidade ou ausência de regra previamente estabelecida, fechando o sistema contra a possibilidade de lacunas insolúveis.

Contudo, a crítica da filosofia linguística ao positivismo a interpretação foi profundamente questionada em sua função dogmático-abstrativa, já que o projeto semântico passou a ser considerado irrealizável no campo jurisprudencial, o que foi reforçado a partir da incorporação de princípios no centro do ordenamento. Em uma comunidade política de princípios, portanto, a indeterminação conceitual do direito impõe uma tarefa guiada a um agir comunicativo, de modo a retornar para o campo da razão (agora não mais instrumental, mas comunicativa) a construção de sentidos coerentes da norma, que validem as pretensões com os direitos por um critério procedimental verificável.

A multiplicidade dos casos, nesse cenário, opera como suporte da racionalidade comunicativa, provendo a jurisdição de um mecanismo permanente de testagem e revalidação de suas justificações em contextos de aplicação, o que devolve a linguagem a uma dimensão

de concretude que permite sondar por critérios racionais sujeitos à crítica os graus de incidência de princípios da ordem jurídica para a solução correta em torno de disputas travadas pelos atores da comunicação. Isso sugere não apenas que “cada caso é um caso”, mas, igualmente, que cada caso possui “uma única resposta correta” em termos de direito.

Com isso, não se pode considerar que o intérprete possui uma capacidade legítima de antecipar os efeitos da norma, pois, considerada a singularidade dos casos, impõe-se uma condição de “não repetição” que opera como uma espécie de exclusão lógica da “analogia ideal”, que é um pressuposto fundante da noção de objetividade ligada ao precedente. Na nova hermenêutica fundada em princípios, portanto, a tarefa de interpretação consiste em identificar os “direitos que as pessoas têm” (DWORKIN, 2020) em um caso, e, por isso, depende de processos construtivos imparciais, nos quais se concretizem prerrogativas de participação entre sujeitos comunicantes que se guiam por uma racionalidade comunicativa que emerge dos debates judiciais como solução correta para a situação de aplicação.

Dois “casos diferentes” não podem, em tese, ser a mesma coisa, pelo que a lógica normativa de princípios impõe uma meta-teoria do “terceiro excluído” à função hermenêutica, o que inviabiliza a aglutinação das diferenças entre casos sem que a consideração integral de suas particularidades se dê no discurso de aplicação. Ou seja, aquilo que vale para fundamentar uma regra abstrata (discurso de justificação), não vale necessariamente para fundamentar a sua aplicação, pois a particularidade dos casos toma um lugar de destaque na concretização dos direitos.

Discursos de justificação, como se sabe, operam por traços comuns, o que não abrange a premissa da “não repetição” presente no contraditório em casos singulares. Por isso, a lógica da repetição, presente nos discursos de justificação, não serve para fundamentar a aplicação, pois nela encontra-se inserido um nível de indeterminação ínsito a noção de caso. Daí porque a imparcialidade na dimensão de aplicação pressupõe o enfrentamento dos casos, para que a aplicação de princípios se dê por “níveis de adequabilidade situacional”, demonstrados por discursos que enfrentam integralmente os contraditórios.

Portanto, a hermenêutica voltada à aplicação de princípios, que não são regras antecipáveis, nem se aplicam segundo a lógica do tudo-ou-nada, pressupõe uma forma de aplicação que dê legitimidade ao sentido de implicação conferido à norma. Nesse contexto, o pressuposto sob o qual opera a tópica autorreferente, que é a uniformização de sentidos, torna-se completamente inválido, pois na nova hermenêutica os princípios concorrentes precisam ser constantemente sopesados em uma abordagem procedimental que demonstre a adequação do padrão de argumentação concretamente.

O que caracteriza a legitimidade no processo de interpretação fundado em princípios, então, é a busca particularizada pela única resposta correta (DWORKIN, 2019, p. 175-216) para o caso, algo diferente da tarefa política de uniformização de sentidos atribuída pela tópica autorreferente às Cortes superiores. Os conceitos de súmula e de “tese vinculante”, que operam como veículos da interpretação judicial nessas Cortes, precisam ser problematizados, à luz da tarefa de adequação situacional dos discursos, que revela a verdadeira função integradora dos discursos racionais sobre direitos, em uma perspectiva comunicativa que invalida a redução teleológica promovida pela racionalidade instrumental de meios a fins.

Como o ordenamento está centrado em princípios, e não mais em regras, e os princípios operam desta maneira crítico-reflexiva, atrelada a discursos que se revelam íntegros por sua dimensão de adequação situacional, isso sugere que o sentido prático das normas encontra-se integralmente vinculado ao enfrentamento de sinais característicos de aplicação com imparcialidade e coerência. Por isso, na aplicação de princípios não há um sentido prévio, objetivamente identificável e que possa ser considerado de antemão como antecipação de comportamentos normativos. O que existe é uma rede de comunicação que dá à experiência um ponto de partida, e não um ponto de chegada previamente estabelecido. Precedentes, nesse sentido, operam como referência do padrão de argumentação utilizado em diferentes contextos, e não como regras abstratas de aplicação. Os princípios, então, para serem aplicados com imparcialidade e coerência, dependem do adequado tratamento conferido a sucessivos casos de aplicação.

É no enfrentamento integral das particularidades desses casos “não repetíveis” que se sustenta o procedimento de aplicação como algo imparcial e que revela a coerência entre precedentes. Daí por que, embora nenhum dos princípios envolvidos na interpretação de um caso anule a dimensão de existência do outro, sua incidência por pesos pressupõe que a referência ao padrão de argumentação não seja considerada como norma jurídica fora de seus contextos de aplicação, sob pena de conversão da operação hermenêutica em subjetivismo decisório.

Até por isso esta tese insistiu ao final do segundo capítulo na diferenciação entre princípios e “topoi”, pois, adotado um sentido de adequabilidade para as normas-princípio, é apenas na demonstração concreta de sua adequação que o padrão de argumentação revela-se como norma jurídica em um novo contexto de aplicação. Ou seja, pela adequação situacional, que opera pelo tratamento integral de novas circunstâncias, revela-se coerente aplicar o padrão em um novo caso, ou seja, revela-se a sua condição de princípio “aqui e agora”.

Assim, como princípios são normas jurídicas que não possuem um sentido unívoco, sujeito à antecipação semântica, eles dependem do discurso de aplicação imparcial para se situarem historicamente em um critério procedimental de justiça. Desse modo, compreende-se por que os precedentes “constroem e/ou revalidam o sentido” em matéria de princípios, e não apenas colhem seu significado de um histórico de efeitos. Na consideração renovada da norma por casos singulares, em processos sucessivos de aplicação, reside uma importante característica dessa ancoragem procedimental, que é revitalizado por processos imparciais e coerentes de aplicação.

Os casos bem resolvidos contam a história da concretização dos princípios, inserindo-os em uma expressão histórica que traduz a norma jurídica “justa aos casos de aplicação”. Esses casos, portanto, fornecem referências para a aplicação futura do direito, alinhando a jurisprudência por um critério verificável de integridade, no qual a ruptura é fruto de um juízo crítico que invalida a tradição de forma racionalizada, e não por subjetivismo decisório.

Percebe-se, assim, que as concretizações de princípios não cercam a norma por fora, nem produzem uma antecipação estática dos seus efeitos, pois sempre dependem do tratamento com integridade do contexto de aplicação. Como a aplicação é constantemente revivida em processos de argumentação por adequação, isso torna a jurisprudência acessível em seu conjunto pragmático de compreensões, situado pelos casos bem resolvidos, e não por projetos dogmáticos de apreensão semântica de sentidos, como nas súmulas, por exemplo.

Por isso, a tarefa dogmática de antecipação conceitual, que ainda habita os esforços de compreensão teórica das normas, perde o seu sentido de validade na jurisdição, pois em ordenamentos centrados em princípios a norma é fruto de um discurso de aplicação coerente que se prova legítimo pelo caso concreto bem resolvido. Assim, nesses ordenamentos, a referência à normatividade dos princípios já parte de um nível concreto (a teia de precedentes), o que torna inadequado converter discursos de aplicação, que fixam precedentes, em discursos de justificação, que fixam projetos de objetividade semântica da linguagem jurídica. Nesse sentido, a jurisprudência fundada pela tópica autorreferente revela-se inadequada à hermenêutica centrada em princípios. Isso porque o desenvolvimento de jurisprudências por um concurso sucessivo de “teses jurídicas gerais”, que pretendem a uniformização de sentidos, não resolve corretamente o problema da validade na interpretação fundada em princípios jurídicos.

Como a tópica autorreferente induz os discursos judiciais a se evadirem dos casos de aplicação, na tentativa de gerar “precedentes objetivos”, os resultados interpretativos de

Cortes superiores não se comprometem com a racionalidade comunicativa dos seus atos judiciais. A racionalidade instrumental com que súmulas e teses são fixados e replicados no ordenamento brasileiro demonstra que, por meio da tarefa de uniformização, não há um compromisso imediato das Cortes superiores com a norma jurídica “justa aos casos de aplicação”. Ocorre que é exatamente nesta dimensão de revalidação crítica que a hermenêutica de princípios opera como racionalidade comunicativa do sistema de direitos.

Portanto, o modelo de conversão de discursos de aplicação em discursos de justificação é problemático, porque retira uma importante condição de legitimidade procedimental dos discursos que operam a concretização de princípios. Sobre a função limitada dos discursos de justificação, que antecipam casos hipotéticos por seus “traços comuns”, Martins e Oliveira observam, à luz da teoria de Günther:

A polêmica da justificação de uma norma é pautada pela antecipação de possíveis casos pertinentes, considerados em aspectos gerais e exemplares. Antecipa-se, com isso, uma série de consequências possíveis. Ocorre que a discussão desses casos possíveis se dá na medida em que é possível generalizá-los, ou seja, selecionam-se os fatos a partir do critério do *traço em comum* com outras hipóteses tidas por relevantes e não a partir do *aspecto particular* de cada situação (cf. p.46-47). (MARTINS; OLIVEIRA, 2006, p. 243, grifo do autor).

Mais adiante, lançando mão do célebre dilema kantiano colhido da situação hipotética de um ser que se guia pela racionalidade e se vê diante da difícil decisão de falar a verdade e condenar um inocente, ou mentir e se omitir da obrigação de delatar um fugitivo à polícia, observaram o seguinte:

Günther se propõe a solucionar este dilema ao introduzir a distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação. Segundo Günther, todas as teorias que tentaram resolver a questão moral da seleção arbitrária dos fatos na decisão de um caso ignoraram esta distinção, tendendo a subestimar o problema da aplicação das normas que se vale de um critério distinto, porém não incompatível com o princípio da universalidade (cf. p. 22-24). O estabelecimento de critérios racionais para a construção, por exemplo, de uma decisão judicial adequada a um determinado caso deve partir dessa distinção fundamental. (MARTINS; OLIVEIRA, 2006, p. 243).

Ainda com base no exemplo da mentira contada para salvar um fugitivo inocente, os autores situam o argumento güntheriano, aludindo que “a norma que proíbe a mentira é válida, embora não se considere este ‘efeito colateral’ particular como hipótese no processo de justificação da norma” (MARTINS; OLIVEIRA, 2006, p. 244).

O que os autores pretendem explicitar com a utilização desse exemplo é que pode um caso particular como esse do fugitivo inocente não ter sido devidamente considerado pelos sujeitos participantes do discurso de justificação, ou, “mesmo tendo sido antecipado, ele pode ter sido considerado irrelevante para o debate sobre a validade de uma norma geral e abstrata”

(MARTINS; OLIVEIRA, 2006, p. 244).

Segundo Martins e Oliveira, Günther parte do pressuposto de que:

[...] neste nível de argumentação, a escolha dos fatos relevantes é norteada pelo desiderato exclusivo de testar a universalidade da norma (cf. p. 47). O que importa em um discurso de justificação é a determinação do conteúdo semântico de uma norma para que ela seja traduzida em “termos universais” passíveis de aceitação por todos os interessados em circunstâncias gerais e previsíveis. (MARTINS; OLIVEIRA, 2006, p. 244).

Mas essa busca por generalização, ao mesmo tempo em que amplia a possibilidade de adesão voluntária à norma geral, também restringe o seu sentido concreto de adequação, pois “o imperativo de considerar o interesse de todos exige condições ideais de tempo e de conhecimento que, obviamente, não se confirmam na realidade” (MARTINS; OLIVEIRA, 2006, p. 244).

As condições hipotéticas por meio das quais operam os discursos de justificação são, na verdade, voltadas a um sentido de “equilíbrio reflexivo”, o que é uma noção presente na teoria de justiça de Rawls (2002), mas a justiça procedimental na aplicação envolve um outro nível reflexividade, que não importa em equilíbrio, pois os direitos já partem dessa consideração fundamental, e, portanto, não se sujeitam a novos juízos equitativos que retirem a condição deontológica da norma correta para o caso.

Ao refletir sobre a “posição original” (RAWLS, 2002) em seu modelo de contrato social hipotético, Rawls está teorizando condições antecedentes à aplicação, nas quais a ausência de domínio das condições de ação dos sujeitos afetados pela norma levaria um participante racional no debate a escolher juízos de equidade mais precisos, pois não saberia precisar quais os seus reais interesses. Esse não é, à toda evidência, o cenário no qual dois sujeitos racionais demanda por direitos em juízos. Eles sabem muito bem o que querem, por que querem, e em função de quais argumentos entendem ser devidos a eles esses supostos direitos, fundados em suas pretensões de validade com o discurso.

Portanto, a tarefa de interpretação na aplicação não é um juízo de equidade sobre o que seria devido “por questão de justiça” a cada sujeito em uma posição originária diversa daquela que o caso traz à luz em um debate judicial. Mas é mais ou menos isso que o discurso de justificação faz quando tenta teorizar abstratamente direitos que são demandados por circunstâncias e argumentos concretos, e não por questões de princípios descontextualizadas dos debates travados nos autos.

Desse modo, percebe-se que concepções privadas de justiça substantiva, ou mesmo contextos políticos de conturbação social, não podem ser tomados como referência

legítima para (re)fundar acordos originários em torno da obrigação das autoridades políticas em respeitar os “direitos que as pessoas têm” (DWORKIN, 2020). É isso que acaba acontecendo quando direitos e garantias fundamentais são lidos à luz de critérios abstratos que condicionam a aplicação de direitos à conveniência e oportunidade política sondada por juízos discricionários de juízes não eleitos.

Os direitos simplesmente perdem a sua condição de “trunfo” contra o Estado e as maiorias variantes do ambiente democrático se são interpretados por contingências políticas dessa natureza. A contingência legítima que afeta os discursos judiciais sobre direitos, portanto, são os contextos situacionais de aplicação, que importam na interpretação do sentido de correção da norma, e não elementos externos de conturbação política. A hermenêutica de princípios é fundada na observância da adequação da norma com integridade, o que rejeita exceções por critérios políticos de conveniência e oportunidade, pois isso diluiria as bases de aceitação geral da norma, as quais pressupõem uma condição de reciprocidade na qual “ego” e “alter” confiam na integridade dos direitos.

Por isso, a noção de princípios pressupõe a igualdade de consideração e respeito entre sujeitos de direito, e destes com a autoridade responsável pela sua aplicação. Do contrário a própria noção de direito converte-se em uma aporia, pois direitos, sobretudo direitos fundamentais, não podem estar sujeitos na jurisdição à expressão momentânea de interesses dispersos, não envolvidos pelo contraditório que fixa as condições de igualdade no debate judicial. Nisso consiste “levar a sério os direitos” (DWORKIN, 2020).

Em hipóteses de aplicação, portanto, o pressuposto geral é de que a decisão política antecedente, que cria uma comunidade comprometida com seus princípios, já foi tomada na fundação do Estado. A revisão disso não é fruto de uma política ordinária que pondera sobre prós e contras no momento de cumprir a obrigação de preservação dos direitos. A reflexividade crítica que rompe com acordos originários, portanto, deve ser guiada por processos constituintes mais profundos, e que sugerem não uma insatisfação momentânea com a inconveniência prática de certos direitos, mas sim a incorreção de um princípio anteriormente fixado como base para direitos.

Assim, o processo de deliberação não atua adequadamente quando avalia princípios por interesses gerais não particularizados por um caso de aplicação, pois a fixação de um princípio político decorre do compromisso fixado pelo equilíbrio reflexivo de uma posição originária que não se reproduz em sociedade já constituída. Ela é pressuposto teórico da integridade, e não objeto de deliberação atualizadora na aplicação de direitos. Não é, portanto, na confortável posição de domínio de todas as suas capacidades e interesses atuais

que uma comunidade pode caçar direitos de certos sujeitos políticos, pois isso fulminaria com a condicionante prática de justiça procedimental, fundada na citada noção do “equilíbrio reflexivo” de Rawls.

A comunidade que age por princípios é aquela que se rege por esse cometimento, sob o qual se encontra estabelecido o poder político constituído. Por essa razão, a premissa de legitimidade para a interpretação de princípios em um Estado de direito já constituído é o compromisso de agir com integridade política, ou seja, levando a sério os direitos que as pessoas têm. Direitos, segundo essa expressão de integridade, são prerrogativas cidadãs impostas “*erga omnes*”, mesmo quando operem em condições nas quais a vontade majoritária questione a posição jurídica de um membro da comunidade. É isso que explica a função contramajoritária de certos direitos, tal como a presunção de não-culpabilidade.

Para Dworkin (2020, p. 281), então, “podemos dizer que a justiça enquanto equidade [“*fairness*”] tem por base o pressuposto de um direito natural de todos os homens e as mulheres à igualdade de consideração e respeito”. Por direito natural, contudo, Dworkin não está se referindo a uma teoria metafísica, mas tão somente à noção filosófica de que, na ideia de contrato social de Rawls, que assume a condição hipotética de uma posição original, deve-se compreender que certos direitos “não são produto de nenhuma legislação, convenção ou contrato hipotético” (DWORKIN, 2020, p. 273), mas sim de um compromisso político com a integridade, o que gera condições para o “equilíbrio reflexivo” que atua como condição da justiça distributiva. São, portanto, direitos morais (“*moral rights*”), porque fundados em uma teoria política justificável em termos de um uso racional do poder, ou seja, com “justiça” (“*fairness*”) procedimental.

A noção de que existem direitos não positivados, portanto, apela para uma teoria de moralidade política que descreve a noção política de integridade como fundamento da sociedade constitucional para “descobrir direitos implícitos” à sua comunidade de princípios. Essa noção encontra suporte no pré-compromisso político com a racionalidade dos direitos, o que revela, pela compreensão da metáfora do equilíbrio reflexivo, que a coerência com a noção de princípio envolve a imparcialidade no tratamento de interesses que emergem das situações concretas de aplicação.

Como a teoria do interesse geral antecedente não se converte em uma questão metafísica, mas construtiva, o conceito de Rawls está vinculado na prática dos direitos a uma noção de integridade que se questiona reflexivamente “aqui e agora”. Mas isso, pelo pré-compromisso constitucional, leva na devida consideração que a justificação abstrata da norma por interesses gerais antecedentes já está posta. Resta apenas solucionar a questão da sua

aplicação imparcial, no momento de concretização das expectativas sociais lançadas em torno dos direitos.

Isso revela por que a imparcialidade é dimensionada de modos distintos na justificação e na aplicação. É na dimensão particularizada da aplicação que se pode compreender, pelo caminho procedimental da imparcialidade e coerência, a legitimidade dos sentidos concretos de aplicação que uma determinada decisão judicial construiu “levando a sério” os direitos daqueles sujeitos que participaram do debate. A aproximação entre Günther e Dworkin, então, é justificada pelo lugar de destaque que ambos conferem a essa noção de integridade como critério de racionalidade dos direitos.

O autor alemão faz a seguinte observação sobre a teoria de Dworkin:

A exigência de decisões legislativas e judiciais, segundo uma teoria política geral coerente, estabelece uma ponte entre argumentos principiológicos morais e decisões a respeito de normas jurídicas. A desvantagem dessa proposta é que Dworkin restringe os princípios a serem considerados ao contexto de uma comunidade política. Com isso, a moral factual se torna ponto de referência integrante. Entretanto, o princípio da *integrity* não precisa encontrar necessariamente o seu limite no contexto dado de uma moral política. É que o direito a igual respeito e consideração – representado pela *integrity* – no modelo que Dworkin introduz, ostenta um conteúdo universalista que é somente o que torna frutífero o modo como ele reclama. (GÜNTHER, 2011, p. 273, grifo do autor).

Nesse contexto, Günther observa, em referência a Mead (1934 apud GÜNTHER, 2011, p. 274), que se a “autoconstituição do indivíduo não pode ser imaginada sem adotar a perspectiva de um outro generalizado, a tese dos direitos só poderá ser entendida de modo intersubjetivo, e não individualista”. Daí porque, segundo o autor alemão: “O princípio da coerência, ao qual inclusive a legislação está submetida, expressa de modo implícito esta relação de solidariedade social e conceito intersubjetivo do Direito” (GÜNTHER, 2011, p. 274).

Nesse ponto, ele conclui: “Porque cada novo direito se aplica sempre no contexto do exame de outros direitos, eles estão, de antemão, inseridos em relações de reconhecimento recíproco” (GÜNTHER, 2011, p. 274). Daí porque ele defende que “um conceito intersubjetivo do Direito também incrementa o descobrimento de direitos” (GÜNTHER, 2020, p. 274), pelo que observa que “direitos em colisão somente poderão ser harmonizados preservando-se a coerência, isto é, ponderando-se os princípios que os representam” (GÜNTHER, 2020, p. 274).

Disso decorre que não é na dimensão de justificação geral que reside o conflito real entre normas já estabelecidas validamente, senão em situações práticas de aplicação, pois a “estrutura que produz estas colisões e leva a considerar as diferenças é, no entanto, a

estrutura das argumentações de adequação, tal como procuramos descrever acima” (GÜNTHER, 2020, p. 275), o que leva à consideração do caso como estrutura que vincula os juízos de validade críticos sobre a norma jurídica na jurisdição.

Seja porque nem todas as circunstâncias e efeitos colaterais são tratados nos processos deliberativos, seja porque, mesmo quando algumas dessas condições recebem atenção relevante no momento de fixação da norma geral, a estrutura do discurso de justificação não oferece uma base de concretude capaz de fornecer um caminho procedimental para a revalidação crítica da norma no caso, tal como o faz o discurso de aplicação na teoria de Günther.

Por isso, se assumida a premissa teórica de Günther, de que os direitos assumem uma expressão intersubjetiva por conflitos que emerge de situações concretas de aplicação, a norma não pode ser adequadamente aplicada à luz de discursos abstratos que promovem a justificação abstrata dos direitos. Há sempre a necessidade de promover a imparcialidade em seu nível distinto, materializado pelo processo de aplicação, o qual, tratando integralmente as características situacionais do caso, demonstra a coerência da narrativa sobre direitos adjudicados em processos individuais.

Nesse sentido, Martins e Oliveira (2006) percebem que Günther reconhece uma versão fraca dos critérios de universalização em discursos de justificação voltados à expressão do princípio (U), o que precisaria ser compensado no momento da aplicação, nos seguintes termos:

[...] num primeiro momento, o discurso de justificação de uma norma atenderia ao critério da universalização em sua ‘versão fraca’, assim expressa por Günther: ‘Uma norma é válida se as consequências e os efeitos colaterais de sua observância puderem ser aceitos por todos, sob as mesmas circunstâncias, conforme os interesses de cada um, individualmente’. Trata-se aqui da concordância de todos os interessados em torno da antecipação das consequências previsíveis dentro de certos limites temporais e cognitivos. Em um segundo momento, Günther procura compensar a ‘versão fraca’ do princípio (U), por meio do discurso de aplicação de uma norma válida. (MARTINS; OLIVERIA, 2006, p. 244).

Percebe-se, então, que apesar da noção de contingência discursiva aparecer para Günther como limitação insuperável, seja nos discursos de justificação seja nos discursos de aplicação, há racionalidade no processo de argumentação de adequação, pois:

[...] para Günther a aplicação de normas perante casos singulares é antes de tudo uma forma de discurso. Sendo assim, ele também é pautado pelos critérios da ética do discurso, tal como formulado por Habermas. No processo de aplicação também vigoram os princípios não-contradição, da consistência semântica, da veracidade, da simetria na participação dos sujeitos do discurso, dentro outros. O desiderato do discurso de aplicação também é garantir a prevalência do melhor argumento. (MARTINS; OLIVEIRA, 2006, p. 244).

A diferença, portanto, entre discursos de justificação e aplicação está exatamente na dimensão de concretude deste último, que “é proposto como forma de complementar a norma válida com considerações sobre os efeitos colaterais não antecipados ou desconsiderados no discurso de justificação” (MARTINS; OLIVEIRA, 2006, p. 245), dado que, para Günther, “somente diante da singularidade do caso é que se pode, e ainda assim com reservas, determinar todos os possíveis efeitos de uma norma” (MARTINS; OLIVEIRA, 2006, p. 245).

Portanto, na dimensão de aplicação a questão de validade procedimental do direito é reinserida como problema de adequação de normas que, contudo, na dimensão de justificação, já contam com juízos de validade estabelecidos na comunidade política. É na interpretação de normas situadas em universos contingentes mais particularizados (os casos de aplicação) que se busca o sentido da adequação, e não como tarefa constante de refundação da norma ideal em termos gerais e abstratos.

Por isso, ao se reproduzir a dinâmica de abstração generalizante nos processos de aplicação, tal como faz o modelo da tópica autorreferente, súmulas e teses teóricas perdem de vista que a adjudicação de direitos só é legítima em um ordenamento centrado em princípios quando atende ao critério intersubjetivo que emerge de uma condicionante de reflexividade emergente do contraditório, pois, como visto a partir da citação a Martins e Oliveira (2006), não se abandona a perspectiva do discurso na fundamentação da aplicação de normas. Ou seja, a paridade de condições na manifestação de pretensões de validade entre os sujeitos do contraditório é condição de validade para um discurso de aplicação, assim como as demais condicionantes práticas do discurso acima referidas (não-contradição, consistência semântica, veracidade, etc.).

A integridade da decisão que aplica um direito, portanto, não é a novidade inserida no discurso judicial no campo teórico, mas a novidade inserida pelo caso na dimensão de aplicação, o que precisa ser adequadamente tratado pelo discurso do operador, que enfrenta de modo integral a complexidade emergente do contraditório. É isso que promove a resolução adequada de um caso, donde se conclui que a estrutura do discurso de aplicação coloca o acerto decisório sob a dependência de uma avaliação procedimental do juízo de adequabilidade situacional proferido pelo intérprete, o que é central na teoria de Günther para o alcance da imparcialidade no procedimento de aplicação.

Na tópica autorreferente, que concentra esforços na emulação de conceitos jurídicos com pretensões objetivizantes, essa dimensão é esquecida e o enfoque se dá na

projeção hermenêutica de teorias de sentido uniformizantes. Com isso, a hermenêutica de princípios torna-se irrealizável na prática, pois o universo contingencial dos casos, que é o lugar de reconhecimento de direitos implícitos, é retirado do campo da argumentação, o que exclui a condicionante prática da adequação na dimensão de aplicação. Isso, por sua vez, mobiliza incoerências jurisprudenciais, em lugar da integridade do sistema de direitos, pois os discursos de justificação não são direcionados à imparcialidade demonstrável pelo procedimento de aplicação, e as teorias que animam súmulas e teses judiciais são constantemente revisadas pelo poder reformador incorporado às Cortes superiores por meio da tópica autorreferente.

É importante, aqui, visualizar o modo como o arranjo da tópica autorreferente influencia na concretização de uma estrutura procedimental de “casos concretos bem resolvidos”. Na tópica autorreferente, a fixação de precedentes “sem caso” aparece no cenário como veículo de jurisprudências “sem rumo”, pois os sentidos normativos abstratos são constantemente reavaliados por critérios políticos de conveniência, sem que os próprios contextos de aplicação sejam devidamente considerados no discurso. Assim, pela escolha objetivizante de “teses gerais vinculantes”, a fundamentação de decisões paradigmáticas deixa de fora da justificação a dimensão de problema que emerge do próprio conjunto de argumentações e circunstâncias hauridos do contraditório. Oferece-se, então, como suporte para as jurisprudências assim projetadas teorias abstratas que abordam o direito em “tese”, e não pela concretude do caso paradigmático. Por isso, fixam-se teses em lugar de precedentes, pois para fixar um precedente é preciso tratar o caso com integridade.

O uso da argumentação por princípios nessa dinâmica de argumentação que opera de fora das situações de aplicação configura hoje um instrumento arbitrário de reinvenção retórica da norma jurídica, colonizado pelas Cortes superiores na tópica autorreferente. Nesse modelo, os padrões operam sem critérios adequados de verificação da sua legitimidade no discurso judicial, como visto. Como o enfoque da argumentação é dogmático, empresta-se à argumentação por princípios um caráter de justificação abstrata de novas regras do ordenamento jurídico. Mas isso converte a interpretação em um projeto voluntário de normatização por discricionariedade judicial.

Na verdade, a premissa dworkiniana de “levar os direitos a sério” (DWORKIN, 2020, p. 283-314) embasa-se em uma noção de jurisprudência enquanto conjunto coerente de práticas judiciais, e não projetos semânticos capitaneados por juízes que se sobrepõem à comunidade crítica dos sujeitos de direito. A noção dworkiniana de enredo em cadeia depende da assunção da premissa de que a argumentação por princípios deve operar sob a vigilância

permanente do contraditório. É nessa dimensão que a aplicação acontece de forma concreta, sendo, portanto, nessa dimensão, que se torna possível verificar a coerência como resultado da adjudicação de direitos.

A demonstração pontual da adequação situacional da norma de decisão, portanto, guia o juiz a agir por princípios quando interpreta os direitos, e não por discricionariedade. Pela adstrição ao caso, cria-se um compromisso discursivo com a integridade da decisão, o que promove o afastamento profilático da discricionariedade. Isso permite que a justificação se desenvolva pelo adequado enfrentamento dos argumentos dos sujeitos de direito que se manifestam em contraditório, os quais passam a ser tratados com igual consideração e respeito pela autoridade judicial que resolve os seus direitos de um modo discursivo.

Esse critério, como se percebe, revela a integridade de jurisprudências pela estrutura de reconhecimento social que é acessada a partir dos “casos concretos bem resolvidos”. No modelo da tópica autorreferente, ao contrário, o uso indiscriminado da argumentação por princípios como justificação política abstrata de sentidos dispersos para a norma fornece uma matriz de inovação conceitual ilimitada aos juízes. A hermenêutica crítica impõe barreiras dialógicas à inovação no campo da aplicação dos direitos, ao passo que a tópica autorreferente deixa livre esse campo para a discricionariedade.

Na tópica autorreferente, portanto, cria-se uma estrutura superdimensionada de órgãos de cúpula no Poder Judiciário, ao passo que na hermenêutica crítica é a comunidade política que ganha mais poderes de influência discursiva, dado que o contraditório se converte em parâmetro de verificabilidade da validade do próprio discurso judicial sobre princípios. Com isso, a autoridade é concretamente constrangida a prestar contas da coerência e da imparcialidade dos caminhos argumentativos utilizados na aplicação de normas justificadas por princípios.

No atual estágio de desenvolvimento das jurisprudências, a jurisdição sustentada pelo modelo da tópica autorreferente vem operando como poder político externo de conformação social. Esse poder externo, quando muito, rende-se episodicamente a fluxos dispersos de opinião da esfera pública, o que, em todo caso, não cumpre a exigência de integridade, pois incentiva discursos de justificação que operam por interesses atuais idealizados, pelo que não há imparcialidade envolvida nesse processo de construção jurisprudencial dissociada dos casos de aplicação.

A discricionariedade precisa ser limitada em uma comunidade política de princípios. Para isso, depende-se de uma estrutura forte de contraditório. O acesso à influência política sobre juízes, quando guiado por fluxos de opinião dispersamente mobilizados no

entorno da atividade judicial, não atende ao critério exigente de imparcialidade materializada pelo princípio de adequação, que torna verificável a integridade discursiva das decisões.

A interação não mediada pelo processo, portanto, promove uma dispersão argumentativa que anula o debate judicial, pois a autoridade direciona seus esforços de argumentação para fluxos externos idealizados, o que ganha uma força desproporcional na construção da resposta judicial, a ponto de não se identificar o discurso com o caso em que ele é adotado como norma de decisão. Mas isso vem constringendo constantemente as autoridades judiciais a mudanças de rumo na jurisprudência, pois a fundamentação em torno de fluxos idealizados de opinião, colhidos da percepção subjetiva do orador sobre os debates da esfera pública, e não de contraditórios circunscritos por sujeitos participantes do processo, é questionada pela própria esfera pública, quando a comunidade política percebe o erro a partir dos resultados deletérios da decisão judicial. Aconteceu com a jurisprudência lavajatista, por exemplo, a partir da declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP em 2019 (BRASIL, 2019), assim como nos próprios processos criminais anulados pelo Supremo Tribunal Federal.

Portanto, se, à primeira vista, a interação com fluxos dispersos de opinião pode ser vista como algo profilático em uma comunidade política de princípios, na prática, pela oscilação irracional de jurisprudências, o que se verifica é que nem sempre as opiniões flutuantes da esfera pública se conduzem por argumentos racionais. Com isso, coloca-se em risco a integridade dos direitos, e, pela reprodução da irracionalidade dos fluxos na motivação instrumental de jurisprudências, percebe-se que pela tópica autorreferente é o próprio direito a “ter direitos” em uma comunidade política que se encontra ameaçado pela jurisdição. O fator externo de pressão social acaba possibilitando retrocessos no campo dos direitos e isso embaça a noção de integridade como um todo.

A jurisprudência “lavajatista” exemplifica mais uma vez este ponto, pois o sentido de devido processo legal no ordenamento brasileiro foi profundamente comprometido com as práticas exóticas de persecução criminal ali estabelecidas. Tudo isso, aparentemente, contou com uma ampla adesão popular, reforçada por veículos de comunicação midiáticos, que mobilizaram um falso argumento moral sintetizado como “indignação” e “sensação de impunidade”, para fornecer uma justificativa abstrata para jurisprudências que cassaram direitos fundamentais, entre eles a presunção de não-culpabilidade, nos anos de 2016 (BRASIL, 2016) e 2019 (BRASIL, 2019).

Os instrumentos externos de pressão, portanto, nem sempre conduzem a um controle social adequado da jurisdição. Eles operam como ruídos à atividade judicial, dada a

ausência de uma estrutura interna como o contraditório, capaz de pautar por pontos compreensíveis o que é realmente objeto do debate. Isso tem um efeito colateral indesejado, que é a possibilidade de manipulação dos fluxos de opinião, tanto por veículos de mídia com ampla imersão social, quanto pelas próprias autoridades judiciais, que passam a capitalizar o sentido anímico da vontade popular, em um processo de idealização que converge com percepções subjetivas do orador, o que incentiva reformas no sistema de direitos sem a mediação adequada do aparato político-representativo – o Parlamento.

Essas mudanças, como se pôde perceber nos anos “lavajatistas”, nem sempre se inspiram em um compromisso com a integridade do sistema constitucional de direitos, pois as esferas públicas mobilizadas como capital político podem se guiar por sentimentos de desvalorização de direitos e garantias fundamentais. Como a opinião pública é constantemente alterada, a depender de contextos políticos, sociais e econômicos incontroláveis pelo orador, ancorar as práticas judiciais em elementos anímicos dessa natureza torna pouco provável a construção de teorias concretas sobre a integridade dos direitos.

Para isso, a ancoragem discursiva de precedentes pressupõe um ambiente judicial relativamente impermeável aos fluxos externos de opinião, mas abertos à participação internalizada pelo contraditório. Esse argumento sugere que o contraditório é a estrutura adequada de interação entre o poder administrativo constituído e o poder comunicacional que flui livremente pelas esferas públicas. Adiante, será enfatizada essa relação entre a expressão imparcial dos direitos em comunidades políticas de princípio e a participação social nos processos de construção hermenêutica fundados em argumentações por adequação.

4.2 O contraditório como equivalente estrutural da igualdade de tratamento:

convertendo os discursos de justificação da tópica autorreferente em discursos de aplicação voltados ao enfrentamento integral dos casos concretos

Pelo argumento desenvolvido no tópico antecedente desta tese, quando a autoridade judicial discursa “para fora” do processo, diretamente às arenas, e não ao contraditório que individualiza a disputa por direitos, o uso abstrativo que se dá à linguagem de princípios facilita a incoerência jurisprudencial. Esse é um efeito colateral do tratamento generalizante conferido aos interesses envolvidos em uma decisão guiada por discursos de justificação, já que, na abstração discursiva, não se enfrenta particularidades que se tornam relevantes em contextos de aplicação dos direitos.

Na tópica autorreferente, como os discursos de justificação são utilizados dessa

maneira, fixando-se teses gerais sobre a norma, o uso abstrativo da linguagem de princípios projeta uma relação imediata entre precedentes “sem caso” e jurisprudências “sem rumo”. Nesse modelo, os discursos de justificação de Cortes superiores lançam-se para a comunidade sem bases concretas de verificabilidade da imparcialidade dos recortes judiciais. O resultado desse processo de abstrativização de jurisprudências é a perda de referência da integridade política na jurisdição.

Portanto, ao tentarem elaborar discursos voltados à fixação de normas gerais (súmulas e teses vinculantes), as Cortes superiores constantemente utilizam-se de argumentos de política para justificarem suas decisões. Isso acontece porque as situações de aplicação inovadoras, assim como fluxos dispersos de opinião adotados como elemento autorizativo de jurisprudências, modificam a condição de aceitabilidade dos conceitos lançados anteriormente por esses juízes.

Nesse cenário, o processo de politização do argumento judicial é guiado por uma discricionariedade dispersa, norteadada pela percepção subjetiva de juízes que sondam o sentido dos fluxos de opinião das esferas públicas livres. O uso dogmático do discurso técnico, aqui, permite um fechamento sistêmico da jurisdição em torno desses discursos de justificação, embora a maleabilidade dos conceitos jurisprudenciais torne sempre possíveis novas rupturas não racionalizadas com a norma, a depender dos níveis de constrangimento que contextos políticos ou sociais imponham a esses juízes.

O recente recuo do Supremo Tribunal Federal em torno de algumas práticas de exceção do “lavajatismo” demonstra esse ponto do argumento. No caso da presunção de não-culpabilidade, como visto, aquela Corte, após ter voltado a chancelar durante os anos de 2016 a 2019 a prática da prisão antecipatória do cumprimento em segundo grau, voltou atrás e declarou a constitucionalidade do art. 283 do CPP, considerando esse tipo de prisão, enfim, inconstitucional, o que vigora atualmente. Quando se visualiza a condição de instabilidade com que a tópica autorreferente opera, percebe-se que ela materializa exatamente o contrário daquilo que a justifica, ou seja, uma profunda insegurança, em lugar da almejada segurança jurídica.

Portanto, a superação dos mecanismos abstrativos de fixação jurisprudencial de normas gerais, e a conseqüente reconversão de discursos de justificação em discursos de aplicação, parece ser uma necessidade procedimental inevitável em uma comunidade política de princípios. O problema de legitimidade implicado no exercício da jurisdição em um modelo de tópica autorreferente não tem condições de ser superado pela tática política de absorção voluntária de fluxos dispersos de opinião, como demonstrado no tópico anterior

desta tese.

A integridade do sistema de direitos depende de um sentido procedimental de legitimidade, que opere nos processos de aplicação como condicionante prática da imparcialidade e coerência. Mas isso só tem condições de ancoragem em um sistema judicial quando a jurisdição fornece respostas que materializem o pertencimento dos sujeitos afetados pela norma à decisão.

Imparcialidade, portanto, não é neutralidade em face do caso, assim como pertencimento não coincide com adesão voluntária a resultados normativos. Ambas as dimensões estão fundadas pela compreensão de que a aplicação dos direitos decorre de uma prática coerente, comprometida antes com a integridade política dos direitos do que com opiniões flutuantes de magistrados ou de contingentes políticos dispersos e passageiros. Como se pode perceber, a defesa da integridade na jurisdição é subdividida nesta tese em dois grandes argumentos contrários ao modo de proceder da jurisdição pela tópica autorreferente. Primeiro, a ausência de representatividade social dos órgãos de jurisdição, dada a condição não eletiva com que juízes são investidos de poder. Segundo, a irracionalidade (do ponto de vista de um agir comunicativo) imposta pelo procedimento que, fundado em um projeto semântico de objetividade, mas sujeito a processos de compatibilização política com interesses dispersos colhidos de fluxos de opinião idealizados, esvazia as condições discursivas de demonstração da adequação na dimensão de aplicação da norma.

Ao lado dessas duas condicionantes problemáticas, opera a estrutura dos discursos de justificação, que vem convertendo a jurisdição de Cortes superiores em um tratamento voluntário de interesses gerais da comunidade política. Como os juízes operam seus discursos teórico-dogmáticos de fora (e para além) dos casos de aplicação, a decisão judicial deixa sem respostas o contraditório mobilizado pelas partes que pretendem “seus direitos” em juízo. A operação “extramuros” que pretende uma interação do Poder Judiciário com a esfera pública idealizada, portanto, não possui condições procedimentais de imparcialidade, porque converte direitos que “são das partes” em concessões políticas voluntárias “dos juízes” à esfera pública.

Portanto, a tópica autorreferente não fornece para os sujeitos de direito o acesso a uma estrutura discursiva de igualdade de tratamento, na medida em que juízes não dependem mais dos impulsos críticos das partes para guiarem os debates judiciais. O Poder Judiciário, então, imerge em um amplo processo de deliberação pública da conveniência e oportunidade de certas normas, mesmo aquelas até então aplicadas, o que se desenvolve sem atenção integral à estrutura crítico-reflexiva do contraditório.

Como nesse modelo a fixação de teses não pressupõe o enfrentamento detido de

todas as perceptivas concretas lançadas pelas partes no processo judicial, há um selecionamento arbitrário de frações do caso, sobretudo em Cortes superiores. Esta tese demonstrou isso, a partir da descrição de duas jurisprudências defensivas no segundo capítulo, que materializam a tópica autorreferente pelo desvio do caso tanto com a “vedação à revisão de fatos e provas” quanto pelo “prequestionamento”.

Nesse movimento de autonomização da jurisdição, que opera pela seletividade de contraditórios, promovem-se, então, escolhas hermenêuticas, em lugar de decisões adequadas sobre direitos. No fundo, o mecanismo de abstração acaba revelando direitos por uma lente subjetivista, que não possui nenhuma justificativa de justiça procedimental acessível no discurso que veicula a tese sem um caso bem resolvido. A deliberação, aqui, é guiada pela captação idealizada e dispersa de fluxos de opinião, e os juízes atuam como “endoxa” particularizada que atende a anseios políticos de esferas públicas despersonalizadas. Isso retira do contraditório o seu protagonismo no agendamento dos debates judiciais, já pelos processos de objetivação de precedentes os juízes prescindem do caso para decidir os direitos das partes que se mobilizam em contraditórios negligenciados pelos discursos de justificação da tópica autorreferente.

Ao final do processo, então, o juiz seleciona como relevantes os aspectos e opiniões que convergem com o seu próprio entendimento, e isso materializa a discricionariedade no processo de aplicação. Mas essa lógica de aproximação discursiva com sinais de convergência arbitrariamente colhidos do caso (ou das arenas externas), como se pode perceber, subverte a lógica de dialeticidade que envolve um debate resolvido de forma imparcial. Pela dialeticidade (HABERMAS, 2019), a força de um argumento está no seu poder de imposição em face do enfrentamento e da superação dos argumentos contrários. É isso que confere a condição de racionalidade para um debate guiado pelo agir comunicativo.

Portanto, retirando-se da estrutura decisória a dimensão dialética de contraposição racional entre argumentos guiados pela ética do discurso ao entendimento, retira-se também a própria condição legitimadora do discurso judicial, que deixa de ser caracterizado pela busca incessante da única resposta concreta para o caso judicial. É na contraposição aos argumentos contrários que se materializa a força vinculativa do argumento jurídico, e isso é deixado pelo caminho na tópica autorreferente, junto com o contraditório selecionado arbitrariamente pela autoridade.

A justificativa que opera como autorização para a seletividade de contraditórios é o “livre convencimento motivado”, como se sabe. Por esse expediente, na prática, a discricionariedade do julgador se torna abundante e incontrolável pelo contraditório. Como o

juiz discursa para “si”, para “os seus” (“endoxa”) ou para “arenas externas”, mas não necessariamente para as partes do processo, perde-se a referência da igualdade de tratamento no procedimento de aplicação.

Com isso, já não se demonstra mais as razões de justiça procedimental com que o veredicto foi construído, e a sujeição dos destinatários da norma à decisão converte-se pela lógica instrumental da racionalidade guiada de meios a fins em um ato de violência que concretiza a dominação política do Estado sobre o sujeito de direito. Percebe-se, assim, que os dois argumentos aqui desenvolvidos (ausência de representatividade política dos juízes e a irracionalidade procedimental dos precedentes “sem caso”) demonstram o impacto negativo da tópica autorreferente no desenvolvimento de uma hermenêutica centrada em princípios.

Com a dispersão argumentativa generalizante, a expressão normativa de direitos incertos e implícitos não converge com uma busca incessante pela melhor resposta do direito para casos singulares de aplicação. Já a tomada de decisão política sem elementos de representatividade mina o conceito de democracia e corrói a confiabilidade no sistema de justiça. Com isso, as Cortes oscilam entre o absolutismo esclarecido de seus juízes e a posição de juízes reféns de fluxos de opinião dispersos, inflacionados em contextos políticos conturbados da vida pública como o “lavajatismo”.

De todo modo, é a iniciativa do Poder Judiciário em vincular suas decisões em teorias abstratas, e a prática de direcionamento externo de seus discursos às esferas públicas livres que transforma a jurisdição em um espelho de tendências sociais dispersas. Essas tendências pressionam a jurisprudência porque se sentem autorizada a isso, dada a importância diminuta que a tópica autorreferente oferece ao contraditório nos debates judiciais. Nesse cenário, como a sociedade não visualiza no passado institucional a coerência de um enredo materializado por um histórico de efeitos construído com integridade, jurisprudências oscilantes geram nas esferas públicas impulsos críticos que se convertem em fator de pressão política. A visão geral de que “tudo pode” pela discricionariedade, transforma-se, então, em argumento para que juízes superdimensionados atendam fluxos majoritários de opinião, inclusive aqueles que se forma em um sentido deletério aos direitos e garantias fundamentais, como dito.

Portanto, a transferência para o Poder Judiciário de prerrogativas discricionárias, que substituem a interação comunicativa produzida em contraditório judicial, revela-se inadequada, pois sob tais condições convertem-se órgãos de cúpula do sistema de justiça em “superegos sociais” (MAUS, 2010), o que não possui condições políticas de legitimidade. A hermenêutica crítica depende da intersubjetividade, como visto a partir do resgate de Günther

e da teoria de integridade de Dworkin.

Mas a noção de intersubjetividade na comunidade política de princípios só tem condições de desenvolvimento pela participação influente dos sujeitos afetados pela concretização das normas. Quando essa estrutura de participação é subvertida, e confundida com um encontro casual entre fluxos de opinião idealizados pelo orador e suas convicções morais privadas, há uma conversão dos direitos em concessão política sazonal, pois já não se pode mais visualizar uma “cadeia do direito” (DWORKIN, 2014, p. 275-279, 2019, p. 235-242), pela ausência de uma narrativa histórica compreendida em seu conjunto coeso de “discursos de aplicação” (GÜNTHER, 2011) íntegros e coerentes.

Com o contraditório, portanto, materializa-se uma condição estrutural de igualdade de tratamento, que fornece um sentido procedimental de justiça para os cortes políticos promovidos pela jurisdição. Por meio da interação influente de sujeitos afetados diretamente pela norma de decisão, constrói-se uma tradição dialética de debates críticos, o que materializa um sentido produtivo nas tensões geradas entre facticidade e validade (HABERMAS, 2020) em comunidades abertas de intérpretes (HÄBERLE, 1993).

Nesse cenário, a participação por contraditório influente aporta no sistema judicial condições políticas de pertencimento social ao direito que flui pelas Cortes. O contraditório estabelece, então, no sistema de justiça essa noção de participação influente que possibilita igualdade de tratamento pelo processo. Com isso, a jurisdição passa a ser desenvolvida com atenção integral aos argumentos formulados pelas partes, promovendo-se a legitimidade procedimental dos direitos adjudicados pela autoridade judicial.

Por esse caminho, como se pode perceber, os direitos voltam a operar no sistema político como “pertença cidadã”, e passam a ser “levados a sério” (DWORKIN, 2020, p. 283-314) pelas autoridades judiciais, já que a sua mobilização discursiva pelos sujeitos participantes do debate judicial condiciona de um modo efetivo a vitória ou a derrota no processo, por “questões de princípio” (DWORKIN, 2019, p. 213-216), e não por questões de política.

Na tópica autorreferente, como visto, essa lógica é subvertida, pois os juízes dispõem de discricionariedade para selecionar frações do caso, e, na sequência, escolher teorias políticas para justificar a qualidade de suas decisões, impondo seu “livre convencimento motivado” no lugar dos “direitos que as pessoas têm” (DWORKIN, 2020). A interação comunicativa entre sujeitos da cidadania pelo contraditório não pode ser substituída legitimamente por essa subespécie de “endoxa”, restrita a juízes não eleitos ocupantes de cargo em órgãos de cúpula do Poder Judiciário.

Quando isso acontece, e o discurso de aplicação se converte em justificação abstrata de normas, a discricionariedade no recorte dos casos torna improvável a concretização da adequação como imparcialidade na aplicação. Como a tópica autorreferente aborda o problema jurídico-interpretativo “de fora” do caso formulado, nos termos do contraditório, o discurso de justificação, promovido em lugar das argumentações por adequação, não aborda de modo integral os sinais especiais do caso. Não se confere, portanto, igualdade de tratamento no curso do processo de aplicação da norma jurídica.

Os juízes, nesse caso, agem como doutrinadores sociais, objetivizando seus discursos sobre os direitos, o que favorece a tendência de guiar suas decisões por critérios políticos dispersos, em lugar de dimensões situacionais concretas de aplicação. Isso, contudo, confere um sentido equivocado para a argumentação por princípios, como foi defendido no curso desta seção. Em uma comunidade que age por princípios, os direitos não são conveniências políticas captadas pelo juízo discricionário de juízes, pelo que não deveriam estar submetidos à avaliação abstrata de órgãos de poder sem poderes de representatividade social.

A questão torna-se especialmente problemática na tópica autorreferente, pois quando a jurisdição se desvia dos casos a discricionariedade guia-se de um modo ainda mais incontrolável, por impulsos voluntários de adesão da autoridade judicial a fluxos dispersos e idealizados de opinião pública. Isso tem um custo político muito alto para o sistema de direitos, seja porque esses fluxos dispersos de opinião são colhidos arbitrariamente das esferas públicas livres, seja porque a natureza oscilante desses fluxos não permite ao intérprete alcançar pela jurisdição o objetivo social com o sistema de normas, que é a estabilização de expectativas sociais (LUHMANN, 2009).

Por isso, quando não condicionados pela estrutura de contraditório, os fluxos comunicativos mobilizados em torno de discursos judiciais geram incertezas e instabilidades que negam a própria justificativa política da tópica autorreferente, que é a segurança jurídica por uniformização de sentidos. Diferentemente dos precedentes firmados em discursos de aplicação, que contam os direitos por meio de casos concretos bem resolvidos, discursos de justificação deslocados enfatizam o elemento discricionário da interpretação judicial. Isso gera crises de confiabilidade no próprio sistema de justiça, pois a perda de referência da imparcialidade na dimensão de aplicação compromete a coerência, pela não visualização da narrativa judicial em seu conjunto coeso de precedentes.

A noção de conjunto na jurisprudência formada por precedentes justifica a validade dos cortes políticos de jurisdição em um nível procedimental de justiça que é

expresso como integridade do sistema de direitos, o que é perdido pela via da tópica autorreferente. Percebe-se, assim, que a estrutura do contraditório que singulariza o caso promove a legitimidade procedimental dos processos de construção jurisprudencial de direitos, pelo que o retorno à abordagem aporética dos direitos, como enfatizado ao final do segundo capítulo é parte indissociável de uma hermenêutica de princípios ciente de sua função integradora na autocompreensão comunitária dos direitos.

Sob a condicionante procedimental dos casos bem resolvidos, portanto, a jurisdição não age legitimamente quando se lança na atividade inventiva sem uma relação imediata entre o caso, o argumento inovador e o contraste com o histórico de efeitos da norma, pois a invenção, aqui, não opera validamente por simples argumentações de política (DWORKIN, 2019, p. 105-152, 2020, p. 35-46). Os avanços no campo normativo, sobretudo aqueles que não proveem da continuidade de uma narrativa em cadeia vigente só são legítimos quando expressam adequadamente uma questão de princípio, até ali não examinada, e que impacta na descoberta de um novo direito implícito.

No campo da política, questões utilitárias só fornecem um argumento para a consagração de um direito por meio de processos legislativos, o que não pode ser reproduzido por juízes não eleitos. Nesse sentido, Dworkin (2019) estabelece a importante diferença entre as razões de política, que levam à edição de leis, e os direitos criados a partir da decisão política tomada pelo Parlamento ao criar uma lei:

Quando uma pessoa recorre à justiça em uma questão civil, ela pede ao tribunal que imponha seus direitos, e o argumento de que a comunidade estaria melhor se esse direito não fosse aplicado não é considerado um bom argumento contra ela. Aqui, devemos tomar cuidado para não cair numa conhecida armadilha. Muitas vezes, quando o queixoso expõe seu caso indicando uma lei que lhe concede o direito que ora reivindica, a própria lei, como fato histórico, foi aprovada porque o legislativo pensou que o público se beneficiaria como um todo, numa espécie de solução utilitarista, se pessoas como o réu tivessem um direito jurídico ao que a lei específica (ou seja, a lei foi aprovada por razões não de princípio, mas de política). Não obstante, a reivindicação do queixoso, baseada nessa lei, é uma reivindicação de direito. (DWORKIN, 2019, p. 107).

Esclarecendo esse ponto, Dworkin (2019, p. 107) afirma que “mesmo num caso tão definido, o queixoso está se valendo de um argumento de princípio quando promove a ação no tribunal, e não de um argumento de política”, pois a decisão antecipadora de criação da norma retira a política do campo deliberativo e a insere no campo de direitos positivados pela norma. O que Dworkin (2019, p. 108) pretende demonstrar com seu argumento é que o queixoso do seu exemplo teria o direito “mesmo se admitisse (e o tribunal concordasse) que a lei era insensata do ponto de vista político”, pois não se sonda mais a conveniência política de

uma decisão quando ela já foi tomada pelo Parlamento. Apenas a invalidade da própria norma seria causa de direito para negar ao queixoso do exemplo aquilo que ele reivindica “por direito” (e não por conveniência política) em juízo. Por isso, como observa o autor norte-americano: “Não é necessário, para fazer de sua reivindicação uma reivindicação de princípio e não de política, que alguém realmente pense que a lei é insensata como política. Basta que sua reivindicação seja independente de quaisquer suposições sobre a sabedoria da lei”. (DWORKIN, 2019, p. 108).

Essa reflexão em torno da teoria de integridade, que reforça a diferença estrutural entre justificação abstrata e argumentação por adequação, demonstra a importância de outra premissa da teoria de Dworkin, que é a noção de caso difícil (DWORKIN, 2020, p. 127-203). De um modo geral, casos fáceis possuem expressão de adequação mais suscetível de enquadramento em um catálogo normativo previamente fornecido pelos documentos legislativos do Estado ou mesmo por precedentes. Como a argumentação por discursos de aplicação não anula essa dimensão pragmática das condicionantes semânticas estabelecidas por sujeitos comunicantes, fazer essa ressalva é importante, pois aplicar princípios não pode ser considerado uma licença política para cassar direitos que já foram devidamente assegurados por decisões políticas regularmente estabelecidas pelo Parlamento – salvo em controle de constitucionalidade.

Assim, a solução de casos fáceis, como o do queixoso utilizado no exemplo de Dworkin, que pede ao tribunal exatamente aquilo que a lei descreve como direito, não depende de juízos políticos sobre a sensatez da norma. O direito é devido independentemente da opinião que se tenha sobre a sabedoria da lei, ou seja, argumentações de política são ilegítimas para não se aplicar essa lei a um caso fácil. O benefício geral que uma decisão política poderia fornecer para a comunidade como um todo, quando uma decisão política suficientemente clara já foi tomada na comunidade, não é um argumento de princípio, e, portanto, não valida a negação de um direito à parte que o reivindica um “direito” perante a autoridade.

Mas em um caso difícil, não se sabe “a priori” o que a lei determina, e, nesse sentido, a interpretação precisa concretizar os direitos de uma forma que não imponha a quebra de integridade ao sistema político de direitos. O juiz pode, então, operar com um nível de criatividade superior, o que em todo caso não se confunde com discricionariedade, pois a estrutura discursiva de adequação impede que ele fuja do caso para aplicar o direito que lhe parece mais atraente. A inconstitucionalidade, então, só aparece para si à luz de um argumento de princípio “forte no caso”, que o obriga por um dever de integridade a invalidar

a lei.

Portanto, mesmo nessa hipótese excepcional acima referida, admitida em teoria como “paradoxo democrático do constitucionalismo”, o juiz opera o controle de constitucionalidade como solução adequada ao caso, e não como juízo de conveniência em torno da sensatez da lei. Outras hipóteses podem não redundar na invalidação da lei, mas na sua inaplicabilidade a um caso, como quando ocorre quando um argumento de princípio em torno da noção de abuso de direito emerge de circunstâncias do caso. De todo modo, não é a conveniência política de um resultado da lei que determina a sua validade, ou mesmo a sua aplicabilidade, senão a seguinte “questão de princípio”: é devido ou não o direito alegado em juízo nas circunstâncias do caso?

Percebe-se, portanto, que a lei válida não pode ser legitimamente objeto de um juízo discricionário por parte do julgador. A conveniência política de um direito já reconhecido na comunidade não é um argumento jurídico válido para a negação de seus efeitos. Por isso, decisões judiciais como a dos casos de presunção de não-culpabilidade tomadas pelo Plenário do STF em 2016 (BRASIL, 2016) e 2018 (BRASIL, 2018) não fornecem um argumento jurídico válido para a cassação do direito assegurado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

O próprio STF já havia percebido o erro da jurisprudência de 1991 (BRASIL, 1992) sobre o tema, desde 2009 (BRASIL, 2010), pelo que o retrocesso na narrativa judicial não era justificado nem como histórico de efeitos, nem como questão jurídica singular do caso julgado em 2016 (BRASIL, 2016). Mas, como se vê, na tópica autorreferente esse não é um impeditivo para mudanças discricionárias na jurisprudência. Nos casos julgados nos conturbados anos “lavajatistas” não foi veiculada seriamente nenhuma questão de princípio pelo STF para burlar o precedente de 2009 (BRASIL, 2010). Na verdade, como visto, a norma constitucional sequer foi contrastada com os casos de aplicação, pelo que não se pode sequer considerar os casos como “difíceis”, na acepção teórica de Dworkin, a não ser que se considere a influência do fator externo de pressão social para esse fim. De todo modo, esse fator não deveria operar como critério influente na solução do caso, pois isso inviabiliza a própria noção de integridade, segundo a qual os direitos devem ser levados a sério na comunidade de princípios.

Na verdade, os casos eram fáceis, mas foram perturbados politicamente pela “onda punitivista” em ascensão na esfera pública. Desse modo, a tentativa de tratamento dos fluxos opinativos externos à dimensão situacional de aplicação tornou complexa a concretização de um direito relativamente simples naquela ocasião. Ou seja, não foram

argumentos de princípio que fundamentaram aquelas decisões, mas argumentos de política, voltados a satisfazer uma parcela influente da esfera pública, que estava insatisfeita com o sistema de direitos fundamentais naquela ocasião. Ocorre que uma argumentação só se torna válida e relevante quando expressa uma condição legítima de reconhecimento de um direito implícito, ou seja, quando fundada em um princípio, pois do contrário, a mobilização dos argumentos em um sentido utilitarista sempre terá como suporte uma argumentação de política, e não de princípio.

Por isso, a jurisdição só possui condições legítimas de operar por bases criativas quando constrói seus novos sentidos normativos por meio de discursos de aplicação íntegros. São eles que demonstram em situações concretas de aplicação a existência de direitos implícitos à comunidade política de princípios. Como toda alteração de jurisprudência depende da imparcialidade do procedimento de aplicação, para não ser um impulso voluntário da autoridade judicial, o antídoto para a discricionariedade na jurisdição é o vínculo do discurso de aplicação com o caso, pois ele individualiza por seus sinais característicos a adequação da norma jurídica aplicada.

Visualizada essa questão, percebe-se que, em um debate judicial, é o contraditório que materializa essa condição procedimental de imparcialidade na mudança de rumos jurisprudenciais, pois oferece uma estrutura discursiva que materializa pelo processo a igualdade de tratamento entre sujeitos de direito. Como é o caso que veicula um conflito real sobre a nebulosidade da norma, é ele que dá origem à pauta discursiva que condiciona a descoberta de direitos implícitos em uma argumentação por adequação fundada em princípios da ordem jurídica.

A jurisdição, enquanto tarefa política de pacificação social de conflitos, pressupõe esse caminho argumentativo que busca a adequação situacional. Como a argumentação adequada na solução de um caso não é política, em termos deliberativos, mas jurídica, em termos de revivificação da comunidade de princípios, o enfrentamento da alteridade de visões emergentes de um contraditório é essencial para a imparcialidade na aplicação. Qualquer interpretação só se mostra adequada quando, em um caso particular, expressa o sentido coerente da norma, à luz da comunidade política de princípios donde provém toda a carga deontológica do sistema de direitos. Pautar a temática judicial pelo contraditório, portanto, cria condições concretas de direcionamento dos debates judiciais a essas questões de direito, fundadas em princípio. Isso, por sua vez, exclui das pautas de debate as questões de política deliberativa, fundadas em argumentos dispersos de opinião pública, ou em questões utilitárias, que são irrelevantes para o reconhecimento de direitos já existentes, e, portanto, não sujeitam

os titulares de direitos a esses juízos discricionários sobre a sensatez das normas jurídicas.

Com a aproximação argumentativa promovida por discursos de aplicação, a interpretação situada pelo caso resgata o histórico de efeitos da norma e trata adequadamente das particularidades da situação atual de aplicação. Por aí, a rede de precedentes fornece uma estrutura de reconhecimento da legitimidade do modo de proceder à aplicação naquela comunidade política. Os precedentes, então, contam uma história continuada dos direitos naquela comunidade política de princípios, não cedendo à intempestividade política das arenas despersonalizadas.

Quando se perde essa noção de precedente, como ocorre na tópica autorreferente que negligencia a singularidade dos casos, as diferenças hauridas do contraditório não recebem da autoridade judicial um tratamento adequado, e as mudanças de jurisprudência não se restringem a casos difíceis, podendo operar em qualquer cenário político favorável à ruptura com a teoria firmada sobre os direitos. Com isso, a inovação no campo judicial converte-se em discricionariedade, pois os juízes deixam de operar por princípios, e passam a justificar politicamente as decisões, com um nível de licenciosidade não legitimado pelo histórico de efeitos da norma, já que se rompe com a tradição, ou mesmo pelas complexidades do caso atual, porquanto estas últimas sequer figuram na fundamentação de sua decisão judicial.

No contraditório existe uma condicionante política indispensável para a concretização de direitos com coerência de narrativa. Os casos, portanto, são as únicas fontes legítimas de concretização de direitos em comunidades de princípios, seja porque dos casos a jurisdição colhe uma riqueza de circunstâncias de aplicação não reproduzível no campo teórico da abstração, seja porque na experiência dialética de enfrentamento de novas perspectivas sobre direitos recolocam-se os padrões de argumentação em constante revalidação crítica. A incessante novidade provida à jurisdição, então, produz tensões permanentes entre a facticidade de jurisprudências estabelecidas e as pretensões de validade particularizadas por novos casos singulares. O tratamento igualitário dessas tensões materializa a “perífrase do procedimento de aplicação imparcial” (GÜNTHER, 2011, p. 263), criando condições concretas de expressão da integridade da jurisdição. Isso, por sua vez, auxilia no reconhecimento da legitimidade das práticas judiciais, pela racionalidade comunicativa inserida no processo de concretização de direitos implícitos.

O enfrentamento integral dos contraditórios revela-se, portanto, um suporte discursivo mais adequado para as argumentações de princípio, pois conduz o intérprete à imparcialidade, pela sensibilização dos discursos a contextos concretos e particulares de

aplicação. Por esse caminho discursivo, produzem-se argumentações coerentes sobre direitos afirmados “aqui e agora”, relacionando-os a casos do passado e ao caso do presente, seja pela preponderância de seus traços comuns, que justificam a manutenção da jurisprudência pela ausência de “distinção” (“distinguishing”), seja pela descoberta de circunstâncias inéditas que invalidam a compreensão até ali estabelecida, dando forma ao caso difícil que insere um capítulo novo no enredo em cadeia dos direitos.

Por outro lado, com o suporte procedimental do contraditório pode prevenir e conter que pretensões políticas ilegítimas materializem injustiças no seio da jurisdição. Isso porque, no processo judicial, os deveres de lealdade, que condicionam a participação regular das partes em contraditório, cumprem uma função de nivelamento ético dos debates. Isso não necessariamente é reproduzido em arenas livres. Nelas, os processos de responsabilização pela opinião são permeados por uma relativização sustentada em termos de liberdade de expressão, e incentivada pela facilitação do anonimato. Sobretudo em contextos atuais, nos quais a maior parte dos fluxos são mobilizados em ambientes virtuais, a esfera pública produz e consome conteúdos que aparecem e somem rapidamente, enturvecendo a autoria de certas posições radicais e facilitam posturas desleais no debate público⁴⁹.

Portanto, arenas livres podem operar sob condicionantes práticas que ampliam o potencial de radicalização política, ao mesmo tempo em que fragilizam a racionalidade dos fluxos de opinião, de modo que a expressão popular de sentimentos momentâneos converte os debates públicos não mediados pelo processo em um ambiente discursivo menos comprometido com a integridade política dos direitos. Ao contrário disso, os argumentos judicializados em contraditório possuem certas consequências jurídicas mais facilmente verificáveis, como as penalizações processuais e a própria perda da causa, quando as partes mobilizam sua participação por argumentos manejados de forma temerária perante a autoridade judicial.

No processo judicial, portanto, as pretensões normativas que são externadas de um modo legítimo podem se tornar relevantes e decisivas para a solução do caso quando a

⁴⁹ Em redes sociais, por exemplo, a frouxidão das políticas de mediação de conteúdo possibilita que a liberdade de expressão seja convertida em liberdade para a disseminação de “fake News”, o que vem sendo amplamente utilizado por grupos radicais de ultradireita, e o Brasil fornece um exemplo claro disso, com as desinformações disseminadas em eventos como a pandemia de COVID-19 e as eleições presidenciais de 2018 e 2022. A retirada tardia de conteúdos viralizados, assim como a facilitação ao anonimato, que é fruto da cultura dos avatares e “nicknames” em redes sociais, torna quase impossível identificar os autores reais de fluxos despersonalizados de opinião que, muitas vezes, conduzem imensos contingentes da opinião pública a distorções de realidade e a juízos políticos irracionais. Isso decorre da interação comunicativa deturpada, incentivada por centros de desinformação mobilizados estrategicamente nas redes, criando-se blocos de opinião corrosivos que vão desde a ruptura com valores sociais de integração e cooperação, até ataques diretos à democracia. Um exemplo recente disso foram os atos terroristas de 8 de janeiro de 2023 contra as sedes dos Três Poderes.

autoridade se volta ao enfrentamento do contraditório. Daí porque o tratamento de argumentos dos participantes com igualdade de consideração e respeito revela, ao final de um debate, pode condicionar mais facilmente o fundamento da decisão em parâmetros de integridade. Isso não se reproduz em esferas públicas livres, pela própria ausência de mediação processual dos deveres éticos na manifestação dos fluxos de opinião. Por isso, quando juízes interagem de fora da estrutura de cercamento dos casos, e mobilizam argumentos voltados à acomodação de fluxos dispersos de opinião, perde-se uma condição procedimental de legitimidade que é central na racionalização dos processos de aplicação em bases de imparcialidade e coerência.

Como na atuação social despersonalizada nem os fluxos livres selecionados pela autoridade estão cercados pelo processo, nem os fluxos institucionalizados pelo contraditório são integralmente resolvidos pela decisão, a imparcialidade acaba sendo comprometida em ambos os lados, o que dificulta a visualização da própria coerência da narrativa. Nesse sentido, o discurso da autoridade judicial tem sua legitimidade comprometida tanto na dimensão de justificação, porque os interesses tratados pelo discurso foram arbitrariamente selecionados, quanto na dimensão aplicação, porque na fixação de um precedente “sem caso” a integridade política dos direitos é inviabilizada pela discricionariedade que envolve a projeção de teses abstratas no lugar de argumentações por adequação.

Desse modo, a operação jurisdicional não dispõe de critérios verificáveis de legitimidade procedimental quando se afasta do enfrentamento detido de sinais característicos de aplicação na mobilização de argumentos de princípio. Como estes padrões de argumentação dependem da igualdade de tratamento conferida ao caso de aplicação, no campo jurisdicional apenas o encontro entre contraditórios integralmente resolvidos e histórias coerentes sobre a concretização dos direitos (ou rupturas racionalizadas por questões de princípio demarcadas no contraditório) promove uma adequada expressão dos direitos à luz de princípios em uma ordem jurídica.

Os argumentos mobilizados até aqui descrevem porque a discricionariedade da tópica autorreferente afigura-se inadequada nos processos hermenêuticos de concretização de direitos por princípios. Adiante, tentar-se-á justificar a legitimidade dos próprios processos de descoberta de direitos implícitos nessas comunidades de princípio. O argumento a ser desenvolvido adiante parte da compreensão de que a descoberta de direitos implícitos é integra a hermenêutica crítica fundada em princípios, e tentará justificar por que essa característica nos ordenamentos contemporâneos reforça o sentido garantista do sistema constitucional de direitos.

Para enfrentar essa questão, será preciso aprofundar um pouco mais o argumento de que o contraditório opera como “equivalente estrutural da igualdade de tratamento” nas comunidades políticas de princípio. É preciso, pois, explicar como a participação das partes nos debates judiciais pode, efetivamente, promover a legitimidade procedimental necessária para ancorar em bases de imparcialidade os processos de descoberta de direitos implícitos.

O constitucionalismo é baseado na premissa de que os direitos são prerrogativas que conferem garantia aos sujeitos da cidadania. Para cumprir sua função de garantia, o sistema precisa, a um só tempo, promover políticas e intervir juridicamente nos interesses privados, sempre que um direito é afetado pela ação ou omissão de outrem. A jurisdição é um mecanismo institucional central para a função garantista do sistema de direitos. Na comunidade política de princípios, além de garantir o cumprimento estrito da lei, o sistema de justiça precisa fornecer aos sujeitos de direito “portas de acesso” a novas formas de expressão da juridicidade, concretizando direitos implícitos por discursos de aplicação guiados por parâmetros de igualdade de tratamento que revelem a integridade do sistema de direitos.

As relações sociais, potencialmente ilimitadas, dependem dessa proteção do constitucionalismo para fluírem em nível de igualdade e tornar os direitos acessíveis a todos os sujeitos da comunidade política. O processo de construção de jurisprudências é uma parte importante desse processo racionalização das bases de compreensão dos direitos. Mas, para isso, é preciso que a jurisdição desenvolva práticas discursivas que forneçam um suporte procedimental legítimo para a criatividade no campo judicial. Em termos simples, é preciso que a concretização de direitos implícitos baseie-se em um critério de justiça procedimental, que expresse a participação influente e o pertencimento social de sujeitos afetados por normas de decisão que fixam precedentes.

Como visto até aqui, a concretização de jurisprudências sensíveis a “contextos não antecipáveis” pela norma escrita depende de uma estrutura forte de contraditório, pois na internalização processual de práticas discursivas é possível desenvolver um procedimento legítimo de descoberta de direitos implícitos.

A jurisdição constitucional, que adentra o campo político com maior frequência em uma comunidade de princípios, não pode ceder incessantemente à volatilidade dos fluxos dispersos de opinião de esferas públicas livres. Mas isso acaba sendo inevitável na tópica autorreferente, pela dispersão discursiva dos casos, o que instrumentaliza discursos de justificação voltados à satisfação dessas arenas, e não à concretização de direitos com integridade. Adiante, algumas considerações teóricas em torno dessas questões serão objeto de análise por esta tese.

4.3 A garantia do sistema de direitos e os “novos” direitos em uma comunidade política de princípios: ancorando em bases de imparcialidade e coerência os processos de concretização de direitos implícitos

Um argumento só pode se impor como padrão de correção para justificar uma norma de decisão quando é discursivamente demonstrado que aquele padrão opera como princípio coerente de aplicação da norma jurídica. Ou seja, um princípio é sempre um padrão normativo que se demonstra discursivamente “in casu”, pois revela sua adequação pelo enfrentamento integral dos sinais característicos da situação de aplicação, demonstrando a coerência entre uma prática corrente, o caso e a integridade política da comunidade que funda o ordenamento jurídico.

Os juízos de adequabilidade situacional (“senses of appropriateness”) são desenvolvidos por discursos de aplicação (GÜNTHER, 2011) que oferecem um tratamento concomitante dos traços comuns que ligam o caso atual a casos do passado, mas também se sensibilizam com as singularidades de situações particulares de aplicação, pois essas novas circunstâncias podem desafiar a correção do padrão por sua complexidade original. Desse modo, as argumentações de princípio precisam estar aptas a validarem discursivamente a manutenção ou a ruptura com padrões tradicionais colhidos do histórico de efeitos da norma.

O caminho argumentativo aqui enfatizado fundamenta-se na busca da coerência dos processos de aplicação da norma, e é embasado na teoria da integridade de Dworkin, que abraça a premissa filosófica da “única resposta correta” (DWORKIN, 2019, p. 175-216) para situações práticas de aplicação dos direitos. Esse é um ponto de partida fundamental na teoria normativa dos princípios incorporada por esta tese.

Pela busca da única resposta correta, guia-se o discurso do intérprete por deveres de adstrição discursiva. Tais deveres se materializam por um modo de proceder à interpretação que liga a fundamentação de uma norma correta ao seu sentido de adequação em casos particulares. Extraem-se, então, da cadeia do direito (DWORKIN, 2014, p. 275-279, 2019, p. 235-242), em contraste com singularidades do caso atual, as razões de justiça procedimental para inserir novos capítulos de forma coerente ao enredo coletivo construído a partir da jurisprudência, visualizada em seu conjunto como “prática imparcial e coerente” de adjudicação de direitos.

A compreensão concretista da tarefa jurisdicional, que envolve a interação entre precedentes, casos atuais e impulsos críticos da comunidade política, eleva o contraditório à

condição de um equivalente estrutural da igualdade de tratamento entre sujeitos de direito. Isso porque as argumentações por adequação, que abordam os contraditórios integralmente, adentram a cadeia do direito por meio da inserção de novos fluxos comunicativos legítimos, que emergem de condicionantes do caso e são pautados por sujeitos participantes dos debates, e não pela seletividade arbitrária de contraditórios ou elementos externos de pressão social. Com isso, a inserção de decisões na corrente de jurisprudência demonstra um critério deontológico coerente, que aponta para a distinção não arbitrária das questões de direito, pois decorre do tratamento conferido às particularidades de casos atuais. Desse modo, a jurisdição guia-se por um suporte procedimental legítimo ao “descobrir direitos”, pois não opera pela quebra recorrente do “enredo em cadeia” (DWORKIN, 2014, p. 275-279, 2019, p. 235-242), como ocorre na tópica autorreferente.

Nesse sentido, “cada caso é um caso”, que é singularizado por seu contraditório, mas que se insere em um conjunto de pré-compreensões que precisam ser observadas enquanto conjunto coerente de práticas. Isso permite a absorção de situações especiais de aplicação, sem que o veículo da mudança judicial seja reduzido ao voluntarismo episódico da discricionariedade decisória do intérprete. Na visão do direito pelo princípio de integridade, então, o caso bem resolvido revela uma fonte legítima de concretização de novos direitos pela jurisprudência.

Nesse cenário, a descoberta de direitos, mesmo os não legislados, os chamados “direitos morais” (DWORKIN, 2020, p.286-302) – “moral rights” –, opera por mecanismos de resolução imparcial e coerente de situações concretas de aplicação. A estrutura discursiva que identifica “casos difíceis” (DWORKIN, 2020, p. 127-203), que desafiam a narrativa geral pela sua complexidade particular, fornece uma importante matriz procedimental para a ampliação do sistema de direitos. O sentido de integridade, aqui, é materializado por meio do compromisso discursivo do intérprete com a busca incessante pela “única resposta correta” para os casos apreciados. No cumprimento do “dever de integridade”, induz-se então a prática discursiva à tarefa da adequação situacional dos juízos críticos, mesmo em casos considerados difíceis.

Como suporte ao desenvolvimento desse direito cercado pela integridade, a imposição de um contraditório influente e vinculativo fornece uma estrutura discursiva que difere profundamente da estratégia discricionária operante no método desviante da tópica autorreferente. Ali, a discricionariedade expansionista guia o intérprete à abstração discursiva, desviando-se a decisão do enfrentamento integral dos casos, pelo que se convertem decisões judiciais em dogmas teóricos de compreensão dos direitos, e não em narrativas fundadas na

integridade do sistema de direitos.

Nessa condição, o poder político de descoberta de novos direitos é colonizado pela estrutura do discurso de justificação, que concentra em Cortes superiores uma tarefa menos comprometida com a integridade política dos direitos, qual seja, a uniformização pragmática de sentidos da norma jurídica. Ocorre que o pragmatismo da uniformidade, aqui, não necessariamente revela, à sua melhor luz, os direitos que as pessoas têm em uma comunidade política de princípios.

Dos casos de presunção de não-culpabilidade examinados no primeiro capítulo desta tese pode-se extrair um exemplo dessa inadequação incentivada pela tópica autorreferente. No discurso de Rosa Weber proferido no “caso Lula” (BRASIL, 2018), a Ministra negou sua própria teoria sobre presunção de não-culpabilidade, manifestada em 2016 (BRASIL, 2016). Mais adiante, em 2019, negou a própria negação, e resgatou pragmaticamente o sentido original de inclinação do seu voto no julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade n.ºs 43 e 44. O curioso é que, exatamente no episódio da incoerência (BRASIL, 2018), Rosa Weber apelou para o conceito de “integridade” para cassar os direitos de Lula, o que revela que, inconscientemente, os juízes podem até saber o peso e a importância da integridade para os direitos, mas não necessariamente sabem o que fazer para garantir isso no sistema.

Esse exemplo parece ser contundente a respeito do argumento aqui desenvolvido, embora outros possam ser colhidos das práticas judiciais brasileiras, pois, estruturalmente, as jurisprudências defensivas ancoram a tópica autorreferente como prática judicial dispersa e desvinculada da integridade nos Tribunais superiores. Aliás, visualizado o atual arranjo político de competências das Cortes superiores brasileiras, sobretudo os procedimentos da repercussão geral em recurso extraordinário (art. 102, § 3º, da Constituição), das súmulas vinculantes (art. 103-A da Constituição) e, mais recentemente, dos precedentes vinculantes do novo CPC (artigos 947, 976 e 1.036), pode-se perceber que a tarefa política desses tribunais de uniformização está cada vez mais ligada à prática de fixação da uniformidade abstrata de sentidos das normas.

A tópica autorreferente, portanto, está convertendo a tarefa institucional das Cortes judiciais em um amplo projeto político de abstração conceitual, monopolizado por juízes superdimensionados na estrutura de poder do Estado. Isso vem subvertendo até mesmo a adequada noção de precedente. Esse conceito, como se sabe, sobretudo nas práticas de “common Law”, pressupõe atenção integral aos casos que contam a história dos direitos em uma comunidade política. Por meio da adequada compreensão das situações concretas de

aplicação, o precedente revela a sua validade enquanto norma jurídica justa (a um caso), o que o legitima como referência normativa para casos atuais de aplicação.

Pela lógica de abstração da tópica autorreferente, a fixação e as rupturas de jurisprudência são concretizadas em contextos discursivos desviantes dos casos de aplicação, e isso impacta em uma perda de legitimidade no precedente, o que foi ilustrado nesta tese pela figura de linguagem “precedente sem caso”. Tal desidratação dos precedentes destitui o discurso de aplicação de sua função, porquanto o converte em um subtipo de discurso de justificação, altamente carregado por subjetivismos decisórios. Deixa-se, então, de limitar a discricionariedade, que antes era voltada à resolução de casos no positivismo, e agora passa a ser uma prática política de projeção de normas gerais – as súmulas e teses vinculantes do direito jurisprudencial de Cortes superiores.

Assim, no caso brasileiro, precedentes fundam “novas normas jurídicas”, e podem inclusive negar regras jurisprudenciais anteriores, tudo isso sem a ancoragem de um caso difícil (DWORKIN, 2020, p. 127-203), pois a tópica autorreferente se nega a enfrentar integralmente as complexidades emergentes dos sucessivos casos singulares de aplicação. No sistema de precedentes vinculantes do CPC de 2015, por exemplo, o recurso repetitivo (art. 1.036) é caracterizado pela “multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito”⁵⁰. Já as demandas repetitivas (art. 976), expressam “repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito” (inciso I) e “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica” (inciso II). Apenas os incidentes de assunção de competência (art. 947) voltam-se, efetivamente, a resolver “questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos” (BRASIL, 2015).

É interessante notar que, a rigor, precedentes são fixados exatamente nessa situação descrita pelo art. 947 do CPC. Ou seja, precedentes são decisões que resolvem casos difíceis adequadamente, lançando jurisprudência nova em situações singulares tratadas com integridade política pelas Cortes judiciais. Em regra, portanto, a premissa autorizativa para alterações legítimas na narrativa corrente dos direitos, que é a novidade emergente de um caso difícil (DWORKIN, 2020, p. 127-203), só seria cumprida pelo incidente de assunção de competência. Contudo, como na tópica autorreferente a tarefa política dos precedentes “sem caso” é outra (a uniformização de sentidos), não chega a causar espanto que, entre todas as

⁵⁰ A mesma sistemática recursal aplica-se ao recurso de revista e aos embargos à SDI-1 no TST, tendo sido incorporada à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) desde 2014 pelos arts. 896-B e seguintes, quando ainda vigente o Código de Processo Civil de 1973 (que já previa os recursos fundados em controvérsia repetitiva).

modalidades processuais de precedentes vinculantes, o incidente de assunção de competência seja o que menos venha recebendo afetações processuais nos Tribunais superiores brasileiros⁵¹.

Em síntese, para as Cortes superiores, tratar a singularidade de casos difíceis não é mesmo a tarefa política mais relevante de sua jurisdição. Em certa medida, isso é fruto do acervo desconcertante (BRASIL, 2022, p. 104)⁵² com que o Poder Judiciário lida no seu dia a dia, o que, em todo caso, não se justifica em termos de princípio. Atualmente, portanto, o direito em Cortes superiores é ofertado por precedentes que operam teses gerais “no atacado”, quando sua verdadeira contribuição política seria a construção de narrativas coerentes em casos concretos bem resolvidos, ou seja, teses singularizadas por casos difíceis e ofertadas “no varejo”.

É pela particularidade desafiante dos casos difíceis que as jurisprudências fornecem um instrumento analítico de compreensão mais sofisticado dos direitos, o que difere substancialmente da discricionariedade expansionista da tópica autorreferente. Pelo caso bem resolvido, então, torna-se possível construir teorias concretas sobre direitos, fundadas em imparcialidade e coerência decisórias. Assumida essa premissa, a jurisprudência passa a se apresentar como novidade construída em conformidade com problemas de interpretação reais, intersubjetivamente lançados em contraditório. Isso, por sua vez, permite acessar direitos implícitos de um modo não arbitrário em uma comunidade política de princípios.

Como são os princípios de um ordenamento, compreendidos em sua integridade, que fornecem argumentos legítimos para que juízes descubram direitos implícitos, operar por casos concretos é uma premissa básica de conformação das práticas judiciais em torno dessa tarefa de descoberta. Como observa Günther, em referência ao próprio Dworkin (2011, p. 272), direitos de fundo moral são “inacessíveis à alteração positivadora”, e, por isso, não podem ser inviabilizados pela ausência de legislação, tampouco construídos fora de contextos intersubjetivos de interação social, como se fossem leis morais ditadas por juízes politicamente superdimensionados.

⁵¹ No STJ, por exemplo, até o encerramento desta pesquisa, havia apenas 15 (quinze) incidentes dessa natureza julgados na Corte superior da Justiça Comum, ao passo que no TST foram apenas 2 (dois), e no STF nenhum. A Corte suprema apenas tangenciou em repercussão geral (tema 1162) um dos precedentes fixados pelo STJ na sistemática da assunção de competência, relativo à prescrição intercorrente. Mesmo assim, apenas declarou a ausência de repercussão geral da modulação de efeitos emprestada ao precedente naquela Corte superior, justificando a decisão pela suposta natureza infraconstitucional do tema.

⁵² Da citação, extrai-se que, no final do ano de 2021, o Poder Judiciário brasileiro encerrou o calendário judicial com 77,3 milhões de processos em tramitação, dos quais 15,3 milhões estavam suspensos, sobrestados, em arquivo provisório ou aguardando alguma situação jurídica futura. Logo, excluídos esses processos, havia 62 milhões de causas em andamento nas instâncias judiciais brasileiras.

Efetivamente, descreve o autor alemão:

O descobrimento ou a busca por normas implícitas não ocorre de modo arbitrário, nem com uma intenção legislativa usurpadora. Dworkin insiste para que os juízes não criem novos direitos, mas descubram os direitos que sempre existiram, ainda que frequentemente de modo implícito. Essa argumentação de Dworkin é consequente, porque, no âmago, direitos são de natureza moral, portanto, inacessíveis à alteração positivadora. Eles não são derivados de um ato legiferante ou judicativo, mas do direito ao respeito e consideração iguais, enraizado nos fundamentais princípios legitimadores de uma comunidade. (GÜNTHER, 2011, p. 271-272).

É na dimensão de concretude, portanto, que se torna possível descobrir direitos implícitos sem recorrer à discricionariedade nos processos de aplicação, pois a operação hermenêutica se constrói em bases verificáveis de integridade política. Daí porque a hermenêutica crítica depende da estrutura dos casos concretos bem resolvidos para operar em condições de legitimidade procedimental. Aqui, justifica-se a defesa teórica dos discursos de aplicação, pois o tratamento integral da situação em que a norma “se faz” presente, em condições de igualdade conferidas pelo tratamento integral ao contraditório, é essencial no processo de construção de narrativas coerentes sobre direitos implícitos.

Como tal tarefa permeia toda a hermenêutica crítica, percebe-se, então, o seu sentido estruturante na jurisdição exercida em ordenamentos centrados em princípios. Por isso, contribuir ativamente com a integridade do sistema de direitos, por meio do exercício legítimo da jurisdição, não se trata de normatizar valores ou conceitos dogmáticos, em níveis teóricos e abstratos dispersos. Garantir direitos é, antes disso, conferir a cada um, e em cada caso, o que lhe pertence na circunstância singular de aplicação da norma jurídica, concretizada em termos de integridade política.

É possível compreender, portanto, que, quando a jurisdição opera por mecanismos de valoração abstratos, voltados à redefinição conceitual dos direitos (sem bases de complexidade verificáveis), a mudança de rumo na jurisprudência perde sua condição procedimental de integridade. Com isso, a estruturação dos discursos disruptivos converte argumentações de princípio em argumentações de política (DWORKIN, 2020, p. 35-46; 128-132), como explicitado na seção anterior, o que, por sua vez, embaça a dimensão de “ethos” compartilhado que deveria guiar o processo de expressão social dos princípios políticos da ordem jurídica.

Em comunidades políticas efetivamente comprometidas com a integridade do direito, ou seja, comprometidas com a garantia política fornecida por um sistema de direitos, os novos “direitos abstratos” são, a priori, obra do Poder Legislativo, que dispõe de poderes representatividade, o que falta aos juízes em uma democracia. Só concretamente, portanto, a

construção jurisprudencial opera como instrumento legítimo de descoberta de novos direitos implícitos em uma comunidade de princípios, extraídos de uma “leitura moral” (DWORKIN, 2006) que confere contornos de reflexividade crítica à experiência política da comunidade, o que só se torna verificável discursivamente por enredos literários de decisões estruturadas em casos concretos bem resolvidos.

A justiça no direito é procedimental e “performativa” (DERRIDA, 2007), o que não envolve assumir um pressuposto de irracionalidade no direito. Pelo contrário, a ação comunicativa guiada ao entendimento (HABERMAS, 2019, p. 484-485) da norma jurídica justa “ao caso” cerca o discurso judicial por uma estrutura formal-pragmática que condiciona a compreensão da justiça. Em um procedimento que cria condições de comunicação por meio da imparcialidade empregada na solução de pretensões contrapostas de validade com a linguagem jurídica, firmam-se os pontos de apoio para uma solução guiada racionalmente ao acerto. Com isso, conduzem-se os participantes de um debate ao reconhecimento mútuo da integridade do direito aplicado, pela coerência do veredicto lançado como história que se reconcilia criticamente consigo mesma nos sucessivos casos de aplicação.

O processo de descoberta e construção jurisprudencial de direitos depende, assim, de justificativas concretas, que operem em uma dimensão situacional individualizada como adequação, “pois o agir comunicativo depende de contextos situativos que, de sua parte, representam recortes do mundo da vida concernentes aos participantes da interação” (HABERMAS, 2019, p. 485). A adequação, aqui, é fundada tanto no resgate do histórico de efeitos da norma como nos juízos atuais de adequabilidade situacional. Na duplicidade que emerge do contraste entre teias semióticas e casos singulares, portanto, reside a fundamentação legítima para a compatibilização ou a ruptura com um sentido corrente da prática judicial.

Por isso, o enfoque na singularidade dos casos é parte essencial do processo de construção legítima de jurisprudências inovadoras. É que a validade de um novo sentido normativo decorre do tratamento situacional conferido aos direitos constitucionais, em contextos de aplicação específicos, situados discursivamente pelo caso judicial, por contraditórios inovadores que desafiam as pré-compreensões compartilhadas. Percebe-se, então, que o compromisso com a integridade política é parte integrante da jurisdição procedimentalmente justa. Por outro lado, entende-se também por que os “casos difíceis” são a fonte mais adequada de expressão dos sentidos inovadores do direito. Casos difíceis fornecem uma estrutura discursiva que força a jurisprudência a juízos crítico-morais mais profundos, tornando a função criativa de juízes substancialmente diferente daquela mobilizada

pelo Parlamento, que é direcionada à abstração dos pleitos universais de validade na elaboração da lei.

Logo, centrar na singularidade de casos o acesso à multiplicidade de situações de aplicação na conformação política da jurisdição torna possível converter a jurisprudência em um evento justificado racionalmente em termos de imparcialidade e coerência, pois revela a integridade na formatação empírica da cadeia do direito (DWORKIN, 2014, pp. 271-285). Vista a questão sob este prisma, compreende-se por que a dinâmica abstrativa dos precedentes “sem caso” vem impactando diretamente no enfraquecimento da integridade política da jurisdição.

Por outro lado, visualiza-se que o modelo da tópica autorreferente promove, por meio da abstrativização de seus conteúdos normativos, um desvio da jurisdição de sua função política de “garantir direitos” no sistema constitucional estabelecido. Isso porque, quando discursos jurídicos são dissociados da imparcialidade que deflui de um procedimento de aplicação guiado pela adequação situacional, rupturas de jurisprudência tornam-se injustificáveis do ponto de vista da integridade dos direitos, e afetam diretamente a separação entre poderes constituídos no Estado constitucional.

Por isso, para que a jurisdição construa de forma legítima as novas narrativas, é preciso que o precedente apresente-se sempre como solução correta para um caso judicial inédito em sua dimensão de complexidade, na exata medida em que esse ineditismo é veiculado pelo contraditório. Por meio desse compromisso com a abordagem tópica do direito “por casos singulares”, emerge uma ancoragem de imparcialidade capaz de legitimar a jurisdição nos processos de descoberta e construção de direitos implícitos à comunidade política de princípios.

Já quando as jurisprudências escapam dessa dimensão de concretude, há uma emulação ilegítima de normas enquanto valores privados do intérprete, o que hoje ocupa o lugar das argumentações por adequação, fazendo da tópica autorreferente um palco constante para juízes voluntaristas, que expressam sua subjetividade decisória de uma forma política colonizadora dos princípios jurídicos. O cenário, como se pode perceber, é profundamente problemático em um ambiente de transição do modelo de regras para o modelo centrado em princípios. Nele, a legitimidade das decisões judiciais está atrelada à capacidade de se tratar a todos com igual consideração e respeito, o que depende de “levar a sério o contraditório”, e não de capacidades transcendentais de juízes “moralmente superiores” à comunidade política.

Por isso, objetivizar princípios, criando-se regras de aplicação, que sintetizam valores selecionados arbitrariamente por escolhas judiciais, é um caminho metodológico que

cerceia a pluralidade de cosmovisões, e esvazia o sentido de pertencimento forjado pelas práticas sociais que retratam uma identidade do sujeito constitucional (ROSENFELD, 2003) que deve ser compartilhada socialmente. A tópica autorreferente promove um isolamento da tarefa hermenêutica, e isso não possui condições de sustentação filosófica na atual quadra da história, que é profundamente marcada pelo pluralismo político crescente em sociedades crítico-deliberativas, o que, por si só, já problematiza a integração social em torno de identidades constitucionais. Se a jurisdição não fornecer um instrumento de cooperação interativa entre sujeitos de direito, o retrato dessa identidade será cada vez menos nítido e mais conflitivo no seio da sociedade.

É importante perceber, quanto a esse ponto, que o próprio monismo liberal fundante do constitucionalismo moderno encontra-se em uma crise paradigmática (BLOKKER, 2011; HABERMAS, 2000, 2005; TIERNEY, 2004, 2008), dada a emergência de outro paradigma em sociedades plurais, qual seja, a “eticidade reflexiva” (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011), que marca a ascensão do multiculturalismo (HÄBERLE, 2013; KYMLICKA, 1995; TULLY, 1995; WALKER, 2002, 2008) no seio de sociedades crítico-deliberativas.

A multiplicidade de cosmovisões, portanto, é uma característica central das sociedades contemporâneas, o que promove um constante questionamento dos padrões de correção até aqui fundados preponderantemente pelo monismo liberal. O ambiente de disputas sociais, então, incentiva a conversão de esferas públicas em “comunidades abertas de intérpretes” (HÄBERLE, 1997), o que, pela ótica desenvolvida nesta tese, depende de uma estrutura forte de contraditório, que possibilite poderes de participação influente da cidadania na jurisdição, projetando pertencimento social ao direito que flui pelas Cortes pelo reconhecimento de sua validade, enquanto justiça procedimental, pelos sujeitos afetados pela norma.

A pluralidade, então, redefine o sentido da interpretação, que passa a depender do adequado tratamento das alteridades entre sujeitos de direito, para promover uma (re)construção equitativa dos destinos normativos. Ao mesmo tempo em que essa visão insere um nível adicional de complexidade à tarefa hermenêutica, ela também promove um acesso renovado às bases de compreensão da identidade do sujeito constitucional (ROSENFELD, 2003), pois possibilita discussões sobre direitos em bases crítico-reflexivas que reivindiquem um sentido constitucional para os direitos.

A busca de sentidos constitucionais (ou de sentidos constitucionalmente adequados para a norma) depura a integridade do sistema de direitos, pela solução adequada

conferida às tensões entre facticidade e validade (HABERMAS, 2020). Os casos inovadores permitem ao Poder Judiciário, então, levar a cabo sua função política garantista dos direitos sem se mobilizar como um poder discricionário. As interações comunicativas, assim como as tensões entre facticidade e validade também estão presentes nos processos judiciais. Ali, também ocorre com frequência uma contraposição entre compreensões distintas de mundo e sobre os históricos de efeito da tradição normativa. Pelo contraditório, portanto, concretizam-se impulsos críticos que mobilizam os agentes da comunicação à construção de respostas guiadas por uma razão intersubjetivamente compartilhada entre sujeitos comunicantes do debate judicial.

Essa nova tradição de linguagem, que opera com mediação ao entendimento guiado pela razão, pressupõe no campo jurisdicional uma conversão dos processos em arenas de debate particularizadas por contraditórios influentes, sob pena de a tarefa de entendimento ser frustrada, junto com o objetivo de estabilização social de expectativas normativas. O novo sentido procedimental de legitimidade na construção de direitos pela jurisprudência, que deixa operar conceitualmente e passa a mediar interações comunicativas entre sujeitos de direito, depende de mecanismos de tratamento adequado das pretensões de validade distintas externadas em contraditório, sob pena de o debate judicial perder a sua condição de racionalidade entre os interlocutores do processo.

Daí porque a aproximação entre o produto da jurisdição e a sociedade que demanda por seus direitos em juízo pressupõe um campo de atuação discursiva no qual a ação comunicativa se desenvolva de um modo guiado ao entendimento entre sujeitos de direito. Só desse modo a justiça pode estabilizar expectativas, projetando a confiança dos sujeitos de direito nas instituições, e, por conseguinte, impulsionando o pertencimento social aos direitos que fluem pelas Cortes judiciais.

Tudo isso, como se pode perceber, tem o potencial de atuar em proveito da integridade de sistema de direitos. Contudo, para acessar esse argumento em maiores detalhes, será necessário aprofundar um pouco mais a noção filosófica da hermenêutica crítico-reflexiva que fundamenta este ponto de vista nesta tese, o que será desenvolvido na seção seguinte.

4.4 A hermenêutica filosófica em contraste com a hermenêutica crítica: o conceito como compreensão precária situada entre o observador, a fenomenologia e a comunidade linguística que se guia ao entendimento por interações comunicativas

No livro “Verdade e método”, Gadamer (1994, 1997) teve a oportunidade de criticar um dos maiores problemas enfrentados pelas ciências do espírito, que era a sua incapacidade de operar por um modelo de descrição da realidade comprovável empiricamente, ao modo das ciências naturais. Esse problema foi o germen da própria discussão acerca do caráter científico ou não do conhecimento produzido no seio das ditas “ciências sociais”. Era muito comum no jargão acadêmico a diferenciação entre ciência e *práxis*, como forma de rejeitar a ideia de que a sociedade pudesse ser descrita como um objeto da primeira, já que não se guiava por leis comprováveis empiricamente pelo método científico.

Gadamer (1997) propõe uma ruptura drástica ao modelo de verdade guiada pelo método, por entender que a linguagem (único meio de comunicação acessível ao ser cognoscível) impõe uma condição precária ao saber e, por isso mesmo, nada que se canalize pelo modo simbólico da linguagem pode ser considerado sob a perspectiva ontológica da verdade, que pressupõe, enquanto ontologia, uma compreensão da completude da fenomenologia envolvida na experiência da observação. O cercamento linguístico, portanto, é condição e limite para o conhecimento, o que torna impossível, dada a condição de parcialidade do observador, imerso na tradição, acessar linguisticamente o que está por trás dos instrumentos simbólicos à sua disposição no momento de conceituar os fenômenos captados e descritos pelo discurso que projeta a representação linguística do ser-no-mundo.

Nesse sentido, embora Gadamer (1997) não tenha dito com essas palavras, o autor alemão, imerso no paradigma do giro linguístico-pragmático, pressupõe os conceitos como sendo uma compreensão (sempre precária) situada entre o fenômeno, o observador e a comunidade linguística, o que impõe uma limitação intrínseca ao “saber” que se sabe comunicativo. A comunicação é, ao mesmo tempo, uma descrição “diferente da essência por trás da fenomenologia”, mas que se encontra “imersa na experiência representada por meio da linguagem.” Como a linguagem compartilhada é a única forma autêntica de significação da experiência entre os sujeitos, já que a cognição precisa do modo linguístico para encontrar o reconhecimento do “eu” nesse “outro-linguagem”, a própria diferenciação entre sujeito, fenômeno e observação se dilui pelo *médium* da comunicação. A comunicação, portanto, tudo projeta ao seu próprio modo, ou seja, tudo define a partir de si mesma.

Habermas descreve o sentido da hermenêutica como sendo:

Toda expressão dotada de sentido – seja um proferimento (verbal ou não), um artefacto qualquer como, por exemplo, um utensílio, uma instituição ou um documento – pode ser identificada, numa perspectiva bifocal, tanto como uma ocorrência observável, quanto como a objetivação inteligível de um significado. (HABERMAS, 1989, p. 39).

Assim, tudo que comunica faz parte de um sentido pré-compartilhado pela comunidade linguística, donde se conclui que “comunicar”, nesse sentido, é uma metalinguagem. Mas Habermas compreende que existem pelo menos dois modos de uso da linguagem, assim explicitados pelo autor: “Ou bem *a gente diz o que é o caso ou o que não é o caso* ou bem *a gente diz algo para outrem*, de tal modo que ele *compreenda o que é dito*” (HABERMAS, 1989, p. 40, grifo do autor). Para o autor, somente esse segundo modo de uso da linguagem está ligado às condições da comunicação, pois dizer “como as coisas se comportam não depende necessariamente de uma espécie de comunicação” (HABERMAS, 1989, p. 40), já que nenhum ato de fala é necessário nessa instância do eu-linguístico que compreende. Agora, fazer-se compreender depende da interação comunicativa.

Portanto, o objeto da observação fenomenológica é compreendido como uma representação projetada do “eu” pré-condicionado pela linguagem, e pelas experiências de vida legadas pela tradição incorporada. Tal constatação reduz o objeto à condição de um “subjetivo” de compreensão, o que configura a apreensão subjetiva do sentido da fenomenologia, a partir desse “eu pré-condicionado” que traduz o objeto como presença, materializando a percepção do “eu-linguístico”, ou seja, o sujeito que se reconhece incorporado pela linguagem que decifra para si o objeto.

Com o discurso, contudo, o “eu-linguístico” aparece como movimento discursivo, lançando o sujeito em direção à comunidade aberta de intérpretes (o “outro” da relação linguística), em busca de reconhecimento, de modo a tornar possível a representação daquilo que seria o “intersubjetivo comunicacional”, ou seja, a gênese de compreensão do acordo linguístico intersubjetivo. O intersubjetivo comunicacional, portanto, representa o sentido da fenomenologia a partir de um “eu” decifrado por esse “outro-comunitário” que compreende o que foi dito.

Por outro lado, enquanto comunidade linguística, esse “outro-comunitário” é igualmente condicionado pela linguagem simbólica compartilhada, e pelas experiências de vida inseridas na alteridade constitutiva da diferença. Isso faz da comunicação um encontro entre símbolos intersubjetivamente compartilhados, e compreensões disputadas por perspectivas que incluem a diferença como tema da discordância de linguagem tratada

discursivamente por uma ação comunicativa guiada ao entendimento. É isso que torna possível a interpretação como fenômeno intersubjetivo, permitindo que o conceito opere como um histórico de efeitos mediado pela comunicação atual, a qual insere um elemento crítico-reflexivo dos sujeitos que interpretam e resolvem suas discordâncias sobre a validade de pontos de vista fundados em alteridade de perspectivas.

Do primeiro modo de uso da linguagem decorre a possibilidade de representação das coisas, por símbolos que formam conceitos e sintetizam as percepções linguísticas precárias e atuais sobre o real. Contudo, é no segundo modo de uso da linguagem (a comunicação) que se estabelece a relação intersubjetiva que permite validar no outro-comunitário o sentido de compreensão anterior ao discurso. Desse modo, quando o sujeito é recebido e decifrado, ocorre o acordo linguístico, o que não pressupõe concordância com os sentidos de implicação dessa comunicação (intenção da linguagem empregada), pois ainda não envolve a fundamentação de um juízo sobre a verdade do que se fala, mas tão somente a compreensão “sobre o que se fala”.

Contudo, como adverte Habermas:

[...] a metáfora visual do observador que “vê” algo não deve obscurecer o fato de que a linguagem utilizada performativamente está inserida em relações mais complicadas do que a simples relação “sobre” (e do que o tipo de intenções correlacionado com ela). Quando o falante diz algo dentro de um contexto cotidiano, ele se refere não somente a algo no mundo objetivo (como a totalidade daquilo que é ou poderia ser o caso), mas ao mesmo tempo a algo no mundo social (como a totalidade de relações interpessoais reguladas de um modo legítimo) e a algo existente no mundo próprio, subjetivo, do falante (como a totalidade das vivências manifestáveis, às quais tem um acesso privilegiado). (HABERMAS, 1989, p. 41).

Nessa conexão entre “o que se diz” e “a comunidade que interpreta o que foi dito” existe tanto a “intentione recta”, caracterizada pelas perspectivas subjetivas, quanto a “intentione obliqua”, que coloca as coisas sob a perspectiva “do mundo da vida ou contra o pano de fundo das suposições e práticas comuns, nas quais toda comunicação particular está inserida desde o início de uma maneira não ostensiva” (HABERMAS, 1989, p. 41). Nessa perspectiva pragmática do “mundo da vida”, segundo ele a linguagem preencheria três funções, que foram abordadas por três autores distintos, nos seguintes termos:

[...] (a) a função da reprodução cultural ou da presentificação das tradições (é nessa perspectiva que Gadamer desenvolve sua hermenêutica filosófica), (b) a função da integração social ou da coordenação dos planos de diferentes autores na interação social (é nessa perspectiva que desenvolvei uma teoria do agir comunicativo), (c) a função da socialização da interpretação cultural das necessidades (é nessa perspectiva que G. H. Mead projetou sua psicologia social). Portanto, ao passo que o uso cognitivo, não-comunicativo, da linguagem exige o esclarecimento da relação entre a frase e o estado-de-coisas, seja em termos de

intenções correspondentes, seja das atitudes proposicionais, das direções de adaptação ou das condições de satisfação, o uso comunicativo da linguagem colocamos diante do problema de como essa relação está vinculada às duas outras relações (e que consistem em ‘ser expressão *de* alguma coisa’ e em ‘compartir alguma coisa *com* alguém’). (HABERMAS, 1989, p. 42).

Portanto, quem comunica sobre algo aquilo que pensa está baseado em “pressuposições mais complicadas e muito mais pretensiosas do que o simples dizer (ou pensar) o que é o caso. Quem observa ou opina que ‘p’ ou quem tem a intenção de ‘p’, assume uma atitude objetivante em face de algo no mundo” (HABERMAS, 1989, p. 42). O uso da linguagem nessa base subjetiva, portanto, carece do segundo momento de validação, que é o reconhecimento do outro.

O “intersubjeto comunicacional” é o que materializa a experiência de comunicação, pois “quem participa de processos de comunicação ao dizer algo e ao compreender o que é dito [...] tem sempre que assumir uma atitude performativa” (HABERMAS, 1989, p. 42). É essa interação, portanto, que permite, na sequência de um ato de fato, que o outro emita juízos críticos de rejeição e validade, a partir de interações dialógicas que têm como pressuposto o acordo linguístico originário. Disso decorre que, em uma manifestação crítica ao discurso do outro, é preciso concordar ao menos com os pontos gerais da discordância prática, sob pena de se inviabilizar a comunicação e, por conseguinte, a crítica. Por isso validade (algo dito e compreendido) e validade (concordância com propósitos estabelecidos com a linguagem utilizada) se dissociam na prática cotidiana dos discursos entre sujeitos comunicantes.

A hermenêutica, portanto, não é apenas resgate de facticidades, pois essa atitude performativa “permite uma orientação mútua por pretensões de validade”, o que retira do domínio de quem discursa as condições de validação daquilo que diz. Em termos simples, quando a linguagem adota esse sentido performativo, em muitos casos aquilo que se diz a favor de algo pode ser usado contra o que se diz a esse respeito. O orador, então, fala contra si, e não necessariamente a seu favor, pois fornece ao seu opositor os instrumentos necessários para debelar o seu dizer e desbaratar suas pretensões. Por isso, a pretensão dos retóricos, de dominar a linguagem, pelos seus usos comuns, e persuadir a plateia, assim como a pretensão de circularidade dos hermenêuticos, que restringe o uso da linguagem como reprodução do que vem sendo dito (o histórico de efeitos), não aborda a dimensão de imprevisibilidade que o debate crítico tem como algo presente.

Aliás, no domínio do conhecimento pela subjetividade, como postulado pelo pensamento de Kant, assim como no domínio da razão pela crítica dialética, conforme

postulado por Hegel, decorre um problema comum que reside nos projetos ambiciosos de absolutizar o conhecimento, cada um a seu modo. Habermas (1989) descreve esse problema de superdimensionamento da pretensão com a linguagem, ao explicar o que seria para ele a “nova função” de uma filosofia despida desses pressupostos absolutistas, a função de um “guardador de lugar” e “intérprete do mundo da vida”.

Afirma ele:

O modo de fundamentação dialético constitui-se graças ao confronto de Hegel com o modo de fundamentação transcendental [Kant]. Para a minha consideração sumária basta lembrar que Hegel inicialmente fez coro com a censura de que Kant teria simplesmente encontrado e ‘colhido historicamente’ na tábua das formas do juízo os conceitos puros do entendimento sem fundamentá-los. Assim, teria ficado a dever a prova de que as condições a priori da possibilidade da experiência são ‘necessárias’. O Hegel da ‘Fenomenologia’ quer suprir essa lacuna por meio de uma consideração genética. Ele descobre na reflexão transcendental, que aparece a Kant como uma virada copernicana única na história, o mecanismo de uma conversão da consciência, que volta sempre a entrar em ação na história da gênese do espírito. No sujeito que se torna consciente de si mesmo e que vê se romperem uma após outra as figuras da consciência, realiza-se a experiência de que aquilo que o confronta de início como algo que é em si só pode se tornar um conteúdo nas formas que o próprio sujeito comunicou antes ao objeto. (HABERMAS, 1989, pp. 20-21).

Portanto, conhecimento é linguagem aplicada por um sujeito comunicante que se lança por meio do discurso em uma interação comunicativa, e não produto acabado que decorre de uma consciência cognoscente que antecede e acessa a forma incondicional de um objeto. Ou seja, a objetividade é uma aporia, na medida em que depende da intersubjetividade para ser algo em uma comunidade de linguagem. Habermas compreende na pretensão de objetividade uma pretensão de validade, o que, em todo caso, está sujeito à interpretação que se lança como pretensão, e não como objetividade transcendente ao acordo estabelecido entre sujeitos comunicantes.

Desse modo, como “as interpretações dos participantes estão vinculadas a pretensões de validade cognitivas e não-cognitivas” (HABERMAS, 1989, p. 44) e as “proposições teóricas estão relacionadas unicamente com a verdade” (HABERMAS, 1989, p. 44), para o autor os pontos de vista crítico de autores como Taylor (1997, 2005) e Gouldner (1973) são convincentes naquilo em que argumentam “contra a possibilidade de linguagens axiologicamente neutras no domínio das ciências sociais compreensivas” (HABERMAS, 1989, p. 44), pelo que receberam o apoio de escolas filosóficas bastante distintas, “mediante argumentos de Wittgenstein, Quine, Gadamer e, naturalmente, Marx” (HABERMAS, 1989, p. 44).

Disso, Habermas conclui que:

Em suma, toda ciência que admite as objetivações de significado como parte de seu domínio de objetos tem que se ocupar das consequências metodológicas do *papel de participante* assumido pelo intérprete, que não “dá” significado às coisas observadas, mas que tem, sim, que explicar o significado “dado” de objetivações que só podem ser compreendidas a partir de processos de comunicação. Essas consequências ameaçam justamente aquelas independências do contexto e aquela neutralidade axiológica que parecem ser necessárias para a *objetividade* do saber teórico. (HABERMAS, 1989, p. 44)

De acordo com o que foi exposto até aqui, é possível postular que a comunicação se dá entre sujeitos, e não entre o sujeito e um objeto, pelo que se conclui que os conceitos não sintetizam nem capturam objetos tangíveis pela razão transcendente. Eles tão somente formam relações de coordenação e propósito linguístico, entre sujeitos comunicantes que ostentam pretensões de validade por meio de seus discursos. Os processos de comunicação transformam em real aquilo que pode ser compreendido intersubjetivamente, e, também, colocam em perspectiva crítica as projeções de sentido que se pretendem atribuir aos símbolos em contextos distintos de aplicação. Nisso reside uma importante ancoragem para a pretensão de universalidade hermenêutica postulada por Gadamer, pois, de fato, se a linguagem já está dada não há conhecimento anterior a ser acessado por meio do veículo linguístico. Mas, igualmente, fornece combustível para a crítica de Habermas lança contra essa pretensão, que é levada ao extremo no pensamento gadameriano, quando postula a circularidade.

Habermas (1989, p. 48) compreende que as reconstruções racionais tendem a explicitar suas “condições de validade de proferimento”, pois, desse modo, “elas também podem explicar casos desviantes e assim adquirir, também, com essa autoridade indiretamente legisladora, uma função crítica” (HABERMAS, 1989, p. 48). Por outro lado, como essas reconstruções racionais “empurram as diferenciações entre as pretensões de validade particulares para além dos limites que a tradição ensinou, elas podem até fixar novos padrões analíticos e, deste modo, assumir um papel reconstrutivo” (HABERMAS, 1989, p. 48). Por fim, ele observa que, “na medida em que tivermos sucesso na análise de condições de validade muito gerais, as reconstruções racionais poderão surgir com a pretensão de descrever universais, constituindo deste modo um saber teórico competitivo” (HABERMAS, 1989, p. 48). Essas características, que ligam a comunicação a conteúdos críticos, abordagens construtivas e fundamentações transcendentais de saberes teóricos, segundo Habermas (1989, p. 48), “induziram os filósofos a sobrecarregar determinadas construções com o peso das pretensões de uma fundamentação última”.

Dessas observações, Habermas conclui que:

Por isso é importante ver que *todas* as reconstruções racionais, assim como os demais tipos de saber só têm um status hipotético. Pois é sempre possível que eles se

apoiem numa escolha errônea de exemplo; elas podem obscurecer e distorcer intuições corretas e, o que é mais frequente ainda, generalizar excessivamente casos particulares. Por isso, precisam de confirmações adicionais. (HABERMAS, 1989, p. 48-49).

Daí porque o saber teórico é importante, na medida em que se expressa como um saber ainda correto nas práticas de aplicação atualizadas por contextos de tensionamento com novas pretensões de validade, as quais surgem do cenário de novas reconstruções racionais do saber. Os usos de conceitos legados pela tradição, então, justificam-se como resgate da autoridade de uma forma anterior de aquisição do conhecimento, que já habita o presente, mas não como fundamentação última, inserida na ideia de um resgate sempre circular. Ou seja, nem é circular aquilo que se revivifica criticamente pela experiência dos juízos atualizadores de circunstâncias, tampouco as rupturas impulsionadas pela abordagem crítica do conhecimento estabelecido.

Assim, mesmo quando assumido o pressuposto de que a linguagem já opera como limite e condição de possibilidade, o papel preponderante que conceitos historicamente inseridos nos fluxos de comunicação possuem pode ser criticado em reconstruções atuais. A racionalidade em torno de conceitos e seus usos não é uma redoma sem furos, e a crítica permite perceber quando um conceito ou um modo de agir dotado de autoridade histórica não oferece mais uma justificativa racional para a validação de seus postulados. Não há, por assim dizer, uma desoneração da tarefa crítica no sujeito racional que se encontra inserido em uma tradição de pensamento, pois esse sujeito reconhece a condição precária na qual um saber é construído e contextualizado. Por isso, toda tradição é testada, havendo nos processos de reprodução do conhecimento um espaço para a “crítica legítima a todas as pretensões aprioristas e a todas as pretensões transcendentais” (HABERMAS, 1989, p. 49), de modo que a atualidade do saber depende de “pôr à prova as reconstruções racionais de competências presumidamente basais e de testá-las indiretamente, utilizando-se como *inputs* em teorias empíricas” (HABERMAS, 1989, p. 49).

Os direitos inserem-se nesses usos e sentidos da linguagem teórica que ostenta uma pretensão de validade anterior, colhida da tradição, mas que depende de uma nova razão de validade a cada situação em que se faz o uso da palavra “direito”. Com a palavra direito, o sujeito que profere o discurso quer dizer que algo é devido a ele por se encontrar inserido em um acordo de linguagem prévio segundo o qual aquilo que é direito não pode ser obstado pela vontade de terceiros. Mas pretende dizer também que esse acordo foi quebrado ao lhe frustrarem uma posição jurídica em uma certa circunstância – um caso de aplicação.

Com relação ao primeiro significado (direito é aquilo devido a alguém por

imposição de uma norma), há acordo prévio entre todos os sujeitos aptos à interação comunicativa. Já com relação à segunda pretensão (na circunstância do caso há um direito), não. É exatamente na particularidade de um caso que se questiona a validade, não do conceito de direito, mas da existência ou não de uma circunstância que impõe um dever a alguém “por direito” de outrem. Nessa discordância originária, pode-se questionar o enquadramento da circunstância em um histórico de efeitos, hipótese na qual a linguagem opera no sentido da tradição, ou seja, em sua forma circular. Contudo, é possível questionar a própria validade de uma tradição, e isso não é um uso circular da linguagem enquanto tradição e legado, pois aos símbolos reconhecidos por um histórico de efeitos é inserida uma nova pretensão de validade, o que rompe com a postulação de uma circularidade hermenêutica. Nessa tensão crítica entre facticidades e novas pretensões de validade com a linguagem, portanto, Habermas enxerga uma feda da racionalidade atualizadora dos papéis linguísticos, o que opera fora da circularidade proposta por Gadamer em sua hermenêutica filosófica.

No juízo crítico guiado pela razão há sempre a possibilidade de surgimento de uma nova obrigação, ainda não considerada pelo saber tradicional. Essa obrigação, então, passa a ser inserida na teoria do direito, e se sustenta em um princípio moral construído discursivamente entre sujeitos aptos à fala e comprometidos com a racionalidade de suas postulações com a linguagem. Esse entendimento que surge do debate travado em termos de um agir comunicativo guiado ao entendimento, portanto, não pode ser a mesma coisa de um simples resgate do histórico de efeito, pois nele reside uma novidade não inserida na ideia de circularidade. Como os direitos possuem, em última instância, esse fundamento moral, a obrigação é sempre uma descoberta guiada pelo sentido de integridade da norma jurídica.

Por isso, resolver as crises de entendimento acerca daquilo que é devido “por direito” nas circunstâncias de um caso define o sentido da pretensão que pode ser considerada válida em um discurso jurídico. Ora, se o caso é parte integrante do “conceito”, pois nele reside a fundamentação de validade com a asserção, não se pode mais falar em circularidade, pois a novidade do caso guia o discurso de aplicação a uma racionalidade comunicativa, e nisso reside um elemento crítico permanente, caracterizado por pretensões de validade dos sujeitos participantes do debate.

A pretensão de circularidade na jurisprudência liga a linguagem jurídica a uma racionalidade instrumental, na qual a ação é guiada a um fim. Por exemplo, a fixação de súmulas e teses vinculantes em precedentes “sem caso”, para decidir casos posteriores sem examinar suas circunstâncias particulares. A replicação de jurisprudências de forma acrítica no presente, então, é uma circularidade, não porque o círculo hermenêutico seja insuperável,

mas tão somente pela escolha da autoridade judicial por uma racionalidade instrumental desse tipo.

Habermas descreve essa questão da cisão entre a racionalidade instrumental e a racionalidade comunicativa ao desenvolver a sua teoria do agir comunicativo, na seguinte passagem:

Quando partimos do uso não comunicativo do saber proposicional em ações orientadas por um fim, tomamos uma decisão prévia em favor do conceito de *racionalidade cognitivo-instrumental*, que, por meio do empirismo, marcou fortemente a autocompreensão da modernidade. Ele traz consigo conotações de uma autoafirmação exitosa, que se vê possibilitada pela adaptação inteligente às condições de um meio contingente e pela disposição informada dessas mesmas condições. Nós, ao contrário, ao adotar como ponto de partida o emprego comunicativo do saber proposicional em ações de fala, tomamos uma decisão prévia em favor de outro conceito de racionalidade, filiado a noções mais antigas do *logos*. Esse conceito de racionalidade comunicativa traz consigo conotações que, no fundo, retrocedem à experiência central da força espontaneamente unitiva e geradora de consenso própria à fala argumentativa, em que diversos participantes superam suas concepções inicialmente subjetiva para então, graças à concordância de convicções racionalmente motivadas, assegurar-se ao mesmo tempo da unidade do mundo objetivo e da intersubjetividade de seu contexto vital. (HABERMAS, 2019, p. 35-36, grifo do autor).

Portanto, para o problema examinado por esta tese, a perda de referência do caso judicial na aplicação de jurisprudências e dispositivos legais envolve a própria perda dessa racionalidade comunicativa. A tópica autorreferente, então, promove uma escolha pela racionalidade instrumental, justificada por uma pretensão cognitivista já superada em termos de filosofia da linguagem. Mas, com isso, a assunção parcial da hermenêutica filosófica, nessa acepção da circularidade, que no caso de juízes cognitivistas se confunde com a própria pretensão de completude conceitual, o discurso judicial passa a operar como ação guiada a um fim, a uniformização, o que, em todo caso, é desafiado em contextos políticos conturbados e, então, incentiva o resgate da discricionariedade, para mudar a teoria e começar uma nova história de aplicação acrítica de conceitos jurisprudenciais.

A perda do caso, e da dimensão comunicativa da racionalidade que se estabelece como teleologia na jurisprudência por “standards”, então, anula a crítica que advém do contraditório, não porque ela não seja possível em termos hermenêutico-filosóficos, mas tão somente porque o discurso não opera mais como ação comunicativa guiada pela construção da validade argumentativa da asserção. Mas como toda razão de direito depende da demonstração do princípio moral que orienta a ação do intérprete em uma dimensão situacional específica da aplicação, a jurisprudência que opera como facticidade, guiada pela razão instrumental, impõe a autoridade da decisão como razão finalística do poder, e não mais como uma razão de direito. Por outro lado, o discurso de justificação que é mobilizado em

lugar da aplicação imparcial tenta dar um sentido de validade geral à pretensão externada pela autoridade com a decisão, mas como o discurso na aplicação só se torna legitimável quando a dimensão crítica do contraditório é enfrentada, a decisão que não demonstra a adequação “in casu” perde a sua condição de uma decisão fundada em razões de direito.

Por isso, definir direitos concretamente pressupõe resolver conflitos morais particulares que, tendo em conta uma situação de aplicação, conduzem a um procedimento discursivo capaz de estabelecer em termos imparciais e coerentes o que é devido em uma circunstância. Nesse caso, não são juízos políticos, guiados por razões de finalidade, interesses ou conveniências voláteis, mas os juízos críticos sobre a correção do que se alega ser devido, que tornam o discurso judicial capaz de afirmar algo compreensível como direito. No contraditório, portanto, reside o acordo originário de linguagem que permite fundar o discurso judicial em racionalidade comunicativa, e, com isso, demonstrar a igualdade de tratamento de pretensões de validade contrapostas, assim como a razão por trás da decisão que concluir haver ou não “direito” na pretensão externada por quaisquer das partes.

Dessa visão da jurisprudência enquanto episódios racionais de solução de conflito que projetam, em seu conjunto, uma narrativa coerente dos direitos permite-se compreender por que são os discursos de aplicação que resolvem o problema de indeterminação dos direitos, e não a tentativa de antecipação conceitual que provém de institutos jurídicos, leis, súmulas e teses jurídicas vinculantes. Os casos de aplicação precisam ser solucionados por juízos práticos guiados não só pela compreensão de um histórico de efeitos, mas, igualmente, pelo alcance do consenso em torno da racionalidade da decisão, o que pressupõe o enfrentamento dos juízos críticos atualizadores lançados em contraditório, pois nesse âmbito de interação comunicativa é que se pode compatibilizar a pretensão de validade do direito com o estágio moral pós-convencional estabelecido em sociedades crítico-deliberativas.

Portanto, é no tratamento de particularidades que reside a compreensão do que é devido “por direito” em contextos nos quais sujeitos racionais discordam sobre a validade do modo como supostamente deveriam ser afetados pela norma. Daí porque os conceitos extraídos da rede de significação fornecem apenas um acesso precário e limitado ao conhecimento jurídico. Não cabe à dogmática fixar e cristalizar sentidos para as “coisas do direito”, pois, pelo recurso linguístico da contextualização e da crítica, conceitos estão sempre sujeitos à modificação atual, por sujeitos que operam a linguagem de forma fracionária e permeada por diferentes pretensões de validade em contextos específicos de aplicação.

Neste ponto aparece o contraste mais evidente entre Habermas e Gadamer. Se para Gadamer a circularidade hermenêutica é insuscetível de rompimento, pois a substituição

de estados de coisa retorna ao círculo, para Habermas a reflexividade crítica funda uma racionalidade que guia permanentemente as interações comunicativas à correção moral, o que coloca em cenário a constante possibilidade de rompimento de tradições pela crítica atualizadora das práticas estabelecidas.

No caso do direito, por exemplo, na possibilidade permanente da transição entre sentidos válidos da norma, com o conseqüente abandono de normas incorretas, já haveria a potencial ruptura com a noção de círculo, desde que, é claro, a escolha dos sujeitos participantes seja pela racionalidade comunicativa, guiada pela ética do discurso, e não pela racionalidade instrumental, guiada pelas questões pragmáticas meio-fim. Habermas entende que, quando sujeitos falantes se guiam por essa racionalidade comunicativa, é possível estabelecer bases procedimentais de discussão que, a partir da argumentação, não apenas reproduzem facticidades do histórico de efeitos, mas, igualmente, promovem o desenvolvimento e a superação racional de práticas cuja invalidade é demonstrada em um debate guiado ao consenso.

Em uma passagem em que recorre a Dworkin, o argumento de Habermas se torna mais claro para a teoria do direito, no sentido em que se propõe nesta tese a apropriação do autor:

Seja qual for o modo como Dworkin concebe a relação entre direito e moral, sua teoria dos direitos demanda uma compreensão deontológica das pretensões de validade jurídicas. Com isso ele rompe o círculo no qual a hermenêutica jurídica se via enredada com seu recurso aos *topoi* historicamente aceitos de um *éthos* tradicional. Dworkin dá à abordagem hermenêutica uma virada construtivista. (HABERMAS, 2020, p. 268, grifo do autor).

Mais adiante, Habermas descreve o que compreende ser essa virada construtivista proposta por Dworkin:

Diferentemente do que a hermenêutica jurídica supõe... princípios não podem ser retirados do contexto tradicional de uma comunidade ética como *topoi* historicamente aceitos, já que a práxis de interpretação requer um ponto de referência que aponte para além das tradições jurídicas habituais. No que se refere ao *método*, Dworkin esclarece esse ponto de referência da razão prática por meio de um procedimento de interpretação construtiva e, no que se refere ao *conteúdo*, com o postulado de uma teoria do direito que, a cada caso, reconstrói racionalmente e traz ao conceito o direito válido.

[...]

A reconstrução de problemas instaurados pela perspectiva interna lança uma luz crítica sobre as argumentações encontradas historicamente; à luz de evidências contemporâneas podem-se distinguir as tentativas infrutíferas das tentativas produtivas, impasses e equívocos dos processos de aprendizagem e das soluções momentâneas. Diferentes linhas de reconstrução são abertas em retrospectiva de acordo com o paradigma tomado por base. A escolha do paradigma, porém, não é voluntária, já que depende da situação hermenêutica de partida, a qual não se encontra à nossa inteira disposição. Tampouco a pré-compreensão paradigmática se

mostra impassível de correções: no próprio processo de interpretação ela é testada e modificada. (HABERMAS, 2020, p. 271, grifo do autor).

Ao processo discursivo que rompe com estruturas de significação prévias, Habermas dá o nome de “impulso crítico”, o que, como visto, é mobilizado por um estágio moral pós-convencional, no qual se julga a validade das práticas em torno dos direitos. Os impulsos críticos da razão guiada ao entendimento, então, promovem mudanças nas pretensões de validade das cercanias do círculo hermenêutico, e, com isso, rompem sua estrutura, criando novas formas de compreensão moral das práticas do agir comunicativo. O argumento de Habermas, portanto, postula a possibilidade de se guiarem juízos morais práticos contra a tradição, por pretensões de validade que se lançam como novidade no campo hermenêutico, embora partam do paradigma por ele estabelecido como condição antecedente à crítica.

Tal argumento habermasiano parece ser importante na construção de uma teoria de legitimidade discursiva do direito, pois, se visto sob o prisma do processo construtivista de desenvolvimento de novos sentidos para as normas, a revalidação crítica da autocompreensão social entra em jogo na prática comunicativa entre sujeitos incorporados pela linguagem. A hermenêutica, então, passa a conviver com a intersubjetividade crítico-reflexiva, e não apenas com a compreensão de mundo resgatada por um histórico de efeitos. Essa estrutura de reflexividade mobiliza-se por debates públicos, inserindo um ponto de inflexão permanente na noção de círculo hermenêutico, que passa a ser considerado sob a simples perspectiva de paradigmas do entendimento, e não como fundamentação final das práticas discursivas.

Günther (2011) desenvolve posteriormente essa ideia em sua construção teórica do princípio universal das “argumentações por adequação”, que separa a imparcialidade nas dimensões de justificação e aplicação de normas, para, com isso, demonstrar que a ação comunicativa nos discursos práticos do direito é guiada por perspectivas distintas acerca do entendimento racional das normas, quer se queira justificá-las em termos gerais e abstratos, que se queira adotá-las de uma forma imparcial e coerente em um caso no qual a adequação situacional precisa ser demonstrada.

Segundo ele:

Quais são as consequências que, para a aplicação de uma norma, resultam da circunstância de que a sua validade já não é pressuposta indiscutivelmente, mas passa a depender do ‘universo do discurso’? Até agora vínhamos supondo que as normas relevantes para uma situação fossem pressupostas pela comunidade ou que nela se tivessem cristalizado, evoluindo pela via da adoção das perspectivas generalizadas. Consequentemente, poderíamos concentrar-nos no problema de como as normas dadas são aplicadas adequadamente em uma situação comunitariamente interpretada. Ao final do capítulo precedente, porém, evidenciou-se que uma

formação de hipótese que fosse situacionalmente adequada, imparcial e moral, só seria possível caso todos os aspectos normativos, que em uma situação sejam interessantes, pudessem ser considerados. Isso pressupõe que não há validade que a aplicação de uma determinada norma prescreva sem considerar as circunstâncias especiais da situação. Portanto, as relações de interação já devem estar a tal ponto descentradas que a consideração de todos os sinais característicos da situação não está, de antemão, restrita pela obrigação de observar uma determinada norma, imposta autoritariamente. (GÜNTHER, 2011, p. 107)

Na decisão antecipadora, que justifica a norma por um critério universal de aceitação, o discurso de justificação insere todas as perspectivas particularizadas das situações de aplicação, como visto no resgate feito com base em Martins e Oliveira (2006) no item 4.1 desta tese. Por isso, é inevitável a sondagem da validade da norma em contextos de aplicação posteriores. Agir comunicativamente em torno dos direitos, portanto, envolve a necessidade de se demonstrar a validade de normas em diferentes contextos de aplicação. O critério discursivo de validade é condicionado não apenas pelo estado de fato incorporado no mundo da vida, mas igualmente por pretensões de validade lançadas em discursos inéditos, que mobilizam uma capacidade crítica que pode evoluir a compreensão moral do dever jurídico, em níveis que vão desde a exceção à regra até a rupturas drásticas com paradigmas estabelecidos.

A norma válida em um caso, então, depende dessa relação estabelecida entre a decisão e o discurso guiado pela racionalidade comunicativa. Pelo enfrentamento do contraditório, então, parece haver a possibilidade de avaliação crítica do próprio histórico de efeitos da norma e, com isso, transitar legitimamente entre a reprodução e a ruptura com a tradição. Por isso, a validade não pode ser dissociada de um momento posterior à justificação de normas, pois sua consideração na aplicação depende de um juízo crítico sobre o que é correto fazer “in casu”, e não apenas em nome de um direito que se apresenta externo ao problema de interpretação.

Günther observa esse ponto:

[...] tínhamos externado a suspeita de que uma desconexão da validade normativa de determinadas situações de aplicação só poderia ocorrer quando o pleito de validade tornar-se plenamente independente do contexto, e não mais se referisse a uma comunidade historicamente contingente, mas a todos os sujeitos aptos à linguagem. Somente então é que se tornará possível, no sentido explicitado por Durkheim, uma ‘aplicação livre’ de normas, que possa especializar-se na consideração adequada de todos os sinais característicos situacionais, desonerada de decisões de validade. São essas decisões que se tornarão um assunto próprio da fundamentação de normas no sentido universal-recíproco de (U). Piaget havia diferenciado moral autônoma de heterônoma, Kohlberg distingue os três estágios da moral pré-convencional, convencional e pós-convencional, bem como uma série de estágios intermediários e de transição. Essas teorias são importantes para nós, não porque propõem formulações análogas para o princípio moral (U) no respectivo estágio máximo do desenvolvimento moral, mas porque reconstruem esse estágio como resultado de um

desenvolvimento, no qual princípios morais alternativos fracassaram diante de conflitos morais que se tornavam cada vez mais complexos. (GÜNTHER, 2011, p. 107-108).

Na assimilação da ideia de que conhecimentos que fundam paradigmas podem fracassar existe uma interessante relação entre o sentido dos juízos críticos de reavaliação da experiência do agir comunicativo em face de novas contingências em torno do discurso atualizador. Ao examinar os estágios de desenvolvimento moral em Piaget e Kohlberg, Günther (2011) percebe que, apesar de ali não haver uma distinção imediata entre fundamentação e aplicação, se considerados os estágios mais elevados da consciência moral em Kohlberg (estágios 5 e 6, nos quais a consciência moral pós-convencional é guiada por direitos fundamentais e princípios universais de reciprocidade), as questões de validade da norma para os casos é indissociável de um procedimento de aplicação diverso das razões de justificação.

Isso porque nesses estágios, segundo Günther:

[...] a relação regra-exceção irá inverter-se. Com o conceito moral de direitos iguais de cada um individualmente, em termos de vida e liberdade, bem como de participação no bem-estar social, é possível transcender a validade factual de normas, em uma determinada sociedade, e o princípio da igualdade de aplicação do direito, que está ligado a essa sociedade. Normas, leis, ações e procedimentos necessitam, por sua vez, legitimar-se diante do fórum desses direitos fundamentais, e não mais apenas dentro do contexto particular de uma determinada sociedade. Isso porém não se aplica à fundamentação de normas e de procedimentos, mas igualmente à sua aplicação. Tão logo a aplicação de uma norma fundamentada ameaçar, em uma situação especial, violar direitos desse tipo, ela necessitará ser revista, para este caso, ou revogada. Já não será somente a aplicação igual de uma norma a todos os destinatários que garantirá a igualdade (de aplicação do direito), contudo serão a própria norma e a sua aplicação que deverão proteger ou promover os direitos iguais de todos. Essa alteração no sentido do princípio de igualdade é marcante para muitas normas constitucionais modernas, as quais adotaram entre os seus direitos fundamentais e humanos o direito ao tratamento igual. Equidade e igualdade se destacam, portanto, como funções distintas do mesmo princípio de iguais direitos fundamentais e humanos, os quais colocam sob reservas especiais tanto a fundamentação quanto também a aplicação de normas. (GÜNTHER, 2011, p. 124).

Para compreender esse sentido de evolução crítica das pré-compreensões no estágio pós-convencional da moral, pode-se utilizar o exemplo da escravidão. Hodiernamente, afigura-se uma aberração argumentar em torno da validade de tal prática, mas até a parte final do século XIX a escravidão ainda era considerada válida no Brasil, por exemplo. Outras questões mais recentes, e que ainda mobilizam as arenas de debate, tais como a plena inclusão feminina em espaços públicos, a desarticulação de todas as formas de segregação racial, a criminalização do racismo, a adaptação de espaços físicos e sensoriais para pessoas com deficiência e o reconhecimento jurídico da proteção às novas formas de relação afetiva

(comunidade LGBTQIA+) são exemplos de temas de fundo moral que sofreram profundas mudanças ao longo do tempo.

A menos que se compreenda que o fundamento dessas mudanças foi alguma decisão política autoritária, ou mesmo uma revelação, os fluxos críticos de comunicação travados ao longo das décadas sobre esses temas devem possuir alguma relação a autocompreensão gerada pela sociedade em torno da invalidade de tais práticas, o que aponta para uma racionalidade comunicativa estabelecida entre sujeitos comunicantes, e não exclusivamente para razões de meio e fim estabelecidas por algum centro de poder social.

Parece razoável sugerir que o sentido moral das práticas pode ser gradativamente transformado por esses impulsos críticos que apontam a ilegitimidade de facticidades que perderam de sua condição de validade, e isso parece ser obra de interações crítico-reflexivas atuais entre sujeitos comunicantes guiado ao entendimento do fundamento de validade de suas práticas, ou seja, por um agir comunicativo. Não há, portanto, um círculo que limita as abordagens disruptivas, mas sim uma comunidade linguística previamente compartilhada, o que em todo caso pode ser mobilizado criticamente a um sentido inovador das práticas correntes.

Portanto, do procedimento discursivo emergem condições de possibilidade para uma ação guiada comunicativamente a um novo entendimento. Isso porque, como dito, a comunidade linguística predisposta às práticas de diálogo pode estabelecer novas relações em torno de suas práticas, por um agir comunicativo guiado à formação de novos juízos morais. Os sujeitos falantes, portanto, embora não possam anular a história como ponto de partida para mobilizarem a crítica, são plenamente capazes de articular novos sentidos de validade contra a tradição autorizada por um histórico de efeitos, diante da inadequação verificada em um contexto atual de sensibilização moral de suas práticas.

A eticidade reflexiva, então, é um ponto de inflexão na circularidade hermenêutica. Ela faz da prática discursiva guiada ao entendimento uma válvula de escape da autoridade de tradições constituídas por um histórico de efeitos. Ainda que se possa ponderar que isso gera um novo círculo pelo acordo linguístico, os impulsos críticos são permanentes, e, quando estabelecidos pelo pano de fundo da ética discursiva, tornam a mudança racional uma possibilidade constante, embora a estrutura do consenso sugira uma certa estabilidade na comunicação estabelecida entre sujeitos comunicantes.

Contudo, pela semente da mudança (os impulsos críticos), está sempre ali presente a possibilidade de criticar a tradição, criando-se uma necessidade de sua revalidação crítica. Para que demonstre sua legitimidade no presente (ou seja, na aplicação), portanto, elas

precisam ser provadas como algo ainda válido, não apenas no sentido de “ser e estar sendo” (HEIDEGGER, 2005), ou seja, não apenas como presença, mas sim como algo fundamentável em termos de imparcialidade e coerência nas circunstâncias de aplicação. A tradição, aqui, parece não atuar apenas como resgate do histórico de efeitos, tal como sugere a noção de circularidade na hermenêutica filosófica, mas sim como validade demonstrada na dimensão concreta de aplicação.

Desse modo, percebe-se que a validade intrínseca de um estado de compreensão hermenêutica pode ser objeto de ruptura por juízos críticos capazes de mover a comunidade de linguagem em um sentido de racionalidade que fundamente novas práticas pela incorreção de práticas anteriores. Com isso, percebe-se que o elemento de reflexividade crítica, inerente à própria experiência intersubjetiva da linguagem, pressupõe um espaço de abertura dialética sempre presente, embora limitado pela noção de paradigma, que opera como ponto de partida e estabelece um elemento de contingência permanente ao saber comunicativo.

Desse modo, a estrutura dialética não se eleva ao nível de uma meta-razão, nem vincula os juízos críticos com pretensões de validade estáticas, mas, ao contrário, possibilita o resgate e a superação crítica de normas morais fracassadas no curso das experiências entre sujeitos guiados pela razão comunicativa. A particularidade contingencial dos discursos limita as pretensões de validade da dialética, é verdade, mas não impede que discursos se guiem efetivamente por uma razão sustentada em validade, não apenas porque reproduz um padrão aceito na atualidade, mas porque fundamenta a correção desse padrão “aqui e agora” – ou seja, em uma ação comunicativa guiada por um princípio de imparcialidade fundada na adequação e não em um “topos”. Em termos mais simples, discursos são sempre contingentes, mas disso não se segue que eles não possam obter resultado na tarefa de guiar sujeitos comunicantes a um entendimento comum sobre questões de natureza moral ou de justiça.

Mas, retornando à questão da objetividade que animou esse resgate do debate entre Habermas e Gadamer, percebe-se que a reflexividade crítica sugere que não há, no conceito, um cercamento prévio e inevitável para o sentido de uma linguagem permanentemente contextualizada, pois a ação comunicativa concretiza sentido a partir de contextos, e não apenas o resgata de um histórico de efeitos. O signo, assim, pode ser mobilizado por uma racionalidade diferente da instrumental, que é comunicativa e, portanto, pode guiar a linguagem a uma coordenação para a mudança do sentido de implicação do acordo linguístico. A questão não é, portanto, sempre de resgate da tradição, pois a crítica também exerce o seu lugar no agir comunicativo.

Sobre o ponto, Habermas (2019) esclarece:

Podemos resumir assim nossas reflexões: entendemos racionalidade como uma disposição de sujeitos capazes de falar e agir. Ela se exterioriza nos modos de comportamento para os quais, a cada caso, subsistem boas razões. Isso significa que exteriorizações racionais são acessíveis a um julgamento objetivo – o que vale para todas as exteriorizações simbólicas que estejam ligada ao menos implicitamente a pretensões de validade (ou a pretensões que mantenham uma relação interna com uma pretensão de validade passível de crítica). Toda checagem explícita de pretensões de validade controversas demanda uma forma ambiciosa e precisa de comunicação que cumpra os pressupostos da argumentação.

As argumentações tornam possível um comportamento considerado racional em um sentido peculiar, qual seja o aprendizado a partir de erros explícitos. Enquanto a possibilidade de críticas e exteriorizações racionais e a capacidade de fundamentação que lhes é própria limitam-se a *dar indício* da possibilidade de argumentação, os processos de aprendizado *dependem* de argumentações; e é por meio destes últimos que angariamos conhecimentos teóricos e discernimentos morais, renovamos e ampliamos a linguagem avaliativa e suplantamos autoenganos e dificuldades de entendimento. (HABERMAS, 2019, p. 56-57, grifo do autor).

Segundo o ponto de vista da racionalidade comunicativa, portanto, está sempre em cenário na comunidade de sentidos a possibilidade de argumentar, o que aciona uma força proposicional do agir comunicativo que é diversa da força ilocucionária do símbolo linguístico. Isso insere a crítica entre as possibilidades do discurso e, com isso, coloca a mudança em condições de operar por elementos racionais de reflexividade intersubjetiva nos debates sobre a correção dos padrões normativos. É possível, portanto, justificar moralmente um agir comunicativo; não apenas na tomada de decisão sobre a validade do padrão, mas, igualmente, na dimensão de adequação de sua aplicação a contextos novos, pela construção de um raciocínio em torno da adequabilidade situacional da norma.

A simples constatação das alterações de padrões morais de correção na sociedade demonstra que o sentido de validade dos discursos muda, e o que move essa mudança, segundo a teoria do agir comunicativo, é exatamente a capacidade crítico-reflexiva dos sujeitos participantes do diálogo de virem a questionar a tradição de um modo racional em circunstâncias atuais de problema. O problema de interpretação, então, mobiliza novas possibilidades de compreensão, tendo em conta perspectivas de sentido ainda não ancoradas em uma tradição, mas que, pela força proposicional dos discursos, rompem de forma racionalizada com o histórico de efeitos previamente compartilhado.

Nesse sentido, é possível compreender o efeito da dupla contingência referida por Günther (limitações de tempo e de conhecimento) como condicionantes que tornam o momento de justificação das normas incompleto para sua fundamentação posterior na prática de aplicação. É necessário considerar as novas condicionantes existentes no momento da interpretação em uma dimensão particular de afetação de novas pretensões de validade, ou seja, é necessário demonstrar a imparcialidade com que se assume certas condições de

imposição da norma pelo discurso de aplicação.

Absorvida essa premissa, percebe-se o erro de partida da tópica autorreferente, que aposta na objetividade conceitual como forma de antecipação da linguagem jurídica. A antecipação só opera como signo, acessível ao discurso que pretende comunicar, mas o agir comunicativo (a razão de julgar a validade em um caso) não está contida na comunicação que já dá como certo aquilo que o caso questiona em termos de validade na aplicação. Percebe-se, então, que o problema de indeterminação retorna para o intérprete a cada novo caso de aplicação. A análise e a crítica, portanto, caminham juntas, em um movimento discursivo de esclarecimento que promove o permanente autoentendimento das práticas de linguagem pela comunidade de sentidos.

Habermas e Gadamer estão, como se pode perceber, ligados nessa disputa entre racionalidade comunicativa e hermenêutica filosófica, ao contrário do que poderiam imaginar no início de suas controvérsias acadêmicas. Na verdade, suas perspectivas se interpenetram, e projetam uma via de “mão-dupla”, que permite o tráfego dos fluxos comunicacionais, os quais cercam a experiência por elementos de tradição constantemente permeados pela crítica, estabelecendo novos rumos à comunidade de sentidos, de um modo racionalizado pelo agir comunicativo.

Habermas criticou a pretensão de universalidade da hermenêutica, defendida por Gadamer, por compreender que, em lugar de facticidades chanceladas por um histórico de efeitos, toda experiência prático-discursiva estaria condicionada a um elemento de reflexividade crítica indispensável para a chancela da validade de uma tradição no presente. Contudo, como bem observou Gadamer, mesmo quando assumido o pressuposto habermasiano, tal constatação não retiraria da tradição a sua condição de condicionante do discurso atualizador, porquanto o reconhecimento do histórico de efeitos é pressuposto para a crítica. Nesse sentido, Gadamer desnuda a própria condição precária da crítica, que pressupõe a assimilação prévia da tradição, nem que seja como representação do seu “objeto crítico”, que possibilita a ação proposicional do discurso.

Neste ponto, Habermas (1987), apesar de não reconhecer uma pretensão universal de circularidade hermenêutica, se vê obrigado a ceder ao pressuposto lançado pelo seu contraditor, nos seguintes termos:

Está claro que também a crítica permanece vinculada ao contexto de tradição (*Überlieferungszusammenhang*) que ela reflete. Frente a uma certeza de si monológica que arroga só para si a crítica, a objeção hermenêutica de Gadamer tem razão (*behält recht*). Para a interpretação (*Deutung*) de hermenêutica profunda não há nenhuma confirmação fora da autorreflexão que sucede no diálogo, realizada por

todos os participantes interessados. A partir do *status* hipotético das interpretações gerais resultam de fato *a priori* graves restrições na escolha do *modus*, segundo o qual cada vez a pretensão imanente de esclarecimento da compreensão crítica deve ser atendida (*eingelöst*). Talvez sob as atuais circunstâncias seja mais urgente apontar para os limites da falsa pretensão de universalidade da crítica do que para os da pretensão de universalidade da hermenêutica. Mas, na medida em que se trata da clarificação de uma questão de direito, também esta última pretensão necessita da crítica. (HABERMAS, 1987, p. 68-69, grifo do autor).

Assim, hermenêutica e crítica operam constantemente crises de entendimento sobre os conceitos, assim como crises morais em torno de suas validades, fundando novas disputas de sentido na experiência linguística compartilhada, o que gera novas ações comunicativas, que tem como suporte uma rede compartilhada de experiências comunicacionais, mas nem por isso pode abdicar da tarefa de fundamentação atual de suas práticas de reprodução de tradições problematizadas em debates atuais.

Como se pode perceber isso interfere imediatamente no tema aqui levantado à luz da prática de uma tópica autorreferente, já que nela os juízes isolados pretendem-se “endoxa” dos direitos e, a partir disso, lançam em sociedade o seu saber autorizado, que se impõe como autoridade legal, já que a própria tradição discursiva é constantemente rompida pela discricionariedade judicial – ou seja, nem mesmo a expressão de reprodução cultural de um histórico de efeitos é levada a efeito pela dinâmica observada.

Partindo do pressuposto de que o direito é um *médium* pelo qual fluem tensões políticas, que precisam ser acomodadas de uma forma racional em uma comunidade política de princípios, é possível perceber que o conceito de racionalidade comunicativa descreve um modelo atuação mais afinada com a necessidade de revalidação crítica das práticas judiciais. Por isso, a noção de comunidade linguística, aqui, transcende à expressão de domínio linguístico de uma “endoxa” de doutos juízes, pois, do contrário, a tópica autorreferencial rompe com a estrutura comunicativa do discurso, gerando jurisprudências que se desenvolvem por uma racionalidade instrumental que transforma a dominação política das arenas em fim do direito, o que não se compatibiliza com as pretensões de validade com o próprio sistema de direitos – que é garantir posições de defesa da cidadania diante do poder.

A coesão social em torno da norma pressupõe um reconhecimento geral do seu critério de justiça procedimental, e o estágio 6 da moral pós-convencional demonstra que a crítica é internalizada aos processos de racionalização de práticas sociais. A autoridade da lei e dos juízes, nesse estágio, decorrem da fundamentação que demonstra o princípio moral por trás da ordem, e isso não possui condições de aceitação racional quando baseado na premissa lógica do cumprimento forçoso e inflexível da lei, pois a própria correção da lei entra em debate quando se avalia a sua condição racional de aceitação, o que vale para a justificação,

mas, também, para a aplicação, como demonstrou Günther em sua teoria sobre os discursos de aplicação.

Nesse sentido, a experiência de aplicação do direito também é uma experiência de reconhecimento da justiça procedimental, para que se possa formar um intersubjeto comunicacional sobre a norma válida para o caso, capaz de revalidar o “ethos” compartilhado por uma comunidade política de princípios, em bases racionais que forneçam a compreensão do assentamento moral de suas práticas na atualidade. Ou seja, fechar o direito, e categorizá-lo como um “business” de juízes, torna a linguagem do direito inacessível ao entendimento (razão comunicativa), pois retira dos sujeitos que a interpretam a possibilidade de ancoragem de suas pretensões de validade em um procedimento de aplicação imparcial e coerente de normas jurídicas.

O conceito formalista do direito, focado no elemento de regularidade institucional da coerção, é apenas um mecanismo de instrumentação do “enforcement” (cumprimento forçado), mas não resolve o problema da legitimidade, pois não estabiliza as expectativas sociais, o que é central na tarefa política da normatividade jurídica. Em síntese, só é legítimo forçar o cumprimento do direito por uma estrutura que promova o reconhecimento da justiça procedimental pela comunidade afetada (seja em sentido amplo, na justificação, seja em sentido estrito, na aplicação). Do contrário, a norma opera como dominação política, e não como experiência comunitária de convivência baseada em princípios políticos que estabelecem reciprocidade entre sujeitos de direito.

O procedimento, aqui, importa em justiça porque condiciona a aplicação ao enfrentamento detido das pretensões de validade contrapostas por sujeitos contraditores em um debate judicial. Isso formata, pela estrutura do “caso concreto bem resolvido”, a igualdade de tratamento entre sujeitos de direito, como sustentado nesta tese pela defesa de um sentido forte de contraditório. Esse contraditório forte é o que liga a noção de adequação a um equivalente estrutural que, se desenvolvendo em debates críticos cercados pelo caso de aplicação, permite a participação influente dos sujeitos que sofrerão os efeitos da norma de decisão, permitindo que eles visualizem a integridade com que suas pretensões de validade foram enfrentadas pela autoridade.

O caso concreto bem resolvido, portanto, simboliza o recorte imparcial que se confere ao direito em uma situação de aplicação na qual a coerência é demonstrada a partir da resposta que emerge como concretização de uma norma jurídica “justa ao caso”. Quando não percorrido esse caminho de legitimação procedimental da decisão judicial, a comunicação do ato de decisão aparece para a arena como simples corte político de pretensões, guiado por

uma racionalidade instrumental. Esse tipo de ação discursiva, então, não se ancora em um agir comunicativo, porque perdido o elo entre o caso e a justiça procedimental que valida a decisão enquanto “direito”.

A legitimidade, então, assume uma forma estática na tópica autorreferente, que apela preponderantemente para a regularidade de formas jurídicas, o que, em todo caso, não justifica a correção de atos decisórios. Com a questão da legitimidade cercada pela regularidade formal do discurso, isola-se então a autoridade em um lugar de fala que não se encontra constrangido por um dever de integridade, pois as condicionantes do contraditório são superadas pela seletividade inerente à forma instrumental de racionalidade do discurso autoritário. Daí porque a mudança teórica de inclinação de juízes, somada ao deslocamento do problema de interpretação (dos casos para teorias abstratas), não permitem identificar por bases imparciais de avaliação a coerência na interpretação dissonante de conceitos jurídicos.

Portanto, reorganizar o discurso judicial, transitando-o de uma prática legitimada exclusivamente pela regularidade das formas jurídicas para um nível procedimental guiado pelo agir comunicativo é parte essencial da tarefa de ressignificação dos direitos em comunidades políticas de princípio. Nelas, a hermenêutica crítica, ao que parece, oferece uma alternativa teórica superior à ultrapassada tópica autorreferente, pois supera a deficiência da hermenêutica filosófica e a insuficiência da filosofia do conhecimento na concretização de direitos por princípios.

Por esse caminho, é mais bem projetada a tarefa de autoentendimento comunitário das práticas de justiça, forjando-se elos entre a cidadania e a Constituição, por meio da reconciliação das diferenças de perspectiva social emergentes de cenários plurais de disputas judiciais por direitos. A jurisdição dos casos bem resolvidos poderia promover, enfim, uma experiência comum de pertencimento social à comunidade política de princípios, por meio do reconhecimento da integridade dos direitos que fluem pelas Cortes judiciais.

Por meio dessa estrutura de reconhecimento da justiça procedimental, as autoridades judiciais se (re)legitimam por discursos de aplicação fundados em argumentações por adequação, o que promove perante a sociedade um compromisso inderrogável com a tarefa política de “levar a sério” os “direitos que as pessoas têm” na comunidade política de princípios. A transição do enfoque judicial, portanto, depende de um abandono relativo da jurisprudência sumular, focada em objetividades semânticas, pois os conceitos não podem suprir a necessidade de conformação moral das práticas discursivas em comunidades guiadas pela ética do discurso.

Isso poderia sugerir a alguém mais apegado ao positivismo que o direito é um

projeto fracassado nesta quadra da história, pois toda cultura formada em torno do primado da lei e da Constituição seria convertida em um fórum de princípio alheio à política representativa. Seria, então, o fim da legalidade? Não é esse o caso, e o tópico final desta tese irá tentar abordar essa questão intrigante que envolve as garantias da lei e a descoberta legítima de direitos implícitos em comunidades políticas de princípios.

4.5 As garantias da lei e as interpretações judiciais inovadoras no campo dos direitos: afinal de contas, é o fim da legalidade?

Nenhum jurista sensato poderia sugerir o abandono da legalidade como parâmetro formal de legitimidade do sistema de direitos. Mas os juristas que se tornam cientes da crise criada pelo giro linguístico-pragmático concordam que o acréscimo de legitimidade pela via procedimental, sobretudo no contexto atual, em que a indeterminação abstrata das normas se impõe como paradigma, é algo sensato a fazer no processo de incorporação filosófica de uma hermenêutica crítica centrada em princípios. A saída teórica defendida aqui como suporte para a condição de legitimidade procedimental da jurisdição é a estrutura do caso concreto bem resolvido. Ele possibilita a concretização de direitos implícitos à comunidade política de princípios por processos imparciais de aplicação.

Desse modo, abandona-se a tópica autorreferente e reforça-se a cidadania discursiva, cercada por uma noção de contraditório que se torna inalienável para a validação de discursos judiciais em termos de imparcialidade na aplicação. Esse contraditório supera a expressão de uma prerrogativa formal de participação, e passa a operar como equivalente estrutural da igualdade de tratamento em processos de construção jurisprudencial de direitos implícitos. Esses direitos de fundo moral, então, são descobertos à luz de princípios, o que conduz os intérpretes a um agir comunicativo que não se rende à discricionariedade judicial, pois pela vinculação ao contraditório conferem um tratamento discursivo às pretensões de validade dos sujeitos de direito, o que confere condições de integridade para as práticas judiciais.

Nesse caso, o princípio da legalidade permanece central, e de observância obrigatória, pois não se pode desconsiderar as decisões políticas tomadas pelo Parlamento. O que muda é o sentido conclusivo da legalidade positivista, já que no cenário de uma comunidade de princípios ela não opera como legitimidade autorreferente e suficiente. A legalidade, portanto, deixa de operar exclusivamente “como princípio axiológico externo, atribuindo valor às leis em função de sua forma ou de sua fonte” (CADEMARTORI, 2007, p.

213). Na verdade, em um ordenamento centrado em princípios (DWORKIN, 2020, p. 46-50), os direitos ostentam uma condição de legitimidade que transcende ao critério da mera legalidade, como visto, pelo alcance de um estágio moral pós-convencional de consciência crítica dos sujeitos afetados pela norma.

Com isso, a tarefa de legitimação das práticas institucionais se lança em um campo de heteropoiesis crítico-reflexiva, ligado à cidadania que se move em diferentes direções, todas elas merecedoras de atenção por parte do intérprete que se sujeita ao princípio de adequação na aplicação da norma jurídica. Nesse desenho estrutural, o Estado de direito é concretizado não só pela legalidade das formas jurídicas, mas também pela conformação do poder constituído, o que é revitalizado em cada processo de aplicação.

Como observa Cademartori (2007, p. 215), a incompletude semântica das previsões constitucionais enquadra os órgãos de execução em uma “dimensão axiológica (externa) do agir social”. Com isso, “a crítica e a mudança do funcionamento de fato e dos modelos de direito das instituições vigentes” (CADEMARTORI, 2007, p. 215) é um processo que permeia a legitimidade no Estado, por uma função garantista que recorre ao sistema de direitos como suporte para demandas sociais inovadoras.

A hermenêutica de princípios se liga a esse sentido garantista do sistema de direitos pela sua disposição ao tratamento igualitário das pretensões que emergem dos processos de luta social por direitos, o que também encontra expressão no direito de “demandar por direitos” em juízo. Mas, aqui, o garantismo é condicionado pela estrutura do procedimento imparcial de aplicação, o que previne uma apropriação retórica da filosofia de princípios, por juízes que agem discricionariamente, algo recorrente na tópica autorreferente, e que é conhecido como “ativismo judicial”.

É notável que a atuação de Cortes superiores vem se desenvolvendo por meio de um modelo de desvinculação da concretude dos casos, e, por essa razão, da expressão adequada de uma hermenêutica de princípios, fundada em imparcialidade e coerência na dimensão de aplicação. Com isso, a operação por princípios vem sendo convertida em licença para “legislar sem mandato”, e os juízes passam a desconsiderar as decisões tomadas no passado pelo Parlamento. Parte-se de uma compreensão falha de que argumentações de princípio se confundem com argumentações de política (DWORKIN, 2020, p. 35-46; pp.128-132), o que mobiliza discursos judiciais voltados à mudança voluntária na lei e na própria Constituição.

Contudo, como adverte Dworkin (2020, p. 36), existe uma diferença entre princípios e políticas (“policy”). Para ele, política é um “tipo de padrão que estabelece um

objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”. Já um princípio seria:

[...] um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade [‘fairness’] ou alguma outra dimensão da moralidade. (DWORKIN, 2020, p. 36).

Um princípio, portanto, pode até assumir uma dimensão axiológica, mas é sua dimensão deontológica não se encontra em uma escolha valorativa arbitrária quando se concretiza direitos, pois princípios só são adequadamente fundamentados quando a autoridade se guia por um agir comunicativo direcionado por um discurso de aplicação imparcial e coerente, que demonstre a integridade do direito na situação concreta de aplicação. Partindo-se desse pressuposto, percebe-se que, no Brasil, uma visão aparentemente distorcida do garantismo, por parte de juízes que insistem na declaração de direitos com base em argumentos de política, vem desvinculando a aplicação de princípios do norte da coerência argumentativa.

Com isso, decisões judiciais revogam decisões políticas tomadas no passado sem um critério procedimental claro, o que vem mobilizando um ativismo político por parte de juízes cujos limites se mostram incertos e imprevisíveis, dada a desvinculação da adjudicação de direitos da estrutura de cercamento do discurso de aplicação, que envolve um caso, e não uma política deliberativa em sentido amplo.

Dessa forma, o pseudo-garantismo professado por juízes que agem em desapareço à lei vem sendo desenvolvido como pragmatismo de meios a fins, o que é facilitado pela cultura da racionalidade instrumental implantada no Poder Judiciário brasileiro pela estrutura da tópica autorreferente. Com essa configuração, a jurisdição é desatrelada de premissas de legitimidade procedimental na descoberta e concretização de direitos implícitos, o que afeta a imparcialidade no processo judicial, enturvecendo a noção de comunidade política de princípios, pois as decisões voluntárias prescindem de justificação racional em termos comunicativos.

Com a ausência de um procedimento de argumentação por adequação, portanto, os processos de descoberta de direitos implícitos ameaçam a legalidade, em lugar de reforçá-la, tal como haveria de ser em uma hermenêutica crítica tal qual a que aqui se defende à luz do marco teórico exposto. Nesse ponto, talvez, seja possível compreender a crítica à jurisdição constitucional, que por processos de invalidação da lei sugere um descrédito à democracia e aos processos legislativos. Não é nesse sentido que a hermenêutica de princípios

opera à sua melhor luz, como se pode perceber.

Aliás, se visualizado o conceito de norma como um agir comunicativo permanente, tal como se deu a entender a partir do resgate habermasiano no tópico anterior, é possível questionar a própria validade de processos abstratos de controle de constitucionalidade. Se é nos casos que as leis revelam o seu potencial conflito com a comunidade de princípios, não pode ser no campo teórico da abstração conceitual da lei que reside o verdadeiro significado de sua ilegitimidade. Daí por que se conclui que, estando a leitura de textos impregnada por sentidos comunitariamente construídos em contextos de aplicação, o controle de validade de normas só se desenvolve por um agir comunicativo pela avaliação de efeitos práticos da norma em situações de aplicação, o que contrasta pretensões de validade com a lei e princípios da ordem jurídica estabelecida – ou seja, permite a invalidação da norma em controle difuso de constitucionalidade.

Assumir a condição abstrata do controle de constitucionalidade, portanto, pressupõe assumir que um conjunto de palavras presentes em um preceito de lei é suficiente para concluir pela invalidade material dessa lei, o que reduz toda a tarefa hermenêutica como juízo assertórico sobre a dimensão sintático-semântica do preceito. Alguém mais atento à argumentação pode redarguir que, pelo processo de justificação, é possível o alcance da racionalidade comunicativa em controles abstratos, com um agir comunicativo voltado à justificação de normas gerais. Mas o problema, aqui, é que controlar a constitucionalidade da lei por hipóteses, e não por casos concretos, pressupõe que os juízes possuem uma condição de legitimidade representativa para decidir quais são os interesses gerais afetados pela norma que merecem consideração e respeito, e isso contraria a teoria democrática, que pressupõe a estrutura do mandato para conferir poderes de representação a atores sujeitos ao veto político pelo voto periódico popular.

Por um lado, a noção de controle abstrato parte de um engano agora evidente, que é a objetividade da lei, e, por outro, a saída procedimental dos discursos de justificação pressupõe a negação da teoria política da democracia representativa, fundada na estrutura do mandato popular periódico. Portanto, a base racional-instrumental do modelo abstrato de controle de constitucionalidade é inequivocamente voltada a uma compreensão semântica da norma que o próprio positivismo revisou pelo giro decisionista kelseneano. A teoria do modelo de controle abstrato por Cortes constitucionais foi publicada pelo autor em 1928 (KELSEN, 2004), antes, portanto, do seu giro decisionista. Não seria demais, nesse contexto, admitir que Kelsen tinha em mente um paradigma (a objetividade da lei) quando teorizou as Cortes constitucionais, o que foi posteriormente superado, impactando, pelo que se postula

aqui, na própria inviabilidade do seu modelo de jurisdição constitucional.

As consequências filosóficas do giro linguístico-pragmático, portanto, inseriram as questões da hermenêutica filosófica no centro do interesse da interpretação judicial, o que aponta para os usos comuns da linguagem como suporte para qualquer observação no campo do saber comunicativo. Sondar o sentido da lei, agora, pressupõe reconhecer que a lei se dá a compreender entre sujeitos que se comunicam e pretendem dela certos efeitos pragmáticos que podem ser problematizados.

Dessa compreensão decorre, mais uma vez, a relevância das situações de aplicação no processo de construção de sentido, pelo que o juízo de validade depende de um sentido de imparcialidade demonstrado em uma dimensão de aplicação, e não por juízos hipotéticos de avaliação da lei. A interpretação está associada aos modos de agir comunicativamente, assumidos a partir da lei em casos de aplicação, e isso afasta o controle de constitucionalidade do campo sintático-semântico que retira das palavras do preceito e de implicações hipotéticas o seu sentido.

O preceito não revela o que a lei “quer dizer”, são os sujeitos de direito que revelam por suas pretensões de validade o que querem “obter da lei”. Isso permite concluir que a participação discursiva da comunidade afetada pela norma é essencial nos processos de descoberta dos direitos (legislados ou não). Por conseguinte, tal ponto de vista, que religa a moral ao direito, reforça o argumento de que as inconstitucionalidades só podem ser reveladas por um procedimento imparcial de aplicação, no qual as pretensões de direito fundadas na lei se relevam na prática. Isso, de uma vez por todas, revela que a questão da interpretação, assim como das inconstitucionalidades, depende dos casos de aplicação para serem tratadas com igualdade de consideração e respeito, à luz de princípios da comunidade política que se dão a conhecer discursivamente em casos concretos bem resolvidos.

Portanto, se assumido o pressuposto pragmático da linguagem e a teoria da racionalidade comunicativa, percebe-se que o controle de constitucionalidade só opera como resgate legítimo de sentidos legais ou de princípios jurídicos quando se expressa como agir comunicativo, e isso empurra a jurisdição para a dimensão de aplicação, pois juízes não operam legitimamente no campo deliberativo da especulação política em torno de interesses gerais e abstratos, mas tão somente no campo da concretização de direitos.

Aparentemente, isso reforça o princípio da legalidade, pois a decisão política que funda uma lei deve ser respeitada enquanto um caso não demonstre a sua inadequação à comunidade de princípios. Se, por um lado, a lei deixou de ser um objeto tangível e completamente realizável pela semântica de seus preceitos, nem por isso os sujeitos afetados

pela lei deixaram de compreender pragmaticamente o seu sentido, pois na linguagem já existe um símbolo passível de compartilhamento. Desse modo, uma ação guiada pela lei ainda é possível por um sujeito racional, o que aponta para a jurisdição como recurso de integração em casos de conflito de entendimento, afastando-a da sondagem abstrata do sentido da lei, para fins de controle abstrato da norma.

Quando o ordenamento transferiu a centralidade de suas pretensões de validade para os princípios, em substituição às regras semânticas ou de reconhecimento, a noção de controle abstrato de regras tornou-se completamente obsoleta no paradigma da comunidade política que age por princípios e não em nome da regra. Princípios, como visto, dão-se a compreender por pesos de incidência, em hipóteses justificadas como adequação em um discurso de aplicação, o que conduz à conclusão de que, na ausência de um procedimento fundado em imparcialidade na dimensão de aplicação, a jurisdição constitucional perde sua condição de legitimidade procedimental, pois se converte em atividade política criativa sem poderes de representatividade social, já que a jurisdição constitucional não se justifica mais por critérios semânticos de abstração (a lei “não está mais lá”, por assim dizer).

Percebe-se, então, que a crítica lançada contra a tópica autorreferente também abraça a atividade política da jurisdição constitucional abstrata, pois o sentido da norma é afetado pela situação de aplicação, o que converte a sondagem abstrata de preceitos para fins de invalidação da norma uma atividade diversa da jurisdição, qual seja, deliberação política sobre interesses gerais, o que é direcionado ao Parlamento na democracia. Logo, não é nessa condição de um “superego social” (MAUS, 2010) que as Cortes superiores assumem um papel político adequado em uma comunidade de princípios, já que a jurisdição só se encontra com a integridade política quando revela em procedimentos de aplicação imparcial a validade dos sentidos propositivos de seus discursos, guiados por um agir comunicativo que tem o caso como referência central.

Daí por que o problema gerado pela tópica autorreferente reflete-se estruturalmente em uma inadequada expressão política da hermenêutica de princípios pelas práticas judiciais, tanto na dinâmica da jurisdição ordinária quanto nas hipóteses de controle de constitucionalidade, sobretudo o controle abstrato de normas. Na tópica autorreferente, argumentos de política são assumidos como princípios políticos da comunidade sem demonstração da condição de validade do padrão argumentativo, dado o desvio do caso como referência de adequação na aplicação. Nesse cenário, uma aparente confusão entre a adequabilidade situacional de normas-princípio extraíveis do enredo em cadeia e o princípio geral utilitário é reproduzida pela jurisdição, que passa a tomar decisões baseada em juízos de

valor sobre o que é melhor para todos, e não sobre o que é devido a cada parte no processo, o que se vê tanto na jurisdição ordinária como nos processos de controle de constitucionalidade abstratos.

Nesse cenário, as Cortes superiores, que centralizam poderes de uniformização jurisprudencial em súmulas e teses teóricas fixados como precedentes “sem caso” colocam-se na condição de entidades políticas competentes para justificar novos direitos (ou a cassação de direitos já consagrados), ao arripio da lei e da própria coerência na utilização de padrões argumentativos. O modelo discursivo da tópica autorreferente, portanto, promove uma distorção estrutural do agir comunicativo. Apenas o contraditório levado a sério seria capaz de sanear esse vício de procedimento, pois o tratamento integral das situações de aplicação constrangeria o intérprete à reconversão de discursos de justificação em discursos de aplicação, atentos aos casos, e não às teorias político-valorativas abstratas dos operadores da lei.

É preciso compreender essa diferença estrutural entre as argumentações por princípios e argumentações de política, pois princípios são deveres jurídicos assumidos por um compromisso constitucional estabelecido entre os indivíduos e o grupo (o contrato hipotético), em bases de “equilíbrio reflexivo” que se inspiram na justiça procedimental de tratar a todos com igualdade de consideração e respeito, estabelecendo posições jurídicas racionalmente aceitáveis para os sujeitos afetados pela norma. Daí porque os juízes devem ser mobilizados em casos concretos a descobrir os direitos que as pessoas (já) têm nas situações de aplicação, e não aqueles que seriam desejáveis à luz de sua ética privada.

Dworkin (2020, p. 129) esclarece essa questão quando afirma que “argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”. Já argumentos de princípio “justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo” (DWORKIN, 2020, p. 129). Desse ponto de vista é possível estabelecer uma distinção entre princípios e valores comunitários, pois embora ambos sejam permeáveis às decisões políticas, só os primeiros são guiados por um sentido de correção que se põe à prova pela coerência de sua prática.

O paradigma da eticidade reflexiva permite que valores sociais mudem, assim como objetivos e prioridades do grupo, mas, ainda assim, persista a obrigação de se preservarem os direitos fundamentais da individualidade. Isso transfere para a política deliberativa a tarefa de deliberação com imparcialidade sobre interesses gerais, de modo a estabelecer consensos que permitam aos sujeitos de direito a liberdade de ser em comunidade,

expressando suas diferenças por prerrogativas de direito. Na jurisdição, essas questões de direito são tratadas com imparcialidade pelo caso concreto bem resolvido, que conta com a participação imediata do contraditor judicial, ao passo que na legislação é resolvida por discursos de justificação, fundados em uma moralidade política compartilhada entre os sujeitos da cidadania representados no Parlamento por seus mandatários de poder.

Os princípios, portanto, estabelecem critérios racionais para a aceitabilidade de um dever jurídico num e noutro caso, só que por procedimentos distintos, voltados ao tratamento dos respectivos interesses envolvidos. No caso da jurisdição, interesses atuais externados por pretensões de validade em contraditório, no caso da legislação interesses antecedentes regulados por poderes políticos de mediação com a esfera pública.

Princípios, então, correspondem a compromissos políticos assumidos antes mesmo da legislação pela sociedade que consente em se guiar por normas racionais, ao passo que as políticas (“policy”) são compromissos firmados no exercício do poder, que se voltam ao tratamento de interesses gerais condicionados por opiniões cambiante em torno de objetivos e prioridades que devem ser tratados com equidade pelos representantes eleitos. Novas prioridades e objetivos, portanto, podem emergir, assim como novos valores sociais, o que impacta nas decisões desse grupo que se reúne para deliberar sobre políticas de bem estar geral, mas não podem, por uma questão de princípio, caçar os trunfos conferidos politicamente à própria cidadania, expressos em direitos fundamentais. Nesse caso, a necessidade de coerência com princípios coloca um entrave na reavaliação de objetivos como justificativa única e suficiente para a negação de direitos já incorporados pela comunidade de princípios.

Aqui se percebe por que argumentos como a “sensação de impunidade”, que apelam para o valor social da punição ao crime, não fornecem um argumento de princípio para a negação do direito à presunção de não-culpabilidade, já estabelecido na Constituição de 1988. Nesse caso, por exemplo, outras decisões políticas, como a diminuição de recursos processuais ou a ampliação de prazos prescricionais poderiam ter sido tomadas pelo Parlamento, para o alcance de novos objetivos em torno da punibilidade. Mas a garantia fundamental prevista no art. 5º, LVII, da Constituição não poderia jamais ter sido alvo do ativismo judicial do STF, pois isso descredita a força normativa da Constituição, que é expressa exatamente pelo compromisso político da cidadania e dos poderes constituídos com os princípios da ordem jurídica.

Na concretização de princípios, como dito, é a particularidade de sinais característicos da aplicação que sugere mudanças no curso da interpretação, sempre

particularizada por casos judiciais, e não por conturbações políticas externas ao contraditório resolvido pela jurisdição. A imparcialidade, aqui, depende desse compromisso com a integridade da solução conferida ao caso, já que não se confunde com o tratamento de interesses gerais – atividade política do Parlamento, e não do Judiciário.

Ocorre que, pelo fechamento discursivo da tópica autorreferente, que se afasta dos casos para proferir discursos de justificação, impede-se que a jurisdição se legitime por meio desse critério de concretude que liga a imparcialidade à dimensão de aplicação. Com isso os debates judiciais em Cortes superiores se convertem em juízos de validade sobre normas gerais, mesmo quando se está diante de uma hipótese de controle difuso de constitucionalidade da norma, como nos casos julgados em Plenário pelo STF, todos em sede de “habeas corpus”, nos anos de 1991 (BRASIL, 1992), 2009 (BRASIL, 2010), 2016 (BRASIL, 2016) e 2018 (BRASIL, 2018).

Como na tópica autorreferente os casos são selecionados por frações, e desidratados por jurisprudências defensivas que operam poderes de castração do contraditório, o que é materializado pela jurisdição desde as instâncias inferiores pelos “poderes de direção” no processo, materializa-se ao final dos debates judiciais um esvaziamento de circunstâncias da situação de aplicação pelo discurso de justificação que coloniza o ato de jurisdição. Com isso, o discurso judicial resolve pretensamente o caso, mesmo sem tomar conhecimento integral de suas particularidades relevantes.

Na tópica autorreferente, portanto, a questão da legitimação de uma decisão política se volta à dimensão externa de justificação, produzindo argumentações políticas que se desviam não só do caso, mas do próprio compromisso com a legalidade, que pressupõe respeito a decisões políticas tomadas no passado sobre prioridades e objetivos gerais, ainda mais decisões constituintes. Nesse cenário, não é mais possível falar em aplicação de princípios, pois, abstratamente, a argumentação em torno de princípios se converte em juízos de valor, subjetivamente identificados pela ética privada da autoridade que discursiva “de fora” dos contextos de aplicação, redefinindo os direitos em um campo abstrato de conceituação que pretende se acercar dos “melhores valores” disponíveis em fluxos comunicativos dispersos para justificar a adjudicação de direitos (ou sua cassação) perante a comunidade.

No direito brasileiro, como se pode perceber, é o fechamento da tópica autorreferente, ligada ao abstracionismo dos discursos de justificação, que vem possibilitando a negação ao princípio da legalidade, pois as condicionantes impostas por direitos fundamentais para o exercício legal do poder dependem de respeito ao devido processo legal,

o que envolve o próprio direito ao contraditório influente, como visto.

Portanto, a negação estrutural às condições regulares de exercício livre e influente do contraditório, pela perspectiva instrumental da racionalidade imposta por jurisprudências defensivas, impede o alcance de um sentido procedimental de legitimidade dessas práticas judiciais, que deveriam ser guiadas pela abordagem integral dos casos. Sem isso, o discurso judicial não possui um critério de integridade verificável, pois a decisão judicial se evade do dever de enfrentamento das perspectivas que emergem de pretensões de validade dos sujeitos de direito com a norma, o que deve ser o problema de interpretação a ser enfrentado no processo de construção da decisão final do litígio, mais do que as teorias abstratas que pousam sobre o caso sem resolvê-lo.

Logo, a seletividade arbitrária de contraditórios, característica das jurisprudências defensivas de Cortes superiores, traduz-se socialmente como negligência dos deveres de confrontação judicial aos impulsos críticos da cidadania discursiva emergente dos debates judiciais. Conseqüentemente, essa alienação judicial da dimensão de complexidade dos casos converte os discursos de aplicação em discursos de justificação que se colocam de um modo externo ao problema jurídico.

Tal conformação política de uma justificativa externa da jurisdição promove, por sua vez, a perda estrutural da referência de imparcialidade na dimensão de aplicação, o que impacta na própria perda de referência da legalidade, pois direitos não são mais nem o resultado de princípios reconhecidos pela correção de um padrão de argumentação utilizado como norma de decisão, nem o resultado de leis editadas pelo Parlamento.

Percebe-se, então, que, pela não adoção de uma noção vinculante de contraditório, assim como pela conversão da argumentação por princípios em retórica de valores subjetivamente imputada pela autoridade à comunidade política, a tópica autorreferente fornece à jurisdição, sobretudo nas Cortes superiores, um acesso ilimitado à discricionariedade. Esse acesso opera pelo selecionamento de frações do caso, estruturando um método de trabalho no qual a castração dos debates judiciais é permanentemente possível aos magistrados. Com isso, a legalidade é subvertida por um ativismo judicial sem limites, já que princípios deixam de ser norma jurídica para se converterem em argumentações de política dissociadas de critérios de integridade verificáveis pela imparcialidade do discurso de aplicação.

A descoberta legítima de direitos implícitos em uma comunidade política de princípios, como visto, depende do caso não apenas pela constatação de que os direitos abstratos são semanticamente indetermináveis, mas também porque a aplicação de princípios

fora dos casos de aplicação é profundamente arbitrária e não dispõe de uma justificativa de validade fundada em imparcialidade. De tudo quando exposto, percebe-se que a proposta procedimental de legitimação da hermenêutica de princípios como fonte de descoberta de direitos implícitos em discursos judiciais voltados ao enfrentamento integral de reforça o princípios de legalidade em torno dos direitos, e não o flexibiliza, pois, entre outras coisas, sugere o enfoque da jurisdição na concretude dos casos, o que justifica uma crítica ao próprio controle abstrato de normas no direito brasileiro, reforçando a força da legalidade, representada pelas decisões política do Parlamento.

O paradigma do pós-giro, ligado à noção de centralidade do ordenamento em princípios, portanto, incentiva o condicionamento político da jurisdição a uma prática de aplicação por condicionantes de legitimidade procedimental cercada pela estrutura do discurso de aplicação, por meio do qual os juízos prático-morais de avaliação da validade da norma se guiam pelo compromisso inarredável com a integridade política da jurisdição. Negar a influência de padrões morais de correção na argumentação jurídica só aumenta o problema de desvinculação à legalidade que vem se intensificando por meio da tópica autorreferente. A avaliação dos direitos por critérios discursivos de uma moral pós-convencional é uma condição imposta pela razão prática, pelo que a negação dessa condicionante só auxilia na manutenção da discricionariedade como veículo real da compreensão dos direitos. Ela possibilita, assim, que juízes interpretem direitos como concessões políticas, e não por exigência de um dever de imparcialidade e coerência fundado na integridade do sistema político.

Visualizada, então, a importância da procedimentalização da imparcialidade nos processos de aplicação de princípios jurídicos, é possível ligar a emergência do novo paradigma filosófico do giro à estrutura discursiva vinculada a casos concretos bem resolvidos, e tudo isso em reforço à legalidade como suporte de decisões políticas tomadas pelo Parlamento em representação da sociedade, pois afasta o Poder Judiciário dessa função, reforçando o critério democrático da escolha de representantes comunitários.

Abordados, enfim, todos os pontos que se pretendia com esta tese enfrentar, é necessário agora desenvolver algumas reflexões finais sobre o tema, a título de conclusão deste trabalho de pesquisa.

5 CONCLUSÃO

A manutenção de práticas discursivas evasivas no seio dos debates judiciais, tal como verificado pela pesquisa, promove a perda de referência da imparcialidade na aplicação dos direitos, pelo distanciamento entre discursos de justificação e o contraditório que formula as premissas do caso judicial. Chamada de tópica autorreferente, essa estrutura processual mina o poder de influência das partes na concretização de direitos, diminuindo o sentido de legitimidade procedimental das práticas em torno da descoberta de direitos implícitos. Por outro lado, a tópica autorreferente também ameaça direitos e garantias fundamentais, já que os discursos de justificação de Cortes superiores, na busca de adesão voluntária de fluxos livres de opinião pública, enturvecem a integridade da narrativa em cadeia e, com isso, desviam o foco da jurisprudência, gerando constantes oscilações que promovem incoerências no sistema de direitos.

Como se sabe, o processo de concentração de poderes em órgãos de cúpula do Poder Judiciário foi intensificado no ordenamento brasileiro a partir de 2004, com a Emenda Constitucional n.º 45/2004 e as reformas processuais subsequentes. Enfocou-se, ali, a racionalidade instrumental do sistema judicial, por meio de uma estrutura jurisprudencial voltada à fixação de teses e súmulas que visam à objetivação conceitual dos direitos. Além das inovações legislativas que emulam essa abstrativização jurisprudencial, têm-se no cenário jurídico brasileiro uma cultura apegada a um histórico de práticas herdadas do pensamento autoritário das décadas de 20 a 40 do século passado.

Nesse sentido, a prisão para o cumprimento antecipado da pena é retratada pela pesquisa pela trajetória jurisprudencial do instituto após 1988 – uma prática flagrantemente contrária ao art. 5º, LVII, da Constituição, mas que insiste em ser revivificada por discursos de poder de juízes que estão acostumados a punir para depois apurar a culpa dos acusados. Ao que se pode perceber, essa matriz punitivista de pensamento contraria a filosofia de direitos fundamentais que inspira a nova ordem constitucional. A defesa de práticas judiciais deste jaez no cenário jurídico atual revela, portanto, uma compreensão distorcida do papel político-institucional dos juízes na democracia inaugurada pelo processo constituinte pós-ditadura militar.

Na atual conjuntura política, os juízes, que se viram livres de algumas amarras autoritárias impostas pelo Poder Executivo do antigo regime, não reconfiguraram a dimensão adequada de seu próprio poder, adequando-o ao novo arranjo de poderes constituídos pela democracia constitucional. A ressignificação do contraditório, nesse contexto, aparece para a

pesquisa como caminho procedimental viável de ancoragem do processo judicial como equivalente estrutural da igualdade de tratamento entre sujeitos de direito no seio da jurisdição.

Incorporada à noção de integridade do sistema jurídico, a atuação judicial dos sujeitos afetados pela norma promove um fortalecimento da comunidade política de princípios, pois o reconhecimento da justiça procedimental nas decisões projeta uma identidade comum entre sujeitos de direito que debatem em contraditório. Isso torna a cidadania discursiva uma experiência real e constante, pois os sujeitos da comunidade que “lutam por seus direitos” são tratados com consideração e respeito pela autoridade judicial, o que reforça o pertencimento social ao direito que flui pelas Cortes.

Com essa estrutura de vinculação do poder judicial ao contraditório, portanto, promove-se um devido equacionamento de forças nas interações comunicativas entre sujeitos participantes da comunidade de princípios. Visualizada a oportunidade de participação influente pelo contraditório, os sujeitos dessa comunidade constroem o poder administrativo a dar respostas coerentes sobre os direitos em disputa, invalidando o método discricionário até aqui dominante na tópica autorreferente. No método atual, os juízes guiam a sua atividade preponderantemente por uma racionalidade instrumental (de meios a fins), o que retira a condição de ancoragem da integridade dos direitos adjudicados, até pela incoerência insistente com que teorias e finalidades são sobrepostas pelo discurso judicial.

O contraditório reformatado em termos de poderes de participação influente, portanto, promove uma estrutura procedimental de conformação política desses poderes judiciais herdados de contextos políticos autoritários brasileiros. Cerca-se, com isso, a discricionariedade judicial, oferecendo-se uma saída procedimental para um problema central na transição filosófica do pós-giro, que reclama legitimidade em um nível procedimental distinto da simples uniformização de sentidos normativos por discursos que pretendem a antecipação de resultados por “cálculo e previsibilidade” (WEBER, 2004, p. 142-153) – que é a tarefa emprestada às Cortes superiores pela tópica autorreferente.

Hoje, o contraditório não dispõe desses poderes de participação influente, nem vincula a jurisdição no processo judicial brasileiro, pois as jurisprudências defensivas vigentes em Cortes superiores, aliadas ao poder geral de direção do processo exercido por juízes desde a primeira instância judicial, inviabilizam que o poder de agenda dos debates judiciais seja guiado pelos impulsos críticos dos sujeitos participantes do contraditório. A licença para selecionar frações do caso, então, desfigura os sinais característicos da aplicação, pois a particularidade das perspectivas lançadas em contraditório é burlada por poderes de direção

processual que retiram a liberdade de demandar em juízo por argumentos próprios. Isso, por sua vez, retira a singularidade dos casos, cortando a interação comunicativa entre os sujeitos de direito que pretendem externar o seu ponto de vista sobre o conflito. Com isso, precedentes deixam de ser expressos por casos concretos bem resolvidos, e a tarefa judicial é colonizada por poderes judiciais superdimensionados, que proferem discursos de justificação em lugar de discursos de aplicação.

Em Cortes superiores esse processo leva à objetivação teórica dos direitos, por meio da edição de súmulas e teses vinculantes que não atendem ao dever de imparcialidade na aplicação, pois nesse tipo de jurisdição ofertada “no atacado” o discurso judicial não enfrenta integralmente os contraditórios lançados em contraste ao histórico de efeitos da norma. Essa estrutura, como visto ao longo desta tese, favorece as incoerências de narrativa, o que foi visualizado nos discursos judiciais do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a garantia de presunção de não-culpabilidade.

Verificou-se, então, que a estrutura do Poder Judiciário é inflacionada em competências e poderes de decidir, e que isso vem influenciando no desvio da jurisdição do norte da adequação discursiva, pelos expedientes processuais que reduzem a amplitude de cognição dos casos judiciais. A fórmula limitante da participação social nos espaços judiciais facilita a fixação de posições judiciais flutuantes, que são mobilizadas por elementos de convicção íntima da autoridade judicial. Ocorre que as convicções mudam ante a emergência de novos fluxos de opinião das arenas livres, o que oferece uma “senha política” para novas abordagens discricionárias na rede de direitos. Isso ficou claro na oscilação jurisprudencial em torno da presunção de não-culpabilidade nos conturbados anos “lavajatistas”.

Episódios como esse da “eclosão de uma jurisprudência punitivista” durante o “lavajatismo” são facilitados pelo modelo da tópica autorreferente, pois nela o discurso judicial não é instado a dissuadir integralmente os contraditórios, que poderiam guiar os discursos judiciais por deveres de correspondência mais imediatos entre procedimentos legítimos de construção jurisprudencial e os casos concretos bem resolvidos em sua dimensão de complexidade. Dissociando-se o discurso judicial de tal parâmetro de verificabilidade da integridade política, a jurisdição mobiliza-se por uma discricionariedade expansionista que não encontra contraponto no poder discursivo das partes processuais.

Naquele contexto do “lavajatismo”, por exemplo, o resgate pelo STF da jurisprudência punitivista de 1991 (BRASIL, 1992), no ano de 2016 (BRASIL, 2016), forneceu um retrato do risco imanente que representa a concentração de poderes nas mãos de juízes em órgãos de cúpula do Poder Judiciário. Eles podem operar mudanças profundamente

incoerentes na jurisprudência, cassando direitos civilizatórios mínimos, e, por conseguinte, negando a própria identidade do sujeito constitucional.

A transposição das barreiras dos casos concretos, portanto, promove um processo de politização dispersa dos discursos judiciais, cuja natureza abstrata retira dos contraditores imediatos as condições de verificabilidade da imparcialidade e coerência dos veredictos. Isso autoriza, em larga escala, a projeção de jurisprudências por conveniência política, as quais são incapazes de estabilizar expectativas sociais em torno dos direitos, bem como de ancorar a credibilidade do sistema de justiça em critérios discursivos de integridade.

Pelo que foi exposto até aqui, percebe-se porque o princípio universalizante dos discursos de aplicação, proposto por Günther (2011, p. 272), teria condições de romper com essa estrutura discricionária desviada dos casos, pois operaria na jurisdição como condição de imparcialidade no procedimento de aplicação. A partir da ideia de um contraditório levado a sério, então, centrar-se-ia o foco da atuação judicial nas “argumentações por adequação”, e não em teses que expressam o subjetivismo decisório de juízes não eleitos, e que mudam de opinião em uma frequência que se torna indesejável para a fluência coerente dos direitos. Com essa reconfiguração em torno dos discursos de aplicação a jurisdição colocaria o caso judicial de volta no centro do modelo de pensamento judicial, o que guiaria a hermenêutica de princípios por um modelo crítico-reflexivo de natureza intersubjetiva, integrando os sujeitos de direito por processos de interação guiados por uma racionalidade comunicativa incentivada pela estrutura de poder gerada em torno do contraditório.

O conceito güntheriano de argumentações por adequação, portanto, fornece um caminho viável para que os discursos judiciais estejam voltados à demonstração da coerência entre a decisão atual, que resolve integralmente as complexidades de um caso, e o enredo em cadeia (DWORKIN, 2014, p. 275-279, 2019, p. 235-242), que precede a disputa travada no contraditório e deve ser uma referência constante para a abordagem atual dos direitos. Ou seja, a integridade se insere no conceito de decisão jurídica “justa ao caso”, pois tanto complexidades singulares quanto históricos de efeito são compatibilizados por um discurso que se guia por uma razão voltada à adequação da solução. Günther (2011) reforça esse ponto, ao externar sua compreensão sobre o princípio da integridade em Dworkin:

Uma vez que, nesse método, colisões entre direitos [regras] e princípios são inevitáveis e até produzidos sistematicamente, só pode ser decisiva, a cada vez, aquela interpretação que for melhor (do que outras), aquela que conseguir formar o contexto de justificação coerente mais abrangente, à medida que, por exemplo, integrar uma quantidade maior de juízos antecipados ou alguns especialmente importantes, obrigando a desconsiderar uma interpretação concorrente. Em última análise, a melhor das interpretações somente poderá ser compreendida ‘a partir do

ponto de vista da moralidade política⁵³. Por conseguinte, o princípio da integridade obriga, também no caso da aplicação jurídica, a que se tratem todos os membros da comunidade política com igual respeito e consideração, à medida que se coloca cada decisão sob o pleito de compatibilidade com a melhor das interpretações. (GÜNTHER, 2011, p. 272).

“A melhor das interpretações” coincide, aqui, com a noção teórica de “única resposta correta” (DWORKIN, 2019, p. 175-216), exatamente porque fornece justificativas que obrigam à rejeição das demais respostas consideradas em tese pelo intérprete no momento de aplicação da norma. Ou seja, por melhor interpretação entende-se aquela que revela à sua melhor luz a comunidade de princípios, o que não está sujeito a uma discricionariedade de escolhas, tal como sugeriria a deliberação em torno de interesses gerais.

Günther reconhece essa diferença estruturante entre as dimensões de justificação e aplicação das normas jurídicas, e isso é a base de sua tese sobre a imparcialidade na aplicação, que dependem das argumentações por adequação. Para ele, “um juízo de imparcialidade que se refere a todos os afetados deve significar algo diferente de um juízo de adequação” (GÜNTHER, 2011, p. 216). Por isso, ele entende que as argumentações por adequação dependem da “descrição completa da situação” (GÜNTHER, 2011, p. 217) e da coerência da narrativa (GÜNTHER, 2011, p. 226), de modo a, efetivamente, envolver pelo conflito todas as normas passíveis de consideração em uma situação concreta de aplicação.

Nesse caso, então:

A colisão de normas não pode ser reconstruída como um conflito de pleitos de validade, porque as normas em colisão ou as variantes de significado concorrentes somente se correlacionam em uma situação concreta. E é justamente desta propriedade de dependência situacional do problema de colisão que um discurso de fundamentação deveria afastar-se. Desconsiderando-se o caso de uma inconsistência lógica... colisões não são previsíveis, uma vez que não conhecemos todas as situações de aplicação, tampouco todas as possíveis considerações de sinais característicos em situações. Só saberemos, na respectiva situação, quais outras normas ou variantes de significado serão possivelmente aplicáveis. (GÜNTHER, 2011, p. 227).

Nesse ponto, aparece para Günther o problema da seletividade de características do caso como critério de ponderação, pois, no fim das contas, na seletividade de frações do caso residiria a própria escolha arbitrária de princípios para a solução do problema de interpretação, “porque graus de importância [entre princípios colidentes] deverão ser, por sua vez, fundamentados” (GÜNTHER, 2011, p. 228), o que não é disciplinado por um

⁵³ O trecho de Dworkin citado por Günther na citação acima compõe o livro “Law’s Empire”, referida pelo autor como “Dworkin, *Empire*” (GÜNTHER, 2011, p. 272). Aparece no trecho do livro do autor alemão como nota de rodapé 86, com uma referência identificada pela expressão em latim “*Ibidem*, p. 256.” (2011, p. 272), acompanhada da seguinte explicação: “Este seria ao tempo o ponto de partida de uma transformação caracterizada pela teoria do discurso” (GÜNTHER, 2011, p. 272).

procedimento imparcial de aplicação em teorias voltadas à projeção abstrata de conceitos sobre direitos, em lugar de respostas “justas a casos singulares”.

Portanto, pela ponderação abstrata entre princípios, a comunidade política depende de juízos arbitrários do intérprete acerca do que seria, em tese, a norma preferível em um contexto indeterminado de aplicação (já que o caso não está no centro do discurso, mas sim circunstâncias hipotéticas selecionadas pelo intérprete). Mas, na verdade, a adequação de uma norma só poder ser demonstrada na concretude de um caso concreto bem resolvido, como se tentou demonstra ao longo desta tese. A adequação da norma, portanto, justifica-se por essa expressão de particularidade de uma norma jurídica “justa ao caso”, e não como teoria sobre a norma preferível em um contexto hipotético, pois nesse sentido o discurso de justificação já não reflete mais a disputa real por direitos, que é travada no caso, e não em campos teórico-abstratos.

Compreendida como ponderação, portanto, a hermenêutica de princípios é reconvertida insistentemente em decisionismo, pois na seletividade arbitrária de sinais característicos produzem-se respostas abstratas que se mostram multiplamente “aceitáveis”, o que conduz a uma escolha judicial sem critérios procedimentais de imparcialidade, pois a jurisdição opera segundo um princípio de “non liquet” que impede o “empate judicial”, mas, ao mesmo tempo, não define a norma “justa ao caso”.

Essa forma de discricionariedade é rejeitada por Dworkin (2014, pp. 271-275) em sua teoria do direito como integridade. Ali, ele compreende que a tarefa do intérprete é abordar de forma integral o caso, fornecendo ao final do processo de interpretação um sentido concreto de adequação normativa, que fundamente o discurso como única solução correta (DWORKIN, 2019, p. 175-216). Essa construção discursiva é feita por um juiz que se assemelha à figura mitológica de Hércules, metáfora utilizada por Dworkin (2014, p. 286-317) para exemplificar a tarefa de concretização de precedentes por juízes comprometidos com a coerência do enredo em cadeia (DWORKIN, 2014, p. 275-279, 2019, p. 235-242), em processos decisórios nos quais as disputas singulares são tratadas com igualdade de consideração e respeito.

A construção de precedentes fundados em práticas de integridade possibilita caminhos argumentativos guiados à adequação demonstrável, e não por critérios irrealizáveis como a neutralidade judicial ou a prudência valorativa do intérprete. Oradores imersos em uma comunidade de linguagem (WITGENSTEIN, 1996), formada por uma hermenêutica fundante de sentido (GADAMER, 1997), dependem dos impulsos críticos intersubjetivos da reflexividade emergente de esferas públicas ativas (HABERMAS, 2020) para darem

continuidade ao enredo do direito, o qual precisa fazer sentido como “conjunto coerente de práticas”. Guiando-se as práticas judiciais por um contraditório que racionalize os debates judiciais, portanto, é possível estabelecer a integridade em torno da adjudicação compulsória de direitos, os quais pertencem à comunidade política de princípios, e não aos juízes.

A noção de caso concreto bem resolvido oferece um mecanismo processual que opera na jurisdição como um “equivalente estrutural da igualdade de tratamento”, e, por essa condição, devolve o direito à comunidade. A imparcialidade promovida pelo procedimento de aplicação, voltado à dissuasão integral dos casos, promove um processo de descoberta de direitos implícitos que se torna despersonalizado, porque pode ser acionado diversos sujeitos participantes, assim como descolonizado da discricionariedade judicial, porquanto atrelado à estrutura de contraditório influente e vinculante dos debates judiciais.

Como a adequação no discurso de aplicação não se converte em objetificação dos direitos, mas sim em interação do agir comunicativo entre juízes e partes processuais, a reflexividade crítica permanece em jogo a cada caso. Nesse sentido, as práticas judiciais deixam de ser reduzidas ao processo de criação e repetição livres de argumentos dissociados de problemas específicos de interpretação, o que, na tópica autorreferente, acaba facilitando a conversão retórica das questões de direito em questões de opinião teórico-abstrativa de juízes que “sabem o direito”, mesmo “sem conhecer o caso de aplicação”, o que é um contrassenso no pós-giro.

No modelo voltado à solução integral de contraditórios, então, a validade da aplicação deixa de ser dissimulada por uma lógica de raciocínio dedutivo irrealizável, colocada em xeque com o giro linguístico, assim como perde o suporte filosófico a tarefa política de uniformização de sentidos atribuída hoje às Cortes superiores brasileiras. Na hermenêutica crítica as noções teóricas de integridade (DWORKIN, 2014) e imparcialidade na aplicação (GÜNTHER, 2011) substituem essa tarefa política de uniformização. Isso porque, no modelo centrado em contraditórios vinculantes, converte-se a interpretação judicial em uma tarefa política de tratar a todos os sujeitos participantes do debate judicial com igual consideração e respeito, o que recria a noção de norma jurídica em um ambiente de agir comunicativo, gerando experiências de pertencimento social na busca por direitos fundada em um agir comunicativo comprometido com a comunidade de princípios.

Confere-se, assim, um tratamento discursivo integral ao contraditório que materializa essa atuação da cidadania pelo processo, o que conduz o intérprete à busca pela solução correta dos casos judiciais, ritualizando a justiça como procedimento de aplicação imparcial dos direitos comunitários. Percebe-se, então, que, pelo caminho da argumentação

dissuasória do contraditório, torna-se legítima a imputação de sentidos singulares às normas jurídicas.

Nesse ambiente de reflexividade crítica, os discursos judiciais refletem decisões justas porque demonstram a adequação dos argumentos de princípio em contextos nos quais a aplicação é imparcial, voltada à coerência do enredo e à solução integral do caso com integridade. Os discursos de aplicação materializam, enfim, um veículo comunicacional mais competente na função integradora dos direitos, porquanto guiados por um agir comunicativo que insere a alteridade de perspectivas sociais na tarefa de concretização dos direitos, o que confere tratamento adequado às pretensões de validade contrapostas pelo debate judicial.

Com isso, supera-se não só a pretensão de objetividade teórica da tópica autorreferente, como também as limitações do modelo monista que forjou as práticas do constitucionalismo moderno, mas que, atualmente, são questionadas por uma eticidade reflexiva (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011) que reclama por pluralidade (BLOKKER, 2011; HABERMAS, 2000, 2005; TIERNEY, 2004, 2008) no campo dos direitos, em sociedades multiculturais (HÄBERLE, 2013; KYMLICKA, 1995; TULLY, 1995; WALKER, 2002, 2008) que não se sentem representadas nesse monismo de valores.

As jurisprudências abstratas desenvolvidas pelo modelo da tópica autorreferente tendem a negligenciar esse aspecto da pluralidade de cosmovisões, pois negligenciam a participação influente dessa sociedade plural que demanda por direitos via contraditório, selecionando arbitrariamente pretensões de validade em lugar de confrontá-las por um procedimento racional de aplicação. A perda de referência dos casos, portanto, dilui a expressão de concretude dos questionamentos judiciais, e, com isso, os precedentes “sem caso” promovem uma literatura judicial voltada à antecipação geral de resultados normativos, por um veículo dogmático que não se preocupa diretamente com a demonstração da adequação normativa das respostas judiciais.

Pela construção de precedentes pela via dos “casos concretos bem resolvidos”, ao contrário, a hermenêutica crítica oferece uma condição procedimental de adequabilidade para os processos de descoberta de direitos implícitos na comunidade política de princípios. Como os discursos de aplicação garantem um compromisso imediato com a coerência, ao mesmo tempo em que o contraditório promove abertura à alteridade reflexiva, os direitos passam a estar permanentemente sujeitos à revisão crítica, mas sem que isso se desenvolva por discricionariedade, senão por processos racionais de decisão, que operam em reforço ao conjunto de práticas procedimentais da jurisdição, as quais revelam, em seu conjunto, a integridade dos direitos.

Isso traduz um modelo no qual as rupturas, situadas por casos difíceis, inserem novos problemas de interpretação, sem reduzir a jurisdição a uma atividade voluntária de juízes que sufocam o contraditório nos espaços judiciais. No atual contexto filosófico do pós-giro, em que há uma incorporação da dimensão axiológica da argumentação moral na tarefa interpretativa, a estrutura de casos concretos bem resolvidos fornece um suporte indispensável para o resgate do caráter deontológico dos princípios, que são incorporados ao ordenamento como norma jurídica pelo seu caráter fundante do sistema constitucional de direitos. Hoje, essa relação encontra-se colonizada pela tópica autorreferente, que precariza os direitos na exata medida em que lhes retira a condição de “trunfos” da cidadania contra o Estado e as maiorias variantes do ambiente democrático.

A conclusão a que se chegou a partir do exame dos casos expostos no primeiro capítulo desta tese, em contraste com a estrutura de jurisprudência defensiva visualizada no seu segundo capítulo, é que existe uma relação imediata entre os precedentes “sem caso” e as jurisprudências “sem rumo”, o que marca a atuação judicial no modelo da tópica autorreferente. Isso, por sua vez, desvia a jurisdição de parâmetros de integridade verificáveis nos discursos judiciais, e incentiva as crises de credibilidade do sistema de justiça, que afloram constantemente das esferas públicas cidadãs.

Num cenário hermenêutico em que o sistema de direitos encontra-se centrado na comunidade política de princípios, recorrer à intersubjetividade crítica dos sujeitos de direito participantes dos debates judiciais afigura-se um mecanismo procedimental viável para o resgate dessa integridade política perdida pelo caminho traçado pela tópica autorreferente. Postulou-se, então, na parte final da tese que a estrutura dos “casos concretos bem resolvidos” condiciona o sistema judicial a uma noção de contraditório influente que opera nesse sentido, ancorando o contraditório como equivalente estrutural da igualdade de tratamento, o que fornece à jurisdição um suporte procedimental de integridade.

Isso compatibiliza o esforço de estabilização de expectativas sociais em torno da norma com a abertura de portas de acesso aos jurisdicionados, o que é indispensável para construir uma relação social com os direitos, pautada por um agir comunicativo que integra os sujeitos afetados pela norma ao processo de construção de jurisprudências. Atualmente, os direitos possuem uma tendência a serem implícitos em uma comunidade política de princípios, pelo que dependem do resgate de uma condição de legitimidade procedimental que opere internamente no processo de concretização, pela condicionante discursiva da adequação. Isso se torna mais factível, segundo a conclusão a que chegou esta tese, por meio da ênfase no contraditório, que cria uma estrutura de cercamento dos discursos judiciais,

constrangendo a narrativa judicial a construir juízos de adequabilidade situacional que situem a imparcialidade na decisão, de um modo concreto e pontual, promovendo condições de verificação da coerência dessa narrativa que se desenvolve em cadeias de precedentes.

A condição alienante na qual operam os discursos judiciais na tópica autorreferente reduz a questão da coerência a um modelo estático de compreensão sintático-semântica das normas, e isso é amplamente burlado pela discricionariedade expansionista que rompe com suas próprias teorias no curso do desenvolvimento das jurisprudências. Operar a hermenêutica como função dogmática, portanto, não revela, à sua melhor luz, a normatividade que flui de uma comunidade política de princípios, pois retira do campo das argumentações por adequação a justificativa de integridade dos atos de aplicação.

Os discursos de justificação que habitam a jurisdição em ambientes de tópica autorreferente objetificam a norma, o que torna inevitável o recurso à discricionariedade na aplicação recorrente de conceitos jurídicos. Como os casos fornecem incessantes singularidades desconcertantes às jurisprudências dogmáticas, e são em grande medida negligenciados na reprodução acrítica de precedentes, as opiniões públicas em torno do acerto das jurisprudências oscilam intensamente na esfera pública. Nesse processo de reavaliação de jurisprudências, então, como o caso não é o centro da racionalidade na transição de perspectivas jurídicas, cria-se uma dependência estrutural de ancoragem das jurisprudências, que passam a mover pelo nível de mobilização social em torno dos paradigmas de compreensão, o que impõe rupturas irracionais com os programas normativos, fragilizando o próprio conceito de jurisprudência. O resultado disso é que, com a dissociação de uma estrutura procedimental de “casos concretos bem resolvidos”, reinsere-se permanentemente na retórica forense a política, que reavalia a conveniência dos direitos, o que fulmina com a noção de segurança e estabilidade que justifica o próprio sentido político de uniformização emprestado à jurisdição em Cortes superiores.

Dada a fuga constante da contingência ideal dos discursos judiciais (o caso, com suas singularidades), a busca por objetivação converte-se em resgate políticos de argumentos superados em pontos anteriores da retórica forense, mas que, revivificados em condições políticas favoráveis, ressurgem como fundamento para mudanças de sentido, mesmo sem um caso específico que recomende a mudança como algo ainda coerente no conjunto das práticas judiciais. A consequência disso, então, é que a tópica autorreferente move-se pela necessidade política de mudanças, tal qual se faz no Parlamento, mas por uma condicionante democrática de representatividade que não se reproduz no Poder Judiciário.

O que aqui se descreve não é um crime, é bem verdade, mas tão somente um

desvio de finalidade da jurisdição. Em todo caso, “há réus confessos” nessa relação discricionária com a tópica autorreferente. O Ministro Luiz Roberto Barroso, por exemplo, já escreveu sobre o tema, e chamou a usurpação política promovida pela tópica autorreferente de “razão sem voto”, ou seja, razão que é idealizada por um juiz que colhe dos sentimentos da arena um sentido maior de justiça que só ele pode ver (ora vejam, a “endoxa” se mostra em toda a sua prepotência nessa afirmação).

Segundo Barroso: “o desempenho da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal... envolve dois tipos de atuação: a contramajoritária e a representativa” (BARROSO, 2015, p. 36). Mais adiante, confirma sua tese de que: “onze Ministros do STF (na verdade seis, pois basta a maioria absoluta), que jamais receberam um voto popular, podem sobrepor a sua interpretação da Constituição à que foi feita por agentes políticos investidos de mandato representativo” (BARROSO, 2015, p. 36).

Como visto, para ele a legitimidade de tal procedimento é decorrência da função contramajoritária dos direitos, o que daria aos juízes da Suprema Corte um poder de conformação política da sociedade, nos seguintes termos:

A despeito de resistências teóricas pontuais, esse papel contramajoritário do controle judicial de constitucionalidade tornou-se quase universalmente aceito. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido assentada com base em dois fundamentos principais: a) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos. (BARROSO, 2015, p. 36).

Mas se é assim, como justificar precedentes como aqueles firmados no curso do lavajatismo, que, em lugar de defenderem a natureza contramajoritária dos direitos, cassaram direitos e garantias fundamentais, a pretexto de um encontro com vontades políticas majoritárias? Há um claro distanciamento entre o que diz o autor e o que decide o Ministro, pois ele foi um dos magistrados que votaram a favor do resgate da jurisprudência de 1991 (BRASIL, 1992) sobre a prisão antecipatória do cumprimento da pena – algo flagrantemente contrário à garantia contramajoritária de presunção de não-culpabilidade.

Por outro lado, mesmo sem uma confissão por escrito, as posições políticas oscilantes de Gilmar Mendes, Dias Tóffoli e Rosa Weber nos processos examinados no primeiro capítulo desta tese confirmam a hipótese levantada pela pesquisa, qual seja: precedentes “sem caso” são fontes inesgotáveis de jurisprudências “sem rumo”, o que é possibilitado pela estrutura de tópica autorreferente presente na jurisdição de Cortes superiores.

Conclui-se, então, ao final deste processo de construção da tese que a tópica autorreferente descrita à luz dos casos de presunção de não-culpabilidade julgados pelo Plenário do STF entre os anos de 1991 e 2019, e confirmada pelo exame das jurisprudências defensivas estabelecidas na dinâmica de trabalho de Cortes superiores, revela a ausência de um procedimento imparcial de aplicação dos direitos na jurisdição ordinária e constitucional do processo judicial brasileiro.

A tese firmada por esta pesquisa, então, é a de que no caso brasileiro existe uma relação imediata entre precedentes “sem caso” e jurisprudências “sem rumo”, o que é possibilitado por uma estrutura discursiva desviante do contraditório, denominada aqui de “tópica autorreferente”. Demonstrou-se no curso desta tese que a ausência de um procedimento imparcial de aplicação afigura-se problemático na transição filosófica do pós-giro. Enfatizou-se, quanto a este aspecto, que a transferência da centralidade do ordenamento do modelo de regras positivista para o modelo de princípios é mais bem justificada quando a interpretação judicial encontra-se voltada a uma estrutura crítica de participação dos sujeitos afetados pela norma, formatando uma comunidade aberta de intérpretes da Constituição (HÄBERLE, 1997), que opera em reforço à identidade do sujeito constitucional (ROSENFELD, 2003) em sociedades políticas crítico-deliberativas.

A relação demonstrada entre precedentes “sem caso” e jurisprudências “sem rumo”, portanto, evidencia a necessidade de uma mudança na estrutura discursiva das Cortes superiores, pois quando voltada à tarefa hermenêutica de concretização de princípios, essas Cortes dependem de uma ancoragem procedimental de legitimidade para suas práticas, já que superado no pós-giro o “fundamento axiológico externo” da legalidade (CADEMARTORI, 2002), que precisa se somar a um fundamento axiológico interno, guiado pelo agir comunicativo dos sujeitos que debatem por direitos judicialmente.

Reconverter os discursos de justificação em discursos de aplicação, nesse contexto, é um caminho procedimental viável como dito na tese, pois a reconstrução da hermenêutica em bases crítico-reflexivas permite ancorar o poder judicial em fluxos interativos que inserem uma condição de intersubjetividade indispensável na tarefa de “comunicação dos direitos”, por sujeitos políticos descentrados do Estado e que compõem a comunidade política de princípios. Nesse caso, a descoberta de direitos implícitos passa a ser o norte procedimental da atuação judicial, fornecendo um sentido de garantia ao sistema de direitos que, nesta quadra da história constitucional, quer significar a adjudicação de direitos com integridade, e não projetos teóricos ambiciosos em torno de regras que operam como dogmas, em um campo conceitual no qual a discricionariedade se torna inevitável.

Para que a jurisdição se insira em um complexo arranjo de competências institucionais, e seja permeada por sentidos críticos sociais internalizados no processo de construção de jurisprudências, é preciso ligar a participação influente dos sujeitos de direito aos processos de coordenação e desenvolvimento da aprendizagem social que envolve as práticas discursivas que se travam em torno das disputas por direitos. Desse modo, direitos ainda serão possíveis, pois a ação guiada ao entendimento recordará aos sujeitos que manifestam suas pretensões o que esperar dos princípios políticos que regem a vida comunitária, o que é embaraçado pela dimensão teleológica da racionalidade instrumental que opera no centro da tópica autorreferente.

Neste ponto da conclusão, contudo, aparece no cenário um problema que pode ser de difícil solução, mas que não cabe a nenhuma teoria resolver, senão à política, que atua diretamente na conformação institucional dos poderes e das formas de ação. Atualmente, como foi visto no capítulo final, a criação de expedientes processuais que incentivam a objetivização das jurisprudências dão forças à estrutura da tópica autorreferente. Com isso, vêm-se conferindo uma gradativa natureza vinculante a julgamentos abstratos proferidos por Cortes superiores, especialmente após a reforma do Poder Judiciário (Emenda Constitucional n.º 45/2004), com ênfase em institutos como súmulas vinculantes, repercussão geral e precedentes em incidentes de recursos e demandas repetitivas, alargando o espectro de atuação judicial pelos expedientes alienantes da tópica autorreferente.

É interessante notar que esse processo de objetivação dos direitos pretende, aparentemente, ser justificado politicamente por meio de um conceito distorcido de “democratização” judicial, que apela para a participação (sempre limitada) de figuras representativas como os “*amici curiae*”, quando na verdade nada substitui a natureza fluida e potencialmente ilimitada da participação social por contraditórios, multiplamente direcionados à atenção integral dos juízes em casos singulares. A abordagem propedêutica conferida ao problema da “jurisdição constitucional”, inserida no item final do terceiro capítulo desta tese, dá alguns contornos preliminares a esse problema, o que, em todo caso, não teria condições de ser esgotado neste momento, dado o objetivo circunscrito por esta pesquisa.

Mas, em todo caso, perceber que a atividade abstrata no campo do controle de constitucionalidade concentrado parte do paradigma positivista obsoleto parece importante no contexto de descrição da tópica autorreferente, pois a ligação entre princípios e hermenêutica crítica sugere um desacerto prático-formal da estratégia discursiva desviante que opera não apenas no controle difuso, como foi enfatizado pelos casos aqui examinados, mas igualmente,

e em maior medida, no controle abstrato de normas, por razões óbvias.

O importante, aqui, é perceber que a concentração de poderes em órgãos de cúpula do Poder Judiciário, com a consequente disseminação de jurisprudências por discursos de justificação (sem correlação imediata com casos de aplicação), retira do contraditório sua condição de equivalente estrutural da igualdade de tratamento. Isso, por sua vez, enfraquece a noção de comunidade política de princípios, na exata medida em que os direitos deixam de ser uma experiência constitutiva da cidadania. A racionalidade instrumental colonizadora da jurisprudência, portanto, afasta os veredictos da justiça procedimental, pois na tópica autorreferente não se guiam as decisões judiciais por um agir comunicativo que insere os sujeitos participantes do processo no cerne da experiência de autoesclarecimento das pretensões de validade com os direitos.

Nesses contextos, os tons dramáticos que os efeitos práticos da injustiça procedimental têm o potencial de causar são incomensuráveis, pois cada processo conta uma história, e cada história pretende a igualdade de tratamento perante a autoridade judicial, o que é inviabilizado pela tópica autorreferente. Assim, a soma de sentimentos de luto e redução da cidadania por aqueles sujeitos que tiveram, antes mesmo de suas pretensões, os próprios direitos de participação influente negados pela autoridade, criam uma sensação difusa de que o direito a “ser julgado de forma justa” é uma aporia no sistema de direitos.

Em síntese, ninguém devolverá os dias de prisão de sujeitos de direito como o senhor Luiz Inácio Lula da Silva, ou de qualquer um dos sujeitos de direito que foram processados e julgados sem o devido processo legal, tampouco a sensação de injustiça que a tópica autorreferente consegue infligir às suas vítimas potenciais. Em alguns cenários a injustiça procedimental projetada, inclusive, danos irreversíveis ao próprio sistema democrático e às suas garantias fundamentais.

Nesse sentido, pode-se concluir que não será devolvida a oportunidade política para o povo brasileiro de um voto consciente e corretamente informado na eleição presidencial de 2018, por exemplo. Naquele contexto, ao que se recorda, o Presidente da República eleito (Jair Messias Bolsonaro) colheu sua viabilidade política de um processo ostensivo de desmoralização pública de adversários, entre eles o próprio Lula, envolvido em processos da lava-jato, que trituravam direitos e garantias fundamentais dos acusados como um esquilo tritura as cascas de sua desejada noz. Na metáfora, a noz é a própria injustiça cometida contra aquele sujeito de direitos, pois as próprias condenações judiciais vieram a ser anuladas por sua insubsistência formal-procedimental, a tempo e a modo convenientemente mensurados por um juízo de discricionariedade do próprio Supremo Tribunal Federal.

A decisão tardia que declarou a ausência de juízo natural da 13ª Vara Federal de Curitiba, assim como a parcialidade reconhecida de um juiz federal cujas decisões condenatórias foram, em sua maioria, chanceladas pela própria Corte Suprema, exemplificam os contornos injustificáveis de uma jurisdição que, por vezes, dá de ombros para os direitos e para o próprio contraditório que assegura a justiça procedimental do debate guiado ao entendimento em práticas judiciais imparciais.

Essa identidade conciliatória, que emerge da visualização de “direitos concretizados com justiça procedimental”, é exatamente o que é negado à comunidade política de princípios, quando juízes cassam direitos fundamentais em nome de fluxos de opinião disruptivos, capitalizados como elemento de autorização política por juízes que agem de um modo voluntário e injustificável em termos de “princípio”. Com seu modelo teórico e abstrato, que possibilita a compreensão modificável (e incontrolável) da norma, portanto, a tópica autorreferente opera como condicionante prática de uma discricionariedade sem limites na razão, exatamente porque a razão (instrumental) opera “sem voto” (BARROSO, 2015).

As negações da identidade constitucional dos direitos, então, projetam reduções ilegítimas do universo simbólico dos direitos e das garantias fundamentais, e isso retira do conjunto compartilhado de noções políticas fundantes da legitimidade do Estado a noção de que o poder é constituído e exercido em nome de uma comunidade que age por “princípios”, o que é a fonte primária da noção de “direitos” em sociedade imersas no paradigma filosófico do constitucionalismo, sobretudo em sua expressão mais recente, voltada ao pluralismo político e à reciprocidade na alteridade (a igualdade como direito à diferença).

A noção de que o autoentendimento das práticas de direito permeia o processo de visualização da igualdade de tratamento nos processos judiciais, tal como aqui sugerido pela assunção da hermenêutica crítica, é parte significativa da dimensão cidadã de pertencimento social ao direito que flui pelo poder político exercido pelas Cortes, mas permanece legitimado em nome de uma soberania popular que possui representantes eleitos, e não são os juízes. Firmar essa noção teórica da legitimidade procedimental como lugar adequado para a legitimação de práticas judiciais parece ser uma chave de leitura indispensável nas sociedades complexas da atualidade, pois a delegação de poderes de representatividade a juízes que formam uma elite intelectual e econômica não detentora de todos os sentidos da vida ou dos direitos parece mesmo ser um projeto condenado ao fracasso nesta quadra da história.

Sem pretensões totalizantes de cercar o debate com algum tipo de teorema normativo que proponha uma verdade transcendente ao próprio discurso desenvolvido nesta tese, chega-se ao final do trabalho com uma forte convicção de que a hermenêutica crítica

desenvolvida por “casos concretos bem resolvidos” é uma alternativa teórica viável para o problema de legitimidade procedimental da jurisdição aqui enfatizado sob o aspecto do modelo tópico-autorreferente de jurisdição das Cortes superiores brasileiras.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, n. esp., p. 24-50, 2015.
- BLOKKER, Paul. Modern constitutionalism and the challenges of complex pluralism. *In*: DELANTEY, Gerard; TURNER, Stephen P. (ed.). **Routledge international handbook of contemporary social and political theory**. New York: Routledge, 2011. p. 406-416.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial. *In*: FELLET, André Luis Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Bahia: Juspodivm, 2011. p. 393-401.
- BRASIL. [Constituição (1937)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Brasília, DF: Presidência da República, [1937]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 fev. 2023.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 fev. 2023.
- BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 152, n. 51, p. 19699, 13 out. 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 13 fev. 2023.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 152, n. 51, p. 1, 17 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 13 fev. 2023.
- BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em: 13 fev. 2023.
- BRASIL. Presidência da República. Despachos do Presidente da República. **Diário Oficial da União**, suplemento especial ao n. 185, seção 1, Brasília, DF, 26 set. 1986. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>. Acesso em: 27 dez 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 7. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. **Diário da Justiça**, seção 1, Brasília, DF, ano 65, n. 126, p. 6478, 3 jul. 1990.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 211. Inadmissível recurso especial quanto à

questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo. **Diário da Justiça**, seção 1, Brasília, DF, ano 73, n. 146, p. 6478, 3 ago. 1998. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2º Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus Habeas 86.822. Relator: Min. Gilmar Mendes, 06 jun. 2007. **Diário da Justiça**, seção 1, Brasília, DF, n. 173, p. 42, 06 set. 2007. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=4&pagina=42&data=06/09/2007>. Acesso em: 13 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Habeas Corpus 126.292/SP. Processual penal. Embargos de declaração. Vícios do art. 619 do Código de Processo Penal. Inexistência. Relator: Min. Teori Zavascki, 17 fev. 2016. **Diário da Justiça**: seção 1, Brasília, DF, n. 100, 17 maio 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Habeas Corpus 152.752/PR. Habeas Corpus. Matéria criminal. Execução provisória da pena. Impetração em substituição a recurso ordinário constitucional. Cognoscibilidade. Ato reputado coator compatível com a jurisprudência do STF. Ilegalidade ou abuso de poder. Inocorrência. Alegado caráter não vinculante dos precedentes desta corte. Irrelevância. Deflagração da etapa executiva. Fundamentação específica. Desnecessidade. Pedido expresso da acusação. Dispensabilidade. Plausibilidade de teses veiculadas em futuro recurso excepcional. Supressão de instância. Ordem denegada. Relator: Min. Edson Fachin, 04 abr. 2018. **Diário da Justiça**, seção 1, Brasília, DF, n. 127, 26 jun. 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314692762&ext=.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Habeas Corpus 68.726. Relator: Min. Néri da Silveira, 28 jun. 1991. **Diário da Justiça**, seção 1, Brasília, DF, n. 21612, p. 4, 20 nov. 1992. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=4&pagina=4&data=20/11/1992>. Acesso em: 13 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Habeas Corpus 84.078. Habeas Corpus. Inconstitucionalidade da chamada "execução antecipada da pena". Art. 5º, LVII, da Constituição do Brasil. Dignidade da pessoa humana. Art. 1º, III, da Constituição do Brasil. Relator: Min. Eros Grau. **Diário da Justiça**, seção 1, Brasília, DF, n. 35, 26 fev. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso extraordinário 197.917/SP. Recurso extraordinário. Municípios. Câmara de vereadores. Composição. Autonomia municipal. Limites constitucionais. Número de vereadores proporcional à população. Cf, artigo 29, IV. Aplicação de critério aritmético rígido. Invocação dos princípios da isonomia e da razoabilidade. Incompatibilidade entre a população e o número de vereadores. Inconstitucionalidade, incidenter tantum, da norma municipal. Efeitos para o futuro. Situação excepcional. Relator: Min. Maurício Corrêa, 06 de junho de 2002. **Diário da Justiça**: seção 1, Brasília, DF, ano 87, n. 68, p. 8, 07 maio 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>. Acesso em: 13 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.**

Atualizado até a Emenda Regimental n. 58/2022. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2023. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/REGIMENTOINTERNO-C-1980.PDF>. Acesso em: 5 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 279**. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [1963]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula279/false>. Acesso em: 13 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 282**. É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada. Brasília: Imprensa Nacional, 1964.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 126**. Incabível o recurso de revista ou de embargos (arts. 896 e 894, "b", da CLT) para reexame de fatos e provas. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, [1980]. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/?tipoJuris=SUM&orgao=TST&pesquisar=1#void>. Acesso em: 13 fev. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 297**. I – Diz-se prequestionada a matéria ou questão quando na decisão impugnada haja sido adotada, explicitamente, tese a respeito. II – Incumbe à parte interessada, desde que a matéria haja sido invocada no recurso principal, opor embargos declaratórios objetivando o pronunciamento sobre o tema, sob pena de preclusão. III – Considera-se prequestionada a questão jurídica invocada no recurso principal sobre a qual se omite o Tribunal de pronunciar tese, não obstante opostos embargos de declaração. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho [2003]. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/?tipoJuris=SUM&orgao=TST&pesquisar=1#void>. Acesso em: 13 fev. 2023.

CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. 2. ed. Campinas: Millennium Editora, 2007.

CARVALHO NETTO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CARVALHO, Cleide. Pivô de decisão do STF em 2009 contra prisão em 2ª instância ficou impune: fazendeiro que deu cinco tiros em jovem por ciúme jamais foi preso. **O Globo**, abr. 2018. Política. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/politica/pivo-de-decisao-do-stf-em-2009-contraprisao-em-2-instancia-ficou-impune-22549632> Acesso em: 30 dez. 2022.

CLEVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DURHAM JR., W. Cole. Translator's foreword. *In*: VIEHWEG, Theodor. **Topics and law**: a contribution to basic research in Law. New York: Peter Lang, 1993.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo:

Martins Fontes, 2020.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Petrópolis: Vozes, 1997.

GOULDNER, Alvin Ward. **For sociology: renewal and critique in sociology today**. London: Allan Lane, 1973.

GÜNTHER, Klaus. **The sense of appropriateness**: application discourses in morality and law. Translated by John Farrel. New York: University of New York, 1993.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Pluralismo y constitución**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Dialética e hermenêutica**. Tradução de Álvaro Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987.

HABERMAS, Jürgen. Equal treatment of cultures and the limits of postmodern liberalism. **The Journal of Political Philosophy**, v. 13, n. 1, p. 1-28, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia. São Paulo: UNESP, 2020.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo, 1**: racionalidade da ação e racionalização social. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

HABERMAS, Jürgen. **The inclusion of the other**: studies in political theory. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 2000.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

KELSEN, Hans. **A jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

KELSEN, Hans. **A teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

KYMLICKA, Will. **Multicultural citizenship**: a liberal theory of minority rights. Oxford:

Oxford University Press, 1995.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. A contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios. **Revista Direito GV 3**, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 241-254, jan./jun. 2006.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. O ativismo judicial e a politização do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição brasileira de 1988. *In*: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; GOMES, David F. L. (org.). **1988-2018: o que constituímos? Homenagem a Menelick de Carvalho Netto nos 30 anos da Constituição de 1988**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019. p. 73-82.

MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Direito e democracia no Estado democrático de direito: três ensaios crítico-reconstrutivos no marco da teoria crítica da Constituição. *In*: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; GOMES, David F. L. (org.). **1988-2018: o que constituímos? Homenagem a Menelick de Carvalho Netto nos 30 anos da Constituição de 1988**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2019. p. 3-28.

PEDRON, Flávio Quinaud. A contribuição e os limites da teoria de Klaus Günther: a distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação como fundamento para uma reconstrução da função jurisdicional. **Revista da Faculdade de Direito (UFPR)**, Curitiba, n. 48, p. 187-201, 2008.

PILDES, Richard H. Dworkin's two conceptions of rights. **The Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 29, n. 1, p. 309-315, Jan. 2000.

PINTO, Francisco Rogério Madeira. **A formação do pensamento jurídico-autoritário brasileiro e sua concretização no Estado Novo**: Júlio de Castilhos, Oliveira Vianna, Francisco Campos e Carlos Medeiros Silva. 2018. 293 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2018. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/32510>. Acesso em: 25 fev. 2022.

ROESLER, Cláudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do direito: tópica, discurso, racionalidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

ROSENFELD, Michael. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 3, p. 343-367, 2013.

TAYLOR, Charles Margrave. **As fontes do “self”**: a construção da identidade moderna. 4. ed. São Paulo: Loyola, 1997.

TAYLOR, Charles Margrave. **Hegel e a sociedade moderna**. São Paulo: Loyola, 2005.

TIERNEY, Stephen. Beyond the ontological question: liberal nationalism and the task of constitution-building. **European Law Journal**, n. 14, p. 128-137, 2008.

TIERNEY, Stephen. **Constitutional law and national pluralism**. Oxford: Oxford University, 2004.

TULLY, James. **Strange multiplicity**: constitutionalism in an age of diversity. New York: Cambridge University, 1995.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VIEIRA, Guilherme Gomes. **Presunção de inocência e antecipação da prisão**: inflexões jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal. 2019. 206 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito)– Universidade de Brasília, Brasília, 2019. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/38347>. Acesso em: 25 fev. 2022.

WALKER, N. Taking constitutionalism beyond the state. **Political Studies**, n. 56, p. 519-543, 2008.

WALKER, N. The idea of constitutional pluralism. **Modern Law Review**, n. 65, p. 317-359, 2002.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.