

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO

**CURSO DE DOUTORADO EM DIREITOS E GARANTIAS
FUNDAMENTAIS**

DOUTORANDO: LEONARDO ZEHURI TOVAR

**POR UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL: a
discrecionalidade decisória e a busca por respostas
constitucionalmente adequadas.**

VITÓRIA/ES
2018

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM
DIREITO**

**CURSO DE DOUTORADO EM DIREITOS E GARANTIAS
FUNDAMENTAIS**

DOUTORANDO: LEONARDO ZEHURI TOVAR

**POR UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL: a discricionariedade
decisória e a busca por respostas constitucionalmente adequadas.**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito da Faculdade de Direito de Vitória, na área de
concentração Direitos e Garantias Fundamentais, como
requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em
Direito.

ORIENTADOR: Professor Doutor Nelson Camatta
Moreira.

VITÓRIA/ES
2018

LEONARDO ZEHURI TOVAR

POR UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL: a discricionariedade decisória e a busca por respostas constitucionalmente adequadas.

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória, na área de concentração Direitos e Garantias Fundamentais, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito.

Aprovada em ____ de _____ de _____.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Nelson Camatta Moreira

Orientador

Faculdade de Direito de Vitória

Prof(a). Dr(a).

Prof(a). Dr(a).

Prof(a). Dr(a).

Prof(a). Dr(a).

Dedico este trabalho à minha esposa Mariana
e à nossas duas princesinhas, Ana Luisa e Maria Clara.

AGRADECIMENTOS

Em uma caminhada tão difícil certamente o primeiro a ser louvado é Deus, que nos dá a força necessária para enfrentar cada momento com sabedoria e determinação.

Igualmente importante é agradecer à família, verdadeira base de cada um de nós. Fica aqui, então, um agradecimento especial à minha esposa Mari e minhas princesas Ana Luisa e Maria Clara, fonte de inspiração para tudo o que faço na vida.

Não poderia me esquecer de agradecer à minha avó Eloisa, que sempre me estimulou e apoiou em cada passo na minha vida acadêmica. Também à minha mãe, Anna Rita, pessoa que me instigou durante toda a vida a buscar crescimento acadêmico e profissional.

Ao meu orientador, Professor Nelson Camatta Moreira, professor diferenciado, capaz de mostrar bons caminhos, abrir portas e tomar decisões com serenidade, sempre contribuindo com um olhar positivo e assertivo para tudo, seja academicamente falando, seja na condução de dificuldades pessoais. Um grande mestre e grande ser humano!

Uma saudação de destaque ao Professor Lenio Luiz Streck, que me recepcionou com carinho na passagem que tive na Unisinos, proporcionando-me uma experiência acadêmica única, a partir de debates que me recordo com saudade e que mudaram minha forma de enxergar o Direito.

Fica aqui também um pequeno agradecimento aos meus colegas dos Grupos de Pesquisa que participei, tanto na FDV, quanto na Unisinos. Na primeira instituição recebi contribuições diversas de professores que admiro, potencializado pelos debates de alto nível com todos os colegas. Já na segunda, além das discussões de elevado nível, fiz verdadeiros amigos que me ajudaram muito, dentre os quais destaco dois que carregarei com carinho: Ziel Ferreira Lopes e Clarissa Tassinari!

Minha admiração especial aos Professores João Maurício Adeodato e Thiago Fabres de Carvalho, além de meu orientador Nelson Camatta Moreira, que compuseram a banca para o exame de qualificação desta tese e contribuíram com críticas construtivas que muito ajudaram na melhoria deste trabalho, ora apresentado.

Por fim, à toda equipe do escritório ZEHURI TOVAR Advocacia e da Procuradoria do Município de Vitória (ES), responsável por cobrir minhas muitas ausências, da melhor maneira possível, sempre que necessário.

AGRADECIMENTOS

Em uma caminhada tão difícil certamente o primeiro a ser louvado é Deus, que nos dá a força necessária para enfrentar cada momento com sabedoria e determinação.

Igualmente importante é agradecer à família, verdadeira base de cada um de nós. Fica aqui, então, um agradecimento especial à minha esposa Mari e minhas princesas Ana Luisa e Maria Clara, fonte de inspiração para tudo o que faço na vida.

Não poderia me esquecer de agradecer à minha avó Eloisa, que sempre me estimulou e apoiou em cada passo na minha vida acadêmica. Também à minha mãe, Anna Rita, pessoa que me instigou durante toda a vida a buscar crescimento acadêmico e profissional.

Ao meu orientador, Professor Nelson Camatta Moreira, professor diferenciado, capaz de mostrar bons caminhos, abrir portas e tomar decisões com serenidade, sempre contribuindo com um olhar positivo e assertivo para tudo, seja academicamente falando, seja na condução de dificuldades pessoais. Um grande mestre e grande ser humano!

Uma saudação de destaque ao Professor Lenio Luiz Streck, que me recepcionou com carinho na passagem que tive na Unisinos, proporcionando-me uma experiência acadêmica única, a partir de debates que me recordo com saudade e que mudaram minha forma de enxergar o Direito.

Fica aqui também um pequeno agradecimento aos meus colegas dos Grupos de Pesquisa que participei, tanto na FDV, quanto na Unisinos. Na primeira instituição recebi contribuições diversas de professores que admiro, potencializado pelos debates de alto nível com todos os colegas. Já na segunda, além das discussões de elevado nível, fiz verdadeiros amigos que me ajudaram muito, dentre os quais destaco dois que carregarei com carinho: Ziel Ferreira Lopes e Clarissa Tassinari!

Minha admiração especial aos Professores João Maurício Adeodato e Thiago Fabres de Carvalho, além de meu orientador Nelson Camatta Moreira, que compuseram a banca para o exame de qualificação desta tese e contribuíram com críticas construtivas que muito ajudaram na melhoria deste trabalho, ora apresentado.

Por fim, à toda equipe do escritório ZEHURI TOVAR Advocacia e da Procuradoria do Município de Vitória (ES), responsável por cobrir minhas muitas ausências, da melhor maneira possível, sempre que necessário.

RESUMO

O presente trabalho busca analisar como se observam casos judiciais em que o julgador decide de acordo com suas convicções pessoais. Primeiramente, foi feito um apanhado filosófico das escolas jurídicas mais relevantes para o tema, como é o caso da escola da exegese, histórica, além do movimento do direito livre, jurisprudência dos conceitos, interesses e valores. Foram apresentados também os problemas causados pelas várias formas de positivismo, além do pós-positivismo e dos transtornos que a aplicação de tais teorias pode trazer para uma boa fundamentação judicial. Em momento seguinte foram trazidas as contribuições de autores, como Gadamer e Lenio Streck, ligados à hermenêutica, principalmente no que diz respeito ao objeto do trabalho, que é a análise da arbitrariedade decisória. Ao final, enfrentou-se a contribuição importante que o Código de Processo Civil Brasileiro trouxe para busca de respostas constitucionalmente adequadas. Este tema foi desenvolvido seguindo-se os aportes da hermenêutica filosófica e da necessária mudança de compreensão de institutos importantes constantes do Código de Processo Civil, como a jurisprudência defensiva, o livre convencimento motivado, a instrumentalidade das formas, os precedentes judiciais e sua correta aplicação e a proporcionalidade, algo que possibilitará uma mudança de paradigma capaz de superar a mencionada arbitrariedade decisória.

ABSTRACT

The present work seeks to analyze how judicial cases, in which the judge decides according to his personal convictions, are observed. Firstly, a philosophical survey was made of the most relevant legal schools for the subject, such as the historical one and of the exegesis, as well as of the movement of free law and of the jurisprudence of concepts, interests and values. The problems caused by the various forms of positivism, as well as by the post-positivism and the disorders that the application of such theories can bring to a good judicial foundation were also presented. In subsequential moment, the contributions of authors, such as Gadamer and Lenio Streck, related to hermeneutics were brought forward, especially with regard to the object of work, which is the analysis of decision arbitrariness. At the end, it faced the important contribution that the Brazilian Civil Procedure Code brought to the search of constitutionally adequate responses. This theme was developed following the contributions of philosophical hermeneutics and the necessary change of understanding of important institutes included in the Civil Procedure Code, such as defensive jurisprudence, the rational persuasion, the instrumentality of forms, judicial precedents and their correct application and the principle of proportionality, enabling a paradigm shift capable of overcoming the aforementioned decision arbitrariness.

RESUMEN

El presente trabajo busca analizar cómo se observan casos judiciales en que el juzgador decide de acuerdo con sus convicciones personales. En primer lugar, se hizo un recuento filosófico de las escuelas jurídicas más relevantes para el tema, como es el caso de la escuela de la exégesis, histórica, además del movimiento del derecho libre, jurisprudencia de los conceptos, intereses y valores. Se presentaron también los problemas causados por las diversas formas de positivismo, además del post-positivismo y de los trastornos que la aplicación de tales teorías puede traer para una buena fundamentación judicial. En el momento siguiente se trajeron las contribuciones de autores, como Gadamer y Lenio Streck, ligados a la hermenéutica, principalmente en lo que se refiere al objeto del trabajo, que es el análisis de la arbitrariedad decisoria. Al final, se enfrentó la contribución importante que el Código de Proceso Civil Brasileño trajo para buscar respuestas constitucionalmente adecuadas. Este tema fue desarrollado siguiendo los aportes de la hermenéutica filosófica y del necesario cambio de comprensión de institutos importantes constantes del Código de Proceso Civil, como la jurisprudencia defensiva, el libre convencimiento motivado, la instrumentalidad de las formas, los precedentes judiciales y su correcta aplicación y la proporcionalidad, algo que posibilitar un cambio de paradigma capaz de superar la mencionada arbitrariedad decisoria.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. A CONSTRUÇÃO DE “VERDADES” E O FUNDAMENTO FILOSÓFICO MANIFESTADO POR POSTURAS CÉTICAS	16
1.1. A METAFÍSICA CLÁSSICA: O OBJETIVISMO PLATÔNICO E O ESSENCIALISMO ARISTOTÉLICO.....	18
1.2. A CRÍTICA À MODERNIDADE E A UMA RACIONALIDADE HEGEMÔNICA.....	26
1.3. OS JUÍZOS <i>A PRIORI</i> DE IMMANUEL KANT: A LINGUAGEM NÃO COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE, MAS COMO INSTRUMENTO DESIGNATIVO E REPRESENTATIVO DO CONHECIMENTO.....	33
1.4. A VONTADE DE PODER SUA RELAÇÃO COM A SUBJETIVIDADE.....	36
1.5. O CÉTICISMO FILOSÓFICO E A ACUSAÇÃO DE RELATIVISMO INTERPRETATIVO.....	39
2. MODELOS TRADICIONAIS DE DECISÃO JURÍDICA NAS ESCOLAS CLÁSSICAS DO DIREITO	51
2.1. A ESCOLA DA EXEGESE: A CONFUSÃO EXISTENTE ENTRE TEXTO E NORMA.....	51
2.2. A ESCOLA HISTÓRICA E O RACIONALISMO ILUMINISTA: SUA INFLUÊNCIA NO MODO DE DECIDIR ATUAL.....	60
2.3. COMPREENDENDO O MOVIMENTO DO DIREITO LIVRE E O PARADIGMA QUE NORTEOU SUA CONCEPÇÃO.....	71
2.4. A PUREZA METODOLÓGICA DA JURISPRUDÊNCIA DOS CONCEITOS, AINDA PRESENTE NA DECISÃO JUDICIAL.....	81
2.5. A JURISPRUDÊNCIA DOS INTERESSES: A ABERTURA DO DIREITO ESCRITO À REALIDADE DA VIDA.....	84
2.6. A JURISPRUDÊNCIA DOS VALORES E O IDEÁRIO DE UMA DECISÃO JUSTA.....	89
2.7. A COMPROVAÇÃO DE QUE SE PROMOVE, NO DIREITO BRASILEIRO, UMA MISTURA TEÓRICA E INTERPRETATIVO: OS RISCOS PARA A DEMOCRACIA.....	93
3. O DEBATE MARCANTE SOBRE O POSITIVISMO, O PÓS-POSITIVISMO, O NEOCONSTITUCIONALISMO E A DISCRICIONARIEDADE DECISÓRIA ..	97
3.1. O POSITIVISMO DE HANS KELSEN: A ACUSAÇÃO/POSSIBILIDADE DE DECISÕES DISCRICIONÁRIAS A PARTIR DE SUA UTILIZAÇÃO.....	97
3.2. RONALD DWORKIN E SUA POSTURA CRÍTICA QUANTO À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL.....	101
3.3. DERROCADA E RESSURREIÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO: A TENTATIVA DE “SUPERACÃO” E REFUTAÇÃO DA PROPOSTA TEÓRICA DE RONALD DWORKIN.....	111

3.4. O PÓS-POSITIVISMO, O NEOCONSTITUCIONALISMO E A POSSIBILIDADE DE DECISÕES DISCRICIONÁRIAS.....	120
3.5. O EXEMPLO PRIVILEGIADO DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE E O COMBATIDO MORALISMO NA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA.....	135
3.6. AS ESCOLHAS MORAIS E DECISÕES JUDICIAIS: A FUNDAMENTAÇÃO COMO CAMINHO PARA A BUSCA POR RESPOSTAS CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADAS.....	141
4. O TEXTO NÃO SE CONFUNDE COM A NORMA: a hermenêutica de cariz filosófico e o combate à discricionariedade decisória.....	147
4.1. HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO: A SUPERAÇÃO DA HERMENÊUTICA CLÁSSICA PELA FILOSÓFICA.....	147
4.2. PRINCIPAIS CONTRIBUIÇÕES DE HANS-GEORG GADAMER PARA O DESENVOLVIMENTO DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA.....	159
4.3. A CONTRIBUIÇÃO DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO (CHD) PARA A BUSCA DE RESPOSTAS CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADAS.....	165
4.3.1. A Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) e o necessário (re) desenvolvimento de uma teoria das fontes.....	170
4.3.2. A Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) e o necessário (re) desenvolvimento de uma teoria da norma jurídica.....	177
4.3.3 A decisão judicial e a apreciação crítica ao modelo silogístico de obtenção de respostas jurisdicionais.....	185
4.3.4. A Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) e a influência do Direito como Integridade.....	196
5. A IMPORTÂNCIA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO NA BUSCA POR RESPOSTAS CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADAS.....	210
5.1. O ACOLHIMENTO DE UM NOVO VIÉS HERMENÊUTICO PELA DOGMÁTICA JURÍDICA.....	212
5.1.1. A hermenêutica filosófica, a subjetividade do agente decisor e a proeminência do caso concreto.....	213
5.1.2 O contributo do CPC/15 para a mais adequada confecção de decisões judiciais.....	220
5.2. O IMPACTO POSITIVO E CRÍTICO DA LITERATURA E SEU PAPEL NO CONHECIMENTO: O DIREITO, O MEDO DO DESCONHECIDO, A RESISTÊNCIA QUANTO À SUPERAÇÃO DE CERTOS DOGMAS E A NÃO-APLICAÇÃO DO CPC/15.....	233
5.2.1. A inaceitável manutenção da jurisprudência defensiva.....	236
5.2.2. O “princípio” do livre convencimento motivado: sua intrínseca relação com a subjetividade decisória.....	240
5.2.3. O fantasma da instrumentalidade das formas e seus consectários.....	249

5.2.4. O “princípio” da proporcionalidade: sua relação com o subjetivismo decisório.	252
5.2.5. O sistema de precedentes à brasileira e a (in) existência de decisões íntegras, estáveis e coerentes.	255
5.3. A IMPORTÂNCIA DA LITERATURA E O COMBATE AO SUBJETIVISMO JUDICIAL.	277
5.4. A PRÁTICA JUDICIÁRIA BRASILEIRA, O REALISMO E O PRAGMATISMO JURÍDICO.	284
5.5. OS MODELOS DE JUIZ E O CPC/15: A POSTURA EXIGIDA NA BUSCA POR RESPOSTAS CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADAS.	290
CONCLUSÃO	296
REFERÊNCIAS	300

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa adota método fenomenológico-hermenêutico¹ e objetiva analisar o déficit pelo qual, decisões judiciais, apegadas a modelos filosóficos que chancelam posturas voluntaristas e também a discricionariedade judicial, são construídas. Isto ocorre, presenciam-se casos em que cada singular juiz ou Corte, decide à luz de um imaginário próprio, o que propicia incertezas e enfraquece a construção de respostas constitucionalmente adequadas.

Inicia-se com o debate que gira em torno da construção de *verdades*, a partir de aportes teóricos filosóficos envolvendo a metafísica clássica, a crítica à modernidade e à racionalidade dela decorrente, além das contribuições da virada copernicana inaugurada por Kant, passando pelo niilismo até a acusação de relativismo oriundo do ceticismo filosófico, sempre tendo em mira o enfrentamento do ponto relacionado com a discricionariedade decisória que a assunção de uma postura paradigmática ou outra podem propiciar.

Passa-se, em sequência, a expor a discussão empregada pelas principais metodologias construídas pela ciência dogmática do direito, o que será levado a efeito pela recomposição histórica das bases teóricas utilizadas pelas escolas clássicas do direito, dentre as quais a exegese francesa, a escola histórica, o movimento do direito livre, além da jurisprudência dos conceitos, valores e interesses. O objetivo central da exposição é analisar se há, no plano concreto, um contributo por parte de tais escolas ao *ato de decidir* ou se, ao revés, tais métodos por elas sustentados propiciam discricionariedade decisória e instabilidade aos jurisdicionados. Ao final do capítulo, com base no exposto, será possível ainda concluir se de fato há ou não uma verdadeira mixagem teórica capaz de causar (graves) consequências na construção de respostas judiciais.

No capítulo subsequente, sob o pano de fundo do enfrentamento da discricionariedade decisória, apresenta-se o debate marcante envolvendo o positivismo, o pós-positivismo, o neoconstitucionalismo e a discricionariedade decisória. Serão ofertadas linhas sobre

¹ STEIN, Ernildo. Introdução ao método fenomenológico Heideggeriano. In: HEIDEGGER, Martin. **Conferências e escritos filosóficos**. Sobre a essência do fundamento. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

correntes mais clássicas, tais como Kelsen e Hart, com destaque também para as críticas direcionadas por Dworkin, mormente à discricionariedade que os *positivismos* dos dois autores anteriormente mencionados podem vir a gerar, para ao fim, ser analisada nova fase do debate, consistente nos “novos” positivimos, tudo com o objetivo de meditar se tais posturas conseguem ou não se ver livres do tema central de preocupação deste trabalho: a discricionariedade decisória. Além disso, mas de modo correlacionado, faz-se uma análise da existência de discricionariedade judicial nas posturas chamadas de pós-positivistas e neoconstitucionalistas, inclusive para fins de dizer se com tal adoção, o que se fez, a bem da verdade, foi reavivar o positivismo jurídico, que sobrevive, com pujança, na práxis judiciária brasileira.

Partindo do pressuposto de que a discricionariedade é simplesmente incompatível com o atual estágio da democracia brasileira, que exige, pela Constituição da República (art. 93, IX principalmente) que seja afirmado o compromisso de julgadores, de um modo geral com a integridade do ordenamento jurídico, compreendido este como um sistema de regras e princípios, passa-se no capítulo 4º, analisar como a hermenêutica evoluiu e é trabalhada nas obras de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer. O objetivo aqui é indicar as principais contribuições destes aportes teóricos para a compreensão do fenômeno jurídico, demonstrando-se como o ato interpretativo se manifesta como produtor de sentido e não meramente reproduzidor. E mais ainda: o estudo tem por objetivo também mostrar que esse caráter produtivo da interpretação não autoriza a criação “livre e discricionária” de sentidos, vez que possui limites impostos pela linguagem e pela historicidade do intérprete.

Neste mesmo capítulo serão expostas a contribuição da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) desenvolvida por Lenio Streck na busca por respostas constitucionalmente adequadas, autor que se vale de uma imbricação entre o Direito como Integridade de Dworkin e a Hermenêutica Filosófica Gadameriana para mostrar que a atribuição de sentidos a um texto não pode ser fruto de um ato de vontade subjetiva ou mesmo de discricionariedade do intérprete.

Tais premissas constituirão alicerce seguro para o desenvolvimento do último capítulo, que apresenta o desfecho da pesquisa sob um viés que une teoria e prática. Melhor delineando, neste último momento, será possível observar como a utilização da matriz

hermenêutica se mostra uma importante ferramenta para repensar o Direito Processual Civil Brasileiro, que, sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, ultrapassa a ideia de que jurisdição se encontra no epicentro das preocupações jurídicas. O processo, e, via de consequência, seu ato de desfecho e relevância, que é a decisão judicial, deve ser pensado a partir de um plano qualitativo, compartilhado, evitando-se protagonismos e decisões discricionárias.

A busca, portanto, é pela demonstração da seguinte hipótese: evidenciar que a matriz teórica eleita – Hermenêutica de Cariz Filosófico – contribui para que melhores decisões sejam construídas sob as luzes de um novo olhar do igualmente novo Código de Processo Civil Brasileiro, de modo a eliminar (ou estancar) posturas discricionárias que não contribuem para a obtenção de respostas constitucionalmente adequadas.

1. A CONSTRUÇÃO DE “VERDADES” E O FUNDAMENTO FILOSÓFICO MANIFESTADO POR POSTURAS CÉTICAS.

Neste capítulo, tem-se o objetivo de analisar em que medida a metafísica² clássica e moderna, baseadas no dualismo sujeito-objeto, formam a ideia de verdade no neopositivismo, cujas bases aparecem de maneira constante nas decisões judiciais dos Tribunais.

A advertência primeira que deve ser feita é a de que o direito não está imune às quebras paradigmáticas da filosofia. Daí porque Lenio Streck fala, em filosofia *no* direito em contraposição à filosofia *do* direito³, algo que nem de longe é puro ornamento. Ao

² Segundo Streck: “A Metafísica foi entendida e projetada como ciência por Aristóteles, e é a ciência primeira no sentido que fornece a todas as outras o fundamento comum, isto é, objeto ao qual todas se referem e os princípios dos quais dependem. A Metafísica é a ciência que tem como objeto próprio o objeto comum de todas as outras e como princípio próprio um princípio que condiciona a validade de todos os outros. Na sua história, a Metafísica se apresentou sob três formas fundamentais diferentes, que são: como teologia; como ontologia; e como gnosiologia. Na primeira, a Metafísica se apresenta como ‘ciência daquilo que está além da experiência’. Implica reconhecer como objeto da Metafísica o ser mais alto e perfeito do qual dependem todos os outros seres e coisas do mundo. É o que Aristóteles chama de ‘algo de eterno, de imóvel e de separado’ (Metafísica VI, 1, 1026 a). A segunda é a ontologia ou doutrina que estuda os caracteres fundamentais do ser: aquilo sem o qual algo não é; refere-se às determinações necessárias do ser. Estas determinações estão presentes em todas as formas e maneiras de ser particular. É um saber que precede todos os outros e é por isso ciência primeira enquanto seu objeto está implicado nos objetos de todas as ciências e enquanto, consequentemente, o seu princípio condiciona a validade de todos os outros princípios. O terceiro conceito da Metafísica como gnosiologia é expresso por Kant resgatando Bacon na sua filosofia primeira: ‘uma ciência universal, que seja mãe de todas as outras e constitua no processo das doutrinas a parte do caminho comum, antes que os caminhos se separem e se desunam’. Para Kant, a Metafísica é o estudo daquelas formas ou princípios cognoscitivos que, por serem constituintes da razão humana, condicionam todo saber e toda ciência e de cujo exame, portanto, se podem extrair os princípios gerais de cada ciência. Um problema metametafísico é não distinguir estas três acepções do conceito. Muitos filósofos, mesmo Aristóteles, por vezes sobrepõem estas distinções, e são poucos os que realmente dominam o problema primeiro, e último, da filosofia. Entre os eruditos que entenderam bem esse problema fundamental da filosofia destacam-se Aristóteles, primeiro a formulá-la ordenadamente, Plotino, Tomás de Aquino, que leva adiante o projeto de Aristóteles e o aplica às ciências, Duns Scotus, que critica com rigor a tradição aristotélico-tomista, Francisco Suarez, que recebe a encomenda de fazer uma grande síntese, Roger Bacon e Kant, que vão dar as condições para o positivismo filosófico, e Heidegger, que será o defensor de uma nova formulação na ontologia fundamental”. (STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 346-347, nota 24).

³ Eis que o diz Lenio Luiz Streck, ao explicar a expressão: “Por isso, aliás, é que cunhei a expressão ‘filosofia no direito’, para diferenciá-la da tradicional ‘filosofia do direito’. Afinal, o direito é um fenômeno bem mais complexo do que se pensa. Em definitivo: o direito não é uma mera racionalidade instrumental. Isso implica reconhecer que fazer filosofia no direito não é apenas pensar em levar para esse campo a analítica da linguagem ou que os grandes problemas do direito estejam na mera interpretação dos textos jurídicos. Mais importante é perceber que, quando se interpretam textos jurídicos, há um acontecimento que se mantém encoberto, mas que determina o pensamento do direito de uma maneira profunda”. (In: STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito**: desvelando as obviedades do discurso jurídico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 153-154). Sobre o tema, ver ainda STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011; e, mais recentemente, STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014; além de STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

contrário disso, a filosofia não serve de ornamento para o discurso jurídico, mas, é ela que pode trazer elementos que constituem o campo conceitual e argumentativo do direito, bem como definir o espaço em que ele se move, o qual é fundado pela maneira como se vê a própria filosofia, ou, como diz Stein:

Essas formas de standards de racionalidade apresentados como transcendentais não-clássicos [...] são as condições de possibilidade de qualquer conhecimento empírico ou de caráter não-filosófico. Ao escolhermos, portanto, uma Filosofia para pensar o fundamento do discurso jurídico, temos de ter presente a natureza do standard de racionalidade que elegemos. Explicitá-lo significa descobrir, no Direito, um discurso que subjaz, como dimensão hermenêutica profunda, ao processo lógico-discursivo do sistema jurídico. Em geral, verificaremos que o Direito carrega consigo uma espécie de standard de racionalidade ingênuo. Isso quer dizer que a dogmática jurídica tende a reproduzir a diferença entre a racionalidade I e a racionalidade II, ou entre a racionalidade de caráter entificador quando busca a validação do discurso jurídico⁴.

Sem maiores pormenores o que se quer aqui é fixar a premissa de que a filosofia *no* direito detém relevância, histórica e presente, porquanto se apresenta como o *locus* privilegiado para se pensar a temática ora desenvolvida, inerentes a algo que se reputa fundamental no pensamento jurídico atual: como se deve interpretar? Como se deve aplicar o direito? E como se deve trilhar o caminho de uma fundamentação constitucionalmente adequada? Lenio Streck faz um breve resumo que retrata a importância destes temas, principalmente quando o “pano de fundo” é a compreensão de onde residem e são apreendidos os sentidos das “coisas”:

Fazendo um pequeno esboço histórico destes vinte séculos, a busca de um ‘fundamentum absolutum inconcussum veritatis’ está já na ideia platônica, na substância aristotélica, no esse subsitens do medievo (último suspiro da metafísica clássica), no cogito inaugurador da filosofia da consciência, no eu penso kantiano, no absoluto hegeliano, pela vontade do poder nietzscheana e ‘pelo imperativo do dispositivo da era da técnica’, em que o ser desaparece no pensamento que calcula (Heidegger). Dito de outro modo, se na metafísica clássica os sentidos estavam nas coisas (as coisas têm sentido porque há nelas uma essência) e na metafísica moderna, na mente (na consciência de si do pensamento pensante), no século XX os sentidos passaram a estar na linguagem, a partir da ruptura com a filosofia da consciência produzida pela invasão da filosofia pela linguagem⁵.

Para tanto, serão ofertados alguns elementos históricos que passam pelo objetivismo platônico e pelo essencialismo aristotélico. Há ainda, aportes desenvolvidos sobre a

⁴ STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia**. Ijuí: Unijuí, 2004, p. 161.

⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 356-357.

crítica à modernidade e à sua ideia de racionalidade hegemônica. Além do que, serão tecidas considerações envolvendo o juízo *a priori* de Immanuel Kant, a vontade de poder, que se considera o ápice da metafísica, bem como o relativismo interpretativo, fundado na (má) compreensão do ceticismo filosófico.

1.1. A METAFÍSICA CLÁSSICA: O OBJETIVISMO PLATÔNICO E O ESSENCIALISMO ARISTOTÉLICO.

Feita esta advertência primeira, passa-se a analisar, sinteticamente, as construções de Platão, Aristóteles, Descartes, Kant e Nietzsche, não de forma exaustiva, mas sim daquilo que realmente é pertinente ao tema deste trabalho, que é a fixação de bases teóricas filosóficas que influenciam o direito e sua aplicação. Neste específico tópico, entretanto, o olhar está em Platão e Aristóteles.

A metafísica clássica está fincada no pensamento de Platão e assume a ideia de um conhecimento que objetiva ser absoluto, de perfil objetivista. Isto significa que as coisas possuem qualidades objetivas em si mesmas e que são independentes do sujeito intérprete, pois este é apenas um receptor de sentidos já intrínsecos ao objeto. Quando se fala que algo é *metafísico* estar se a dizer que este algo está para além do mundo físico, sensível; um conhecimento supra empírico por assim dizer, ou, em dizeres doutrinários: “se concibe que tal conocimiento pretenda ser absoluto por estar deligado del sensible, que es contingente y relativo⁶”.

Um conhecimento de perfil objetivo, eis que as coisas possuem qualidades advindas de si próprias, que independem do sujeito interpretando. Este, aliás, assume apenas o papel de receptor de sentidos que já se encontram intrínsecos ao objeto, como bem se depreende da seguinte passagem doutrinária:

Dito de outro modo – e para facilitar a compreensão da problemática da história da filosofia –, é possível dizer que, para a metafísica clássica, os sentidos estavam nas coisas (as coisas têm sentido porque há nelas uma essência). [...] Na verdade – e isso é extremamente relevante –, era impossível de se dizer isso antes de Kant e, de certo modo, da ‘invenção’ do cogito de Descartes. De fato, até Kant, o ser era um predicado real. Pensava-se que havia uma relação real entre ser e essência. Portanto, o sentido era dependente dos objetos, que tinham uma essência e, por isso, era possível revelá-lo. A superação do objetivismo

⁶ FORMENT, Eduardo. **Metafísica**. Madrid: Palabras, 2009, p. 60.

(realismo filosófico) dá-se na modernidade (ou com a modernidade). Naquela ruptura histórico-filosófica, ocorre uma busca da explicação sobre os fundamentos do homem. Trata-se do iluminismo (‘Aufklärung’). O fundamento não é mais o essencialismo com uma certa presença da ‘illuminatio divina’. O homem não é mais sujeito às estruturas. Anuncia-se o nascimento da subjetividade. A palavra ‘sujeito’ muda de posição. Ele passa a ‘assujeitar’ as coisas. É o que se pode denominar de esquema sujeito-objeto, em que o mundo passa a ser explicado (e fundamentado) pela razão, circunstância que – embora tal questão não seja objeto destas reflexões – proporcionou o surgimento do Estado Moderno (aliás, não é por acaso que a obra de ruptura que fundamenta o Estado Moderno tenha sido escrita por Thomas Hobbes, um nominalista, o que faz dele o primeiro positivista da modernidade⁷.

O problema da linguagem e este objetivismo estão presentes em Crátilo, quando Platão visa responder à indagação sobre a justeza dos nomes e formula a seguinte questão: “por meio de que uma expressão adquire sua significação?”⁸. Uma pergunta que Platão faz com o objetivo de responder à indagação sobre a justeza dos nomes, pois.

Melhor delineando, nesta obra – Crátilo – é apresentada a discussão sobre a linguagem, vindo a serem contraditadas duas teses. O naturalismo, cuja posição é sustentada pelo personagem Crátiles, assevera que cada coisa tem um nome por natureza e o convencionalismo, este defendido pelos sofistas, por intermédio, na obra, do personagem Hermógenes, aduz que a relação dos nomes com a coisa é arbitrária e convencional, de maneira que não existe uma relação entre as palavras e as coisas⁹. Ao contrário, portanto, do convencionalismo, no naturalismo não se mostra viável a escolha arbitrária do nome à coisa.

Platão toma posição intermediária. Ora, se no naturalismo há a informação de que a acepção de uma palavra está desunida ao seu som, Platão aduz opinião de que deve haver uma afinidade natural entre o som e a significação da palavra. E daí conclui que conquanto as palavras não imitem sons, elas representam a essência das coisas, de maneira a se confundirem com tais, porquanto constituem o próprio ser. Para o filósofo,

⁷ STRECK, Lenio. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 13-14.

⁸ PLATÃO. Crátilo. In: PLATÃO. **Diálogos** (volume IX): Teeteto – Crátilo. Belém: Universidade Federal do Pará, 1973.

⁹ Trechos da fala de Hermógenes refletem o que se diz: “Nenhum nome é dado por natureza a qualquer coisa, mas pela lei e o costume dos que se habitam a chamá-la dessa maneira” [...] “seja qual for o nome que se dê a uma determinada coisa, esse é o nome certo, e mais: se substituirmos esse nome por outro, vindo a cair em desuso o primitivo, o novo nome não é menos certo que o primeiro”. (In: PLATÃO. **Diálogos**: Volume IX: Teeteto-Crático. Trad. Carlos Alberto Nunes. Belém: Universidade Federal do Pará, 1988, p. 18).

a palavra é justa e correta quando apresenta (e representa) corretamente a coisa, sendo certo que é esta a razão pela qual a teoria de Platão representa o que se alcunha de pensamento objetivista¹⁰. As coisas assumem características que se correlacionam e a tarefa da linguagem é ser a expressão correta desta ordem objetiva das coisas, como bem percebe a doutrina, em passagem que, embora longa, merece transcrição:

Trava-se, aqui, uma disputa entre duas posições que na história da semântica receberam o nome de naturalismo, segundo o qual cada coisa tem nome por natureza (*physei*), posição defendida no diálogo por Crátiles, e o convencionalismo, para quem a significação é fruto de convenção e do uso da linguagem (*Syntheke kai homologia*, 384 d), posição aqui defendida por Hermógenes. Platão vai conduzir a discussão de modo a poder assumir uma posição intermédia entre esses dois extremos, levando a reflexão, pouco a pouco, a uma tomada de posição em relação à essência da linguagem e de sua função no conhecimento humano. Platão não defende aqui, por exemplo, um naturalismo extremado, que chegasse a admitir a possibilidade de descobrir a significação de uma palavra na própria forma do som, o que evidentemente é um absurdo, pois, por exemplo, nesse caso poderíamos compreender imediatamente línguas estrangeiras. O que Platão concede, aqui, é que há certa *afinidade natural*, ou pelo menos deve haver, entre o sim e sua *significação*. Uma possibilidade disso se concretiza na formação das palavras por meio da imitação fonética de sons para designação desse som, como, por exemplo nas chamadas palavras onomatopaicas. Ora, Platão sabe que tais casos são raros e acentua, apresentando a teses naturalista, que as palavras não imitam propriamente os sons, mas *apresentam a essência das coisas*. Não se trata, pois, de imitação do tom e das formas das coisas, mas de seu próprio ser. Uma palavra é justa, certa, na medida em que traz a coisa à apresentação, isto é, na medida em que é apresentação da coisa¹¹.

Com efeito, o escrito de Crátiles de Platão, que remonta ao ano de 388 a.C pode ser considerada a obra primeira de filosofia da linguagem¹²; verdadeiro tratado sobre a temática¹³, mesmo porque estabelece um contraponto ao convencionalismo sofístico, cuja ideia central era a de que a verdade era uma questão de convenção¹⁴.

¹⁰ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996. p. 18 e ss. O doutrinador em questão chega a dizer que o escrito mais tardio que a tradição lega à cultura ocidental sobre a linguagem advém desta obra de Platão.

¹¹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996. p. 19-20.

¹² OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996. p. 18-19.

¹³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma explicação hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 151 e ss.

¹⁴ É possível perceber uma influência dos aportes sofisticos na Retórica desenvolvida por João Maurício Adeodato. Claro que não se trata de resumir a teoria do autor citado a uma questão de “relato vencedor”, pois isso limitaria indevidamente a sua prestigiada e respeitada doutrina, até pela circunstância de o autor ratificar o necessário “constrangimento público da linguagem”. O que se quer delinear aqui é que, enquanto método, o primeiro sentido conferido à retórica é o material ou existencial. Pela pertinência, eis as palavras do próprio João Maurício Adeodato: “Significa considerar que tudo aquilo que se chama realidade, a sucessão de eventos únicos e irrepitíveis, consiste em um relato vencedor, um fenômeno linguístico cuja apreensão é retórica. Para a retórica material a própria realidade é retórica, pois toda percepção se dá na

Qual a forma mais segura para obter o conhecimento? Ora, se através dos nomes é possível conhecer com exatidão a coisa, Platão responde que se deve começar o conhecimento pela verdade, de modo que, “não é dos nomes que se deve partir, mas que as coisas, muito de preferência a partir dos nomes, devem conhecer-se e investigar-se, partindo delas mesmas¹⁵”.

Perceba-se que, se a princípio se parece haver um paradoxo, considerando-se, claro, as premissas firmadas nesta obra de Platão, a conclusão do filósofo não representa nada mais nada menos do que a ideia fundante da metafísica clássica, que é a de que por meio da linguagem não se chega à verdade sobre as coisas.

O real, à luz de tais premissas, só é e só pode ser conhecido através de si mesmo. Não há necessidade de intervenção linguística, portanto, de modo que se afigura viável conhecer as coisas sem os nomes, mesmo porque a verdade está no objeto¹⁶. Isto conduz a uma outra conclusão fundamental: a linguagem é unicamente um instrumento e o conhecimento dela não necessita. Em outros dizeres, a linguagem não é a formadora da experiência humana, mas um instrumento ulterior, que em nada se confunde com o conhecimento. Possui ela – a linguagem – função de designar por intermédio de sons o que foi percebido sem ela e a despeito dela. Linguagem não se confunde, pois, com conhecimento, ao menos não para Platão, até porque, segundo ele, a linguagem possui uma função secundária ao pensamento e o próprio pensar constitui uma atividade não linguística¹⁷.

A obra é de uma importância impressionante! Mediante apresentação crítica de posições nomeadas pela semântica de naturalismo e convencionalismo, o que é feito,

linguagem. [...] A pergunta mesma sobre alguma ‘realidade ôntica’ por traz da linguagem não tem qualquer sentido, pois o ser humano é linguisticamente fechado em si mesmo, em um universo de signos, sem acesso a qualquer ‘objeto’ para além dessa circunstância. Isso não significa que a realidade seja subjetiva, pelo menos no sentido de dependente de cada indivíduo, muito pelo contrário. O maior ou menor grau de ‘realidade’ de um relato vai exatamente depender de outros seres humanos, da possibilidade de controles públicos de linguagem. (ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, p. 38).

¹⁵ PLATÃO. **Crátilo**: diálogo sobre a justeza dos nomes. 2. ed. Lisboa: Sáda Costa, 1994. p. 155-156.

¹⁶ Uma importante passagem de Platão: “seja qual for o nome que se dê a uma determinada coisa, esse é o nome certo; e mais: se substituirmos esse nome por outro, o novo nome não é menos certo do que o primeiro”. PLATÃO. **Diálogos**: Volume IX: Teeteto-Crático. Trad. Carlos Alberto Nunes. Belém: Universidade Federal do Pará, 1988, p. 120.

¹⁷ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996. p. 22.

respectivamente, pelos personagens Crátilo e Hermógenes, bem como por outro (Sócrates, igualmente constante do escrito), Platão, por meio deste último, teve êxito em contrapor dialeticamente as duas teses referidas. Resumidamente, disse-se, no naturalismo cada coisa possuía seu nome por natureza, pois este não é arbitrariamente escolhido; no convencionalismo, por sua vez, não existe uma ligação natural entre coisas e nomes. Ao contrário, a conexão é artificial e, exatamente por isso, a designação dos nomes é arbitrária, porquanto decorre de uma convenção individual ou coletiva, de forma que, como diz Lenio Luiz Streck, em frase já consagrada, era viável dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa¹⁸.

Crátilo possui grande importância, como vem sendo dito e redito, principalmente porque representa o enfrentamento de Platão para com a sofística. Aliás, se considerados sob o traço da adesão ao relativismo, alguns poderiam dizer que os sofistas podem ser considerados os primeiros positivistas, dada a defesa feita ao convencionalismo.

Todavia, considera-se um tanto quanto injusta tal crítica, mas isso será objeto de melhor enfrentamento em passagem mais oportuna. O que se tem por correto aqui é o fato de que para os sofistas as verdades existentes são acordos que podem eventualmente ser questionados.

Eis, então, uma vez mais, a relevância e proeminência das obras citadas de Platão, autor que, nessa tentativa de conciliação entre as teses do naturalismo e do convencionalismo, concorda que a definição dos nomes se dá por convenção, mas não arbitrariamente. A escolha será determinada pela natureza dos objetos, de forma que se vê um objetivismo limitador da subjetividade, porquanto entre palavra e objeto há uma espécie de isomorfia. O nome *eleito* constitui representação verbal da coisa, o que equivale dizer: subsiste uma

¹⁸ Para outros juristas é igualmente inviável que se diga qualquer coisa sobre qualquer coisa. Mesmo para um retórico como João Maurício Adeodato isto parece ser assim, quando se tem em voga a seguinte passagem de sua obra: [o texto] “limita a concretização e não permite decidir em qualquer direção, como querem as diversas formas de decisionismo”. (In: ADEODATO, João Maurício. *Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, vol. 1, n. 2, p. 169-188, 2004). Em trabalho diverso o autor reafirma este pensamento: A linguagem tem função de controle e a exerce reduzindo complexidade. Logo não pode ser errante, ao talante de cada um. Precisa apresentar regularidades; mas essas regularidades são muito variáveis, imprevisíveis, construídas para as exigências do momento. (In: ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 19).

isomorfia entre a estrutura gramatical e a estrutura ontológica, já que a construção de uma língua não é arbitrária.

A pergunta que fica é: se o nome *eleito* constitui representação verbal da coisa, como dito acima, a quem incumbe esta relevantíssima tarefa de nomear? Tal incumbência é de qualquer pessoa? Claro que não! É necessário um profissional, que, no caso, é o legislador, pessoa que deve saber formar com os sons, as sílabas e o nome por natureza adequado para cada objeto.

O legislador possui conhecimento das essências. Tem ele acesso direto à coisa, sem intermediação da linguagem. Por tal circunstância é que se afirma que a linguagem é um instrumento para verbalizar aquilo que o objeto já é aos olhos do legislador, de forma que é viável, portanto, avaliar as coisas sem os nomes, ou, como bem afirma Sócrates:

E a quem devemos recorrer? Não evidentemente a outros nomes que não esses, pois não existem outros. É óbvio que teremos de procurar fora dos nomes alguma coisa que nos faça ver sem os nomes qual das duas classes é a verdadeira, o que ela demonstrará indicando-nos a verdade das coisas. [...] Se isso for verdade, Crátilo, será possível, ao que parece, conhecer as coisas sem o auxílio dos nomes¹⁹.

Por conseguinte, o real é conhecido verdadeiramente em si, independente da mediação das palavras. A adequação da palavra é feita a partir da coisa em si. O que ao fim e ao cabo significa que a linguagem não era condição de possibilidade²⁰, uma vez que o ente

¹⁹ PLATÃO. **Diálogos**: Volume IX: Teeteto-Crático. Trad. Carlos Alberto Nunes. Belém: Universidade Federal do Pará, 1988, p. 174.

²⁰ De antemão, já convém dar o devido realce a este trecho, embora uma explicação mais pormenorizada sobre o positivismo e suas crenças seja feita em outro momento deste trabalho: “... No fundo, a dogmática positivista não conseguiu ainda superar nem mesmo a metafísica clássica, circunstância facilmente perceptível em setores importantes da doutrina que a sustenta, que acreditam que a palavra da lei (regra) designa não a coisa individual, mas a ‘comum a várias coisas individuais’, ou seja, a essência captável pelo intérprete (as súmulas são um típico exemplo da tentativa de abarcar a ‘substância’ dos diversos casos jurídicos); por outro lado, a dogmática jurídica também não superou a metafísica moderna, o que se pode perceber nas posturas de considerável parcela dos juristas que – a pretexto de ‘ultrapassar’ a ‘literalidade’ do texto – coloca no sujeito a tarefa solipsista de descobrir os valores ‘escondidos’ debaixo da regra, isto é, na ‘insuficiência’ da regra – construída a partir da consciência de si do pensamento pensante – entra em cena o intérprete, para levantar o véu que ‘encobre o verdadeiro sentido da regra’”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 444).

era inteligível²¹. Conclui-se, dizendo: Platão começa a esconder o ser e crê ser viável saber o que seja a coisa sem o uso da linguagem²².

Passadas as bases do objetivismo platônico, passa-se a expor, ainda que brevemente, as linhas mestras do essencialismo aristotélico. Aristóteles, conquanto discípulo, possui pensamento diferente de seu mestre. É um discípulopositor, que, entretanto, de igual maneira, coloca a linguagem em plano secundário.

Para ele, palavras constituem símbolos que denotam a essência das coisas, no que difere de Platão, filósofo que, como visto, sustentava a existência de uma representação imitadora das coisas pelas palavras. A pergunta relevante é, pois, qual o intuito da metafísica (busca pela substância) de Aristóteles?

Aristóteles encara pensamento humano com seriedade, pois a fundamentação do discurso racional, ao contrário dos sofistas, que davam maior proeminência à persuasão e que encaravam a questão da verdade como algo ligado a tal. Em Aristóteles o *ser* pode até ter muitos sentidos, porém possui ele uma *essência*.

A questão de sentido se desloca então e difere substancialmente tanto dos sofistas, quanto de seu mestre, Platão. Aqui, na filosofia aristotélica, o sentido das coisas está em conformidade entre a linguagem e o ser, o que dá ensejo à conclusão de que as palavras só detêm sentido determinado ante a essência que as coisas possuem. Daí porque Manfredo A. de Oliveira afirma o seguinte, mediante utilização de exemplo didático:

O que garante à palavra cão uma significação é o mesmo que faz o cão ser cão. Numa palavra, a permanência da essência é pressuposta como fundamento da unidade do sentido: é porque as coisas têm uma essência que as palavras têm sentido. A análise dos fundamentos da linguagem desemboca numa ontologia, pois, em última análise, é a unidade do que é que legitima a unidade

²¹ A parcialidade da percepção do intérprete, todavia, é inevitável, o que torna bastante interessante a abordagem extraída de Flusser, muito embora não esteja ela ligada à filosofia platônica cujas bases se expôs. Ainda assim, merece a devida alusão: O que era a natureza nesse estágio irreal do balbuciar da salada de palavras? A resposta é simples, embora possa parecer à primeira vista paradoxal: não havia natureza. Aquilo que chamamos de fenômenos naturais, as pedras, as estrelas, a chuva, as árvores, a fome, são fenômenos reais, porque formam pensamentos, frases. No estágio do balbuciar não havia fenômenos reais da natureza, havia tão-somente um caos nebuloso de conceitos e frases em formação, havia *natureza in status nascendi*. À medida que a conversação se formava, surgia a natureza. Portanto, a natureza é uma consequência da conversação. (FLUSSER, Vilém. **Língua e realidade**. 2. ed. São Paulo, 2004, p. 190).

²² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma explicação hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 154.

da significação. Surge então a correspondência entre exigência linguística de unidade e princípio ontológico de unidade. Por isso o princípio não só lógico, mas ontológico de contradição é condição de possibilidade de linguagem humana²³.

Ora, para o estagirita, as palavras são símbolos de “estados de espírito”, daí advindo a necessária subordinação da palavra ao pensamento ou mesmo da linguagem ao espírito. Eis porque se tem, pois, uma perspectiva ontológica na obra do autor sob enfoque. Tem-se a metafísica não só como ciência, mas como ciência fundante, por meio da qual há um princípio próprio que determina e porque não dizer, condiciona, a validade dos demais campos científicos.

Lenio Luiz Streck, como já mencionado em nota anterior, afirma que a metafísica possui três formas fundamentais e diferentes: 1. A teologia. 2. A ontologia. 3. A gnosiologia. Na primeira, a metafísica se apresenta como ciência daquilo que está além da experiência; já na segunda, é a metafísica que estuda os caracteres fundamentais do ser; por fim, na terceira, é visualizada como uma ciência universal, mãe de todas as outras.

O interesse aqui se volta à ontologia, que, como dito, diz respeito à busca pela essência das coisas; ou ainda, pelos caracteres fundantes do ser, eis que referente a um saber que precede os demais, sendo, pois, uma ciência inaugural, que condiciona a validade de todos os demais princípios. É possível depreender que ontologia, em sentido aristotélico, é o estudo de condições de possibilidade da comunicação, de maneira que, complementa-se, as palavras só têm um sentido porque as coisas possuem uma essência. E essência é substância suprassensível, que se encontra além do mundo físico e de cujas causas primeiras ou conceito comum decorrem as demais coisas.

Uma diferença fulcral para com Platão, pois neste, linguagem era reprodução (cópia da coisa, pois), ao passo que em Aristóteles, a linguagem é apreendida de modo diverso: é um símbolo da essência das coisas. Embora diferente, ainda se observa a presença de um problema, a linguagem mantém o caráter secundário em Aristóteles, na medida em que continua a ser vista como elemento descritivo de um conhecimento cujo acesso independe dela.

²³ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996. p. 31.

É aqui que tudo começa, pois afinal, este olhar metafísico clássico, como se denota, está muito presente nos dias de hoje. A aplicação de súmulas vinculantes ou precedentes de modo geral²⁴, além da busca “insana” pela “verdade real²⁵”, são exemplos disso. Sem que se voltem os olhos para o caso concreto em sua plenitude, o intérprete pode não perceber, mas está envolto por um *modus* interpretativo extremamente ligado a este objetivismo, que constitui elemento marcante da metafísica clássica, cujo sentido das coisas, como dito por mais de uma vez, encontra-se nela propriamente dita (coisa em si) ou em sua essência. Como se verá no desenvolver do texto, trata-se de uma verdade de cariz correspondencial, perigosa, para a democracia.

1.2. A CRÍTICA À MODERNIDADE E A UMA RACIONALIDADE HEGEMÔNICA.

O objetivo deste subitem é simples e diz respeito à tentativa de demonstração da influência que um pensamento fundado no que se dá a alcunha de “paradigma cartesiano” confere à construção dos conceitos de ciência e de racionalidade. Para tanto, uma breve análise da influência histórica e filosófica que tal paradigma exerceu na mentalidade jurídica do ocidente será pertinente, para, tão logo feito isso, avaliar, em caráter crítico, quais as marcas desse cartesianismo ainda se mantêm no Direito.

Para quem lida com o Direito é importante lembrar que ele está inserido em um ambiente paradigmático que lhe fundamenta, e, por isso, mostra-se importante apreender o contexto

²⁴ Quando se afirma que o uso desmedido de súmulas e de precedentes desvinculados do caso constitui retorno perigoso à metafísica clássica, está-se a afirmar, por outro lado, que se alimenta a crença de que o sentido se encontra nas “coisas” e que se vê condesado ou na súmula ou no precedente a essência de cada caso jurídico.

²⁵ Retrata-se este erro através de diversas passagens doutrinárias: 1ª) “A Exposição de Motivos que introduz o texto do Código de Processo Penal explicita ser objetivo do processo judicial criminal a descoberta da verdade real, ou material, por oposição à “verdade formal” do processo civil, ou seja, o que é levado ao juiz, por iniciativa das partes. Por isso, os juízes podem e devem tomar a iniciativa de trazer aos autos tudo o que pensarem interessar ao processo, ex officio, para formar o seu “livre convencimento” examinando a “prova dos autos”. Assim, todos os elementos que se encontram registrados, por escrito, nos volumes que formam os processos judiciais, incluindo os inquéritos policiais, podem ganhar o mesmo “estatuto de verdade” para a sentença final e o juiz pode, inclusive, discordar de fatos considerados incontroversos pela acusação e pela defesa” (KANT DE LIMA, Roberto. **Direitos civis e direitos humanos: Uma tradição judiciária pré-republicana?** São Paulo em Perspectiva, Vol. 18, no 1, 2004, pp. 49-59); 2ª) “É dever do magistrado superar a desidiosa iniciativa das partes na colheita do material probatório, esgotando todas as possibilidades para alcançar a verdade real dos fatos como fundamento da sentença”. (In: CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 66-7). Outrossim, também se vê tal equívoco nesta parte do pensamento de Damásio de Jesus: “O processo criminal norteia-se pela busca da verdade real, alicerçando-se em regras como a do artigo 156, 2.º parte, do CPP, que retira o Juiz da posição de expectador inerte da produção da prova para conferir-lhe o ônus de determinar diligências ex officio, sempre que necessário para esclarecer ponto relevante do processo” (In: JESUS, Damásio Evangelista de. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 55).

histórico, principalmente o filosófico, no qual se está. Ou ainda, como diz a doutrina, é preciso observar e ter ciência do paradigma em que estamos “jogados” ou inclusos. O paradigma é materializado nas “realizações científicas universalmente conhecidas, que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade praticante de uma ciência²⁶”.

Logo, falar na modernidade²⁷ e nesta racionalidade, é tratar de Descartes, mesmo porque paradigma vigente até o presente foi “iniciado por Descartes e desenvolvido na mesma época que a dinâmica newtoniana. Esse paradigma serviu tanto à ciência como à filosofia²⁸”. Ocorre que hoje busca-se abandonar as luzes do movimento iluminista, dando vazão a novas formas de pensar, pois como bem lembrado pela doutrina:

o século das luzes, o racionalismo cartesiano e newtoniano, fundamentais para nos libertarmos da concepção medieval, criou outros dogmas e certezas de natureza racional, diametralmente opostas e restritivas para a compreensão do homem. O iluminismo libertou o homem das superstições, em um movimento compensatório, mas nos exilou do sagrado, e nossa educação contemporânea que é herdeira desta tradição racionalista veio privilegiando nossa formação racional, técnica e formal²⁹.

²⁶ KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2006, p. 13.

²⁷ Dussel explicita o nascer da modernidade dessa maneira: “No século XV, até 1492, a hoje chamada Europa Ocidental era um mundo periférico e secundário do mundo muçulmano. A Europa Ocidental nunca fora o “centro” da história pois não ia além de Viena, ao leste, já que até 1681 os turcos estiveram perto de seus muros, e além de Sevilha em seu outro extremo. A totalidade de seus habitantes, da Europa latinogermana, não era mais de cem milhões (inferior à população do império chinês sozinho nesta época). Era um cultura isolada, que fracassara com as Cruzadas por não poder recuperar alguma presença num pólo nevrálgico do comércio do continente euro-asiático: a conquista do lugar onde estava localizado o Santo Sepulcro era, na realidade, o lugar onde o comércio das caravanas procedentes da China que chegavam a Antioquia (atravessando o Turão e o Turquestão chinês) se ligavam com as vias de navegação do Mar Vermelho e Pérsico na atual Palestina. [...] Impedidos os europeus de poderem controlar o Mediterrâneo oriental, tiveram de ficar isolados, periféricos do mundo muçulmano. [...] Nesta situação, falar de uma Europa como começo, meio e fim da História Mundial – como era a opinião de Hegel – era cair numa miopia eurocêntrica. A Europa Ocidental não era o ‘centro’, nem sua história nunca fora o centro da história. Será preciso esperar por 1492 para que sua centralidade empírica constitua as outras civilizações como sua ‘periferia’. Este fato da ‘saída’ da Europa Ocidental dos estreitos limites dentro dos quais o mundo muçulmano a prendera constitui, em nossa opinião, o nascimento da modernidade. 1492 é a data de seu nascimento, da origem da ‘experiência’ do ego europeu de constituir os Outros sujeitos e povos como objetos, instrumentos, que podem ser usados e controlados para seus próprios fins europeizadores, civilizatórios, modernizadores”. (DUSSEL, Enrique. 1492: **o encobrimento do outro**. Rio de Janeiro: Vozes, 1993. p. 112).

²⁸ KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2006, p. 158.

²⁹ PRADA, Danielle Graziani. MARCILIO, Rodrigo. **Educação e Transdisciplinaridade travessias possíveis para uma nova consciência**. Campinas: 2009. Disponível em: <<http://humanitatis.com/Trabalhos/Educa%E7%E3o%20e%20Transdisciplinaridade.pdf>>. Acessado em: 02/06/2017.

Eis aí a importância de Descartes, teórico que elabora um método científico que tende a transcender a autoridade da tradição. Na obra, “discurso sobre o método” René Descartes apresenta crítica ao método silogístico, o qual, não raras vezes, pressupõe em suas diretrizes que o saber será confirmado ao fim, com a conclusão e desfecho do raciocínio. Eis, pois, a elaboração de uma metodologia nova, que fora exposta na II Parte do *Discurso*, tendo-se como objetivo a condução da razão na busca da verdade nas ciências.

Uma nova metodologia que fora alicerçada em quatro diferentes e complementares preceitos: 1º: não se pode aceitar algo que não se mostre evidente. Tal aceitação pode conduzir a dois erros, que são a precipitação e a prevenção; 2º: as dificuldades devem ser divididas em quantas partes possíveis; 3º: a pesquisa se inicia pelos objetos mais singelos e fáceis de serem conhecidos, para, em momento ulterior, serem conhecidos e visualizados os mais tormentosos e complexos; por fim, 4º: devem ser realizadas revisões gerais, com o fito de promover a supressão de eventuais deficiências de memória. Pela importância, vale transcrever o ponto:

O primeiro era de nunca aceitar coisa alguma como verdadeira sem que a conhecesse evidentemente como tal; ou seja, evitar cuidadosamente a precipitação e a prevenção, e não incluir em seus juízos nada além daquilo que se apresentasse tão clara e distintamente a meu espírito, que não tivesse nenhuma ocasião de pô-lo em dúvida.

O segundo, dividir cada uma das dificuldades que examinasse em tantas parcelas quantas fosse possível e necessário para melhor resolvê-las.

O terceiro, conduzir por ordem meus pensamentos, começando pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, para subir pouco a pouco, como por degraus, até o conhecimento dos mais compostos; e supondo certa ordem mesmo entre aqueles que não precedem naturalmente uns aos outros.

E, o último, fazer em tudo enumerações tão completas, e revisões tão gerais, que eu tivesse a certeza de nada omitir³⁰.

É a partir destes preceitos que Descartes propõe um método universal e que por assim ser pode ser aplicado nas mais diversas áreas do conhecimento. Seu objetivo, portanto, é criar uma ciência infalível. Eis porque que em Descartes se tem uma concepção diferente da metafísica. Aliás, há uma diferença para com a metafísica clássica, porquanto nesta o sujeito era receptor da verdade conhecida nos objetos, ao passo que na moderna ele passa a ser o detentor da verdade. Os sentidos das coisas estão contidos em sua mente.

³⁰ DESCARTES, René. **Discurso do método** – trad. Maria Emantina Galvão. São Paulo: Martin Fontes, 1996, p. 23.

Na metafísica de René Descartes não há categorias, nos moldes aristotélicos, mas sim duas distintas espécies de substâncias. A primeira é a substância pensante e a segunda a substância extensa. Naquela, o significado de *substância* diz respeito a algo (coisa) que existe de tal maneira que independe de outras coisas para existir. Uma situação, percebasse, em que duas substâncias existem independentemente de qualquer combinação. Mas com o ser humano há sim uma combinação, e por isso advém a união substancial.

Há, diante de tal quadro, uma relevante percepção feita por Descartes, que será decisiva para a história da filosofia ocidental: a autonomia do sujeito como ser pensante. É a partir de Descartes, que se apreende, então, que se antes os sentidos se assentavam nas coisas (lembre-se do essencialismo aristotélico), agora eles fazem parte da consciência do sujeito pensante. O que no fim das contas equivale a dizer que na filosofia cartesiana se promove a transferência da *substância* aristotélica para a certeza de si do pensamento pensante (*cogito*). Lenio Luiz Streck, comentando o tema da metafísica moderna, numa perspectiva que traça uma certa “evolução” sintética do pensamento, apresenta passagens interessantes e que merecem transcrição, pela pertinência:

(...) é impossível não referir que é efetivamente René Descartes que dá início à metafísica moderna. Ele desloca o fundamento da para a consciência de si do pensamento pensante. Não mais a essências das coisas; agora, o sujeito pensante.

(...)

Assim, se no paradigma da metafísica clássica os sentidos “estavam” coisas e na metafísica moderna estavam “na mente” (consciência de si do pensamento pensante), na virada pós-metafísica ontotológica os sentidos passam a se dar na e pela linguagem. Em outras palavras, é possível dizer, desde logo, que a crise que atravessa a hermenêutica jurídica possui uma relação direta com a discussão acerca da crise do conhecimento e do problema da fundamentação, própria do início do século XX³¹.

Os dogmas da tradição passam a ser postos em posição de dúvida pela filosofia de René Descartes, cuja contribuição importante, dentre tantas, é afirmar a autonomia do sujeito como ser pensante. Uma nova formulação de uma teoria do conhecimento, na medida em que se pode dizer que Descartes se afasta da construção de verdades fundadas no ceticismo do século XVII, para ao fim se auto-indagar se é viável conhecer algo de forma verdadeira. Uma dúvida que não é cética, mas, antes disso, metódica ou mesmo universal.

³¹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 130-132.

Com isso, Descartes, prova a existência do próprio eu (que duvida, portanto, é sujeito de algo - cogito ergo sum: penso, logo existo), considerando o ato de duvidar como indubitável, de modo que a conclusão obtida sobre o que é verdadeiro ou falso não era, repita-se, reveladas pela *coisa em si*, mas fruto do *pensar* do sujeito. Ou seja, mesmo se pensasse ser tudo falso, o eu, que é aquele que assim pensou existia, logo é ele algo, pois, do contrário inexistiria tal pensamento³²: “Penso, logo existo”, ou como bem diz o autor:

Depois, examinando exatamente o que eu era e vendo que podia fingir que não tinha nenhum corpo e que não havia nenhum mundo, nem lugar algum onde eu existisse, mas que nem por isso podia fingir que não existia; e que, pelo contrário, pelo próprio fato de eu pensar em duvidar da verdade das outras coisas, decorria muito e muito certamente que eu existia; ao passo que, se apenas eu parasse de pensar, ainda que tudo o mais que imaginara fosse verdadeiro, não teria razão alguma de acreditar que eu existisse; por isso reconheci que eu era uma substância, cuja essência ou natureza é pensar, e que, para existir não necessita de nenhum lugar nem depende de coisa alguma material³³.

Na medida em que se eu duvido, eu *sou*, pode-se indagar “o que é este ‘eu’”? É aquilo que não pode ser colocado em dúvida. Por consequência, em caráter antecedente à teoria que envolve “o mundo” (aqui sim, algo que pode ser posto em dúvida), é preciso que se coloque em cena a teoria sobre o sujeito. Para Descartes, ocorrera uma transformação na relação objeto-sujeito, dando origem à subjetividade, eis que promovido o deslocamento da existência das coisas delas mesmas para outro lugar, que é exatamente *a mente* desse ‘novo’ sujeito, a qual funciona como fundamento da verdade³⁴.

³² DESCARTES, René. **Discurso do método** – trad. Maria Emantina Galvão. São Paulo: Martin Fontes, 1996, p. 38.

³³ DESCARTES, René. **Discurso do método** – trad. Maria Emantina Galvão. São Paulo: Martin Fontes, 1996, p. 38-39.

³⁴ Lenio Luiz Streck obtém o seguinte: “Entretanto, *stricto sensu*, há um consenso de que é com Descartes que inicia a modernidade no sentido filosófico-paradigmático. A filosofia da consciência altera profundamente a concepção objetivista (realismo filosófico) de mundo presente na metafísica. Contra o ‘mito do dado’, a razão humana se instaura, passando os sentidos a não estarem mais na substância das coisas, mas na mente do sujeito. (...) a partir de Descartes, com a máxima do *cogito ergo sum*, toda a consciência acerca das coisas e do ente em sua totalidade acaba reportada à autoconsciência do sujeito humano, tido este como fundamento inabalável de toda a certeza. (...) Neste momento, o método se coloca como resposta à pergunta sobre como encontrar o caminho seguro para a verdade, derivado da segurança fixa da certeza do sujeito moderno que pensa”. E prossegue ao afirmar que este método é “um caminho que visa uma essencial determinação da verdade, passível de fundamentação por meio da simples capacidade racional-individual do homem.

Por isso, o *cogitare* em Descartes é trazer algo para si, apresentar para si algo representável, o que apenas é possível por meio da apreensão, do assujeitamento, de modo que este mesmo *cogitare* coloca a si mesmo aquilo que não admite mais nenhuma dúvida acerca do que é, e como é. Dentro deste paradigma é que se torna possível a certeza de si do pensamento pensante, ou seja, a prevalência do sujeito moderno, que possui a capacidade de conhecer por completo e assujeitar o mundo que o circunda. A subjetividade é instauradora do mundo”. (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria

Eis o início da era da subjetividade; uma era de liberdade, em que o homem se vê liberto das amarras da estrutura teocrático-cristã. Passa – o homem – a ser medida e fundamento da verdade de todas as coisas, uma vez que apenas o que passar por sua consciência será reconhecido como algo. Em Descartes, o que é verdadeiro ou o que é falso não era visualizado pela análise das *coisas em si*, era fruto de seu pensar. Lembre-se, uma vez mais: mesmo se pensasse ser tudo falso, o eu, aquele que assim pensou, existia, logo é alguma coisa, pois, do contrário, não haveria tal pensamento. “Penso, logo existo”. É o princípio primeiro da filosofia cartesiana.

Uma ciência essencialmente prática e não meramente especulativa, mesmo porque se “método”, consiste, como visto anteriormente, em aceitar apenas aquilo que é certo e irrefutável e conseqüentemente eliminar todo o conhecimento inseguro ou sujeito a controvérsias. Diante disso, pode-se dizer que o tal método cartesiano é alicerçado no princípio de jamais acreditar em nada que não tivesse fundamento para provar a verdade, advindo daí as quatro tarefas básicas já delineadas.

O que se quer deixar claro aqui, então é que nem os sentidos, que podem enganar-nos, nem as ideias, que são confusas, podem trazer certezas, conduzindo-nos à realidade. Daí a relevância de se estabelecer um método de pensamento condutor da verdade; advém disso também o necessário desenvolvimento de um raciocínio que funda na dúvida metódica e não pressupõe certezas e verdades. Em arremate: esta a circunstância que norteia a filosofia cartesiana sobre a necessidade de se reconstruir o universo da metafísica clássica com a ideia de que a essência do ser humano está no pensamento.

Pois bem, o que, entretanto, não se pode olvidar é que o direito foi e é deveras influenciado por esta estrutura metodológica e pela crença da utópica cientifização da sociedade. Para isso, por óbvio, o direito moderno acaba por se submeter a uma racionalidade cognitivo-instrumental da ciência moderna e tornar-se ele próprio científico³⁵. É que se pode chamar de racionalidade hegemônica, que também impregna o direito, com seu dualismo radical que separa razão e corpo, sujeito e objeto na produção e busca do conhecimento. Um

do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 73-74).

³⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2009. p. 120.

dualismo que se associa ao reducionismo da análise jurídica que muitas vezes esquece a realidade social³⁶, o contexto histórico³⁷, ou mesmo o *fato* propriamente dito, crendo ser possível dizer quais são as soluções jurídicas, sem que se tenha em mira a circunstância fática que a norteia. Isto, entretanto, será melhor explorado oportunamente.

Uma última reflexão sobre o pensamento cartesiano se faz necessária. O deslocamento da verdade para o pensamento, ao que tudo indica, deixa um espaço vazio, pois, afinal, a partir do que ocorre o pensamento? Ele advém de que? Independe, o pensamento, de um contexto, seja ele histórico, especial ou mesmo de uma intersubjetividade advinda da linguagem? Pela análise do pensamento de Descartes, pode-se dizer que sim, pois o ser do sujeito pensamento seria um pressuposto e, por tal razão, independe ele de qualquer pré-compreensão mundana³⁸, ou, como diz a doutrina “para ele, a consciência pode atingir a *certeza plena*, o problema fundamental da teoria do conhecimento, sem a mediação linguística, isto é, por pura intuição, sem nenhuma referência a comunidade linguística³⁹”.

³⁶ Assume importância as ponderações feitas por Enrique Dussel quando afirma que o eurocentrismo domina as práticas sociais, inclusive o direito, porém pondera que “a colonialidade permitiu a transformação do ‘Sul’, de um espaço repleto de conhecimento e experiências, num terreno estéril, pronto a ser preenchido pela razão imperial” e, com isso, a América Latina simplesmente ‘desapareceu do mapa e da história’. (In: DUSSEL, Enrique. *Meditações Anticartesianas sobre a origem do antidiscurso filosófico da modernidade*. In Santos, Boaventura S.; Menezes, Maria Paula (org.). **Epistemologias do sul**. São Paulo: Cortez, 2010, p. 342).

³⁷ A passagem doutrinária adiante explica a contribuição de Dussel: “Henrique Dussel sintetiza esse legado do ideário colonialista sob o nome de mito da modernidade, que segundo o autor pode ser sintetizado em sete proposições: 1) a civilização europeia entende-se como a civilização superior e a mais desenvolvida; 2) esse senso de superioridade a obriga, na forma de um imperativo categórico, a “desenvolver” (civilizar, educar, erguer) as civilizações subdesenvolvidas, bárbaras e primitivas; 3) o caminho para tal desenvolvimento deve ser aquele percorrido pela Europa no seu próprio desenvolvimento através da antiguidade e da Idade Média; 4) onde os bárbaros ou primitivos se opuserem ao processo civilizatório, a praxis da modernidade deverá, em última instância, recorrer à violência necessária para a remoção dos obstáculos à modernização; 5) essa violência tem um caráter quase ritualístico, na medida em que o herói civilizado eleva sua(s) vítima(s) ao patamar de participantes do processo de sacrifício redentor ao qual são submetidos; 6) do ponto de vista da modernidade, o bárbaro/primitivo vive num estado de culpa. Isso permite à modernidade apresentar-se não apenas como inocente de suas brutalidades, mas ainda como sendo uma força que emancipará e redimirá suas vítimas de suas respectivas culpas; 7) dado esse traço civilizatório e redentor da modernidade, o sofrimento e sacrifício (o “custo” da modernização) imposto (aos povos “imatuross”, ao sexo “frágil”, às raças escravizadas, etc.) são necessários e inevitáveis”. (ABEL, Henrique. *A política e a sociedade do pós-guerra fria sob a ótica da modernização reflexiva e da crítica pós-colonial*. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 121-136, jul./dez. 2011).

³⁸ Esta é a percepção também de Wálber Araujo Carneiro: “A postura racionalista de Descartes, não obstante tenha sido decisiva à filosofia moderna, enfrentará alguma resistência na caminhada para sua afirmação, principalmente por ignorar o papel da experiência, fundamental para o desenvolvimento ulterior da ciência”. (In: CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 43).

³⁹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996. p. 33-34.

1.3. OS JUÍZOS *A PRIORI* DE IMMANUEL KANT: A LINGUAGEM NÃO COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE, MAS COMO INSTRUMENTO DESIGNATIVO E REPRESENTATIVO DO CONHECIMENTO.

Como visto anteriormente, a partir de Descartes fora fundado um novo modelo de filosofia, cuja grande tarefa pode ser assim resumida: “reunir o inconciliável, ou seja, ordenar o isolado da investigação do particular, no todo da experiência de mundo⁴⁰”.

Obviamente que Descartes não se encontrava sozinho nessa tarefa, porquanto, a título exemplificativo, pode-se encontrar similitudes nos trabalhos desenvolvidos por Spinoza e Leibniz, como se observa da passagem adiante, que bem denota a busca por um modelo filosófico seguro, ao modo das ciências matemáticas⁴¹: “o ideal matemático do conhecimento, a tentativa de encontrar para a filosofia um método do conhecimento universalmente válido e seguro, o predomínio da razão, e, por último, em empenho por criar um sistema filosófico equilibrado, baseado em poucos conceitos básicos e seguros⁴²”.

O método, portanto, na perspectiva dos autores supracitados ao menos, passava a ser o eixo central da filosofia, objeto primeiro de suas preocupações. Com Kant surge a busca por uma nova fundamentação para a metafísica, como bem lembrado por Ernildo Stein⁴³. Diz-se que Kant inaugura uma revolução copernicana⁴⁴ na filosofia, porquanto transfere

⁴⁰ GADAMER, Hans-Georg. **A razão na época da ciência**. Trad. Ângela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 45.

⁴¹ Acredita-se ser inviável e deveras perigoso matematizar questões ligadas ao “humano”. Postura tal descambaria para uma racionalizar social, vindo por promover uma transformação do “olhar” dirigido aos indivíduos, que seriam tidos como verdadeiras engrenagens pertencentes a uma grande máquina em movimento, que seria a sociedade. Uma tecnocracia dos seres humanos, pois. Com efeito, uma alusão analógica: “A tecnologia converte-se em teologia da máquina, à qual, imitando casos clássicos de outras formas de alienação, o homem, o técnico ou o operário se aliena, faz votos perpétuos de devoção. Daí em diante desconhecerá ter transferido para ela, a título de valor transcendente, o que era inerente à sua realidade pessoal. Esquece que a máquina não passa de sua obra, produto de suas finalidades interiores, realizado mediante as ideias que adquiriu, e acredita ao contrário dever deixar-se possuir pela tecnologia, porque só assim poderá adquirir um nome e uma essência humana, a de técnico”. (PINTO, Álvaro Vieira. **O conceito de tecnologia**. Rio de Janeiro: Contraponto: 2005. v. 1, p. 291). Vale aludir ainda: “O característico da tecnocracia se acha em que se propugna e trata de realizar desde o governo de um Estado a racionalização quantitativa de todas as atividades, desde o ensino e a informação até às econômicas, trabalhistas e recreativas, partindo de uma concepção ideológica de mundo que admite sua mecanização dirigida centralmente por cérebros capazes de impulsioná-la do modo mais eficaz”. (GOYTISOLO, Juan Vallet de. **O perigo da desumanização através do predomínio da tecnocracia**. Trad. Alfredo Augusto Rabello Leite. São Paulo: Mundo Cultural, 1977. p. 159).

⁴² STÖRIG, Hans Joachim. **História geral da filosofia**. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 269.

⁴³ STEIN, Ernildo. **Uma breve introdução à filosofia**. Ijuí: Unijuí, 2004, p. 148.

⁴⁴ Immanuel Kant, aliás, explica a analogia feita com Copérnico. Segundo Kant, Copérnico “não podendo prosseguir na aplicação dos movimentos celestes enquanto admitia que toa a multidão de estrelas se movia

para o sujeito transcendental o papel regulador do conhecimento, por meio do que denomina de conhecimento *a priori* dos objetos, de forma que se passou a compreender que não aparecem por si mesmos os objetos do conhecimento. Devem eles, ao contrário, ser trazidos à baila pelo sujeito transcendental⁴⁵.

Em outros termos, é a partir de Kant que o objeto do conhecimento é deixado de lado em prol do sujeito do conhecimento⁴⁶; este passa, então, a ser identificado e visualizado na forma de um “sujeito assujeitador”, de maneira que as respostas passam a ser refletidas tomando como ponto de início o sujeito e a sua relação com o objeto, e não mais o objetivo em si considerado. Kant supera, assim, o racionalismo e o empirismo e o idealismo presentes em sua geração. E mais que isso: a filosofia kantiana enterra o jusnaturalismo cósmológico, característico da Antiguidade clássica, fazendo o mesmo com jusnaturalismo religioso, oriundo medieval. Um típico jusnaturalismo de cunho racionalista, porquanto as “verdades morais”, aos olhos de Kant, não se encontram na natureza, muito menos no agir individual, tampouco na “razão” da pessoa que possui o poder. O ensinamento doutrinário adiante é importante e por isso vale ser destacado:

Como escreve Höffe, a concepção do direito para Kant serve para criticar, além do positivismo, a personalização da moralidade, o que implicaria numa racionalidade e numa moralidade particular elevada à moralidade absoluta. Em decorrência do entendimento da moralidade como manifestação subjetiva ocorre o impedimento de torná-la norma da comunidade, e, por essa razão, Kant rejeita a moralização do direito, ou seja, a assunção pelo sistema de leis, portanto, tornando-os obrigatórios, dos valores morais individuais⁴⁷.

A filosofia kantiana não se inicia por um olhar metafísico sobre a *coisa*, suas essências ou sentido imanente; assume-se uma nova roupagem na filosofia, isto fica bastante claro. Por exemplo, nos limites da exposição ora firmada, pode-se citar a famosa obra *Crítica da Razão Pura*, por meio da qual Kant visa delimitar a forma como utilizada a razão

em torno do espectador, tentou, objetivando melhor resultado, fazer antes girar o espectador e deixar os astros imóveis”. (KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 28-29).

⁴⁵ HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. Trad. Christian Viktor Hamm. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 45.

⁴⁶ “Quanto ao kantismo, é esta a sua revolucionária concepção da teoria do conhecimento, que deposita profunda importância no sujeito-do-conhecimento e não no objeto-do-conhecimento, que ficou conhecida e celebrizada pelas próprias palavras de Kant como a revolução copernicana com relação ao que se vinha entendendo sobre a matéria desde Descartes”. BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

⁴⁷ BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 48.

humana. Ele, portanto, eleva a subjetividade na filosofia, na medida em que afirma existência de um conhecimento puro, cuja origem remonta à razão humana.

Este conhecimento Kant alcunha de *a priori* da razão⁴⁸. Em outros termos, este conhecimento *a priori*, constitui uma estrutura prévia, inata, que existe no sujeito e que lhe permite por si só, sem experiência pré-compreensiva anterior, tal como a linguagem, criar, materializar em sua mente objetos independente da cognição dos mesmos, valendo-se de sua razão pura, ou, nos dizeres que se extrai da obra sob enfoque: “designaremos, doravante, por juízos *a priori* não aqueles que não dependem desta ou daquela experiência, mas aqueles em que se verifica absoluta independência de toda e qualquer experiência⁴⁹”. As verdades estão contidas, pois, na racionalidade humana universalmente considerada, advindo daí a criação da regra de validação universal para o agir moral, que dá ensejo ao Imperativo Categórico:

Age segundo a máxima que possa simultaneamente fazer-se a si mesma lei universal”. O que significa isso? Que o juiz da conduta do indivíduo deve ser ele mesmo, agindo com toda a liberdade possível, e que a regra de validade do seu agir deve ser a preocupação desse agente em se perguntar se aquilo que ele está fazendo (ou a forma como ele está fazendo) poderia se converter numa lei universal, seguida por todos. É importante perceber, aqui, que Kant não dá fórmulas prontas para o agir moral em cada caso concreto: ele apenas nos fornece um critério de verificação de validade, um referencial norteador, uma orientação racional para que um agir moral seja objeto de reflexão crítica. Sobre isso, Vicente de Paulo Barreto dirá que: “A fórmula racional adotada por Kant para resolver a questão da adequação das máximas ao dever, sem cair no dogmatismo ou no formalismo rígido, consiste no emprego da ideia da razão prática e da autonomia⁵⁰”.

O que se extrai daí é que as contribuições de Kant traduzem uma evolução na compreensão cartesiana da modernidade; Kant parte do sujeito e com isso abre as portas para uma autorreflexão filosófica jamais vista. Filosofia deixa de ser encarada como teoria do conhecimento, pois não se pode pensar tudo a partir de questões teóricas. O problema central é que a linguagem assume um papel secundário na filosofia kantiana.

⁴⁸ Kant, como se verá melhor, promove distinção entre o que chamou de conhecimento *a priori* e conhecimento empírico. Este último, por advir da experiência, não detém universalidade legítima, mas é atingido por indução, ou seja, arbitrariamente. Ao passo que o conhecimento *a priori*, exatamente por não derivar da experiência e não depender de nenhuma sensação, é tido como necessário e universal.

⁴⁹ KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 44.

⁵⁰ BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 53.

Linguagem, para Kant, não era vista como condição de possibilidade, mas sim como mero instrumento designativo e representativo do conhecimento. A linguagem não era, pois, algo que possibilitasse a construção do próprio conhecimento, mesmo porque esta função mais nobre fora reservada ao pensamento. Em termos kantianos: a linguagem não era condição de possibilidade do *a priori*, até porque, acaso assim fosse, o seu *a priori* seria um *a posteriori* (tomando-se como parâmetro a própria linguagem). Lenio Luiz Streck percebe a omissão kantiana sobre o *problema* da linguagem, como se depreende de trecho de sua obra:

*(...) a linguagem ainda estava longe de assumir um lugar de destaque, de primordialidade, de abertura para o mundo. Assim, enquanto Hume entende a linguagem como algo intermediário entre as impressões sensíveis e o pensamento abstrato, Immanuel Kant não assinala à linguagem uma função específica nos processos de conhecimento, a não ser como instrumento de designação de tais processos, transmitidos e regulados que são diretamente pelas condições *a priori* da razão. Isto porque as classes de juízos são o fio condutor que permitem a dedução transcendental das categorias do entendimento (princípios autoevidentes estabelecidos aprioristicamente). O caráter auxiliar/subsidiário da linguagem, nesse sentido, fica nítido em Kant, porque concebe as palavras como signos das representações, é dizer, meios sensíveis que vinculam conteúdos inteligíveis, os quais são os que representam verdadeiramente as coisas. O signo limita-se a acompanhar o conceito como guardião, para reproduzir-lhe oportunamente, o que relega a linguagem a uma função auxiliar, uma vez que a função principal é reservada ao pensamento⁵¹.*

Portanto, o que se objetivou sintetizar aqui é que este conhecimento apriorístico e transcendental fixa a verdade no sujeito, de modo que este passa a ser considerado como fundamento último daquela. Um “eu” transcendental, entretanto, não é dotado de historicidade, algo que só vem a ser superado com o advento da filosofia hermenêutica, tratada no momento oportuno.

1.4. A VONTADE DE PODER SUA RELAÇÃO COM A SUBJETIVIDADE.

Em Nietzsche, a expressão “vontade de poder” procura dar uma resposta à fundamental pergunta da filosofia acerca do que é o ente, apontando que, no fundo, todo ente é vontade de poder. Não faz, então, sentido que se promova um pensar direcionado às essências, mesmo porque se promove a relativização de valores, até então superiores e válidos.

⁵¹ STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise** – uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 177.

Dáí porque se diz que o niilismo nietzschiano é apresentado como um processo histórico em que a anulação e perda de domínio do suprasensível liberta o homem do pensar metafísico que o submete à sua “vontade de potência”, a qual, enquanto princípio que determina uma posição de valores, “não tolera nenhum outro fim a não ser o do ente em si mesmo. Ocorre que livre da verdade metafísica, o homem passa a ser jogado em um vácuo do universo que não faz e não detém sentido. São inexistentes as bases seguras para que se pense em realidade e em existência⁵². Esta última, aliás, uma definição manifesta da expressão niilismo⁵³.

Vê-se uma nítida alteração de atitude, porquanto a filosofia não buscava as causas últimas do conhecimento. Ao contrário, constituiu-se em atividade que serve à ação, pois na medida em que seu sentido não era conferido *a priori*, sua construção ocorre a partir dos atos e das obras humanas. Um processo historicamente localizado e ininterrupto de determinação dos valores⁵⁴.

Pois bem, observa-se que a subjetividade é alçada ao ápice, pois com o fim da metafísica tudo passa a ser relativo, de maneira que pressupondo a morte da Divindade Cristã⁵⁵ e seus princípios. Perceba-se que o falecimento de Deus não é tão-só do Deus-cristão. Esta morte representa o término da instância supra sensível que condiciona ideais, valores e

⁵² NIETZSCHE afirma que “O erro dos filósofos reside no fato de verem na lógica e nas categorias da razão, em vez de meios para acomodar o mundo para fins utilitários (portanto, em ‘princípio’, para uma falsificação útil) o ‘critério da verdade’, isto é, da realidade. O ‘critério da verdade’ era com efeito (sic) apenas a utilidade biológica de semelhante sistema de falsificação por princípio: e, aceitando-se que uma espécie animal não conheça mais nada de mais importante que conservar-se, ter-se-ia, com efeito, o direito de falar aqui de ‘verdade’. A ingenuidade consistia simplesmente em tomar a idiossincrasia antropocêntrica pela medida das coisas, como norma do ‘real’ e do ‘irreal’: em uma palavra, de tornar absoluta uma coisa que é condicionada. Eis que subitamente o mundo se separa em duas partes: ‘mundo-verdade’ e ‘mundo das aparências’: e este foi precisamente o mundo em que o homem imaginou, por sua razão, viver e instalar-se, que os filósofos empreendem desacreditar. Em vez de utilizar as formas como instrumentos para tornar o mundo manejável e determinável ao seu uso, a insânia dos filósofos quis descobrir que, atrás daquelas categorias, escondia-se a concepção daquele mundo, ao qual não corresponde o outro mundo, este em que vivemos...” (NIETZSCHE, Friedrich. **Vontade de potência**: parte 2. Trad. Mário D. Ferreira Santos. São Paulo: Scala, 2006, p. 251-252).

⁵³ FONSECA, Ângela Couto Machado. Em que medida também nós ainda somos devotos: uma leitura sobre a metafísica, niilismo e direito a partir de Nietzsche. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **Crítica da modernidade**: diálogos com o direito. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 50.

⁵⁴ HUISMAN, Denis. **História do existencialismo**. Trad. Maria Leonor Loureiro. Bauru: EDUSC, 2001. p. 30.

⁵⁵ A morte de Deus é estabelecida na obra *Gaia ciência*, em especial no aforisma 125, de onde se extrai que o ‘insensato’ acende a lanterna, em meio à luz do dia e promove o anúncio da morte de Deus. Sob olhar de espanto de incautos, atira a lanterna no chão a apaga e afirma: “Chego cedo demais (...) o meu tempo ainda não chegou Esse acontecimento enorme está a caminho, e ainda não chegou aos ouvidos dos homens”. NIETZSCHE, Friedrich. **A Gaia ciência**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 116.

fins que conferem sentido aos entes no mundo. O fundamento não mais funda⁵⁶, e, por consequência, não há sentido em pensar essências, como já mencionado. Em outros termos, pode-se dizer que o homem se despede assim dos valores morais e regras estabelecidas por essas doutrinas. Passa o ente a ser construído segundo a chamada *vontade de poder*.

Heidegger prefere, todavia, a expressão ‘vontade de vontade’⁵⁷, a qual significaria um puro querer, destituído de fundamentação. Ora, na esteira do fato de que não há seres eternos, os padrões históricos são relativos, ou seja, inexistente o justo ou o injusto, e mais: inexistente uma lei moral universal, uma vez que o homem passa a assujeitar a natureza, moldando-a a seus interesses.

A questão não diz respeito à indagação que diz respeito a “o que é isto? – o ser da coisa”, mas “como funciona este ser”. Logo, se com Aristóteles a verdade se encontrava presente na essência das coisas e se com Descartes ela é deslocada para consciência do sujeito pensante, com a ‘vontade de vontade’, a verdade passa a ser deliberada pela subjetividade-assujeitadora. É, pois, autoafirmada por quem detém poder para fazê-lo. Vontade de poder (vontade de vontade, como prefere Heidegger), para Nietzsche é comando, ou, como diz Vattimo:

Com efeito, poder não é outra coisa que a possibilidade de dispor de algo, isto é, possibilidade de querer. Querer o poder, significa querer sem querer. Há-de preferir-se “vontade de vontade”, porque faz ressaltar um aspecto decisivo da concepção nietzschiana do ser: que a vontade queria só querer significa que ela é puro querer sem algo “querido”; a vontade está só, não tem nenhum tero, para tender além de si própria. “Vontade de vontade” indica a total “falta de fundamentação” que caracteriza o ser no termo da metafísica⁵⁸.

Nada é eterno e imutável, os padrões históricos, aliás, são caracterizados pela relatividade. Não se cogita de padrões fixos que, por exemplo, definam o que é justo ou injusto, mesmo porque inexistente uma lei moral universal.

⁵⁶ VATTIMO, Gianni. **O fim da modernidade**: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes: 2002, p. 173.

⁵⁷ “Na objetivação, o próprio homem e tudo o que é humano se transformam em mero fundo de reserva que, computado psicologicamente, é inserido no processo de trabalho da vontade de vontade” (HEIDEGGER, Martin. **Nietzsche II**. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 296).

⁵⁸ VATTIMO, Gianni. **Introdução a heidegger**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 92.

Eis o ponto maior da metafísica: o niilismo. Um completo ocultamento do *ser*, portanto. Daí a conhecida frase, que critica o positivismo antigo de Comte, que pouca relação mantém com a atual linha de pensamento desta escola: “Contra o positivismo, que para perante os fenômenos e diz: ‘Há apenas fatos’, eu digo: ‘Ao contrário, fatos é o que não há; há apenas interpretações⁵⁹”.

Especificamente sobre este ponto, em caráter conclusivo, destaca-se a lição de Lenio Streck que aduz que a partir da “vontade de poder” se formam correntes voluntaristas⁶⁰ no direito brasileiro, o que ao fim conferem discricionariedade (e porque não dizer, arbitrariedade) interpretativo-decisional, já que a definição do caso concreto é extraída a partir da vontade daquele que detém poder para decidir⁶¹.

1.5. O CETICISMO FILOSÓFICO E A ACUSAÇÃO DE RELATIVISMO INTERPRETATIVO.

Questão importante diz respeito à denúncia que se faz ao ceticismo filosófico como uma corrente que abarca a discricionariedade judicial, por ratificá-la,. Afirma-se que esta discricionariedade advém de uma postura cética, precisamente porque o *cético* mantém

⁵⁹ NIETZSCHE, Friedrich. *The will to power*. Trad. Walter Kaufmann and R.J. Hollingdale. New York: Vintage, 1968, p. 267.

⁶⁰ Por sua vez, em caráter ilustrativo, contrapondo-se ao que disse Lenio Streck acerca do relativismo de posturas ditas pragmáticas, Bruno Torrano, sustenta que não há relativismo na hipótese: “O pragmatismo jurídico não é relativista. Pragmatistas acreditam que o conhecimento humano é, ao mesmo tempo, local e perspectivo, e que o significado de proposições depende de suas consequências práticas. Podem ser considerados anti-essencialistas, historicistas (segundo a máxima de Oliver Wendell Holmes: ‘A vida do direito não tem sido lógica, mas sim experiência’) e falibilistas. Não são, todavia, céticos ou relativistas em sentido forte: afirmações como ‘tudo é relativo’ ou ‘não existem verdades morais’ não fazem diferença prática, pois até mesmo céticos e relativistas radicais declinam agir nos termos de suas crenças céticas e relativistas – isto é, não são céticos quanto seus próprios ceticismos e não presumem que o relativismo vale apenas para si mesmos ou para a comunidade na qual se inserem. Mais do que isso, pragmatistas não negam que $2 + 2 = 4$, nem que a conclusão de silogismos é verdadeira se as premissas forem verdadeiras. De forma mais limitada, em decorrência de suspeitas quanto ao empreendimento metafísico, pragmatistas duvidam que alguém possa provar que o relativismo ou o ceticismo estão errados”. (TORRANO, Bruno. Richard Posner em: *O que (não) é o pragmatismo jurídico*. Empório do Direito. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/richard-posner-em-o-que-nao-e-o-pragmatismo-juridico-por-bruno-torrano/>>. Acesso em: 12 out. 2017).

⁶¹ Confira a esse respeito, o trecho da obra de Lenio Streck: “... *a vontade de poder*, acabou por proporcionar e fundamentar toda sorte de pragmaticismos, *mormente na área do direito*, a partir dos diversos realismos jurídicos e as análises econômicas, sem desprezar o papel exercido pelo desconstrutivismo de autores como Derrida. (...) “a vontade do poder”, como determinou Nietzsche expressamente, é, em essência, comando. *Trata-se, pois, de uma forma rebuscada de positivismo, uma vez que o direito passa a depender de discursos adjudicadores e do protagonismo do poder do intérprete*. Sob o pretexto da superação/morte do sujeito, passa-se ao protagonismo que a pragmática estabelece a cada (nova) decisão. (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 180-181).

dúvida quanto a tudo que não pode ser claramente provado através de um método científico. Isto, todavia, adiante-se, não pode ser objeto de generalizações, pois são vários os *ceticismos*.

Conquanto não seja o objetivo de traçar um paralelo sobre as diferentes posturas céticas, pode-se falar de um *lugar comum*, que seria uma negação geral à pretensão dogmática e à justificação transcendental que se formulam quanto aos homens e suas normas. O cético indaga, de uma maneira bastante característica, o motivo pelo qual sua dúvida acerca das coisas não é um princípio, muito pelo contrário, é o fim de seu questionamento. A dúvida se torna, portanto, o resultado de seu ceticismo.

O ceticismo, se mal compreendido e tendo em vista a eterna dúvida quanto às *verdades*, seria uma teoria que não se mostraria compatível com o arcabouço político e institucional brasileiro, uma vez que contaria com instrumentais teóricos limitados, que se atestam insuficientes na obtenção de respostas condizentes com principais problemas constitucionais hodiernos. Isto porque, antes de tudo os embates acerca do que é certo ou do que é errado (ou ainda, do que se mostra justo ou injusto) não passariam de expressões de vontade dos debatedores, não assistindo razão a nenhum dos mesmos.

Resumidamente a postura cética consiste em uma convicção de que subsistem diversos pontos de vista em todas as questões e que a verdade, no seu sentido ontológico, não está à disposição da comunicação humana. Ronald Dworkin chega além e compreende como cético como aquele que recusa que os juízos morais possam ser objetivamente verdadeiros independentemente de qualquer postura ou crença que alguém possua⁶². Com efeito, vale acrescentar, pela pertinência, a passagem doutrinária adiante, que bem atesta como tal “embaraço” filosófico chegou aos dias contemporâneos:

Diante da multiplicidade dos caracteres humanos, da pluralidade das opiniões, o papel tradicional dos filósofos era, estabelecendo uma hierarquia entre esses caracteres, ensinando o verdadeiro sentido das palavras, fornecer a resposta válida, objetivamente fundada, que haveria de se impor a todos os seres dotados de razão. (...) Infelizmente, estas esperanças milenárias se mostraram vãs: a multiplicidade das filosofias, por ser oposta ao corpo comum dos conhecimentos científicos e acarretar controvérsias sem fim, levou a um ceticismo crescente quanto ao papel prático da razão e a uma separação metodológica entre os juízos de realidade e os juízos de valor. Somente os

⁶² DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Almedina: Coimbra, 2012, p. 516.

juízos de realidade seriam a expressão de um conhecimento objetivo, empírica e racionalmente fundado, sendo os juízos de valor, por definição, irracionais, subjetivos, dependentes das emoções, interesses e decisões arbitrárias de indivíduos e grupos de toda espécie⁶³.

À luz do mesmo autor, diz-se que o “poder”, em um ambiente democrático de direito, possui necessariamente limites bem delineados, de maneira que, ao passo em que se acredita que um ordenamento jurídico não tem aptidão para conferir respostas corretas para um problema social, a única opção seria o recurso à arbitrariedade ou, até mesmo, à força. Eis uma pertinente passagem:

(...) este ceticismo acerca do papel da razão prática apresenta, por sua vez, um duplo inconveniente. Reduzindo ao nada o papel e as esperanças tradicionais da filosofia, ele abandona a fatores irracionais, e afinal de contas à força e à violência, individual e coletiva, a solução dos conflitos concernentes à prática. Recusa, por outro lado, qualquer sentido à noção de razoável, de modo que, como as expressões “escolha razoável”, “decisão razoável”, “ação razoável” passam a ser apenas racionalizações, falsas aparências, fica impossível que as discussões e as controvérsias possam terminar de outro modo que não seja pelo recurso à força, a razão do mais forte sendo sempre a melhor⁶⁴.

E prossegue:

Por isso, toda educação, toda moral, toda filosofia prática, seja ela de inspiração religiosa ou laica, tenha ela como objeto a ética, o direito ou a política, não são mais do que ideologia e legitimação capciosa das forças e dos interesses em conflito. Com o desmoronamento da filosofia prática, com a negação do valor de todo raciocínio prático, todos os valores práticos, tais como a justiça, a equidade, o bem comum, o razoável passam a ser simples palavras vazias que cada um poderá encher de um sentido conforme seus interesses⁶⁵.

Aristóteles, por sua vez, tenta dismantelar o ceticismo e para tanto se vale do *princípio da não contradição*⁶⁶, porquanto afirma que se mostra inviável que predicados diversos pertenças, em simultaneidade, ao mesmo objeto. Logo, não seria crível que uma mesma pessoa credite que algo é verdadeiro, mas em contrapartida diga que esse mesmo algo é falso.

⁶³ PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 152.

⁶⁴ PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 152.

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ Cf. Aristóteles. **Metafísica** vols. I, II, III, 2ª edição. Ensaio introdutório, tradução do texto grego, sumário e comentários de Giovanni Reale. Tradução portuguesa Marcelo Perine. São Paulo. Edições Loyola. 2002.

Assim, poder-se-ia obter que os que assim sustentam creem que o ceticismo é uma doutrina, diríamos, autofágica, porque se qualquer coisa é verdade, por consequência é verdadeira a declaração daquele que contrasta sua afirmativa. E, ainda, se tudo é falso, falso o é esta mesma afirmativa firmada pelos próprios cétricos⁶⁷.

Melhor delineando e a título de complementação: aqueles que se opõem à postura cética objetivam demonstrar que esta é, em última apreciação, inexequível, infactível e, nesta acepção, pode-se articular que o ceticismo se auto-refutaria. Afinal, pronunciar que nada se pode afiançar ou denegar acerca da verdade de uma conjectura é já asseverar algo, mesmo que isto esteja fundado no que se chama de *suspensão do juízo* (epoché), de forma que, com isso, o cético já está se autocontradizendo.

Não cremos, todavia, que esta crítica ao ceticismo possa ser feita de forma desmensurada. Com efeito, a fala de Johannes Hessen é paradigmática, mormente quando diz que “o ceticismo espeta o agulhão da dúvida no peito do filósofo, de modo que este não se conforma com as soluções dadas aos problemas, mas luta continuamente por novas e mais satisfatórias soluções⁶⁸”. São muitos os *ceticismos* e seus adeptos, mas por óbvio, não é o objeto deste trabalho trazer, sob um prisma analítico, todas as tais correntes. Como exemplo, entretanto, indica-se a ética da tolerância defendida pelo Prof. João Maurício Adeodato. Esta seria decorrência ou melhor, teria como consequência, o ceticismo pirrônico, por não possuir amarras axiológicas.

Especificamente sobre ceticismo pirrônico, pode-se dizer que este encontra seu alicerce em três argumentos básicos, como bem se extrai da obra de Tatiana Aguiar⁶⁹: 1) erros do sentido: nem tudo é como se apresenta; 2) erros da inteligência: as posições humanas são contraditórias e também mutáveis ao longo do tempo; 3) o argumento do dialeto: o valor do nosso saber depende do valor de nossa inteligência, porém, é por intermédio desta que

⁶⁷ Há quem diga expressamente que as posturas céticas não conseguiriam superar as críticas de Aristóteles, o que, inclusive, ensejaria a refutação de qualquer ceticismo filosófico como aporte apto ao desenvolvimento de qualquer modalidade de teoria da decisão jurídica. Cf. ABEL, Henrique. **Positivismo jurídico e discricionariedade judicial: a filosofia do direito na encruzilhada do constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 92-125.

⁶⁸ HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. Coleção Studium, temas filosóficos, jurídicos e sociais. António Correia (trad.) 7ª ed. Coimbra: Arménio Amado, 1976, p. 46.

⁶⁹ AGUIAR, Tatiana. **A Superposição de Discursos Vencedores – análise pragmática das transformações jurisprudenciais em matéria tributária sob uma visão da retórica realista**. Noeses: São Paulo, 2017, p. 78.

se deve estabelecer esse valor. Além disso, dois outros conceitos são relevantíssimos para esta modalidade de ceticismo: a isostenia, que diz respeito à tentativa de se afastamento qualquer juízo definitivo, ante o reconhecimento da igualdade da força dos argumentos; e, ainda, o que se denomina de ataraxia, que é o reconhecimento de que o acaso e as perturbações fazem parte da vida e que é possível seguir em frente mesmo sem termos o controle sobre eles.

Ainda, segundo o autor pernambucano, a ética da tolerância não pode ser acusada de servir de fundamentos de arbitrariedades das mais diversas, dentre as quais a judicial. O que ocorre é que o cético, ante a dogmática jurídica que lhe é ofertada⁷⁰, aduz que como a decisão judicial é um ato que, ao fim, cabe a um órgão detentor de autoridade, ela é construída consensualmente pela maioria e por aqueles que possuem legitimidade processual. Isto se dá porque a retórica realista⁷¹ defendida por Adeodato tem uma de suas premissas o princípio da autoreferência do discurso, de maneira que a linguagem não tem outro fundamento externo, senão ela própria.

Equivale afirmar: a verdade retórica é linguística e, deste modo, circunstancial e mutável, tanto quanto a linguagem; logo, na medida em que a verdade – segundo a perspectiva retórica – advém de um ato comunicativo, pode-se dizer que sua formação ocorre no âmbito do discurso, por meio do qual orador e ouvinte, ambos integrantes de um sistema de referência, dotado de código próprio compartilhado por seus componentes, chegam a um consenso acerca de um determinado evento, considerando-o um fato verdadeiro. Nesse ponto, Adeodato pontua:

(...) verdade e justiça únicas, corretas, são ilusões altamente funcionais e que os acordos precários da linguagem não apenas constituem a máxima garantia possível, eles são os únicos. Além de serem temporários, autodefinidos e circunstanciais, referentes a promessas que são frequentemente descumpridas em suas tentativas de controlar o futuro, esses acordos são tudo o que pode ser chamado de racionalidade jurídica⁷².

⁷⁰ Cf. ADEODATO, João Maurício. Pirronismo, direito e senso comum: o ceticismo construtor da tolerância. In: **Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: 2006, p. 376.

⁷¹ Retórica não se reduz a mero ornamento, embora este seja um elemento importante do discurso. Segundo Adeodato: “Ornatus é a qualidade do orador que coroa o discurso e a palavra é a mesma empregada no estar preparado para abatalha. Observe-se a expressão “ornado” e não “ornamentado”. Essa armadura consiste do conjunto de qualidades que compõem o estilo, a habilidade culminante do grande orador”. (ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional** – sobre a tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 28).

⁷² ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 17.

É por isso que Adeodato extraiu a ética da tolerância do pirronismo, porquanto se deve levar em consideração a pessoa do outro e a liberdade de autodeterminação⁷³. Afirma, ademais, a impossibilidade de serem fixados valores universais no direito, de maneira que para expor o que chama de “problema da legitimidade” expõe exatamente uma noção cética envolvendo uma conclusão que tenha a pretensão de definitiva. Admite, todavia, que o sistema jurídico é valorativo, mas, em contrapartida, este conteúdo não é determinável de maneira apriorística, mesmo porque um determinado valor ou mesmo grupo de valores não se afiguram suficientes para garantir estabilidade e legitimidade ao poder⁷⁴.

O autor exclui a fala de que pensamentos simultâneos e até contraditórios sobre um mesmo objeto assumem igual valor. Mostra-se adepto de uma corrente cética que não necessariamente é posta como vítima das críticas expostas anteriormente, de que todo ceticismo conduz ao relativismo arbitrário. Por isso é que vale ressaltar a seguinte passagem: “Não se pode negar o fato de o interesse circunstancial do observador influir em sua visão de realidade; um mesmo conceito pode indicar objetos e fatos muito distintos quando usados por pessoas inseridas em contextos diversos⁷⁵”. Não se trata, então, de pura e simples vontade daquele que interpreta, mas sim de reconhecer que cada evento é único, irrepetível e circunstancial e que sua exata compreensão depende das experiências de cada observador.

Eis a razão porque este mesmo autor vem a concordar ou mesmo enxergar a pertinência de uma crítica implementada por Russell no sentido de que inexistente fundamento racional para que se prefira uma posição ética em relação à outra. Isto contribui para a necessidade de o cético se conformar com a ética social do ambiente no qual se encontra inserto, vindo a se comportar e a amoldar sua forma de agir à luz das regras deste ambiente, ainda que não se veja diante de qualquer conhecimento que se mostre seguro e que embase tal proceder⁷⁶. Diante deste quadro, pode-se dizer, que para João Maurício Adeodato, o ceticismo contribui e até constrói a tolerância pelas seguintes razões:

⁷³ Cf. ADEODATO, João Maurício. Pirronismo, direito e senso comum: o ceticismo construtor da tolerância. In: **Ética e Retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: 2006, p. 374.

⁷⁴ ADEODATO, João Maurício. **O problema da legitimidade**: no rastro do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 75.

⁷⁵ *Idem*.

⁷⁶ ADEODATO, João Maurício. Pirronismo, direito e senso comum: o ceticismo construtor da tolerância. In: **Ética e Retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: 2006, p. 345.

... [em] primeiro lugar, de um ponto de vista gnoseológico, o postulado de que um conhecimento preciso do mundo, uma relação inteiramente inadequada entre a mente de cada ser humano e os objetos em torno não é possível, o que relativiza de um modo intransponível a percepção dos mesmos acontecimentos; depois, de um ponto de vista axiológico, o postulado de que o ceticismo não consiste no desprezo pela justiça nem no abandono de quaisquer parâmetros éticos, mas sim que serve de elemento imunizador contra a intolerância e o dogmatismo⁷⁷.

De mais a mais, a *retórica realista* apregoada por João Maurício Adeodato anui com o fato de que integramos um grande diálogo humano; não apenas o vivenciamos, mas o experienciamos, de modo que os próprios sujeitos da linguagem são construídos por esta, advindo daí o porquê se pode asseverar que a intersubjetividade antecede a subjetividade. A linguagem “observa” o passado, mas “constitui” o futuro, como bem destacou o autor ao tratar da inesgotabilidade da linguagem:

Cada palavra, cada forma gramatical é não somente um acumulador de todo o passado, mas também um gerador de todo um futuro. Cada palavra é uma obra de arte projetada para dentro da realidade da conversação a partir do indizível, em cujo aperfeiçoamento colaboram as gerações incontáveis dos intelectos em conversação e a qual nos é confiada pela conversação a fim de que a aperfeiçoemos ainda mais e a transmitamos aos que virão, para servir-lhes de instrumento de busca do indizível. Qual a catedral, qual a sinfonia, qual a obra que pode comparar-se em significado, em beleza e em sabedoria com a palavra, com qualquer palavra de qualquer língua?⁷⁸

O que João Maurício Adeodato quer acentuar com isso é que, pelo olhar retórico, a verdade de um fato se constrói através de um relato este, precisamente por refletir a crença de um específico grupo, denomina-se relato vencedor, que ao menos de forma momentânea torna o discurso verdadeiro. Isto ocorre porque, ainda sob os aportes da *retórica*, o consenso angariado em um sistema de referência pode se alterar ao longo do tempo, em virtude de diversos fatores, seja de caráter social, político, econômico ou mesmo jurídico. Em resumo: o êxito de um discurso está acoplado a circunstâncias de tempo e de espaço⁷⁹, por meio das quais foi construído. Verdade retórica pode ser,

⁷⁷ ADEODATO, João Maurício. Pirronismo, direito e senso comum: o ceticismo construtor da tolerância. In: **Ética e Retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: 2006, p. 317.

⁷⁸ FLUSSER, Vilém. **Língua e realidade**. 2. ed. São Paulo, 2004, p. 199.

⁷⁹ Vale, entretanto, registrar esta importante advertência: “A história não deve ser pensada em termos causais, nem caminha para algum ponto previamente determinável, exatamente porque os consensos temporários de sentido são circunstanciais e infinitamente variáveis, por vezes contraditórios. Assim como Sísifo não sabe até onde, montanha acima, conseguirá transportar a pedra, a humanidade não sabe aonde vai chegar. E cada tempo histórico é construído a cada momento”. (ADEODATO. João Maurício. **A retórica constitucional** – sobre a tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 26).

também, verdade consensual⁸⁰, algo que, obviamente, gera inúmeras críticas pela insegurança jurídica que isto pode acarretar, com argumentos de defesa interessantes, dentre os quais o firmado por Fabiana Tomé:

Não obstante argumentos no sentido de que a adoção dessa corrente filosófica (verdade por consenso) acarretaria grande insegurança, por transformar a convicção comunitária da verdade em critério de certeza, entendemos que, sendo visto o consenso, base para identificação da verdade, como algo constituído pelo sistema em que se insere, essa teoria é perfeitamente aplicável. Isso porque o próprio sistema estabelece o que é consenso, como e quando se opera, eliminando instabilidades na determinação da verdade consensual⁸¹.

Por certo, todavia, que os argumentos acima não eliminam a insegurança. Sob nossa visão apenas retratam uma situação de fato, descrevem algo que ocorre e que não deveria se dar: o sistema se altera, mudam os participantes (ministro mudam, por exemplo), as circunstâncias de julgamento se alteram (pressão midiática seria um bom exemplo), transformam-se os pontos de intersecção que em outro contexto geraram um consenso, tudo isso acarretará uma alteração no relato vencedor; um antigo será eventualmente substituído por um novo, até surja um outro e assim sucessivamente, pois este discurso (o vencedor) será condizente com a vontade de uma dada comunidade, cuja realidade irá construir linguisticamente. Eis a explicação de João Maurício Adeodato acerca deste específico ponto:

Para tratar dessas incompatibilidades dentre os dados que percebe e a linguagem, o ser humano produz discursos sobre os eventos para tentar estabilizar sua infinita mutabilidade, ou seja, racionalizá-los por meio de relatos. Dentre os infinitos relatos concorrentes, os (temporariamente) vencedores são os “fatos”, a “realidade⁸²”.

Em ambiente estrangeiro, Jerome Frank, um importante realista norte-americano, parece adotar premissas cétricas, notadamente quando diz que, por exemplo, *a um*, testemunhas não compreendem de modo uniforme os fatos passados, que são o objeto de sua aceção;

⁸⁰ Extrai-se da obra de João Maurício Adeodato: “Para a filosofia retórica, que parte de uma antropologia carente, a linguagem não é um meio para o mundo real, ela é o único mundo perceptível. Simplesmente não existem elementos externos a ela, que constitui o meio ambiente do ser humano. Todo objeto é composto pela linguagem, o que significa dizer que o conhecimento é formado por acordos linguísticos intersubjetivos de maior ou menor permanência no tempo, mas todos circunstanciais temporários, autorreferentes e assim passíveis de constantes rompimentos”. (ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, pp. 06-07).

⁸¹ TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2005, p. 14.

⁸² ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 139.

a dois, é inexistente a uniformidade na formação de crenças de autoridades julgadoras⁸³. Então, isto viria a comprovar que a aceção acerca da verdade é contextual e depende da subjetividade⁸⁴, de maneira que não uma verdade em si, mas um jogo linguístico do qual ela é extraída, como bem se observa da passagem doutrinária adiante:

O critério de ação do ceticismo não se origina da dúvida quanto às crenças ou às normas dos homens, mas antes da dúvida quanto à invariabilidade dessas crenças e dessas normas. De igual maneira, tampouco o ceticismo provoca, como consequência própria, o assentimento inerte do sujeito quanto às crenças ou às normas. Ao revés, porque presentes em sua experiência os riscos de todo fundamentalismo dogmático que se nota em tantas vozes que se pretendem como coisas ou como verdades, o ceticismo se propõe, antes de tudo, como um caminho, uma visão comum de mundo contra a intolerância⁸⁵.

O que se quis, pois, deixar claro nesta segunda parte, é que ao menos para a corrente cética apregoada por João Maurício Adeodato, mesmo que se diga que os juízes não se abnegam de cominar coercitivamente seus valores a despeito da democracia, mostra-se insuficiente para concluir que o ceticismo valorativo, por si só, contribui para abusos ou subjetividades arbitrárias. Viu-se, aliás, que o olhar cético, no viés ora abordado, permite o intérprete abraçar uma atitude de tolerância perante a multiplicidade de persuasões morais viventes em sociedades complexas. Sobre o ponto, o interessante comentário filosófico de João Maurício Adeodato:

Quando Platão diz que o mundo empírico não existe e o que existe são ideias, isso não deve ser motivo de desespero para o estudante que se inicia nos mistérios das bases filosóficas do conhecimento. É bom lembrar: se começar a achar que Platão é um tolo sonhador, todo cuidado é pouco: mergulhado na ignorância do senso comum, é mais provável que o tolo sonhador seja você. Ele quer dizer que o mundo sensível não existe, num sentido bem literal, porque jamais pode ser conhecido pela razão humana, a qual só conhece as ideias genéricas que ela mesma concebe. Os filósofos observaram esse fenômeno cada qual à sua maneira, como dito. Platão transformou as ideias na “realidade superior”, construiu com elas uma ontologia cuja unidade racional é exatamente a “ideia” (ἰδέαι, idéai), retomada por Aristóteles por meio da expressão “forma” (εἶδη, eídê). Uma diferença importante é que, para Platão,

⁸³ FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. Birmingham: The Legal Classics Library, 1985 by The John D. Lucas Printing Company. Special Edition from the first edition of 1930, pp. 106-117.

⁸⁴ Signos linguísticos singulares geram um efeito em certo ambiente e outro absolutamente diverso em outro; há ainda o elemento histórico, que faz com que certas palavras desencadeiem emoções irrepetíveis e inconfundíveis se comparado com outros momentos, locais e contextos. Hobbes, em o *Leviatã*, trata da emotividade das palavras, em trecho que vale a menção: “De esa misma ignorancia se deduce que los hombres dan nombres distintos a una misma cosa, según las diferencias de sus propias pasiones. Así, quienes aprueban una opinión privada la llama no pinión; quien están inconformes con ella, herejía, y sin embargo herejía no significa otra cosa sino opinión particular, solo que tiene un mayor tinte de cólera”. (HOBBS, T. **El Leviatán**. Trad. Manuel Sánchez Sarto. México: Fondo de Cultura Económica, 1940, p. 83).

⁸⁵ VITA, Caio Druso de Castro Penalva. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 124.

as ideias existem “antes” dos objetos sensíveis, daí sua superioridade, diferentemente de Aristóteles, para quem as formas estão nos próprios objetos materiais, com a mesma “dignidade epistemológica”, teses que os medievais posteriormente denominaram *universalia ante rem* e *universalia in re*, respectivamente⁸⁶.

O que não se limita a “suportar”, mas reconhecer aceitar pessoas, apreciações, conceitos, opiniões e atitudes originárias de visões de mundo dessemelhantes e provavelmente conflituosas. Aos olhos de João Maurício Adeodato, ao menos, postura como essa confere ambiente para a tomada de decisões públicas e, por conseguinte, abrandam o judiciário de compressões oriundas de distantes sistemas sociais, tais como o social, político, econômico e até mesmo o religioso⁸⁷.

Os balizes dirigidos à decisão dos juízes podem ser refletidos pela via dupla da apreciação ao ceticismo valorativo, e, em última análise, do relevo que alguns autores, dentre os quais Adeodato, dão ao ceticismo, de maneira a acentuar a responsabilidade que os sujeitos de direito, sejam eles juristas ou jurisdicionais, possuem em um ambiente Estatal Democrático de Direito.

O que parece certo é que os “modelos” de verdade a partir dos aportes filosóficos ora trabalhados variam bastante. Se se compreendia a verdade como o descobrimento do que a coisa é, antes de ter sido, ou seja, por meio de sua essência, por certo que a verdade era estática ou, em outra terminologia, verdadeiro era o que era permanente no *ser* do ente.

Por outro lado, Aristóteles com sua concepção semântica oriunda do já mencionado *princípio da não contradição*, finda por apontar a verdade na proposição ou de considerar a verdade como propriedade inerente a certos enunciados, daí porque considerado um relevante precursor da ideia de verdade por correspondência. Todavia, como também visualizado, se o “real” é infinito e irrepitível e a linguagem verdadeira condição de possibilidade, só se terá acesso ao que é inteligível, mesmo porque nosso intelecto se limita à nossa capacidade linguística. Por certo, pois, que a crítica que pode ser dirigida à

⁸⁶ ADEODATO, João Maurício. O PROBLEMA DO CONHECIMENTO DO DIREITO E A PROPOSTA RETÓRICA REALISTA. *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito*, vol. 9, nº18, mai.-ago. 2017, p. 65-86. Disponível em: <<http://faculdedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/download/607/519>> Acesso em: 01.02.2018.

⁸⁷ Cf. ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional* (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo, Saraiva, 2009.

doutrina aristotélica é de que a verdade está apenas no pensamento ou na linguagem e não no ser ou na coisa, muito menos em uma relação dialógica entre ambos.

Já segundo os aportes kantianos, há um idealismo moderno, pois a verdade é a verdade lógica, fundada em leis formais e poderia ser descoberta independentemente do ser transcendente que venha a impor à consciência a sua adequação com ele. Ei aí z ideia da verdade por coerência. Essa perspectiva está embasada na premissa de que a realidade compõe um todo coerente, formado por proposições que, para serem consideradas verdadeiras, não poderia se contradiz entre si. Algo defensável, mas só em parte, porquanto esta *verdade por coerência* é, antes de tudo, uma teoria que cuida apenas de um âmbito da questão, qual seja, o espacial. Eis porque, adiante-se com a ressalva de que isto será amiúde versado em momento mais oportuno, Heidegger nega a concepção de verdade que se conduza primariamente à adequação do intelecto com a coisa, como um “reviver” a ideia grega de que a verdade seja descobrimento. Diz o filósofo alemão que para que a verdade seja *aletheia* é necessário que o homem seja *Dasein* – um *ser-á*:

A verdade é um elemento da existência, que encobre o ser no estado de degradação (*Verfall*) e descobre no estado de autenticidade. Mas a verdade como descobrimento/desvelamento pode dar-se somente com o fenômeno do estar no mundo⁸⁸.

Por sua vez, o olhar que caracteriza a *retórica* firmada no ceticismo pirrônico, aduz que “verdades” nada são nada mais nada menos do que fatos linguísticos, oriundos de consenso estabelecido entre agentes que se comunicam em um dado sistema. Porém como estes agentes mudam, como muda o contexto, os *discursos* ou *relatos* vencedores igualmente se alteram, surgindo *novas verdades*⁸⁹.

O debate e os aportes filosóficos acerca da verdade, talvez até dos métodos utilizados para a obtenção desta, constituem algo primordial no direito, como bem atestou Lamego: “as representações sobre o modo de argumentação e fundamentação das decisões traduzem as ideias sobre a questão da ‘justiça’ do Direito. Nos quadros do modelo

⁸⁸ HEIDEGGER. Martin. **Ser e tempo**. Trad. revisada e apresentação de Márcia Sá Cavalcante Schubach. 7. Ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012, § 44, p. 218.

⁸⁹ Uma interessante passagem: “Da perspectiva da retórica material não há diferença se o filho de Capitu é “de fato” de Bentinho, se Desdêmona “realmente” traiu Otelo ou se a luta entre Hércules e Hidra de Lerna ou o Big Bang “efetivamente” aconteceram: o que interessa é o relato dominante”. (ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 145).

axiomático-dedutivo, a argumentação cinge-se à discussão sobre o verdadeiro sentido das proposições ou dos textos legais⁹⁰”. Uma verdadeira disputa metodológica, que se apresenta, como vem se afirmando, no âmbito do próprio reconhecimento de autonomia dirigido às ciências humanas, como lembrou Stein:

O que é importa acentuar é que, ainda que progressivamente autônomas, as Ciências Humanas mantiveram uma relação particular de convergência com a Filosofia. Daí que a questão da vida, do mundo, do ser-no-mundo, do mundo da vida, passou a ser um domínio privilegiado da convergência, por causa do problema da fundamentação das ciências humanas. Tudo isso se reforçava a partir de um confronto entre as ciências empírico-matemáticas e as ciências humanas, na busca de um método que desse autonomia a estas últimas: era o conflito entre o explicar e o compreender. Como legitimariam as ciências emergentes seus enunciados? Como abandonar sua base metafísica, a caminho de uma justificação?⁹¹

Outras linhas filosóficas poderiam ser apresentadas. Muitas delas influenciam sobretudo a temática das decisões judiciais. O mote aqui, todavia, é introduzir as bases filosóficas para a compreensão do problema da busca de “respostas constitucionalmente adequadas”, para ser utilizada expressão de Lenio Luiz Streck. Isto porque, compreende-se a tomada de decisão como um problema que decorre também, mas não só, de má-compreensões de paradigmas histórico-filosóficos. Por isso trabalhar estes temas, longe de ser uma filigrana teórica, é algo de extrema relevância, até porque não há um grau de zero de sentido.

Adiante, portanto, passa-se a trabalhar as escolas de interpretação jurídica e os aportes teóricos que delas podem ser extraídos para fins de obtenção de respostas jurisdicionais, sempre tendo como mote a análise crítica da discricionariedade que se faz presente em cada uma delas e dos perigos que isto representa para a democracia.

⁹⁰ LAMEGO, José. **Hermenêutica e jurisprudência**: Análise de uma Recepção. Lisboa: Fragmentos, 1990 p. 217.

⁹¹ STEIN, Ernildo. **As Ilusões da Transparência**: Dificuldades com o conceito de mundo da vida. Ijuí: Unijuí, 2012, p. 15

2. MODELOS TRADICIONAIS DE DECISÃO JURÍDICA NAS ESCOLAS CLÁSSICAS DO DIREITO.

2.1. A ESCOLA DA EXEGESE: A CONFUSÃO EXISTENTE ENTRE TEXTO E NORMA.

A discussão envolvendo os chamados “modelos tradicionais de decisão jurídica nas escolas clássicas do direito”, possui, por óbvio, um ponto de partida: como compreender a metodologia empregada por estas diversas escolas?

De modo um tanto quanto simplório, poder-se-ia acreditar que um debate sobre o *método* pudesse unificar, talvez solidificar, o discurso dos falantes, pouco importando qual a área de conhecimento que o *pesquisador* estivesse a organizar seu conhecimento.

Isto pode parecer crédulo, mas longe disso. A fragmentação do conhecimento – e aqui não há diferença em relação ao direito – é algo cada vez mais atual. Não que se concorde, longe disso, mas não é de hoje que o ensino jurídico trata o aluno e até mesmo o profissional, já no exercício da profissão, de modo segmentado. Há, isto é fato, uma estruturação da educação jurídica, segmentada em seus mais diversos componentes curriculares, o que por vezes divide e distancia os saberes científicos, produzindo pretensos “juristas” que encontram dificuldades quando diante de problemas que só são resolvidos de maneira satisfatória a partir um conhecimento que contemple os fundamentos do Direito.

As faculdades despertam pouco interesse do aluno⁹², e este, por sua vez, possui pouco interesse pela ciência. A consequência vem a reboque, diante de problemas complexos, alunos tais, pouco ou quase nada, são capazes de fazer. Presencia-se neste mundo “ideal”, no imaginário fragmentado, que crê piamente na figura do especialista, a sensação de um conhecimento “profundo”, mas que a bem da verdade é raso, porquanto despido de sentido e trazedor de ojeriza a determinadas matérias ou sub-ramos do direito, cujo conhecimento seria essencial para melhor delineamento de um outro ou de outros.

⁹² JAPIASSU, Hilton. **Interdisciplinaridade e patologia do saber**. Rio de Janeiro: Imago, 1976, p. 52.

Uma fantasia da separatividade, tal como a separação sujeito-objeto, já denunciada neste trabalho. Aliás, como bem denunciou Capra, “Descartes baseou sua concepção da natureza na divisão fundamental de dois domínios independentes e separados – o da mente e o da matéria⁹³”. Pela compreensão de Descartes, há uma ideia, ou melhor, uma definição de estratégia no pensamento; uma crença de que, a se utilizar uma forma de organização do *pensar*, seria viável adquirir conhecimento, de modo certo e indiscutível⁹⁴. Edgar Morin, com outros dizeres, conclui de modo semelhante, ao afirmar que “(...) a ciência ocidental baseou-se sobre a eliminação positivista do sujeito a partir da ideia que os objetos, existindo independentemente do sujeito, podiam ser observados e explicados enquanto tais⁹⁵”.

Seguindo-se a definição de método proposta por Martin Heidegger – *o caminho pelo qual sigo alguma coisa*⁹⁶ – pergunta-se: qual o método da escola da exegese? Para responder esta questão é relevante que se conheça ao menos os pilares da codificação de 1804 ocorrida em França, pois foi neste país que se deu o adendo do famoso Código Civil de Napoleão, exatamente neste ano de 1804.

Lembre-se que pouco antes, no chamado Golpe de Estado de 18 de Brumário⁹⁷, Napoleão Bonaparte coloca fim ao Diretório e inicia uma ditadura no Estado Francês. O golpe representa o fim da Revolução Francesa, mas, naquilo que interessa mais de perto a esse trabalho, Napoleão, do ponto de vista jurídico, detinha a intenção de pôr um fim na história de trevas que caracterizou a Idade Média. Então, o século das Luzes necessitava, pois, separar-se dos tempos de trevas, marcados pela dominação, pela desigualação social e por um obscurantismo religioso.

A intenção era mudar os rumos da história, romper com o passado. E o direito teve papel importante nisso. Melhor dizendo, a lei escrita – tida como o direito – teve um papel de prominência neste pormenor, até porque ela permitia tal desvinculação com tempos

⁹³ CAPRA, Fritjo. **A Teia da Vida**. Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. 9. ed. São Paulo: Cultrix, 2004, p. 34.

⁹⁴ RAPP, Friedrich. Método. In: KRINGS, Hermann; BAUMGARTEN, Hans Michael; WILD, Christoph. **Conceptos fundamentales de filosofía**. Barcelona: Herder, 1978. T. II, p. 530.

⁹⁵ MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1991, p. 48.

⁹⁶ HEIDEGGER, Martin. **Os conceitos fundamentais da metafísica: Mundo-Finitude-Solidão**. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 47.

⁹⁷ A alusão a tal data tem um viés histórico. No calendário revolucionário francês, este dia ocorreu em 18 de Brumário do ano IV, que coincide com o dia 09 de novembro de 1799 no calendário gregoriano.

pretéritos, porquanto o texto legislado constituía uma resposta jurídica, desvinculada da necessidade de se interpretar situações práticas a partir de um dado contexto histórico. Não havia diferença entre direito e texto; direito é o texto e o texto legal é o direito; negam-se, em um só tempo, os costumes e tradições da Idade das Trevas e se abre caminho para a legitimidade estabelecida pela lei, em notável exigência de uma experiência racionalista⁹⁸, característica do Século das Luzes.

Tem-se, assim, a expressão maior da razão iluminista sobre o direito na época, porquanto era possível meramente, sem que levados em conta costumes, razões históricas e congêneres, argumentar que a resposta para uma dada questão jurídica era aquela dada pela lei e não uma outra resposta qualquer⁹⁹. Sem sombra de dúvidas um ganho de simplicidade expressivo!

Eis o Código Civil de Napoleão de 1804¹⁰⁰, diploma responsável por uma influência generalizada no alcunhado movimento da codificação, ocorrido no século XIX¹⁰¹. Códigos antecedentes a este não foram capazes de atingir o seu grau de sistematização, sendo esta uma importante razão para a grande influência do Código Civil francês, a qual

⁹⁸ Diz a respeito WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 4. ed. Trad. António Manuel Lisboa Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2010, p. 379: “...é precisamente a crença jusracionalista na possibilidade de um direito justo em absoluto (numa certa situação histórica) que faz crer ao legislador que é possível regular uma vez por todas qualquer situação pensável”.

⁹⁹ João Maurício Adeodato obtempera que a razão filosófica do desenvolvimento do legalismo na era moderna está fincada no idealismo e também na sedução que a lógica e as matemáticas em geral desempenham nos filósofos. Cf. ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência**. (Em contraposição à Ontologia de Nicolai Hartmann). 4. Ed. Saraiva: São Paulo, 2009, passim.

¹⁰⁰ Uma passagem doutrinária explicativa acerca do Código Napoleônico. “A criação de um corpo sistemático de normas capaz de uniformizar o direito, suprimindo a obscuridade, a ambigüidade, a incompetência e a redundância entre os vários preceitos normativos regionais e setoriais, objetivando sua aplicação, revela uma vitória da razão sobre outras formas espontâneas de expressão cultural. E como movimento doutrinário proveniente dos grandes comentaristas do novo código, surge a chamada Escola da Exegese”. (In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 66). Além disso, é bastante comum se encontrar em obras, que Napoleão, extremamente preocupado com a possibilidade de os juízes interpretarem a sua codificação, teria exclamado: “meu Código está perdido!”. (WALDRAFF, Célio Horst. O mito da segurança jurídica, eficácia vinculante e eficácia persuasiva dos pré-julgados. Genesis: **Revista de Direito do Trabalho**, Curitiba, n. 128, 2003, p. 172).

¹⁰¹ Claro que esta não é uma afirmação dos criadores do Código, mas daqueles que o interpretaram, como bem afirmado doutrinariamente: Se o Código de Napoleão foi considerado o início absoluto de uma nova tradição jurídica, que sepulta completamente a precedente, isto foi devido aos primeiros intérpretes e não aos redatores do próprio Código. É de fato àqueles e não a estes que se deve a adoção do princípio da onipotência do legislador, princípio que constitui, como já se disse mais de uma vez, um dos dogmas fundamentais do positivismo jurídico (...). (In: BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução Márcio Publiesi. São Paulo: 1995, p. 73.)

só veio a passar por certo declínio a partir da vinda dos Códigos Civis da Alemanha de 1900 e da Suíça, este de 1907¹⁰².

Já se pode afirmar que a codificação exerceu uma influência categórica sobre a interpretação jurídica¹⁰³, de forma que se pode citar ao menos três premissas basilares justificadoras do que se afirmou: *primeira*) a proeminência e prosperidade da legislação, pois a codificação torna praticamente impraticável a presença de lacunas; *segunda*) na hipótese de eventual e rara lacuna, deve o intérprete se valer dos recursos da analogia, mas ainda assim não estaria ele “fugindo” da lei; *terceira*) caso de dúvida sobre a correta interpretação – insiste-se, apenas em hipótese tal – era admitida a busca e pesquisa da vontade do legislador (*voluntas legislatoris*), pois é este o autor da lei. Uma advertência, entretanto, é a de que tal “vontade” deveria ser atestada pelos trabalhos preparatórios à edição da lei.

Se fosse o caso de resumir ou encapsular as três premissas citadas em uma, seria esta: o interprete deve respeitar o texto, atendo-se, de modo austero e intransigente àquilo que se encontra dito nos códigos. E mais, agora em caráter de explicação: o juiz e demais aplicadores da lei não devem promover complementações ao texto legislado, sob pena de estarem assumindo função legislativa, o que é não só vedado como deveras repudiado¹⁰⁴. Ou ainda: deve o intérprete desenvolver a sua atividade completamente restringido à lei, pois não deve ele ir além dela, pois o texto legal contém o direito. Aliás, interpretar um texto era visto como um ato de calúnia à já destacada pretensão de racionalidade dos fundamentos políticos, jusfilosóficos e culturais da concepção de direito nutrida pela escola da exegese. O dever é, portanto, de uma “incondicional fidelidade aos textos legais, para fins de utilização de expressa doutrinação conhecida¹⁰⁵”.

¹⁰² GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 456-458.

¹⁰³ GENY, François. **Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif**. 2ª éd., Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1954, p. 20- 24.

¹⁰⁴ Segundo a doutrina: Os juristas do século XVIII já negavam aos juízes o poder de interpretarem a lei, a fim de evitar o arbítrio dos magistrados, devido à organização política, estruturada sob o absolutismo monárquico, sem a divisão de poderes. Com a Revolução Francesa, o princípio da divisão dos poderes foi consagrado. O Poder Legislativo passou a ser o único constitucionalmente capacitado a fazer leis. Deste modo, para os adeptos da Escola da Exegese, a lei só poderia ser interpretada através de seus textos, segundo a vontade do legislador. Se o Poder Judiciário modificasse a vontade do legislador estaria exorbitando seu poder e entrando na área de competência do Legislativo. (In: SEGANFREDDO, Sônia Maria S. **Como interpretar a lei**: a interpretação do direito positivo, Rio de Janeiro: Rio, 1981, p. 55-56).

¹⁰⁵ NEVES, A. Castanheira. **Digesta**: escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros. Coimbra: 1995. V.2, p. 187.

Então, quanto àquela pergunta preambular acerca de qual *método* influenciava a escola exegética, tem-se que esta partia de um método eminente racional¹⁰⁶, de caráter puramente dogmático, lastreado na apreciação exegética dos textos legislativos legais¹⁰⁷. Uma concepção legalista, pois a compreensão do direito se limitava à observação da lei, mesmo porque “Só o legislador, agindo em nome da nação soberana, tem o poder de elaborar o direito. Não pode, portanto, existir outra fonte de direito senão a lei¹⁰⁸”.

Norma e lei eram, pois, tidos como iguais, o que por si só reflete um paradoxo, ao menos para os dias atuais, como será demonstrado melhor adiante em momento oportuno. Por ora, basta que se diga que para a exegese francesa, a norma não é o produto da interpretação de um texto, ela é o próprio texto. Isto porque, a lei, como declaração de vontade do legislador que é, deve ser reproduzida com exatidão e fidelidade, de maneira que se o texto é claro e se não há dúvida quanto à intenção do legislador, sua aplicação deve se dar em seus termos mais precisos. Daí porque se mostra pertinente, no mais das ocasiões, desvendar o sentido preciso de um vocábulo ou até mesmo proceder-se à sua análise do ponto de vista sintático.

Eis ainda, o motivo pelo qual se afirma que a interpretação na escola da exegese é fundada em um método gramatical ou literal, também conhecido como textual, semântico ou

¹⁰⁶ Segundo afirma aqueles que se debruçam sobre a Escola da Exegese o Código Civil francês era tido como fruto da razão, daí porque deveria ser universal, rígido e atemporal. Eis, por oportuno, o que diz Antônio Hernández Gil afirma que “el conocimiento del Derecho pasó de la doxa (el practicismo no importa que erudito de los glosadores y exegetas) y de la filosofía (el Derecho natural racionalista) a la ciencia. Estos dos grandes sacrificados ante la ciencia – las reglas en su individualidad y el ideal del Derecho – no han dejado de formular protestas y reivindicaciones, que algunas veces se han convertido en incompatibles, pero es lo cierto que la ciencia jurídica quedó estereotipada, como hemos dicho, a imagen de la naturaleza y de la lógica”. (In: GIL, Antonio Hernández. **Problemas Epistemológicos de la Ciencia Jurídica**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1981. p. 23).

¹⁰⁷ Sobre os juristas tidos como racionalistas, vale a transcrição da seguinte lição: Os juristas racionalistas procediam totalmente de acordo com a escolástica, na medida em que também eles estavam convencidos da possibilidade de, a partir de um reduzido número de princípios superiores apriorísticos, extrair, através da pura dedução, todas as restantes regras de direito, sem ter em conta a realidade empírica, as circunstâncias espaciais e temporais (pois só assim se acreditava poder-se assegurar ao direito natural a validade universal, para todos os tempos e para todos os homens). Na realidade, acabava por se proceder empiricamente, quando se pediam “empréstimos” ao direito romano, cuja racionalidade se enaltecia (era o tempo da recepção). Só assim puderam nascer os grandes códigos jusnaturalistas. (KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 93.)

¹⁰⁸ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, 516.

filológico, sempre com o objetivo de se garantir a aclamada “segurança¹⁰⁹” na interpretação. Um encantamento pelas palavras, como bem denunciou a doutrina:

Os doutrinadores da Escola da Exegese incorporaram a ideologia de que a palavra tinha sentido pleno, de que tudo seria reduzido a ela. O mundo e seus conflitos seriam demarcados pelos limites da palavra. A afirmação tautológica de que a lei é a lei (Gesetz ist Gesetz, para lembrar os conceitualistas alemães, ou dura lex, sed lex – a lei é dura, mas é lei -, como um slogan dos exegetas) reproduzia a vocação a um novo regime que imprimiria ordem e previsibilidade, esgotando as irrupções do reino insondável das necessidades e dos interesses¹¹⁰.

Resumidamente, a interpretação se dava mediante a observação do texto como único objeto da interpretação e de maneira bastante objetiva¹¹¹. Esse objetivismo denunciado era combinado com uma metodologia de pura dedução lógica do sentido literal do texto legal. Só em hipóteses de dúvida, como dito anteriormente, recorria-se à vontade do legislador, a qual não se revelava de modo subjetivo, mas sim de forma comprovada, por meio de pesquisa dos trabalhos preparatórios à edição da lei. A vontade do legislador não era, então, discutida, debatida, contextualizada no momento histórico atual. Não! Ela era a razão política que o aplicador deveria se curvar, para, descobrindo-a, voltar a aplicar tal vontade mediante dedução lógica.

Logo, ou era o texto de lei a ser aplicado dedutivamente ou era a vontade do legislador que era aplicada de modo também dedutivo. Veja-se que não se saía dos lindes da lei, seja do texto, ou, em hipóteses marcadamente excepcionais da vontade política do legislador. Mas a aplicação do direito era pautada por este ambiente reducionista, uma simplificação pertinente àquele desígnio denunciado lá atrás neste tópico: o de romper com o passado!

Obviamente a argumentação era de certo modo tautológica, pois não havia necessidade de serem justificados os motivos ou razões outras, salvo as contidas na própria lei, que

¹⁰⁹ Engisch acerca da vinculação do juiz à lei, afirma: “Houve um tempo em que tranquilamente se assentou a ideia de que deveria ser possível estabelecer uma clareza e segurança jurídicas absolutas através de normas rigorosamente elaboradas, e especialmente garantir uma absoluta univocidade a todas as decisões judiciais (...). (In: ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Traduzido por J. Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 206).

¹¹⁰ LOPES, Mônica Sette. **Uma metáfora: música & direito**. São Paulo: LTr, 2006, p. 89.

¹¹¹ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 314. Em outra passagem, o mesmo autor destaca ponto interessante: “todo juiz ética e tecnicamente preparado decidirá da mesma maneira. Só haverá discrepância entre os juízes por erro e ignorância sobre a lei ou sobre o fato (problema técnico, gnosiológico) ou por desonestidade, má-fé (problema ético)”. (Idem, *Ibidem*, p. 443-444).

fornecia a única justificativa possível, de maneira prévia, suficiente e exclusiva. Se fossemos advogados à época, poder-se-ia afirmar que o que se discutia não era “o direito”, mas os “fatos”, em absoluta cisão entre um e outro. Em outra terminologia, discutia-se o fato tal, subsumia-se, enquadrava-se, nos lindes do texto legal “x” ou “y”, trazendo a reboque a consequência legal neles contida.

A decisão era justificada de modo similar, porquanto um dado fato, se enquadrado no texto legal “x”, trazia a lume a consequência “y”, sem maiores complicadores.

Tudo isso pode parecer muito simplório, pode-se até duvidar que o “método” exegético não mais encontra guarida no nosso dia-dia ou mesmo em nossos Códigos. Ledo engano! A exegese francesa continua a irradiar fortes efeitos em nossa interpretação¹¹². Veja-se, à guisa de exemplo, o que diz o conhecidíssimo e criticado art. 111, CTN:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:
I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;
II - outorga de isenção;
III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.

O que se observa do dispositivo, genericamente e sem a pretensão de ingressar em pormenores é que, em se tratando de benefícios fiscais, a legislação tributária deve ser interpretada literalmente. São inúmeras as críticas a ele dirigidas¹¹³, mas sua vigência

¹¹² Coleta-se, já aqui, um pequeno exemplo de recurso à interpretação literal, além daquilo que se explanou no corpo do texto: AGRAVO EM EXECUÇÃO CRIMINAL. RECURSO MINISTERIAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA DA PENA. TERMO INICIAL. DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO PARA AMBAS AS PARTES. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO LITERAL DA REGRA DO ART. 112, INC. I, DO CÓDIGO PENAL. DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. DECISÃO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. 1. O termo inicial da prescrição executória se dá com o trânsito em julgado para a acusação, ainda que posteriormente tenha se operado o trânsito em julgado para a defesa, *em observância à interpretação literal mais benéfica ao condenado da regra prevista no art. 112, inc. I, do Código Penal, bem como aos princípios da segurança jurídica e da legalidade estrita, o qual representa verdadeira garantia constitucional em matéria penal.* 2. Transcorridos mais de 04 (quatro) anos entre a data do trânsito em julgado da condenação para o Ministério Público (11/04/2011) e o início do cumprimento da pena, ocorre a prescrição da pretensão da executória, nos moldes do art. 110, § 1º, c/c art. 109, inc. V, art. 112, inc. I, e art. 114, inc. II, todos do Código Penal. 3. Recurso desprovido. Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que são partes as acima indicadas, ACORDA a Egrégia Primeira Câmara Criminal, do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, na conformidade da ata e notas taquigráficas da sessão, que integram este julgado, à unanimidade de votos, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da eminente Relatora. (TJES, Classe: Agravo de Execução Penal, 100160035489, Relator: SÉRGIO BIZZOTTO PESSOA DE MENDONÇA - Relator Substituto: HELOISA CARIELLO, Órgão julgador: PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Julgamento: 16/11/2016, Data da Publicação no Diário: 02/12/2016).

¹¹³ Cf. CARVALHO, Paulo de Barros de. **Curso de Direito Tributário**, 8º ed. Saraiva: 1996, p. 80-82.

apenas atesta que resquícios da metodologia da exegese francesa ainda se encontram presentes nos tempos atuais.

Apenas para que não se caia no vazio, apenas em tom descritivo, um exemplo vem a calhar. Trata-se de caso em que se debateu a interpretação do inciso XIV do artigo 6º, da Lei 7.713/1998. O aludido dispositivo concede isenção de Imposto de Renda para os aposentados ou reformados, dotados de algumas incapacitantes moléstias.

Diz-se “algumas”, porque há uma lista de moléstias no inciso supra e este rol é tido como taxativo sob o olhar da Receita Federal do Brasil. Logo, a partir de uma interpretação estreita, pautada no texto puramente, nega-se a portadores de patologias gravíssimas, porém não inseridas no referido rol, o benefício fiscal em comento.

Claro que este posicionamento gerou discussão junto ao Poder Judiciário. De um lado a União Federal, sustentando a primazia do texto literal do art. 111, CTN e de outro, aqueles que, pautados no princípio constitucional da isonomia, apregoava a extensão do benefício fiscal.

Foi o Superior Tribunal de Justiça instado a enfrentar a polêmica, o que ocorreu no mês de agosto de 2010, através de análise de recurso sujeito ao rito dos recursos repetitivos, no caso o Recurso Especial n.º 1.116.620-BA.

O citado Recurso Especial versava, grosso modo, sobre pedido de extensão do benefício fiscal à pessoa portadora de Distonia Cervical. Uma doença grave, contudo, não contemplada do rol legal daquelas passíveis de gerar a outorga do benefício. A recorrente, claro, sustentou a isonomia fiscal, forte no artigo 150, II, da Constituição da República¹¹⁴. E assim, busca o afastamento da regra do art. 111, CTN, cujo mote é conferir interpretação literal à concessão de benefício fiscal, como já se disse.

¹¹⁴ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

Ela vê seu recurso ser improvido, pois fora reconhecido como taxativo o rol de patologias, tudo na forma do art. 111, CTN, sendo vedado ao intérprete e aplicador desbordar dos limites do texto legal, tal como queriam os exegetas. Eis a ementa e uma pequena demonstração de que, embora remonte a mais de um século de existência, temos sim, ainda hoje, aplicação de pressupostos exegéticos em nosso direito:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. IMPOSTO DE RENDA. ISENÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO PORTADOR DE MOLÉSTIA GRAVE. ART. 6º DA LEI 7.713/88 COM ALTERAÇÕES POSTERIORES. ROL TAXATIVO. ART. 111 DO CTN. VEDAÇÃO À INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. 1. A concessão de isenções reclama a edição de lei formal, no afã de verificar-se o cumprimento de todos os requisitos estabelecidos para o gozo do favor fiscal. 2. O conteúdo normativo do art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88, com as alterações promovidas pela Lei 11.052/2004, é explícito em conceder o benefício fiscal em favor dos aposentados portadores das seguintes moléstias graves: moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma. Por conseguinte, o rol contido no referido dispositivo legal é taxativo (numerus clausus), vale dizer, restringe a concessão de isenção às situações nele enumeradas. 3. Consectariamente, revela-se interdita a interpretação das normas concessivas de isenção de forma analógica ou extensiva, restando consolidado entendimento no sentido de ser incabível interpretação extensiva do aludido benefício à situação que não se enquadre no texto expresso da lei, em conformidade com o estatuído pelo art. 111, II, do CTN. (Precedente do STF: RE 233652 / DF - Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, DJ 18-10-2002. Precedentes do STJ: EDcl no AgRg no REsp 957.455/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 09/06/2010; REsp 1187832/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2010, DJe 17/05/2010; REsp 1035266/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2009, DJe 04/06/2009; AR 4.071/CE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/04/2009, DJe 18/05/2009; REsp 1007031/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/02/2008, DJe 04/03/2009; REsp 819.747/CE, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/06/2006, DJ 04/08/2006) 4. In casu, a recorrida é portadora de distonia cervical (patologia neurológica incurável, de causa desconhecida, que se caracteriza por dores e contrações musculares involuntárias - fls. 178/179), sendo certo tratar-se de moléstia não encartada no art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88. 5. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

Acaso seja de interesse a consulta do voto condutor, será viável observar que não foi ventilado o confronto de princípios e regras, pois não só o relator, como também o colegiado de modo geral, deu prevalência à interpretação literal. Veja-se um pequeno trecho do voto condutor:

Cinge-se a controvérsia à possibilidade de concessão de isenção de imposto de renda a aposentados portadores de outras doenças graves e incuráveis, que não as elencadas no art. 6º, XIV, da Lei 7.713/88, vale dizer, se o rol previsto neste dispositivo legal tem natureza taxativa ou exemplificativa. [...] É cediço que tanto a competência para tributar quanto para isentar são estreitamente vinculadas ao princípio da legalidade, consoante se deduz dos arts. 5º, II e 150, I, da Carta Maior, e do art. 97, VI, do CTN. Portanto, é mister a edição de lei formal para a concessão de isenções, devendo-se verificar o cumprimento de todos os requisitos estabelecidos pela respectiva lei, para que se efetive a renúncia fiscal. Neste diapasão, o conteúdo normativo do art. 6º, XIV, da Lei 7713/88, é explícito ao conceder o benefício fiscal tão-somente em favor dos aposentados portadores de moléstia grave às situações nele enumeradas [...]. Destarte, como consectário lógico, tem-se a impossibilidade de interpretação das normas concessivas de isenção de forma analógica ou extensiva, restando consolidado entendimento no sentido de descaber a extensão do aludido benefício à situação que não se enquadre no texto expresso da lei, em conformidade com o estatuído pelo art. 111, II, do CTN. [...] In casu, a recorrida é portadora de distonia cervical (patologia neurológica incurável, de causa desconhecida, que se caracteriza por dores e contrações musculares involuntárias - fls. 178/179), sendo certo tratar-se de moléstia não encartada no art. 6º, XIV, da Lei 7.713/98. Com essas considerações, DOU PROVIMENTO ao Recurso Especial. (grifos nossos, destaque no original) O entendimento exposto neste julgamento, como relatou o Ministro Fux, é compartilhado pelo Supremo Tribunal Federal, que entende que não há possibilidade de extensão de favor fiscal baseado nas seguintes premissas: 1) a isenção por ser norma excepcional deve ser interpretada restritivamente; 2) a concessão de isenção depende de um juízo de conveniência e oportunidade pelo Executivo ou Legislativo; 3) depende de uma lei específica para sua concessão; e 4) o Judiciário, ao estender o benefício, estaria agindo como legislador positivo.

Portanto, ainda nos dias atuais, pode-se constatar fortemente o estilo exegético de interpretação, argumentação e também de decisão jurídica. Descritivamente, deu-se um, dentre tantos outros possíveis exemplos. Ela – a exegese francesa – subsiste, em menor grau, mas está aí, com aqueles mesmo objetivo: garantir a simplicidade e a segurança das operações de interpretação, argumentação e decisão.

2.2. A ESCOLA HISTÓRICA E O RACIONALISMO ILUMINISTA: SUA INFLUÊNCIA NO MODO DE DECIDIR ATUAL.

A escola histórica tem como grande marca o referendo ao prestígio dos chamados “eruditos” no meio jurídico da Alemanha. Os eruditos passaram a ser respeitados neste país e a escola se desenvolve do final do século XVIII e início do século XIX, em um clima científico dominado pelo racionalismo iluminista, pelo qual o mundo deveria ser compreendido de maneira mecanicista, formal e geométrica, mesmo porque a razão era alçada à uma categoria de supremo saber.

Sabe-se que na Idade Média o Iluminismo procurou romper com todas as suas tradições científicas. Porém, embora nobre tal intenção, a concepção de razão iluminista era eminentemente formal, mecânica até, porquanto objetivava enxergar todas as ciências por um viés matemático. Um racionalismo teórico, que deixava de lado a outra margem da razão, para ser utilizada a conhecida dicotomia de Kant: a razão prática.

Sobrava razão teórica, contudo ausente a razão prática. Em termos de humanidade, diga-se assim, o Iluminismo foi pobre, de onde se pode afirmar que em termos jurídicos, algo ficou de fora, mesmo porque o direito é permeado também por razão prática e não apenas por razão teórica. A compreensão da escola histórica tinha um ponto interessante, antes de mais nada, a compreensão do direito como um acontecimento histórico e cultural de um povo.

Veja-se: a pretensão iluminista era negar o passado, romper com as trevas, tão características da Idade Média; a revés, a escola histórica reage, insurge-se contra tal modelo racionalista de compreensão e sustenta um direito como resultado da compreensão do espírito do povo, cuja evolução e formação decorre da historicidade, da cultura e não de um raciocínio mecanicista, característico das ciências exatas.

O grande nome da escola histórica do direito, sem sombra de dúvida, é Friedrich Carl von Savigny¹¹⁵, autor que, convém lembrar, possui duas “fases”. Na primeira, quando ainda em sua juventude, o autor se caracterizou por um legalismo estrito, o que muito o aproximava dos postulados da escola da Exegese. Savigny, portanto, equiparava o direito ao direito legislado¹¹⁶. Na sua segunda fase, mais maduro, Savigny ultrapassa esta concepção puramente legalista e coloca sob realce os costumes comunitários do povo em sua compreensão do direito. Aí sim, nesta fase, pode-se dizer que o pensamento de Savigny confere base segura para a Escola Histórica do Direito.

¹¹⁵ A este respeito, vale conferir: NEVES, A. Castanheira. **Digesta**: escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros. Coimbra: Coimbra, 1995, v. 2, p. 205; Também importante: WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2ª ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 401-402.

¹¹⁶ Cf. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª Ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 10.

Algo, entretanto, é preciso que fique claro. A Escola Histórica, quando faz referência ao “espírito do povo” não o faz em um sentido metafísico, com vistas a uma pretensão de universalidade homogênea e estanque. Compreender o direito como um acontecimento histórico era mais que isso! Significa que a atenção do jurista é voltada para a positividade do direito, mas também para sua realidade, temporalmente condicionada. Em outros termos, pode-se dizer que se encontra imbricado o aspecto temporal e de realidade na positividade do Direito, que, visto por esta perspectiva, torna-se algo dinâmico.

Desta maneira, a Escola Histórica objetivava sair daquele absolutismo dogmático, vindo a considerar, como já dito, o direito como um acontecimento cultural e histórico, o que a distancia da exegese francesa, como sói perceber. Havia, então, uma dupla fundamentação teórica na Escola Histórica: uma decorrente da crítica ao Iluminismo e a outra na necessidade epistêmica de se compreender a verdade sobre o direito, por intermédio de uma ciência cultural e histórica.

Além disso, pode-se visualizar, a título de justificação prática, ao menos dois fatores básicos orientativos: 1º) a necessidade de se levar a efeito uma investigação histórica não só do direito costumeiro, como também das instituições jurídicas; 2º) a renúncia de um ou outros princípios apriorísticos. Nada é válido e justificado *a priori*, pois tudo mantém uma correlação com os aspectos históricos e culturais de formação de um determinado princípio jurídico ou valor.

O abandono do texto da lei e da vontade do legislador como mote interpretativo, argumentativo e decisional se mostrava nítido. Saem, pois, de cena texto e vontade do legislador, para figurarem como protagonistas as tradições culturais e a evolução das instituições de uma dada comunidade. Perceba-se que a escola histórica estava mirando sua artilharia em algo que era caro ao Idealismo Jusnatural: o rompimento com o passado de trevas, com o advento da construção de um novo futuro.

Ora, se a lei escrita e sua sistematização codificada tem exatamente esse desiderato – romper com o passado, vez que desnecessário o argumento histórico, mostrando-se bastante o argumento “legal” -, a escola histórica visualizava a importância exatamente em um elemento diferenciado, cultural, fundado na experiência. Por isso a doutrina afirma

que na Escola Histórica, “O passado não teria apenas o valor pedagógico de uma experiência, mas um autêntico valor ontológico¹¹⁷”.

Pois bem, a grande pergunta é: se o direito não era apenas fruto da legislação, como promover uma adequada interpretação, argumentação e acima de tudo, qual o caminho percorrido para se chegar à decisão jurídica?

Bom, ao contrário da Escola da Exegese, em que a interpretação voltava olhares para os elementos sintáticos do texto legal (interpretação gramatical, pois), na Escola Histórica, como sói perceber, a interpretação e aplicação se dava de um modo mais sofisticado. Isto porque se o direito deveria ser interpretado a partir de tradições históricas e culturais, por certo se tem um maior esforço por parte do intérprete.

Eis o motivo de terem sido criados alguns métodos científicos. São quatro os elementos interpretativos desta escola: o gramatical, o lógico, o histórico e o sistemático. Tempos depois fora adicionado a estes o elemento teleológico, através da contribuição de Rudolf Von Jhering¹¹⁸. Uma passagem do autor citado bem ilustra o ponto:

Enquanto teoria individualista, como doravante passarei a chama-la, ao invés de individualista-teleológica, situa no indivíduo a finalidade da moral, a teoria social (passarei, igualmente, a omitir o acréscimo ‘teleológico’) a coloca na sociedade, ou, para usar meu modo de expressão, enquanto para aquela o sujeito final da moral é o indivíduo, para essa é a sociedade. Resumindo em poucas palavras, estabelece a última: a existência e o bem-estar da sociedade constituem a finalidade de todas as normas morais¹¹⁹.

¹¹⁷ NEVES, A. Castanheira. **Digesta**: escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros. Coimbra: Coimbra, 1995, v. 2, p. 207.

¹¹⁸ João Baptista Herkenhoff afirma que entre as grandes contribuições de Ihering para teoria jurídica esta o método de interpretação “teleológico”: “Pregou que as regras jurídicas e as soluções que consagram são determinadas pelo fim prático e pelo fim social das instituições. O método próprio do Direito é o teleológico, uma vez que a missão do Direito é adaptar os meios à concepção dos fins, na realização dos interesses sociais” (HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito**: à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política. 5 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.45). Com efeito, é preciso destacar que passados mais de um século da vinda da obra de Ihering, o método teleológico é ainda utilizado pela hermenêutica vigente. Eis, por exemplo, o que diz a vigente Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, de 4 de setembro de 1942, em seu artigo 5º: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Pregou que as regras jurídicas e as soluções que consagram são determinadas pelo fim prático e pelo fim social das instituições. O método próprio do Direito é o teleológico, uma vez que a missão do Direito é adaptar os meios à concepção dos fins, na realização dos interesses sociais.

¹¹⁹ JHERING, Rudolf Von. **A finalidade do direito**. Trad. Heder K. Hoffman. Cambinas: Bookseller, 2002, t. II, p. 98.

Pois bem, a interpretação gramatical denota, como o nome diz, um modelo lastreado na literalidade, no léxico. É, pois, descontextualizada e não leva em conta questões históricas e evolutivas. Baseia-se, ao contrário, apenas em uma lógica forma, de análise sintática da linguagem, portanto, restrita às conexões existentes entre os elementos sintáticos do texto interpretado.

Passando à interpretação lógica, observa-se que esta estabelece uma relação entre o sentido do texto (objeto) interpretado, bem como suas possibilidades de generalização, para outros casos, mediante indução. Estabelece também, a relação entre o sentido geral do texto interpretado e suas possibilidades de concretização em casos diversos, mediante dedução. Perceba-se, entretanto, que, conquanto a Escola Histórica se aproxime da Exegética nesse pormenor - lógica embasada na subsunção -, na Escola Histórica, a proposição jurídica (premissa maior) não é a lei, mas o que se compreende cientificamente por direito costumeiro. Isso é o que servirá de premissa maior para fins de futura subsunção com o fato ocorrido no caso analisado.

Por sua vez, a interpretação sistemática, correlaciona esta proposição normativa com outras tantas proposições relacionáveis. Para que esse elemento – o sistemático – seja relacionado com uma proposição jurídica, não se pode esquecer do contexto em que esta está inserida; em outros termos: é vedada a análise de um texto de modo isolado, sem a atenção devida ao contexto sistemático e institucional no qual ele se encontra inserto¹²⁰.

A interpretação histórica, como já dito e redito, conduz ao sentido histórico de uma dada proposição jurídica. Entram em cena aqui as pesquisas direcionadas às exposições de motivos de leis, as razões que a justificam, dentre outros. Esta, portanto, a consequência da interpretação histórica.

Não é complexo perceber que, exatamente pelo fato de a pesquisa aos motivos de uma proposição ser direcionada, antes de tudo, ao que se pretende a título de expectativa futura, a interpretação histórica acarreta uma interpretação teleológica. O objeto da norma, sua finalidade, torna-se deveras importante, mesmo porque o passado histórico é

¹²⁰ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 11.

relevante sim, mas só o é porque conhecer tais razões são relevantes para melhor compreender aquilo que se almeja no futuro: a finalidade¹²¹ do direito.

São muitos os exemplos de aplicação do método de interpretação da Escola Histórica nos dias de hoje. Aliás, grande parte dos livros de Introdução ao Estudo do Direito e dos Manuais voltados a Concursos Públicos, muitos deles utilizados em grande escala por estudantes de graduação e até mesmo no âmbito de cursos que deveriam possuir maior “fôlego”, insistem nesse estilo de interpretação. É criticável a utilização desse método, pois a aposta nos “métodos” acaba por dogmatizar uma compreensão do fenômeno jurídico que deveria ser visto como um acontecimento histórico e cultural, como adiante será pormenorizado.

Mas por certo se trata de um modelo interpretativo muito corriqueiro na práxis forense. Para exemplificar o que está sendo dito, vale lembrar que são muitos os Tribunais Regionais Federais que apreciaram questões envolvendo a extensão das Imunidades Tributárias aos livros eletrônicos (vide art. 150, VI, d, CF). Decisões favoráveis foram proferidas, a partir de um viés interpretativo-teleológico. A ideia era fornecer efetividade aos princípios constitucionais da livre manifestação de pensamento, de expressão da atividade intelectual, comunicação e de acesso à informação. Aliás, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no âmbito do Processo 1998.04.01.090888-5, cujo Relator designado fora o Juiz João Pedro Gebran Neto, valeu-se do elemento teleológico (finalístico) dantes mencionado, como também do método sistemático, o que se observa por simples leitura da ementa do julgado:

Constitucional. Tributário. Imunidade. Jornal. CD-Rom. 1 - O fato de o jornal não ser feito de papel, mas veiculado em CD-Rom, não é óbice ao reconhecimento da imunidade do artigo 150, VI, d, da Constituição Federal, porquanto isto não desnatura como um dos meios de informação protegidos contra a tributação.

2 - *Interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional*, segundo a qual a imunidade visa a dar efetividade aos princípios da livre manifestação de pensamento, de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, de acesso à informação aos meios necessários para tal, o que deságua, em última análise, no direito de educação, que deve ser fomentado pelo Estado visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, havendo liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (art., 5º, IV, IX, XIV, 205, 206, II, etc.).

¹²¹ Se, como mencionado, deve-se a Jhering esse perspectiva finalística e teleológica

Existem diversos outros julgados semelhantes. Em outros Tribunais Regionais Federais, colhem-se posicionamentos favoráveis à tese das imunidades tributárias aos chamados “livros eletrônicos”, sempre à luz de uma metodologia interpretativa colhida da Escola Histórica do Direito, muito presente, como se vê, nestes tempos atuais:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE. LIVROS ELETRÔNICOS E ACESSÓRIOS. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA E EVOLUTIVA. POSSIBILIDADE. 1. Na hipótese dos autos, a imunidade assume a roupagem do tipo objetiva, pois atribui a benesse a determinados bens, considerados relevantes pelo legislador constituinte. 2. O preceito prestigia diversos valores, tais como a liberdade de comunicação e de manifestação do pensamento; a expressão da atividade intelectual, artística e científica e o acesso e difusão da cultura e da educação. 3. Conquanto a imunidade tributária constitua exceção à regra jurídica de tributação, não nos parece razoável atribuir-lhe interpretação exclusivamente léxica, em detrimento das demais regras de hermenêutica e do “espírito da lei” exprimido no comando constitucional. 4. Hodiernamente, o vocábulo “livro” não se restringe à convencional coleção de folhas de papel, cortadas, dobradas e unidas em cadernos. 5. Interpretar restritivamente o art. 150, VI, d da Constituição, atendo-se à mera literalidade do texto e olvidando-se da evolução do contexto social em que ela se insere, implicaria inequívoca negativa de vigência ao comando constitucional. 6. *A melhor opção é a interpretação teleológica, buscando aferir a real finalidade da norma, de molde a conferir-lhe a máxima efetividade, privilegiando, assim, aqueles valores implicitamente contemplados pelo constituinte.* 7. Dentre as modernas técnicas de hermenêutica, também aplicáveis às normas constitucionais, destaca-se a interpretação evolutiva, segundo a qual o intérprete deve adequar a concepção da norma à realidade vivenciada. 8. Os livros são veículos de difusão de informação, cultura e educação, independentemente do suporte que ostentem ou da matéria prima utilizada na sua confecção e, como tal, fazem jus à imunidade postulada. Precedente desta E. Corte: Turma Suplementar da Segunda Seção, ED na AC n.º 2001.61.00.020336-6, j. 11.10.2007, DJU 05.11.2007, p. 648. 9. A alegação de que a percepção do D. Juízo a quo ingressa no campo político não merece acolhida, haja vista que interpretar um dispositivo legal é exercício de atividade tipicamente jurisdicional. 10. Não há que se falar, de outro lado, em aplicação de analogia para ampliar as hipóteses de imunidade, mas tão-somente da adoção de regras universalmente aceitas de hermenêutica, a fim de alcançar o verdadeiro sentido da norma constitucional. 11. Apelação e remessa oficial improvidas. (Apelação em Mandado de Segurança n.º 216577 do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Publicado no DJF-3 de 03.11.2008)

O mais interessante é que essa, digamos, “celeuma” interpretativa que assola nossos Tribunais acarreta situações das mais inusitadas. Como se percebe já neste ponto, pelo reles comparativo entre o que fora dito no tópico antecedente e no atual, não há uma criteriológica decisória. Métodos são escolhidos, talvez por preferência pessoal de um ou outro julgador, ou mesmo para legitimar uma decisão intrinsecamente tomada, porém exteriorizada depois, com aportes teóricos de uma dada escola interpretativa, que lhe daria um “ar” de legitimidade.

Exemplo claríssimo disso ocorreu quando essa mesma questão – a imunidade dos livros eletrônicos – reconhecida nos julgados exemplificativos acima, foi negada tempos depois. Mas a negativa se deu porque a forma interpretativa também foi modificada. Quando do reconhecimento da imunidade, a teleologia da regra, quando da negativa, o apego a elementos linguísticos do texto. Algo muito interessante! Bom, em meio ao Recurso Extraordinário nº 330.817 do STF, fora externada posição contrária à extensão da imunidade tributária aos livros eletrônicos, conquanto outros Tribunais tenham privilegiado o entendimento da extensão da imunidade tributária em comento.

Delineando melhor, no já citado Recurso Extraordinário nº 330.817 (Dje – 040, publicado em 05/03/2010) o Ministro Suprema Corte, Exmo. Dias Toffoli, compreendeu que a imunidade tributária dos livros em papel não é extensiva aos livros em formato eletrônico, com o seguinte fundamento: “a jurisprudência da Corte é no sentido de que a imunidade prevista no artigo 150, inciso VI, alínea d, da Constituição Federal, conferida a livros, jornais e periódicos, não abrange outros insumos que não os compreendidos na acepção da expressão “papel destinado a sua impressão”.

Em resumo, afirmou S. Exa, que a imunidade conferida pelo artigo 150, VI, d da Constituição não deve ser estendida a outros insumos não compreendidos no significado da expressão “papel destinado à sua impressão”, o que no fundo no fundo significa um apego ao elemento linguístico do dispositivo interpretado, pois o artigo sob enfoque utiliza exatamente a expressão que se encontra em aspas transcrita anteriormente. A decisão, pela pertinência, segue transcrita na íntegra:

Vistos. Estado do Rio de Janeiro interpõe recurso extraordinário, com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão da Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim do: Duplo Grau de Jurisdição. Mandado de Segurança. Imunidade concernente ao ICMS. Art. 150, VI, d, da Constituição Federal. Comercialização da Enciclopédia Jurídica eletrônica por processamento de dados, com pertinência exclusiva ao seu conteúdo cultural software. Livros, jornais e periódicos são todos os impressos ou gravados, por quaisquer processos tecnológicos, que transmitem aquelas ideias, informações, comentários, narrações reais ou fictícias sobre todos os interesses humanos, por meio de caracteres alfabéticos ou por imagens e, ainda, por signos. A limitação do poder de tributar encontra respaldo e inspiração no princípio no Tax on Knowledgs. Sentença que se mantém em duplo grau obrigatório de jurisdição (fl. 94). Alega o recorrente contrariedade ao artigo 150, inciso VI, alínea d, da Constituição Federal. Contra-arrazoado (fls. 112 a 137), o recurso extraordinário (fls. 98 a 109) foi admitido (fls. 143 a 145). Opina o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner de Castro Mathias Netto, pelo desprovimento do recurso (fls. 160 a 164). Decido. Anote-se, inicialmente, que o acórdão recorrido foi publicado

em 15/9/2000, conforme expresso na certidão de folha 96, não sendo exigível a demonstração da existência de repercussão geral das questões constitucionais trazidas no recurso extraordinário, conforme decidido na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 664.567/RS, Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 6/9/07. *A irresignação merece prosperar, haja vista que a jurisprudência da Corte é no sentido de que a imunidade prevista no artigo 150, inciso VI, alínea 'd', da Constituição Federal, conferida a livros, jornais e periódicos, não abrange outros insumos que não os compreendidos na acepção da expressão papel destinado a sua impressão.* Sobre o tema, anote-se: Tributário. Imunidade conferida pelo art. 150, VI, d da Constituição. Impossibilidade de ser estendida a outros insumos não compreendidos no significado da expressão papel destinado à sua impressão. Precedentes do Tribunal. - Incabível a condenação em honorários advocatícios na ação de mandado de segurança, nos termos da Súmula 512/STF. Agravos regimentais desprovidos (RE nº 324.600/SP-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 25/10/02). ISS. Imunidade. Serviços de confecção de fotolitos. Art. 150, VI, d, da Constituição. - Esta Corte já firmou o entendimento (a título exemplificativo, nos RREE 190.761, 174.476, 203.859, 204.234, 178.863) de que apenas os materiais relacionados com o papel - assim, papel fotográfico, inclusive para fotocomposição por laser, filmes fotográficos, sensibilizados, não impressionados, para imagens monocromáticas e papel para telefoto - estão abrangidos pela imunidade tributária prevista no artigo 150, VI, d, da Constituição. - No caso, trata-se de prestação de serviços de composição gráfica (confecção de fotolitos) (fls. 103) pela recorrida a editoras, razão por que o acórdão recorrido, por ter essa atividade como abrangida pela referida imunidade, e, portanto, ser ela imune ao ISS, divergiu da jurisprudência desta Corte. Nesse sentido, em caso análogo ao presente, o decidido por esta 1ª Turma no RE 230.782. Recurso extraordinário conhecido e provido (RE nº 229.703/SP Primeira Turma, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 17/2/02). Recurso extraordinário inadmitido. 2. Imunidade tributária. Art. 150, VI, d, da Constituição Federal. 3. A jurisprudência da Corte é no sentido de que apenas os materiais relacionados com o papel estão abrangidos por essa imunidade tributária. 4. Agravo regimental a que se nega provimento (AI nº 307.932/SP-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Néri da Silveira, DJ de 31/8/01). No mesmo sentido, as seguintes decisões monocráticas proferidas em processos em que a matéria discutida é especificamente a imunidade tributária incidente sobre livros eletrônicos (CD-ROM): RE nº 416.579/RJ, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ RE nº 282.387/RJ, Relator o Ministro Eros Grau, DJ de 8/6/06 e AI nº 530.958/GO, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ de 31/3/05. Ante o exposto, nos termos do artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, conheço do recurso extraordinário e lhe dou provimento para denegar a segurança. Sem condenação em honorários, nos termos da Súmula nº 512/STF. Custas ex lege. Publique-se. Brasília, 4 de fevereiro de 2010. Ministro DIAS TOFFOLI Relator

O mais atraente de tudo isso é que o desfecho final do processo se altera completamente. O Supremo Tribunal Federal reconhece a existência de repercussão geral da questão constitucional (o art. 150, VI, d, CF), quando ainda pendentes embargos de declaração no processo cuja decisão fora transcrita acima. E o mesmo Ministro que havia dado provimento ao Recurso Extraordinário da entidade pública, passa a concordar com a existência de repercussão geral nestes autos. Uma verdadeira guinada!

E o Ministro faz apontamentos interessantes, pois percebe, tal como denunciado aqui, que a depender da forma como se interpreta esta situação, o fim do caso seria absolutamente antagônico, para um ou outro lado. Ao reconhecer a repercussão geral, Dias Toffoli assim se pronuncia:

No âmbito jurídico, a controvérsia repousa na dicotomia atualmente existente na hermenêutica quanto à interpretação do art. 150, inciso VI, alínea d, da Constituição Federal. Dependendo da corrente hermenêutica adotada, se restritiva ou extensiva, o dispositivo terá essa ou aquela interpretação. A corrente restritiva possui um forte viés literal e concebe que a imunidade alcança somente aquilo que puder ser compreendido dentro da expressão papel destinado a sua impressão.

(...)

É importante frisar que a adoção da corrente restritiva não é unânime na doutrina, tampouco nesta Corte. Apesar de a maioria admitir que a norma imunizante deve alcançar somente o papel e seus derivados, alguns Ministros já sinalizaram que esse não é o melhor entendimento que se deve dar ao caso.

(...)

Em contraposição à corrente restritiva, os partidários da corrente extensiva sustentam que, segundo uma *interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional*, a imunidade serviria para se conferir efetividade aos princípios da livre manifestação do pensamento e da livre expressão da atividade intelectual, artística, científica ou de comunicação, o que, em última análise, revelaria a intenção do legislador constituinte em difundir o livre acesso à cultura e à informação. A concepção extensiva destaca que o foco da desoneração não pode ser o suporte, mas, sim, antes de tudo, a própria difusão de obras literárias, periódicos e similares.

Portanto, no caso em apreço, almeja-se aferir se o legislador, ao criar a norma imunizante, realmente pretendeu contemplar apenas o papel e seus derivados ou, finalisticamente, pretendeu acobertar, de forma genérica, outros suportes físicos ou mesmo imateriais utilizados na veiculação de livros, periódicos e similares.

O desfecho do intrincado e curioso caso se deu, por mais incrível que pareça, de forma unânime no Supremo Tribunal Federal. A Corte decidiu que livros eletrônicos e os suportes próprios para sua leitura são sim contemplados pela imunidade tributária do artigo 150, inciso VI, alínea “d”, da Constituição Federal, o que, portanto, deu ensejo à negativa de provimento do Recurso Extraordinário nº 330817, aqui comentado em tom exemplificativo.

Foi, pois, o relator da ação, ministro Dias Toffoli, quem capitaneou o argumento de que a imunidade constitucional alcança também o livro digital, mesmo porque, disse o ministro, tanto a Carta Federal de 1969 quanto a Constituição de 1988, no que consideram imunes determinado bem, livro, jornal ou periódico, voltam o seu olhar para a *finalidade da norma*, de modo a potencializar a sua efetividade. Foi além S. Exa ao dizer, inclusive,

que o argumento de que a vontade do legislador histórico foi restringir a imunidade ao livro editado em papel, não se sustenta.

Isto porque, ainda nos termos gerais de seu voto, o vocábulo “papel” constante da norma não busca referenciar apenas ao método impresso de produção de livros, porquanto deve ser reservado a tal situação um olhar teleológico, de forma que a regra da imunidade alcança aparelhos leitores de livros eletrônicos ou e-readers, confeccionados exclusivamente para esse fim, muito embora estejam equipados com funcionalidades acessórias que auxiliem a leitura digital como acesso à internet para download de livros, possibilidade de alterar tipo e tamanho de fonte e espaçamento.

Perceba-se, para o Ministro, mudanças históricas, fatores políticos e sociais atuais, decorrentes do avanço tecnológico ou mesmo da preocupação ambiental, denotam uma equiparação do papel aos suportes utilizados para a publicação dos livros. Típica forma de ver e interpretar o direito nos moldes da Escola Histórica!

Pois bem, a partir desses pontos, fica mais que claro que a Escola Histórica detém méritos. Seus métodos – gramatical, lógico, sistemática e teleológico – de interpretação vão além da singeleza da exegese de textos legislativos. Mas há problemas e um deles, por certo, liga-se ao fato de que se o direito é compreendido como um acontecimento histórico, a escola em questão acaba por dogmatizar esta história. A ideia era combater o racionalismo, mas foi criado um outro, ainda que sob outra roupagem. Por isso, parece-nos não ser demasia afirmar que a grande e talvez única diferença da Escola Histórica para com o racionalismo iluminista¹²² é que a primeira dogmatizou suas próprias recomendações, porquanto ao fazer a opção pelo sistemático, destrói e fulmina o elemento que lhe deveria ser mais caro, o histórico.

Assiste razão a Larenz quando conclui que a Escola Histórica detém uma metodologia de interpretação embasada no ideário de um sistema analítico e conceitual; um sistema

¹²² WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 4. ed. Trad. António Manuel Lisboa Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2010, p. 452.

dotado de proposições jurídicas abstratas, que é historicamente fundamentado, mas que não deixa de ser dogmático, porquanto não prescinde de um fundamento histórico¹²³.

De mais a mais, e para fins de encerramento deste tópico, por certo o caso da imunidade supra referenciado mostra o quão volátil é a argumentação na Escola Histórica. Afinal a referência a falas do gênero “espírito comunitário do povo” ou similares, são comumente empregadas quando ausentes melhores motivos para justificar uma ou outra interpretação, algo bem análogo à utilização, igualmente ameaçadora e atual, de conceitos indeterminados como “boa-fé”, “moralidade”, “bons costumes”, dentre tantos e tantos outros.

2.3. COMPREENDENDO O MOVIMENTO DO DIREITO LIVRE E O PARADIGMA QUE NORTEOU SUA CONCEPÇÃO.

Com a aceção de que a segurança formal propiciada pelos “métodos” não garantiria o conhecimento verdadeiro nem nas ciências exatas, o que dirá nas humanas, nasce, ao fim do século XIX, o Movimento do Direito Livre. Um de seus expoentes é Hermann Kantorowicz¹²⁴, autor que objetivava, em brevíssima síntese, promover uma contraposição entre a “rigidez da certeza do direito, muitas vezes sufocante, e a flexibilidade da decisão individual, muitas vezes imprevisível”. E além disso, sobredita teoria, a partir do nacional-socialismo, fora utilizada “para desvincular os juizes do respeito à lei e para obter, assim, uma jurisprudência de partido”¹²⁵.

Diante disso, já se pode asseverar, em tom de adiantamento e fixação de premissas, que o movimento do Direito Livre tinha por verdadeiras e autênticas fontes da decisão judicial a razão prática e o senso de justiça do aplicador do direito, o que, no fundo, quer dizer que o juiz era como um legislador, em um domínio menor: o do caso concreto.

¹²³ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 17.

¹²⁴ O movimento do direito livre – expressão de autoria de Eugen Ehrlich – teve Hermann Kantorowicz – que utilizava o pseudônimo de Gnaeus Flavius – como seu principal pensador.

¹²⁵ LOSANO, Mário. **Sistema e estrutura do Direito: O século XX**. Trad. Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, volume 2, 2010, pp. 158 e 163.

O direito era visto através de uma lente mais apegada à prática; era, portanto, tido como menos teórico, mas aberto, solto, ou seja, livre, mesmo porque não dotado de uma fundamentação precisa capaz de lhe conferir sistematicidade. A doutrina chega a afirmar que os adeptos de tal movimento, “deixaram, no fundo, à disposição de cada um que por tal entenda aquilo que lhe aprouver¹²⁶”.

Perceba-se que se tratava de um Movimento e não de uma Escola propriamente dita. Um movimento esparso, aliás, que promovia críticas em desfavor do formalismo lógico e das maneiras pelas quais se dava o processo de interpretação e de decisão jurídicas. Um protesto então! Que direcionava suas críticas em face de uma concepção teórica da época, mas que não tinha motivos ou objetivos capazes de lhe conferir uma identidade própria a ponto de lhe dar a alcunha de uma “Escola” do Direito Livre.

O mote do movimento era simples: a promoção da abertura do direito e a possibilidade de ser dada ao juiz/aplicador uma liberdade maior de decidir¹²⁷. Equivale afirmar: dito movimento entrava em choque com concepção metodológica consagrada pelo exegetismo francês e com pandectística alemã. Trava, assim, verdadeira batalha contra alguns dos postulamentos fundantes do positivismo, dentre os quais (a) o legalismo

¹²⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 79.

¹²⁷ Vale registrar que Giorgio Del Vecchio, há bastante tempo, elenou os riscos à liberdade dos cidadãos, quando presentes concepções apegadas a vertentes ideológicas que conferem ampla liberdade ao juiz em relação à lei: “É digna portanto de oposição a tendência que hoje se manifesta na escola do chamado direito livre: pela qual se entende deixar ao arbítrio do juiz, não somente a decisão do caso em questão, mas também a declaração da norma a seguir na mesma decisão. Vêm assim a desconhecer-se inteiramente os requisitos e os limites lógicos da função judicial, o quais, no Estado moderno, têm também o significado duma fundamental garantia de liberdade. O uso impróprio das palavras não deve induzir em erro: a pretendida ‘liberdade na aplicação do direito’ constituirá efetivamente, além dum paralogismo teórico, um perigo permanente contra a liberdade jurídica dos cidadãos, que tem precisamente a sua base na certeza do direito, e, especialmente, na indiscutível soberania da lei.” (...)“Não quer isso dizer, bem entendido, que o juiz se deva tornar cego instrumento de aplicação mecânica do direito. Enquanto se opusesse somente a tal concepção ‘Freirechtliche Bewegung’ seria ela plenamente justificada. Ninguém pode desconhecer que a interpretação do direito, e principalmente a que se exige do juiz, tem o caráter dum verdadeiro e original repensamento que supõe uma especial aptidão, procurando aproveitar as sugestões nascentes das soluções em contínua renovação. A interpretação do juiz é um elemento subordinado, mas necessário para o desenvolvimento do sistema vigente: ela suscita, como um fermento, as potências ideais passadas e chega a descobrir mesmo nas leis antigas significados que os próprios autores não puderam entrever. Ficam portanto imutáveis na interpretação os fundamentos lógicos do sistema e a unidade orgânica da sua estrutura, ao passo que dentro desses limites o sistema recebe, com a sua aplicação, novos e fecundos incrementos.” (DEL VECCHIO, Giorgio. **Direito, Estado e Filosofia**. Trad. Luiz Luigi. Rio de Janeiro: Livraria Editora Politécnica Ltda., 1952.p. 55-56).

estatista; (b) a plenitude lógica do sistema; e, também o de que (c) o direito seria como uma entidade racional subsistente em si¹²⁸.

Isto se dá porque o Movimento do Direito Livre compreendia que as decisões judiciais, mais do que pura dedução lógica, são fruto de uma atividade criadora, que, ao ser levada a efeito, faz exsurgir sentimento de justiça do juiz, que se manifesta pela solução do problema apresentado, implementada por um ato de vontade e só depois desta solução a fundamentação lógico-jurídica aparece, para fins de dar o fundamento de validade ao que já se decidiu. Algo como o *decido e depois fundamento*.

Outrossim, Karl Larenz, aduz “que cada decisão judicial não é apenas a aplicação de uma norma já pronta, mas também uma atividade criadora de Direito¹²⁹”. Já Miguel Reale relata que para os adeptos do movimento do Direito Livre:

o juiz é como que legislador num pequenino domínio, o domínio do caso concreto. Assim como o legislador traça a norma genérica, que deverá abranger todos os casos futuros, concernentes à matéria, caberia ao juiz legislar, não apenas por equidade, mas toda vez que lhe parecer, por motivo de ordem científica, inexistente a lei apropriada ao caso específico: estamos, pois, no pleno domínio do arbítrio do interprete¹³⁰.

Há, portanto, como se percebe, uma afinidade para com os mais novos movimentos do direito vivo, direito achado na rua, realismo jurídico norte-americano ou mesmo com o direito alternativo¹³¹, pois um grande traço do Movimento do Direito Livre dos que foram ora citados é o de que o direito não é apenas lei escrita, ou o resultado de sua aplicação. Direito é o resultado da decisão jurídica, realizada por critérios extralegais, em especial a consciência do justo daquele que decide: o juiz.

¹²⁸ Castanheira Neves, Antônio. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros. Coimbra Editora, 1995. vol. II. p. 196.

¹²⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 78.

¹³⁰ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de direito**. 26ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 291.

¹³¹ Friede menciona que a corrente do Direito Alternativo que defende o afastamento das normas de Direito Positivo em prol de um direito mais justo. Faz críticas, entretanto: “Por efeito, devemos concluir não ser possível – a título de aplicação do denominado Direito Alternativo ou qualquer outro – produzir-se uma verdadeira subversão à ordem legal – na qualidade de garantidora última da estabilidade social -, criando (sem legitimidade e competência para tanto) um verdadeiro Direito paralelo, absolutamente divorciado das normas legais vigentes e da técnica jurídica própria, efetivamente vinculativa (e, portanto, restritiva) de sua correta interpretação”. (FRIEDE, Reis. **Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 42-43).

A abertura do sistema legal fechado constitui um grande “bandeira” do Movimento do Direito Livre, até pela circunstância de ser reconhecido por tal a presença de lacunas, como bem denuncia Gustav Radbruch:

o movimento do Direito livre reconhece também a competência do juiz para preenchê-las. Ao contrário do que seus opositores costumam afirmar, não autoriza o juiz a sobrepor-se à lei; exige a conformidade da sentença à lei, negando apenas que a decisão seja mera dedução da lei. Não pretende criar novo Direito para o juiz, mas apenas conscientizá-lo da necessidade de algo que ele sempre fez inconfessadamente, talvez sem dar-se conta: colocar suas forças a serviço da complementação da lei¹³².

Na fala de Kaufmann, “Direito livre quer dizer, no fundo: livre da lei”. Contudo, insiste-se, representantes deste movimento não concordam com a denúncia de que ambicionavam facultar ao juiz ignorar a lei e, até mesmo, decidir contra ela. Dizem que sua busca, na verdade, é o apontamento do procedimento que deve ser abraçado pelo juiz em caso de lacuna da lei¹³³.

Ora, se a lei teria lacunas, este problema era resolvido porque no Movimento do Direito Livre, o julgador possui amplos poderes, validados por seu critério de justiça. O problema que, sob nossa concepção, valida a crítica é o de que no movimento sob enfoque o intérprete não se limita a colmatar as lacunas. Ele vai além, pois ele julga a própria lei¹³⁴, que, se por sua vez, for contrária aos seus ideais de justiça, pode ser ignorada¹³⁵.

Mais razão teórica e menos razão prática, eis o ponto! Menos racionalismo e mais intuicionismo ou ainda, menos técnica, mais axioma e assim por diante. Se o Direito livre é um direito aberto, por óbvio, a decisão jurídica em tal movimento era igualmente livre. Rafael Lazzarotto Simioni, criticando o que chamou de absolutismo metafísico, que

¹³² RADBRUCH, Gustav. **Introdução à filosofia do direito**. Trad. Jacy de Souza Mendonça, Disponível em: < <http://www.valorjustica.com.br/introducao.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2017, p. 69.

¹³³ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 175.

¹³⁴ Cf. Castanheira Neves, Antônio. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros. Coimbra Editora, 1995. vol. II, p. 200.

¹³⁵ Como contraponto, pode-se dizer que nem Carl Schmitt admitiria o que era apregoado pelo movimento sob comento. Até este autor, conhecido pelo “decisionismos”, afirma que o texto da lei é importante para garantir não apenas objetividade, mas também para garantir a separação entre os poderes. São dele as palavras a seguir: “cabe otorgar también al juez una cierta libertad, pero no es posible transferirle la decisión en materia política, que es propia del legislador, sin alterar su posición constitucional”. (SCHMITT, Carl. **La defensa de la constitución**: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución. Trad. Manuel Sánchez Sator. Madrid; Barcelona; Buenos Aires: Labor, 1931, p. 50).

propiciava a decisão de qualquer coisa, faz dura crítica aos poucos limites impostos pelo Movimento do Direito Livre ao ato de decidir:

E talvez não seja exagerado afirmar-se que os únicos limites da liberdade do Direito Livre eram os limites do ridículo, que dizer, os limites da decisão não fundamentada argumentativamente e que, por isso, nós identificamos o seguinte: os limites da interpretação e da decisão jurídica do movimento do Direito Livre eram os limites das suas possibilidades de justificação argumentativa. Um direito entregue, portanto, à criatividade da argumentação jurídica, totalmente aberto para as influências ideológicas do pano de fundo contextual da época¹³⁶.

São várias as críticas ao Movimento do Direito Livre. A falta de segurança jurídica, ante a alta carga de subjetividade do interprete-aplicador é uma. Vê-se, na linha de Ráo “incerteza das consequências futuras dos atos e fatos incidentes na esfera do direito¹³⁷”, porquanto a justiça para ser obtida dependeria do ponto de vista de justiça daquele que julga. Quase um “voltar no tempo”, afinal substituía-se a lei pela vontade do julgador, e este seria tido, no plano prático ao menos, como alguém sobre o qual não se exerce controle, um verdadeiro soberano no e do Direito. Estar-se-ia diante da centralização de poderes nas mãos de um, ou, nos dizeres da doutrina “haveria o risco de ele [o juiz] impor leis que visassem essencialmente não a proclamar o que é justo, mas a considerar como legal o que favorece seu próprio interesse, o que lhe reforça o próprio poder¹³⁸”.

Em conclusão: o Movimento do Direito Livre restringiu a apreciação do caso concreto à manifestação, mediante o ato de decidir, do sentimento do justo ou mesmo à vontade do julgador, com a desculpa e fala de que a justiça não pode ser perquirida por meio da razão¹³⁹.

Pode (e é) uma compreensão arbitrária do fenômeno jurídico, mas presente em larga escala no dia a dia forense. O que dizer da decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida nos autos do Recurso Extraordinário nº 111.787/GO, através da qual o ministro Marco Aurélio de Mello, salientou: “Ao examinar-se a lide, o magistrado deve idealizar a

¹³⁶ SIMIONI, Rafael Lazzatotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 94.

¹³⁷ RÁO, Vicente. **O Direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 520.

¹³⁸ PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**: nova retórica. Tradução de Vergínia K. Pupi, São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 21.

¹³⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 64.

solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la¹⁴⁰”

Para literalmente “fazer justiça” ao Supremo Tribunal Federal, cita-se entendimento contrário, dele oriundo e através do qual se destacou que não se pode deixar de aplicar texto legislativo por conta de insatisfação pessoal com seu teor. Eis uma passagem, constante do RE n. 93.701-3 -MG, rel. Min. Oscar Correa: “Não pode o Juiz, sob a alegação de que a aplicação do texto da lei à hipótese não se harmoniza com o seu sentimento de justiça ou equidade, substituir-se ao legislador para formular ele próprio a regra de direito aplicável. Mitigue o Juiz o rigor da lei, aplique-a com equidade e equanimidade, mas não a substitua pelo seu critério”.

Com efeito, extrai-se ainda do voto do Relator, Ministro Oscar Corrêa, outra passagem importante, deveras controversa, pois firmada em uma série de premissas individuais do próprio julgador, sem a revelação de seu amparo filosófico-jurídico, mas cujo ponto de chegada reflete uma das preocupações deste trabalho – o combate à discricionariedade judicial:

Que não está o Juiz adstrito à letra da lei, não se nega; Que o fundamento moral da aplicação do texto legal não lhe é estranho, não se objeta; Que a equidade, os fins sociais, o bem comum devem inspirá-lo, não só se reconhece, de consciência, como se afirma em disposição expressa. Mas, por outro lado, que o Juiz não se substitui ao legislador e não julga contra-legendem; Que não despreza e descumpra a norma impositiva, é tanto regra jurídica como regra moral: porque seria imoral que se autorizasse o Juiz a negar a aplicação à lei sob o fundamento moral de que sua consciência a ela se opunha. Estabelecer-se-ia o reino do arbítrio, da vontade de cada um, erigida em juízo soberano. O que equivaleria a não haver juízo que pudesse impor-se a todos.

(..)

O Poder não fundado na lei, o Poder contra a lei, é o Poder discricionário. É, exatamente, o Poder que a lição da História nos ensinou a odiar, porque é o Poder dos tiranos. É o Poder que aprendemos a odiar, mesmo quando esse Poder esteja nas mãos dos juízes¹⁴¹.

Existem ainda algumas metamorfoses do Movimento do Direito Livre nos dias atuais. Ele se apresenta, por vezes, sob o rótulo do “livre convencimento motivado”. O mais interessante é que se tenta erradicar “o livre” do ato de decidir desde a Magna Carta

¹⁴⁰ Exemplo extraído de Barroso. In: Barroso, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 286.

¹⁴¹ Cf. JÚNIOR, Goffredo Telles. **Iniciação na ciência do direito**, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 365.

Inglesa em 1215, cujo item 45, assim dispunha: “Não nomearemos juizes, condestáveis, xerifes ou bailios senão aqueles que conhecem a lei do reino e são de espírito pronto para bem conservá-la”. Nessa linha, aliás, o Supremo Tribunal Federal (STF) já decidiu, por diversas oportunidades, como se vê dos exemplificativos julgados adiante:

3. Vige em nosso sistema o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, segundo o qual compete ao Juiz da causa valorar com ampla liberdade os elementos de prova constantes dos autos, desde que o faça motivadamente, com o que se permite a aferição dos parâmetros de legalidade e de razoabilidade adotados nessa operação intelectual. Não vigora mais entre nós o sistema das provas tarifadas, segundo o qual o legislador estabelecia previamente o valor, a força probante de cada meio de prova. (STF – 1ª T. – RHC 91691/SP – Rel. Min. Menezes Direito – J. 19.02.08).

1. A preferência do julgador por esta ou por aquela prova inserida no âmbito do seu livre convencimento motivado, não cabendo compelir o magistrado a acolher com primazia determinada prova, em detrimento de outras pretendidas pelas partes, se pela análise das provas em comunhão estiver convencido da verdade dos fatos. (STF – 1ª T. – RE 656820 ED/RJ – Rel. Min. Luiz Fux – J. 06.12.11).

Em crítica bem construída àquilo que chamou de refundação do Movimento do Direito Livre para o Novo CPC, Lenio Luiz Streck, criticou decisão do Superior Tribunal de Justiça, que, a despeito do advento do novo diploma processual, continua a aplicar o livre convencimento motivado¹⁴². Trata-se do voto condutor contido no AgRg no AREsp 827.440/MT, DJe 13/04/2016, cujo trecho segue:

A decisão agravada não merece reforma.

A Corte estadual, analisando o contexto fático-probatório dos autos, concluiu pela ocorrência do dano moral do cliente, em face da demora no reparo do veículo e a revisão do citado entendimento esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. Acerca da necessidade de prova pericial, nos termos do art. 370, caput, e parágrafo único, do Código de Processo Civil/2015, em conformidade com o princípio do livre convencimento, "Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito", indeferindo, fundamentadamente, as diligências que entender inúteis ou protelatórias, entendimento que se coaduna com a jurisprudência adotada nesta Corte. Incidência da Súmula 83/STJ.

Em face do exposto, não havendo o que se reformar, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.

¹⁴² STRECK, Lenio Luiz. **STJ estaria refundando um movimento do Direito Livre para o novo CPC?** Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-abr-28/senso-incomum-stj-estaria-refundando-movimento-direito-livre-cpc>. >. Acesso em: 03 abr. 2017.p. 69.

Observe-se que no caso acima, a omissão do vocábulo “livre” – antes presente no art. 131, CPC/73 e hoje não mais constante do art. 371, CPC/15 –, não foi suficiente para fazer com que o Superior Tribunal de Justiça alterasse sua forma de enxergar a valoração da prova¹⁴³. Por isso mesmo, em outra oportunidade, o mesmo Lenio Luiz Streck contestou¹⁴⁴:

Por emenda supressiva do relator Paulo Teixeira, atendendo à minha sugestão e contando com a aquiescência de Fredie Didier, Dierle Nunes e Luis Henrique Volpe, todas as referências de que o juiz-teria o poder-de-livre-convencimento foram colocadas em um exílio epistêmico. Isto é: foram retiradas do ordenamento processual. Neste ponto, viva o Novo Código de Processo Civil!

(...) Falando do exílio epistêmico do LC

Todos sabem de minha luta cotidiana contra o poder discricionário e seus genéricos, como o livre convencimento (motivado ou não) e a livre apreciação da prova (os processualistas penais da cepa já há tempo me dão razão — certo, Jacinto? Certo, Aury?). Denuncio isso há décadas. Na versão original do Novo Código de Processo Civil lá estava encravado o LCM (livre convencimento motivado). Dizia eu, então, que de nada adianta exigir do juiz que enfrente todos os argumentos deduzidos na ação (artigo 389) se, por exemplo, ele tiver a liberdade de invocar a “jurisprudência do Supremo” que afirma que o juiz não está obrigado a enfrentar todas as questões arguidas pelas partes. Dar-se-ia com uma mão e se tiraria com a outra... Pois bem. Depois de muita discussão, o relator do Projeto, deputado Paulo Teixeira, aceitou minha sugestão de retirada do livre convencimento motivado. Considero isso uma conquista hermenêutica sem precedentes no campo da teoria do direito de terrae brasilis. Portanto, todas as expressões que tratavam do livre convencimento foram expungidas do Novo Código de Processo Civil. O livre convencimento passou a ser um apátrida gnosiológico. O relator Paulo Teixeira entendeu muito bem o problema. A nossa pergunta pelo processo jurisdicional democrático começa a ser respondida da seguinte forma: o processo deve ser pautado por direitos e suas disposições têm o sentido de limite, de controle. O processo deve servir como mecanismo de controle da produção das decisões judiciais. E por quê? Pelo menos por duas razões: a uma, porque, como cidadão, tenho direitos, e, se eu os tenho, eles me devem ser garantidos pelo tribunal, por meio de um processo; a duas, porque, sendo o processo uma questão de democracia, eu devo com ele poder participar da construção das decisões que me atingirão diretamente. Some-se a isso a outra emenda de minha autoria: a da exigência de que todas as decisões estejam revestidas de coerência e integridade. Ao fazermos uma análise mais detida do Novo Código de Processo Civil, é possível perceber que as bases fundantes do Projeto, antes alicerçadas no

¹⁴³ Vale mencionar também a crítica doutrinária: “livre convencimento motivado ou persuasão racional do juiz, leciona que: A fundamentação das decisões, a partir dos fatos provados (cognoscitivismo), refutáveis e de argumentos jurídicos válidos é um limitador (ainda não imunizador) dos juízos morais. Esse é um espaço impróprio da subjetividade que sempre estará presente (não existe juiz neutro), mas que o sistema de garantias deve buscar, constantemente, desvelar e limitar. Mas não nos iludimos. Não há como fechar os olhos para o fato que basta uma boa retórica para mascarar a sentença e disfarçar o que realmente ocorreu: o primado do juízo moralista sobre as provas e fatos do processo. Eis aqui mais um argumento em prol da necessária preocupação com a máxima eficácia do sistema de garantias, pois somente através dele poderemos alcançar um grau mínimo de controle desses espaços impróprios da subjetividade do julgador”. (In: LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional**, Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010, Vol. I, pp. 550/551).

¹⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-doisjuizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc> > Acesso em 17 de abr. 2017.

vetusto — e autoritário — modelo social protagonista podem estar se alterando. Tenho convicção de que um dos pontos centrais a favor do Novo Código de Processo Civil é o abandono do livre convencimento. Simbolicamente isso representa o desejo de mudar. Da perspectiva normativa do princípio que exige a fundamentação das decisões, o juiz não tem a opção para se convencer por qualquer motivo, uma espécie de discricionariedade em sentido fraco que seja; ele deve explicitar com base em que razões, que devem ser intersubjetivamente sustentáveis, ele decidiu desta e não daquela maneira, conforme bem diz Marcelo Cattoni.

Numa palavra: o que clamam os advogados de todo o Brasil?

Alvíssaras, portanto. Se alguém me perguntar por que lutei tanto contra o livre convencimento, respondo com as vozes de milhares de advogados, que são surpreendidos diariamente com os “livres convencimentos”, “livres apreciações” e “julgamentos conforme as consciências”. Peço que a comunidade jurídica me apoie e me acompanhe nessa cruzada. Não quero nada mais do que os juízes julguem de acordo com o direito (em várias colunas expliquei o conceito). Tenho pânico quando abro livros ou vejo em acórdãos coisas como: entre a lei e minha consciência, fico com a minha consciência. Ora, uma democracia se faz aplicando o direito e não a convicção pessoal de um conjunto de juízes ou tribunais. Lamento informar isso para quem entender o contrário. Não vejam isso como implicância minha. Compreendem, agora, porque era necessário mandar para o exílio epistêmico o livre convencimento motivado? Compreendem o porquê de minha luta? Compreendem o porquê de meu pânico em face ao protagonismo? Se ainda têm dúvidas de minha intenção, perguntem aos advogados. Eles sofrem na carne tudo isso cotidianamente. Numa palavra: não há uma fórmula mágica para construir um Judiciário democrático. Não há, repito, pensamento mágico. Há, sim, muita luta. Que está só iniciando.

Sustenta-se que o livre convencimento tem como pano de fundo a superação da prova tarifada e possui como consectário lógico a adoção do paradigma da intersubjetividade no direito processual moderno. Portanto, como consequências mais próximas da erradicação do livre convencimento se pode colocar a impossibilidade de o juiz julgar apenas à luz de sua respectiva consciência, posto que inexistente uma racional discricção do ato de julgar; afinal, se o processo é guiado pela intersubjetividade não há como dizer que o magistrado, mesmo ao invocar o livre convencimento motivado, seja o dono da lei e dos sentidos dela extraíveis.

Cumpra ainda destacar o mal-uso que vem sendo feito da “equidade” no direito em geral, mas especialmente no direito tributário, que é um ramo bastante rígido quanto à interpretação e aplicação da lei, ante a presença daquilo que se denomina de tipicidade cerrada¹⁴⁵. A equidade está mencionada no Código Tributário Nacional, no artigo 108, IV. Apesar de o dispositivo ser de importância duvidosa, ele se refere à possibilidade de uso da equidade, como critério complementar, pois no caput se vê a alusão à necessidade de não haver “previsão expressa”. Ou seja, apenas na falta de regra mais específica é que caberia à autoridade fazer uso da equidade, mesmo porque, em tom

¹⁴⁵ Sobre o tema: TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da tipicidade no direito tributário. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 235, p. 193-232, jan./mar., 2004.

didático, o § 2º do mesmo artigo diz que o emprego da equidade não poderá resultar na dispensa de pagamento de tributo devido.

Sem adentrar nas críticas (e são muitas) que poderiam ser feitas a um dispositivo que enumera uma metodologia de interpretação jurídica – isto será feito em momento mais oportuno -, por certo que a equidade vem sendo utilizada como instrumento corretivo da própria lei. Algo que em muito se assemelha à reprimenda tardia do movimento do direito livre. Com efeito, há decisões que afastam penalidades tributárias sob o argumento de falta de equidade na multa fixada legislativamente.

Há, inclusive, apoio de parcela da doutrina quando proferidas decisões tais. Por exemplo, já se destacou que “O Código diz que a equidade não pode ser aplicada para dispensar o pagamento do tributo, mas evidentemente pode ser invocada não se aplicar uma penalidade¹⁴⁶”. Também Ruy Barbosa Nogueira afirma, em sentido semelhante que “a equidade pode ser aplicada como supletiva da lei para relevar penalidades ou obrigações acessórias mas não para a dispensa do pagamento do tributo¹⁴⁷”.

O argumento, entretanto, não é bom, mormente porque em sendo ele aplicado estar-se-ia autorizando que o uso da equidade pode implicar na confecção de uma decisão contra os dizeres expressos da lei. Com razão, portanto, a doutrina que refuta a aplicação da equidade *contra legem* e, para tanto, salienta:

O dispositivo legal tem uma razão de existir que deve ser respeitada. Desde Aristóteles que a equidade se aplica para corrigir um erro involuntário do legislador, que deixou de contemplar um caso novo e inédito que se apresenta ao juiz. Não se admite que a aplicação da equidade para que o juiz se revele contra a regra geral determinada pela norma, mas como um complemento a ela. Contra ela, jamais¹⁴⁸.

Portanto, o uso desmedido de institutos jurídicos como “livre convencimento”, “equidade”, dentre outros, se não feitos de modo criterioso podem, como visto, ser tidos como motivos para reprimenda do movimento do direito livre, algo que conduzirá, por

¹⁴⁶ AMARO, Luciano da Silva. *Infrações Tributárias*. RDT n° 67, São Paulo: Malheiros, p. 33-34.

¹⁴⁷ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. Saraiva: 1995, p. 104.

¹⁴⁸ BOITEUX, Fernando Netto. A multa de ofício, a Lei n° 9.430/96 e o Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda. *RDDT* n° 120, São Paulo: Dialética, p. 60.

certo, a uma ausência de criteriologia decisória, como será melhor demonstrado com a evolução deste trabalho.

2.4. A PUREZA METODOLÓGICA DA JURISPRUDÊNCIA DOS CONCEITOS, AINDA PRESENTE NA DECISÃO JUDICIAL.

A jurisprudência dos conceitos reivindica um ideal de direito sistêmico; emerge a partir de um desdobramento da Escola Histórica do Direito, de Friedrich Carl Von Savigny e se desvia do caráter histórico da ciência do direito, indo em direção à busca de um caráter científico-sistemático, como dito. Por isso se diz que seu método é formalista e conceitual, cujo ápice é chamado de ciência das pandectas, cuja face mais importante e evidente é a do pandectismo.

Dentre as características da Jurisprudência dos Conceitos está a indução de princípios jurídicos a partir de conceitos. Arthur Kaufmann exemplifica muito bem a dedução de princípios jurídicos desta escola: “por exemplo, do conceito “pessoa jurídica” retira-se a consequência de que a pessoa jurídica, enquanto “pessoa”, é suscetível de ser ofendida e de ser incriminada¹⁴⁹”.

No ambiente desta escola o jurista induz princípios gerais neutramente, pois não se deixa influenciar por considerações políticas, econômico ou morais, ou, nas palavras de Wieacker, trata-se de uma concepção ligada ao positivismo científico, pois se “deduzia as normas jurídicas e a sua aplicação exclusivamente a partir do sistema, dos conceitos e dos princípios doutrinários da ciência jurídica, sem conceder a valores ou objetivos extrajurídicos¹⁵⁰”.

Uma metodologia que serviu, além do que, para robustecer a ideia de que a lei seria aplicada por si, independentemente da melhor alusão da realidade da vida, por assim dizer. Pregava-se um isolacionismo, o qual, de mais a mais, foi alvo de ataque de teóricos subsequentes. Ainda na fala de Wieacker, foi Puchta o responsável pela fundação da

¹⁴⁹ KAUFMANN, Arthur. Hassemer, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. trad. Marcos Keel. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2002. p. 168.

¹⁵⁰ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3ª Ed. trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 492.

jurisprudência dos conceitos do séc. XIX, o que abriu caminho para o formalismo vindouro e que fora aplicado por mais de um século.

Pois bem, a originalidade de Puchta se deu na realização de uma proposta lógico-sistêmica, à maneira de uma “pirâmide de conceitos”, erigida segundo as regras formais e lógicas, através da qual um conceito inferior, necessariamente, subsume-se a um conceito superior. Haveria, por sua vez, um conceito superior, tido como supremo, do qual se deduziriam os demais; ou seja, haveria uma codeterminação dos conceitos “inferiores” através do conteúdo daquele tido como supremo. E é importante dizer que este conceito supremo, para Puchta, não adviria ou seria derivado do direito positivo, mas seria construído e dado pela filosofia do direito, mediante aquilo que se entende por liberdade na visão de Kant, de maneira que, sob o respaldo de Larenz, “só pode ser direito o que se deixe subordinar a esse conceito fundamental¹⁵¹”.

O que se pode dizer em caráter resumido, pois, é que ainda no século XIX, forma-se na Alemanha a jurisprudência dos conceitos¹⁵², baseada nas ideias de Friedrich Saviny e ulteriormente Bernhard Windscheid. Tinha-se aqui uma nova tentativa, de estancar ou até mesmo eliminar a atividade criativa e interpretativa dos juízes. A crença fundava-se na famosa ciência das pandectas, que visualizava os Códigos como uma pirâmide conceitual (como exemplo: a Parte Geral do Código Civil e sua Parte Especial, em que constantes preceitos mais abstratos na primeira e delimitações mais específicas na segunda). Por essa pirâmide conceitual, seriam deduzidos, a partir dos conceitos mais gerais, conceitos mais específicos.

O caminho inverso também é verdadeiro, pois, se por um lado, o cientista do direito, mediante abstração e processo lógico-dedutivo, extrai um princípio comum às proposições jurídicas gerais, e destas, retira conceitos mais específicos, como visto anteriormente, por outro, em sentido oposto, agora através de um processo lógico-

¹⁵¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 23.

¹⁵² FILGUEIRAS; Sofia Varejão; GAVIORNO, Gracimeri Vieira Soeiro de Castro; PEPINO, Elsa Maria Lopes Seco Ferreira. A importância da jurisprudência dos conceitos para a metodologia jurídica. **Depoimentos**, Vitória, 137-148, jun. 2006. Disponível em: <<http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadepoimentos/n7/6.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

indutivo, promove a extração dos princípios específicos a partir dos conceitos gerais, e destes mesmos conceitos gerais até um princípio comum.

Com razão, então, a doutrina de Tércio Sampaio Ferraz, ao falar o que se segue a respeito principal expoente desta escola – Georg Friedrich Puchta: “Puchta, em sua pirâmide de conceitos, deu ênfase ao caráter lógico-dedutivo do sistema jurídico, enquanto desdobramento de conceitos e normas, da generalidade para a singularidade, em termos de uma totalidade fechada e completa¹⁵³”.

Diante disso, a função da ciência jurídica consiste em verificar o condicionamento e a derivação de proposições jurídicas, no desígnio de buscar a genealogia de cada uma delas, até que se chegue a um princípio comum, porquanto a atividade científica caminhava para a determinação de conceitos precisos, sempre na busca de segurança para as relações jurídicas, ante a pretensa redução da ambiguidade e da vagueza da lei.

Eis aqui o nascedouro da subsunção. É deste alto grau de racionalidade que ela decorre! A crença subsuntiva, pois, advém do século XX e porque não dizer, ainda não foi superada! Claro, este silogismo, como bem lembrado por Georges Abboud, “cria uma atitude reconfortante para o intérprete, que passa a se iludir que a lei, ou a súmula vinculante, traz consigo a norma já pronta para a solução dos casos futuros, restando ao juiz a simples tarefa de acoplar o suporte fático ao texto normativo¹⁵⁴”.

Claro que tais formas de interpretar se tornaram insuficientes. Na teoria..., pois na prática a jurisprudência dos conceitos vive entre nós, ainda que de modo bem menos sofisticado. Ainda repousamos na crença da reprodução mecânica de enunciados de súmula ou de ementas, por exemplo, como se fossem estes suficientes para fundamentar uma decisão judicial. Esta concepção subsuntiva, caracteriza o olhar positivista mecânico, aperfeiçoado, tempos depois, já no século XX por Hans Kelsen, como será melhor delineado no decorrer do trabalho.

¹⁵³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. São Paulo: Atlas, 1980, p. 33.

¹⁵⁴ ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 81-82.

De toda maneira, aqui, pode-se afirmar que os dogmas da jurisprudência dos conceitos são: (i) a teoria da subsunção; (ii) a plenitude lógica do ordenamento jurídico; e, (iii) a interpretação “objetivista”. Mas é preciso que fique claro que a teoria da subsunção da jurisprudência dos conceitos difere da teoria da subsunção de origem legalista-exegético, porquanto a premissa maior identifica-se com um conceito de direito, e não com a lei em seu aspecto literal. Ou ainda, na teoria da subsunção da pandectística, a proposta era a de que a resolução de um caso concreto se daria por intermédio da subsunção de um fato da vida (premissa menor) ao direito – por exemplo um princípio de direito (premissa maior) -, com a obtenção de uma solução silogística¹⁵⁵.

É por esta razão, portanto, que Wieacker, aduz que, uma vez que a ordem jurídica é um sistema fechado, é viável “decidir corretamente todas as situações jurídicas apenas por meio de uma operação lógica que subsuma a situação real à valoração hipotética contida num princípio geral de caráter dogmático (e implícito também nos conceitos científicos)¹⁵⁶”.

Mais que claro que nesse ambiente – o da Jurisprudência dos Conceitos -, a resolução dos problemas relacionados com o *ato de decidir* estava presente na estrutura sistêmica da legislação, de maneira que não havia espaço para a atividade criativa dos juízes, os quais assumiam a função de conhecer as estruturas lógicas constantes dos mais diversos artigos de um código.

2.5. A JURISPRUDÊNCIA DOS INTERESSES: A ABERTURA DO DIREITO ESCRITO À REALIDADE DA VIDA.

Primeiramente serão apresentados alguns pontos importantes acerca da jurisprudência dos interesses, para, ao final, abordar-se a jurisprudência dos valores. Pois bem, quanto à jurisprudência dos conceitos, tem-se uma corrente do pensamento jurídico, cujo

¹⁵⁵ Sobre o ponto: “A atividade científica consistia em estabelecer conceitos bem definidos, que pudessem garantir segurança às relações jurídicas, uma vez diminuída a ambigüidade e a vacuidade dos termos legais. E foi por meio da elaboração de conceitos gerais, posicionados na parte superior da figura de uma pirâmide, capazes de conter e dar origem a outros conceitos de menor alcance, numa união total, perfeita e acabada, que o direito alcançou o seu maior grau de abstração e autonomia como campo de conhecimento”. (CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85).

¹⁵⁶ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3ª Ed. trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 494.

nascimento se deu na Alemanha, início do século XX. A grande influência é a obra da segunda fase de Rudolf von Jhering (1818-1892)¹⁵⁷ e o principal expoente desta escola foi Philipp Heck (1858-1943).

Para fixar uma linha expositiva, convém lembrar que, ao passo que a jurisprudência dos conceitos se baseava na subsunção como método decisório – lembre-se que sua concepção era a de que a ciência do direito deve se preocupar com a construção abstrata de um sistema fechado e que se mostre autossuficiente –, a jurisprudência dos interesses partia para um outro lado: o caráter prático da ciência do direito.

A jurisprudência dos interesses tinha como alvo o movimento do Direito Livre, porquanto buscava preservar a tradição do tipo legalista que o movimento do Direito Livre olvidou¹⁵⁸ e sustentava que o juiz se encontrava submisso à lei, dado o fato de que esta era construída de forma democrática. Logo, submeter-se à lei é o mesmo que superar a vontade particular pela coletiva, manifestada na legislação.

Havia, pois, uma inovação importante para a época, porquanto ao invés de ser utilizado o direito costumeiro ou a lei escrita, o critério de julgamento era *um agir* de modo a produzir a maior quantidade de bem-estar, de maneira que a lei escrita, na jurisprudência dos interesses, era apenas um meio para se atingir a finalidade maior, que é a busca pela orientação de uma vida social em conformidade com interesses legítimos¹⁵⁹.

Tais interesses, ao fim das contas, dizem respeito às expectativas da sociedade ou mesmo das forças sociais, as quais se veem resguardadas pelo legislador e inspiram a edição de textos legislativos. Preceitos jurídicos não são nada mais nada menos do que o resultado

¹⁵⁷ Por oportuno, vale lembrar que o autor tem ao menos dois momentos. No primeiro momento, Ihering escreve o Espírito do direito romano e ainda se encontra ligado à filosofia sistemática. Nesta obra Ihering afirma a existência de um cabedal conceitual que o jurista precisa ter à disposição para poder melhor conhecer o Direito (In: IHERING, Rudolf Von. **O espírito do direito romano**: nas diversas fases de seu desenvolvimento. Trad. Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943. Vol. III, § 43, I, p. 24 e ss). Em um segundo momento, Ihering rompe com esse elemento sistemático, muito ligado ao pandectismo, vindo a sustentar a sua ideia de finalidade do direito. (In: IHERING, Rudolf Von. **A finalidade do direito**. Campinas: Bookseller, 2002. T. I, p. 225 e ss).

¹⁵⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma história das ideias jurídicas**: da antiguidade clássica à modernidade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 203

¹⁵⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 163.

de tais interesses e, por tal razão, correspondem aos efeitos cujas causas seriam os interesses sociais.

A jurisprudência dos interesses promovia distinção entre a dimensão sintática do Direito ou o texto legislado e a dimensão material que dele pode ser extraída. Por isso identifica quais os interesses que levaram o legislador a criar a regra, tendo em vista a finalidade do direito. Uma postura diferente das vistas até então, porquanto presente um modelo interpretativo e aplicado que não se apegava tão-só ao plano sintático do texto legal.

Não é, então, difícil observar que a adequada solução de casos concretos não se restringia à aplicação da letra da lei. Ao contrário, esta cede espaço para os interesses que inspiraram sua edição, na medida em que se valorizava mais a finalidade que a forma. Em uma frase: era na busca da finalidade, portanto, que se radicava o critério decisional, pois em voga, acima de tudo os interesses então identificados na criação do texto legal.

Equivale afirmar: a lei vai selecionar quais interesses merecem proteção, separando-os daqueles que não fazem jus. A lei, por conseguinte, “é uma decisão valorada de um conflito de interesses”, na conformidade do esclarecimento de Castanheira Neves¹⁶⁰. Mas diante de um caso concreto, como proceder? A doutrina explica, em passagem que merece a reprodução:

Primeiro a interpretação procurava identificar os interesses em conflito no caso concreto e organizá-los de modo suficientemente simplificado – geralmente na forma binária da diferença entre interesses do autor e interesses do réu. Era essa simplificação grotesca dos interesses que possibilitaria, depois, uma decisão sobre quais deles mereceriam proteção jurídica. Depois de identificados e organizados, a interpretação deveria operar a subsunção desses interesses na descrição resultante da interpretação dos textos legais. Quer dizer, de um lado, a interpretação operava uma descrição dos interesses em situação de conflito no caso. De outro, a interpretação operava uma descrição dos interesses reconhecidos pela lei como interesses juridicamente protegidos. Depois disso, bastava realizar-se uma subsunção entre a descrição da interpretação dos interesses concretos na descrição da interpretação dos interesses reconhecidos pela lei. Naturalmente, sempre exige uma relação circular, de complementariedade, entre essas duas interpretações¹⁶¹.

Não é complexo intuir que há diferenças entre jurisprudência dos interesses e o movimento do direito livre ou mesmo para com a escola histórica do direito. As duas

¹⁶⁰ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995, vol. II, p. 225.

¹⁶¹ SIMIONI, Rafael Lazzatotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 119.

últimas fundamentavam o direito não em uma concepção puramente teórica e formal do direito legislado, mas em uma ideia prática e material de um direito que era fruto de um acontecimento histórico e cultural. Na jurisprudência dos interesses a questão é diferente, busca-se a intenção finalista do direito, como amiúde explicitado.

A escola exegética questionava a vontade do legislador, mantendo-se declinada ao texto legal; já a escola histórica indagava pelo espírito comunitário do povo, ao passo que o movimento do direito livre estava preocupado com a resposta atinente à consciência do justo. Por outro viés, a jurisprudência dos interesses, busca a finalidade do direito, uma intenção finalista, pois contempla, por assim dizer, uma proposta *translegal*, ligada à razão prática¹⁶².

Castanheira Neves sistematiza os principais elementos da jurisprudência dos conceitos do seguinte modo: (a) abdicação da intenção formalista e sua substituição pelo aspecto finalístico; (b) o reconhecimento da existência de lacunas, com a superação do dogma da completude; (c) preocupação com a decisão concreta, colocando-se em primeiro plano o momento da realização do direito através da sentença judicial; (d) convocação de critérios normativos extratextuais, fossem eles os interesses, os fins ou os valores, em oposição ao anterior isolamento do direito relativamente ao seu contexto social e histórico-cultural; (e) alteração dos valores que o direito deveria servir. Para além do valor segurança jurídica, buscava-se a obtenção do valor justiça, através de uma adequação material do direito às exigências da vida; (f) alteração da racionalidade teórica para a racionalidade prática. A atividade judicial implicaria necessariamente uma valoração prático-normativa¹⁶³.

Isto foi importante, pois assim foi levado em conta as necessidades da vida social no processo de construção da solução jurídica. A jurisprudência dos interesses, além do mais,

¹⁶² Wieacker assim se manifesta: “O método de achamento da solução jurídica proposto em vez deste pela jurisprudência dos interesses baseia-se no pressuposto de que cada norma legal constitui uma máxima do legislador para a solução do conflito de interesses por ele surpreendido e tido em vista. Assim, cada norma legal subjazeria um ato de valoração de interesses e uma opção voluntarista entre várias valorizações possíveis dos interesses opostos”. In: WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2ª ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 666.

¹⁶³ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros. Coimbra Editora, 1995. vol. II, pp. 217-223.

não abandona o legalismo, ao contrário, confere a ele relevância. Mas o faz de um modo diferenciado, como bem adverte Antonio Manuel Hespanha:

Embora não se esteja a decidir de acordo com a letra da lei (porque ela não prevê de todo ou não prevê em termos claros o caso), está-se pelo menos a respeitar a avaliação dos interesses legalmente estabelecidos e a partir dela para um construtivismo de outro tipo. Não o da dedução conceitual, típico da pandectística, mas o da análise das valorações legais e da sua extensão a casos não previstos¹⁶⁴

A jurisprudência dos interesses erigiu como objetivo metodológico fundamental o problema das lacunas do ordenamento jurídico, que, como visto, em finais do século XIX e início do século XX, já havia se tornado premente. Na síntese de Antonio Manuel Hespanha, “a sua proposta base é a de que, constituindo qualquer caso jurídico um conflito de interesses, a decisão a atingir se deve basear numa adequada ponderação desses interesses e não a partir da dedução conceitual¹⁶⁵”.

Acima de tudo, esta *ponderação* constitui uma operação de oposição entre interesses conflitantes para, à luz de um critério fundado em questões históricas (os interesses do legislador na criação da regra), chegar-se à conclusão de qual dos interesses devem prosperar, vindo a receber a respectiva proteção jurídica. É a finalidade do direito que viria a permitir a preferência a um ou outro interesse conflitante, acaso ambos estivessem protegidos pela lei. Como bem sintetiza a doutrina, a ponderação de interesses pode ser resumida nas seguintes etapas:

a) definição sociológica dos interesses do caso concreto na forma de um conflito entre apenas dois interesses – os do autor e os do réu; b) definição jurídica dos interesses reconhecidos pela lei; c) submissão da definição fática à definição jurídica; d) caso ambos os interesses da definição fática entrem subsunção na definição jurídica de interesses juridicamente protegidos, então recorre-se à ponderação dos interesses, que é realizada do seguinte modo: e) escolhe-se o interesse da definição fática que melhor realiza a finalidade do direito. Ou, na forma de perguntas, a ponderação de interesses se resume a isto: qual dos interesses do caso deve prevalecer? Já que ambos são igualmente reconhecidos pela lei? A resposta é: aquele que mais representa uma expressão da realização da finalidade do direito, que é a promoção das condições de bem-estar social e da vida plena. E esse tipo de decisão naturalmente, exige argumentação¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Hespanha, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 409.

¹⁶⁵ Hespanha, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 409.

¹⁶⁶ SIMIONI, Rafael Lazzatotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 133.

Uma concepção pautada em *lutas de interesses*, fruto de um viés sociológico do direito e que encontra grande ressonância nos dias de hoje, quanto mais se lembrado que nossas leis muitas vezes contêm conteúdo programático, pois traçam objetivos, metas, etc. A busca pela finalidade, no plano argumentativo e decisório constitui problema, mormente se lembrado que é bastante difícil concluir racionalmente um caso sob tal perspectiva sem gerar incerteza e insegurança, até pela circunstância de esta busca *finalística* mais se assemelhar a um fundamento político do que jurídico, abrindo frente para um ativismo judicial que pode se tornar demasiado e irreversível. Isso, porém, será objeto de tratamento específico em outro ponto do trabalho. Por ora, convém apenas registrar a crítica de Hans Kelsen à jurisprudência dos interesses para em seguida indagar: a antiga crítica ainda se faz pertinente nos dias de hoje? Parece-nos, infelizmente que sim... Confira:

Também o princípio da chamada apreciação dos interesses é tão-só uma formulação, e não qualquer solução, do problema que aqui nos ocupa. Não fornece a medida ou critério objetivo segundo o qual os interesses contrapostos possam ser entre si comparados e de acordo com o qual possam ser dirimidos os conflitos de interesses. Especialmente, tal critério não pode ser retirado da norma interpretanda, da lei que a contém ou da ordem jurídica global, como pretende a teoria chamada da ponderação dos interesses¹⁶⁷.

Abstraída a crítica, é certo que a jurisprudência dos interesses rompe com o ideário argumentativo, interpretativo e decisório, das concepções de Direito antecedentes. Sai de cena o excessivo apego à letra da lei, para ficar na escola da exegese, como mero exemplo, para se dar guarida a uma maior abertura do Direito escrito à realidade da vida, sem que isso corresponda a uma ausência de referência do texto legal.

Uma verdadeira revolução na prática jurídica, mesmo porque substituído o método decisório lógico-substantivo, pela chamada *ponderação dos interesses*, o que, como dito e redito, aproximava o direito da vida social, em prol da busca de uma solução prática.

2.6. A JURISPRUDÊNCIA DOS VALORES E O IDEÁRIO DE UMA DECISÃO JUSTA.

¹⁶⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 2011, p. 392.

A partir do pensamento neokantiano alemão do início do século XX, R. Stammler, W. Windelband, H. Rickert, e G. Radbruch, idealizara a Jurisprudência dos Valores¹⁶⁸. Trata-se de uma escola de pensamento que sustentava um “direito” distinto do ideário legalista de cariz exegético. O Direito deixava de ser concebido como “lei” para ser tido como uma “ordem positiva de valores” e o juiz, longe de ser o “boca da lei”, tomava uma decisão “orientada por valores”, o que o tornava capaz de ir além daquilo que se encontrava enunciado no texto legislado.

Além dos autores citados, esta escola foi desenvolvida por Karl Larenz, Josef Esser e Claus-Whilhelm Canaris, sendo que todos eles desenvolveram suas ideias a partir de um ponto comum: a criação do direito deve ser orientada pelos valores culturais presentes em uma dada sociedade. De forma sintética, pode-se dizer que para os adeptos da jurisprudência dos valores nem todo o direito advém da liberdade que possui o legislador, pois há algo que o escapa e este algo – que são os valores - quem capta é o intérprete.

Estava, com isso, ultrapassado o positivismo exegético, uma vez que a realidade ultrapassava, como dito, os limites da conformação do legislador. Ia-se além de textos, abrindo-se espaço para a *razão prática*, de forma que se pode afirmar que a Jurisprudência dos Valores faz ressurgir a imbricação existente entre a ética e direito e cria, desta forma, o ambiente à virada kantiana, bem como ao resgate das teorias dos direitos fundamentais e da justiça.¹⁶⁹

Não é equivocado dizer que a Jurisprudência dos Valores pode ser considerada uma continuidade da Jurisprudência dos Interesses. A advertência que deve ser feita, entretanto, é a de que esta última conferia proeminência à busca da finalidade do direito, ao passo a primeira - Jurisprudência dos Valores – a busca era outra, tal como leciona Lamego:

Se a jurisprudência dos interesses tinha empreendido a crítica aos procedimentos abstrato-classificatórios e lógico-subsumtivos da jurisprudência dos conceitos mediante o recurso a modos de pensamento ‘teleológicos’ a

¹⁶⁸ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 117-118.

¹⁶⁹ TORRES, Ricardo Lobo. “Ética e Justiça Tributária”. In: SCHOUERI, Luiz Eduardo/ZILVETI, Fernando Aurélio (coord.). **Direito Tributário**. Estudos em homenagem a Brandão Machado. São Paulo: Dialética, 1998, p. 179

jurisprudência dos valores, em vez de pensamento ‘teleológico’, prefere falar de pensamento ‘orientado a valores’¹⁷⁰.

Uma diferença percebida intuitivamente, porquanto na Jurisprudência dos Interesses os olhos do intérprete se voltam à *ponderação de interesses* que levaram à construção do texto legislativo, já na Jurisprudência dos Valores, o olhar mirava o órgão julgador, eis que o objetivo central é a promoção de uma adequada orientação do juiz aos valores arraigados em uma dada sociedade.

Dá já se percebe o quão fluido pode ser isso. Por essa fluidez inescapável é que não se pode esquecer do ambiente em que criada a desenvolvida a Jurisprudência dos Valores. Esta escola surge como forma de conceber o Direito pós-1945 e busca determinar os valores em que se fundam o Direito e que merecem proteção¹⁷¹. A pretensão era de controle das decisões do Tribunal Constitucional Alemão; uma espécie de continuidade do ambiente de desconfiança em um poder ilimitado oriundo de qualquer espaço.

Autores como Habermas criticaram de forma incisiva a Jurisprudência de Valores, com lastro na experiência malograda do Tribunal Constitucional alemão. A síntese de suas críticas pode ser feita a partir da afirmação de que a atribuição livre de valores pelo juiz lhe confere poder acima de qualquer racionalidade: “Tal jurisprudência dos valores levanta realmente o problema da legitimidade, [...]. pois ela implica um tipo de concretização de normas que coloca a jurisprudência constitucional no estado de uma legislação concorrente¹⁷²”. Semelhante crítica pode ser extraída de Álvaro Ricardo de Souza Cruz, como se extrai da passagem a seguir:

No momento que o normativismo jurídico e a ‘Jurisprudência de Valores’ defendem tal transformação, a Corte Constitucional torna-se um poder absoluto, um poder ilimitado, que se permite ‘brincar’ com a ‘supremacia da Constituição’ abandonando a linguagem em favor de um poder desmedido. A ‘Jurisprudência dos Valores’ é um engodo do poder burocrático, que coloniza

¹⁷⁰ LAMEGO, José. **Hermenêutica e jurisprudência**. Análise de uma recepção. Lisboa: Fragmentos, 1990, p. 87.

¹⁷¹ Explorando a fecundidade crítica a partir da literatura Trindade mostra a instituição jurídica do regime nacional-socialista e o movimento de transição para uma nova forma de pensar o Direito que recuperasse os elementos éticos-morais. Cf. TRINDADE, André Karam. A Teoria do Direito após Auschwitz: notas a partir de “O leitor”, de B. Schlink. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Robert Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (orgs.). **Direito & Literatura**: discurso, imaginário e normatividade. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2010, 27-100.

¹⁷² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 320-321.

o mundo devia, atraindo a seu favor, tal qual faziam as sereias com os marinheiros desprevenidos, as Cortes Constitucionais¹⁷³.

Pois bem, as críticas são corretas e as preocupações louváveis, mormente porque a Jurisprudência dos Valores, por considerar que o Direito é uma “ordem concebida a valores”, retira-lhe seu caráter deontológico, baseando-o em uma perspectiva teleológica. Decisões que aplicam valores não corretas ou incorretas, mas sim graduais, e, portanto, irracionais, baseadas em discricionariedades que certamente escondem razões pessoais daquele que julga. São, portanto, antidemocráticas, pois negam o caráter deontológico (lícito-ilícito) do direito, vindo a se constituir em porta de ingresso do decisionismo e no enfraquecimento do próprio texto constitucional.

Com efeito, tome-se o exemplo privilegiado da decisão da Suprema Corte Brasileira no sentido de que o aborto até o terceiro mês não é crime. Subsistem opiniões no sentido de que a decisão em comento se constitui em sinal de avanço civilizatório vindo de Brasília, mas há quem diga que o STF interfere em ambiente que é próprio do Poder Legislativo.

A decisão foi tomada no dia 29 de novembro de 2016, em meio ao Habeas Corpus (HC) 124306. A posição vencedora foi a do ministro Luís Roberto Barroso e o julgamento foi finalizado por maioria. Disse-se que não estavam presentes no caso os requisitos que autorizam a prisão cautelar e que a criminalização do aborto é incompatível com direitos fundamentais, dentre os quais os direitos sexuais e reprodutivos e a autonomia da mulher, a integridade física e psíquica da gestante e o princípio da igualdade.

O ministro, ao menos fez uso da jurisdição constitucional em sua tomada de posição. Portanto, por mais que se discorde da posição final, algo é certo: a interpretação conforme a constituição foi por ele utilizada, eis que declarada a não-recepção de dispositivos do Código Penal que tipificam o aborto (arts. 124 e 126, CP). Segundo o Ministro, na medida em que o Código Penal de 1940 é anterior à Carta da República de 1988, não há que se falar em inconstitucionalidade, mas sim em ausência de recepção. Portanto, alertando para a dúvida quanto à presença do crime, o Ministro Barroso concluiu pelo deferimento da ordem de *habeas corpus* e afastou a prisão preventiva dos réus.

¹⁷³ SOUZA CRUZ, Alvaro Ricardo de. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 263.

Ora, se por um lado é obviamente impossível não perceber que textos legislativos, notadamente os constitucionais, pela sua vagueza, podem no plano decisório, dar a impressão de que se confere uma liberdade perigosa ao Judiciário, por outro não se pode dar guarida e ares científicos a um modelo interpretativo que não confira controle absolutamente nenhum sobre o Poder Judiciário¹⁷⁴. É extremamente perigoso, pois, que os Ministros do Supremo Tribunal Federal abracem, sem maiores reflexões científicas, a Jurisprudência dos Valores, mesmo porque, assim agindo, estarão destruindo e despedaçando a integridade e a legitimidade de suas decisões, em franca e real ofensa à democracia participativa.

2.7. A COMPROVAÇÃO DE QUE SE PROMOVE, NO DIREITO BRASILEIRO, UMA MISTURA TEÓRICA E INTERPRETATIVO: OS RISCOS PARA A DEMOCRACIA.

Das considerações apontadas neste capítulo, objetivou-se, acima de tudo, mostrar como não há uma criteriologia decisória. Isto se dá porque pelos aportes teóricos ofertados, bem como pelos exemplificativos julgados comentados, viu-se a presença de uma distorção, porquanto o judiciário ora se apega à “literalidade” dos textos, ora promove aposta em virtudes éticas do julgador.

Em outros termos, se a exegese francesa buscava uma segurança e uma maior rigidez, outras escolas de pensamento, tentam construir um discurso mais aberto, mas que, na seara jurisdicional acabaram por se desprejar da realidade, porquanto presentes diversos impasses práticos. Ou ainda, pode-se afirmar que a inexistência de um critério definidor de identificação de qual seria o mais adequado para fins interpretativos, e diante da complexidade da situação versada no caso, corre-se seríssimo risco de haver um mix teórico interpretativo¹⁷⁵, que retroalimentará a subjetividade do intérprete, algo que não passou despercebido pela doutrina constitucionalista:

¹⁷⁴ SOUZA CRUZ, Alvaro Ricardo de. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.257-239.

¹⁷⁵ Eis o que denuncia Lenio Streck acerca dos perigos dessa mixagem: “O risco que surge desse tipo de ação é que uma intervenção dessa monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz graves efeitos colaterais. Quer dizer: há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma ideia errônea de ativismo judicial. O Judiciário não pode substituir o legislador (não esqueçamos, aqui, a diferença entre ativismo e judicialização; o primeiro, fragilizador da autonomia do direito; o segundo, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial). [...] podem ainda ser referidas manifestações calcadas em pragmatismos dos mais variados, na maioria das vezes construídos a partir de mixagens teóricas

Em razão dessa variedade de meios hermenêuticos e do modo, até certo ponto desordenado, como eles são utilizados pelos seus operadores, o primeiro e grande problema com que se defrontam os intérpretes/aplicadores da Constituição parece residir, de um lado, e paradoxalmente, na riqueza desse repertório de possibilidades e, de outro, na inexistência de critérios que possam validar a escolha dos seus instrumentos de trabalho, nem resolver os eventuais conflitos entre tais instrumentos, seja em função dos ‘casos’ a decidir, das ‘normas’ a manejar ou, até mesmo, dos ‘objetivos’ que pretendam alcançar em dada situação hermenêutica, o que, tudo somado, aponta para a necessidade de complementações e restrições recíprocas, de um ir e vir ou balançar de olhos entre objeto e método, tendo como eixo o valor ‘justiça’, em permanente configuração. Não por acaso, Gustavo Zagrebelsky afirma que não existe na literatura, nem na jurisprudência, uma teoria dos métodos interpretativos da Constituição, que nos esclareça se é possível e mesmo necessário adotar um método previamente estabelecido ou uma ordem metodológica concreta, um dado de realidade que, se não configura lacuna inexplicável, por certo reflete a consciência de que não tem maior significado nos aproximarmos da interpretação através dos seus métodos, ainda que a palavra ‘método’, como todos sabem, signifique, precisamente, o caminho a ser percorrido para se alcançar a verdade. Em suma, desprovidos de uma teoria que lhes dê sustentação e consistência na seleção dos métodos e princípios que organizem o seu acesso à Constituição – um panorama ‘desolador’, no dizer de Raúl Canosa Usera –, os intérpretes/aplicadores acabam escolhendo esses instrumentos ao sabor de sentimentos e instituições, critérios que talvez lhes pacifiquem a consciência, mas certamente nada nos dirão sobre a racionalidade dessas opções. É que, resume Giuseppe Zaccaria, o ‘método’ não pode explicar ‘a eleição do método’¹⁷⁶.

Demais disso, conquanto versando sobre os métodos de cariz constitucional, é validade e ajustada, a crítica que Virgílio Afonso da Silva, faz ao modo por intermédio do qual como a doutrina brasileira os utiliza. O autor dirige seu olhar ao que denomina de sincretismo metodológico e, como dito, critica a possibilidade de complementação entre métodos construídos separadamente, sem nenhuma demonstração de como tal convivência se mostra viável na prática:

Assim, não é de se estranhar que em trabalhos sobre métodos e princípios de interpretação constitucional ‘não costumam ser utilizados exemplos concretos de sua possível aplicação prática’. Não se costuma examinar, por exemplo, quando se fala desse ou daquele método, como seria uma aplicação prática de cada um deles. As análises costumam limitar-se a expor a ideia teórica central de cada método. Isso é, obviamente, insuficiente, pois ‘métodos não são um fim em si mesmos’, mas existem para serem aplicados. Por que, então, não se encontram análises jurisprudenciais concretas com base nesse ou naquele método – isto é, por que não são utilizados ‘exemplos concretos’ da jurisprudência do STF, ou de outros tribunais, para que seja exposto como tais

assistemáticas e contraditórias. Pode-se afirmar, ainda, que, por vezes, os pragmatismos tomam emprestado pressupostos originários das teorias argumentativas, em especial a de Alexy, mormente quando as decisões judiciais aplicam a proporcionalidade e a razoabilidade”. (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 289).

¹⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 90-91.

casos teriam sido decididos se tivesse sido usado esse, aquele ou um conjunto de métodos? Talvez porque essa demonstração seja impossível. Exemplos de que isso é assim existem em grande número. Limitar-me-ei, contudo, a alguns poucos deles: (1) Como harmonizar a idéia [sic] de unidade da constituição com a existência de colisão entre direitos fundamentais? (2) Como conciliar método estruturante com a idéia [sic] de sopesamento? (3) Como compatibilizar o método clássico – que, na versão de Forsthoff, tem cariz marcadamente positivista – com o método estruturante, explicitamente pós-positivista? (4) Como articular, por fim, um catálogo tópico de princípios de interpretação com métodos que não tratam princípios como ‘topoi’? Todas estas perguntas são meramente retóricas, e a resposta fica clara pelo simples fato de elas terem sido formuladas”. SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*¹⁷⁷.

Outrossim, Lenio Streck, de igual maneira, porém com uma perspectiva mais filosófica, obtempera tal mixagem teórica, que resulta do liame equivocado de diversos modelos jusfilosóficos (dentre os quais teorias voluntaristas, semânticas ou mesmo axiológicas), todos com raiz no ultrapassado esquema sujeito-objeto¹⁷⁸.

Aliás, ainda que sob o enfoque de autores mais contemporâneos, cujas bases teóricas são aceitas em larga escala pela doutrina e, principalmente, por nossos tribunais, detecta-se que quando proferida uma decisão esta afirma estar embasada no pensamento de algum teórico de relevo, esta afirmação constitui uma falácia. Serve a citação, quando muito, para respaldar uma tomada de decisão individualista do órgão julgador, como bem denuncia a doutrina:

É interessante notar que a recepção brasileira de autores como Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Robert Alexy gerou impacto nulo sobre nossa jurisprudência e nosso modo de operar o direito. Não é incomum que os tribunais brasileiros, inclusive o STF, cite tais autores em suas decisões. No entanto, tais citações costumam servir como argumento de autoridade: servem apenas para demonstrar erudição. Não há indício de que os modelos de racionalidade jurídica presentes na obra desses autores tenham tido qualquer influência sobre o modo de raciocinar dos operadores de nosso direito. Tal fato mostra como nossa tradição é forte e coesa; capaz de incorporar a obra destes

¹⁷⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 135-136.

¹⁷⁸ “Em tempos de enfrentamento entre Constitucionalismo (Contemporâneo) e positivismo (e os vários positivismos) e tudo o que isso representa para uma sociedade díspar e carente de realização de direitos como a brasileira, é de fundamental importância discutir o problema metodológico representado pela tríplice questão que movimenta a teoria jurídica contemporânea em tempos de pós-positivismo: como se interpreta, como se aplica e se é possível alcançar condições interpretativas capazes de garantir uma resposta correta (constitucionalmente adequada), diante da (in)determinabilidade do direito e da crise de efetividade da Constituição, problemática que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil, em face da profunda crise de paradigmas que atravessa o direito, a partir de uma dogmática jurídica refém dos positivismos exegetic, fático e normativista, cujo resultado final é uma mixagem de vários modelos jusfilosóficos, como as teorias voluntaristas, intencionalistas, axiológicas e semânticas, para citar apenas algumas, as quais guardam um traço comum: o arraigamento ao esquema sujeito-objeto”. (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 68).

teóricos em seu registro próprio, sem se deixar influenciar efetivamente por eles¹⁷⁹.

O perigo disso é que, como vem sendo noticiado, decisões sem critério são antidemocráticas e sonégam a aplicação efetiva do artigo 93, IX CRFB/88, cuja importância é dizer que a fundamentação das decisões constitui direito fundamental do cidadão à obtenção de respostas adequadas à Constituição, como oportunamente será esmiuçado. Se apostar em prática decisória fundada em subsunção é infantil, viu-se que por vezes esta é a prática adotada pelo judiciário. Por outro viés, não são raras as situações em que se ignoram o texto e o contexto fático do caso concreto, ou, além de tudo, fundado em princípios tidos como valores, aposta-se na discricionariedade, que descamba para a arbitrariedade.

Isto por certo não promove uma interpretação jurídica fundada na coerência e na integridade do Direito. Nem ao menos reserva aos princípios jurídicos um olhar que não lhe retire sua característica deontológica. Quanto mais se lembrado que o direito é um sistema regido por um código binário (lícito e ilícito), e não em um código gradual, fundado em preferências subjetivas. Esta é a investigação que se faz aqui: a busca e a proposição de um modelo de decisão judicial que se harmonize com o Estado Constitucional Democrático de Direito.

¹⁷⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 15.

3. O DEBATE MARCANTE SOBRE O POSITIVISMO, O PÓS-POSITIVISMO, O NEOCONSTITUCIONALISMO E A DISCRICIONARIEDADE DECISÓRIA.

3.1. O POSITIVISMO DE HANS KELSEN: A ACUSAÇÃO/POSSIBILIDADE DE DECISÕES DISCRICIONÁRIAS A PARTIR DE SUA UTILIZAÇÃO.

É de Kelsen, como se sabe, a tentativa de criação de uma teoria do direito desnuda de aspectos morais, o que não quer dizer que o autor não dê importância para tais. Que fique claro: Kelsen sabe que o direito detém conteúdo axiológico e valorativo. E além disso: para ele o direito é sim fruto de escolhas políticas. Ocorre que, para o autor, há uma diferença entre os cientistas do direito e aqueles que exercem política judiciária. Em outros termos, a ciência do direito e, via de consequência, o olhar do cientista, é puro, o direito não. Ao passo que o olhar do aplicador (exercente de política judiciária) não é um olhar científico, eis que pode ser invadido por valores.

Tendo ciência de que se cada artigo de lei pode projetar vários sentidos possíveis, Kelsen, em resumo, elabora sua afamada *moldura semântica*. Toda interpretação que esteja inserida no âmbito desta moldura seria válida, de forma que já se apreende de antemão um progresso, pois se antes se discorria sobre um juiz ‘boca da lei’, sob os auspícios de Kelsen há a admissão de uma eventual polissemia interpretativa existente no interior dessa moldura.

À ciência do direito cabia a tarefa de explicitar quais as possíveis interpretações de um determinado texto, o que era feito, sem caráter vinculante ou obrigatório. Eis a razão pela qual Kelsen afirma que as interpretações fornecidas pela ciência do direito (ou doutrina) constituem uma interpretação inautêntica. Diferentemente, temos as interpretações autênticas, levadas a cabo por órgãos de poder, estas sim vinculantes, por serem típicos atos de autoridade, o que o autor denomina de “ato de vontade”. Sobre este ponto – interpretação autêntica – o próprio Kelsen:

A propósito importa notar que, 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 representa¹⁸⁰.

¹⁸⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 219.

Perceba-se a importância da passagem supra. O juiz, no exercício de política judiciária, pratica ato de poder, ato de vontade, ao definir, subjetivamente, qual das possíveis interpretações elencadas pela ciência do direito é a melhor para o caso¹⁸¹. E vai além: ao não concordar, por exemplo, com nenhuma destas interpretações, pode, igualmente, apontar uma outra, situada fora da metafórica moldura semântica, mesmo porque, rememore-se, os cientistas do direito sugerem interpretações que não vinculam.

Outro ponto a ser percebido é o de que se, mesmo dentro da moldura, há discricionariedade na escolha da melhor decisão¹⁸² (lembre-se que o ato de decidir é um ato de vontade, de poder!), o jurisdicionado vai a juízo e não sabe se sairá com a resposta mais adequada do ponto de vista jurídico-constitucional. Sabe apenas que sairá com uma resposta possível, seja dentre aquelas que se encontram elencadas pela ciência do direito, ou o que é pior, uma outra, nova, não prevista, dissonante das existentes no âmbito da moldura semântica¹⁸³.

O jurisdicionado não desconhece, portanto, o fato de que obterá uma resposta, a qual pode ser a melhor, a pior, ou, quiçá, uma outra nesse “meio caminho”, tida como razoável. Acaso se pense que isto é absurdo e que seria algo inexistente na prática judiciária cotidiana, basta que se observe o comando contido em algumas súmulas de Tribunais Superiores para que se veja que isto é mais comum do que se imagina. Para que se tenha uma ideia a súmula nº 126 do TST diz expressamente que “A interpretação razoável de preceito de lei, ainda que não seja a melhor, não dá ensejo à admissibilidade de recurso de revista”. Não difere a Súmula de nº 400 do STF, cujo conhecido teor segue “decisão

¹⁸¹ Idem, p. 393.

¹⁸² Segundo Streck: “[...] Kelsen apostou na discricionariedade do intérprete (no nível da aplicação do direito) como sendo uma fatalidade, exatamente para salvar a pureza metódica, que assim permanecia ‘a salvo’ da subjetividade, da axiologia, da ideologia etc. Veja-se um dos equívocos da leitura que se faz e se fez de Kelsen: ele nunca separou/cindiu Direito e moral e nem o Direito dos ‘valores’. Na verdade, ele cindiu a ciência do direito da moral (e dos valores lato sensu). Ou seja, se Kelsen faz essa aposta nesse ‘nível’, as diversas teorias (semânticas e pragmaticistas) apostam na discricionariedade a ser feita ‘diretamente’ pelo intérprete/ juiz. Mais ainda, se Kelsen teve o cuidado de construir o seu próprio objeto de conhecimento – e, por isso, é um autêntico positivista –, a teoria pós-kelseniana, que não compreendeu a amplitude e profundidade do neopositivismo lógico, acabou por fazer essa mixagem dos dois níveis (metalinguagem e linguagem-objeto). A partir dessa má compreensão, os juristas pensaram que o juiz seria o sujeito pelo qual, no momento da aplicação do direito (em Kelsen, o juiz faz um ato de vontade, e não de conhecimento), passa(ria) a fazer a ‘cura dos males do direito’. O que em Kelsen era uma fatalidade (e não uma solução), para as correntes semanticistas, passou a ser a salvação para as ‘insuficiências’ óticas do direito”. STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 79.

¹⁸³ Ibidem.

que deu razoável interpretação a lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra do art. 101, III, da Constituição Federal”.

Satisfaz, pois, para evoluirmos, uma interpretação razoável! É o subjetivismo alicerçado no positivismo lógico-normativo kelseniano se mostrando nos tempos atuais, inclusive no Supremo Tribunal Federal, seja por súmula, seja pelas decisões ilustrativamente citadas abaixo:

O que a Constituição exige, no art. 93, IX [da Constituição], é que a decisão judicial seja fundamentada; não, que a fundamentação seja correta, na solução de questões de fato ou de direito da lide: declinadas no julgado as premissas, corretamente assentadas ou não, mas coerentes com o dispositivo do acórdão, está satisfeita a existência constitucional. (AI 402.819-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 05.09.2003).

Motivação dos julgados (CF, art. 93, IX): validade da decisão que se cinge à invocação de jurisprudência pacífica corroborada posteriormente em enunciado de Súmula: inexistência de violação à exigência constitucional. (RE 359.106-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 06.08.2004).

João Maurício Adeodato não concorda com a acusação de que a teoria kelseniana sustenta ou até mesmo advoga um decisionismo jurídico, que dá margem a decisões arbitrárias ou até discricionárias. Para Adeodato, mostra-se relevante não confundir termos caros a Kelsen, como são a *proposição normativa* e a *norma jurídica*. Ainda segundo seu pensamento, o texto expressa-se por fontes, por artigos de lei, dentre outros. Já as proposições normativas, afirmadas por Kelsen em sua teoria, são enunciados descritivos da ciência do direito; juízos hipotéticos que contém as normas, os imperativos, as permissões e as autorizações. A pretensão kelseniana, portanto, seria descritiva e não normativa.

Equivale dizer, para o autor austríaco e pela leitura feita dele por Adeodato, a proposição normativa é jurídico-cognitiva, ao passo que apenas a norma jurídica, o produto da interpretação das fontes, detém expressão da autoridade e do poder. Em artigo publicado em obra coletiva dedicada à diversidade do pensamento de Hans Kelsen, cuja passagem longa merece ser transcrita, o pensamento do autor pernambucano fica bastante claro, em especial no que se refere à acusação, a seu ver infundada, de defesa do decisionismo:

(...) Kelsen vai construir sua hermenêutica, até hoje a mais presente na prática decisória jurídica dos poderes judiciário, executivo e legislativo nas democracias modernas: a teoria da moldura, a *Rahmentheorie*.

Para ele, portanto, o caso concreto pode ter decisões diferentes e igualmente corretas, servindo a lei para balizar e separar as poucas decisões corretas, as que ficam “dentro”, das muitas incorretas, as que ficam “fora da moldura” da lei; as diferenças entre as decisões igualmente corretas são devidas a fatores juridicamente irrelevantes, que não devem ser levados em consideração no estudo do direito, tais como a personalidade, as experiências pessoais de vida, a consciência ou o ambiente social do julgador. O juiz tem alguma liberdade, mas está subordinado à lei, ao seu texto, à sua relativa, mas presente objetividade. Por isso a teoria de Kelsen não se adequa à definição de “realista”, posto que não inserem elementos reconhecidamente irracionais em seu conceito de vontade nem defende que qualquer decisão é possível, embora possa ser visto como um importante precursor do chamado realismo jurídico. Não há precisão teórica em acusá-lo hoje de fundamentar o ativismo judicial na atividade hermenêutica, do mesmo modo que no passado em acusá-lo de justificar o nazismo. A ideia de Kelsen é descrever o que efetivamente ocorre e não fazer uma pregação missionária por mais poder para os juízes – que é uma ilusão achar que a regra geral determina a decisão individual e isso negando expressamente a possibilidade de uma única resposta correta. Isso porque, como discípulo de Kant, enfatiza o dualismo entre ser e dever ser e vai mais além ao associá-lo aos dualismos entre o princípio da causalidade (*Kausalprinzip*) e o princípio da imputação (*Zurechnungsprinzip*) e respectivamente entre o ato de conhecimento e o ato de vontade.

Ao defender que o direito é criado pela vontade, assim, Kelsen não quer dizer que qualquer resposta é correta (juridicamente justa), mas apenas que não é possível uma só decisão correta. Por isso, defender que um caso tem algumas respostas corretas e que as demais são incorretas é puro e simples positivismo kelseniano¹⁸⁴.

Por outro lado, há quem possua leitura diversa e diga que Kelsen acolhe a discricionariedade da decisão judicial, o que fez organizar sua teoria da aplicação/ interpretação do direito por intermédio de dois momentos inconfundíveis, um cognitivo e outro volitivo: “[...] indeterminação implica escolhas, as quais demandam atos de vontade que criam direito¹⁸⁵”. Aquele primeiro momento, qual seja, o cognitivo, liga-se francamente ao normativismo, de maneira que a norma a ser aplicada se configura no interior de uma moldura que delimitará a vontade do juiz, tornando o ato discricionário. É, todavia, o segundo momento – que é o volitivo – que estaria ligado à discricionariedade, já que o aplicador do direito escolhe, por ato de vontade, uma dentre as várias interpretações possíveis identificadas no momento cognitivo, ou seja, dentre aquelas possibilidades compreendidas pela moldura normativa¹⁸⁶.

¹⁸⁴ ADEODATO, João Maurício. Estrutura e função da norma jurídica em Hans Kelsen e a discussão sobre a resposta correta. In: FARO, Julio Pinheiro; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. (orgs.) **A diversidade do pensamento de Hans Kelsen**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, pp. 113-114.

¹⁸⁵ SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. **Contra o absoluto**: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra de Hans Kelsen. Curitiba: Juruá, 2012. p. 387.

¹⁸⁶ Vale registrar a posição de José Antonio Sanz Moreno e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. O primeiro defende que na teoria da interpretação kelseniana “[...] todo acto jurídico es actuación política, que toda norma es ejercicio del poder. Cuando se termina a¿rmando que todo hecho productor de una norma

Contudo, por uma ou por outra linha de pensamento, por certo que, mesmo que a defesa da discricionariedade não tenha sido o mote da teoria de Hans Kelsen, sua má-aplicação ou ainda a crença de que o direito se forma e se produz tal como descrito pelo citado autor, pode gerar a combatida discricionariedade decisória.

Isto porque, as normas que advém do *ato de vontade* possuem um espectro sob o qual o intérprete pode se mover com maior liberdade, tanto assim que inexistente um método para que se diga se a resposta por ele encontrada é melhor ou pior, ou seja, correta ou inadequada. O problema, portanto, que se deduz a partir deste espectro de *liberdade* do intérprete deriva das inúmeras significações existentes em um signo linguístico, algo que afetará a criação de uma nova norma.

Por outro lado, no que diz respeito à interpretação como *ato de conhecimento*, qual seja, a que é reservada às autoridades jurídicas, o autor apresenta proposições que se correlacionam de modo lógico-formal, de maneira que a relação entre as proposições se dá de forma meramente *sintáticas*, algo igualmente insuficiente para combater juízos e decisões discricionárias.

3.2. RONALD DWORKIN E SUA POSTURA CRÍTICA QUANTO À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL.

A obra de Ronald Dworkin, como no geral ocorre, passa por mudanças pontuais de posição em determinados momentos. O objetivo aqui não é tratar da vasta produção do autor estadunidense, mas sim destacar um fio condutor de sua produção, em especial

jurídica es fruto de una decisión volitiva, la pretendida autonomía del derecho y de su ciencia es difícil de mantener” (MORENO, José Antonio Sanz. **Ordenación jurídica y estado posliberal: Hans Kelsen y Carl Schmitt**. Granada: Comares, 2002. p. 176). O segundo autor aduz que “[...] aceitar como sendo interpretação do direito, sob o ponto de vista de uma teoria do direito – de uma ciência que descreve normas jurídicas e a dinâmica dessas normas jurídicas –, a possibilidade de produção de uma norma de escalão inferior ou a realização de um ato coercitivo que se processem fora do quadro das interpretações possíveis de uma norma superior aplicanda é, no mínimo, romper com o postulado metodológico de separação entre teoria e sociologia do direito, entre ‘ciência normativa’ e ‘ciência causal’” (OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Interpretação como ato de conhecimento e interpretação como ato de vontade: a tese kelseniana da interpretação autêntica. In: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. **Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra de Hans Kelsen**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 416).

naquilo que mantém relevância com a presente pesquisa: a produção de boas decisões judiciais.

Inicia-se pela introdução de *Levando os Direitos a Sério*, por meio da qual Dworkin deixa claro que seu objetivo é ofertar uma teoria liberal do direito, não preocupada em se legitimar pela melhor descrição possível, mas através de uma teoria do direito bem particular: que faça jus aos ideais do liberalismo.

As ideias de Dworkin, pois, nunca são puramente jurídicas, há, ao contrário, uma imbricação entre direito e política. É importante deixar isso claro, pois em nenhuma das teses do autor o intérprete poderá esquecer que a mesma possui em seu bojo o liberalismo, no conteúdo que oportunamente será melhor exposto. Trata-se de um correlacionamento necessário, mesmo porque o autor pretende formular uma teoria substitutiva à dominante, que ele considera caracterizada por ser uma mixagem existente entre positivismo e utilitarismo. Chega a dizer em “*Levando os direitos a sério*”, que sua teoria passa próximo do jusnaturalismo, mas com ressalvas:

Tenho evitado essa expressão porque ela tem, para muitas pessoas, associações metafísicas que a desqualificam. Pensam que direitos naturais são atributos ancestrais que o homem primitivo usava como amuletos, e que introduziram na civilização para afastar a tirania (...) Mas no modelo construtivo, pelo menos, o pressuposto dos direitos naturais não é metafisicamente ambicioso. Exige apenas a hipótese de que o melhor programa político, no sentido desse modelo, é o que considera a proteção de certas escolhas individuais como fundamental, e não propriamente subordinada a qualquer meta ou dever, ou alguma combinação destes. Isso não exige nenhuma antologia mais duvidosa ou controversa do que alternativa de conceitos fundamentais e, em particular, não mais do que exigiria a hipótese de uma meta fundamental que subjaz a diferentes teorias utilitaristas populares. Tampouco é perturbador que uma teoria rawlsiana profunda faça esses direitos naturais, e não jurídicos ou convencionais. Evidentemente, qualquer teoria baseada em direitos deve presumir direitos que não sejam simplesmente produto de uma legislação deliberada, ou de um costume social explícito, mas que sejam bases independentes para se julgar a legislação e o costume. No modelo construtivo, o pressuposto de que os direitos são naturais nesse sentido é simplesmente um pressuposto a ser feito e examinado por sua capacidade de unificar e explicar nossas convicções políticas, uma decisão programática básica a ser submetida a esse teste de coerência e experiência¹⁸⁷.

¹⁸⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2010, pp. 273 e 274.

Para Ronald Dworkin, uma boa teoria do Direito é aquela que reúne o direito como ele é (descritiva, portanto), mas sustenta como ele deveria ser (normativa). Sua teoria é, então, ao mesmo tempo descritiva e normativa, mas ao mesmo tempo liberal, como se explicará.

Sintetizando seu pensamento, sua teoria envolve: 1) uma teoria da legislação: e aí são apresentados *quem deve, sobre o que e quais* conteúdos alguém deve legislar; 2) uma teoria da jurisdição, que explicita como aplicar o direito sob sua melhor luz; e, 3) uma teoria da obediência, em que se expõe quais leis podem reclamar obediência e quando a lei pode ser desobedecida.

Com efeito, sobre à jurisdição e à obediência, Dworkin considera que a teoria dominante em sua época é o positivismo. Para esta, segundo o autor, o direito não é nada além das regras produzidas por fontes autorizadas, de maneira válida. Afirma ainda, quanto ao utilitarismo (maximização do bem) na visão positivista, que ele se refere mais à legislação e à feitura das leis, as quais devem levar em consideração o maior número possível de resultados positivos para o maior número de pessoas. Uma concepção quantitativa, generalista e maximizadora do bem e da justiça, pois, para ele, a teoria da legislação no ideário positivista segue esse ideal, que é o de contemplar o maior número de resultados positivos para o maior número de pessoas.

Mas o autor deixa claro que uma das crenças centrais do liberalismo que sustenta é que os indivíduos possuem direitos, não porque a legislação lhes confere, tampouco porque eles estão definidos por natureza, mas sim pelo fato de estes se encontrarem definidos por convenção. Então, diz que a teoria positivista do direito falha porque demonstra que, quando qualquer direito postulado vai além do conteúdo de regras, estar-se-ia diante de um não-direito.

Conclui, com isso, que o positivismo não é uma boa estratégia de definição de direitos, mas uma restrição de quais direitos os indivíduos têm. Logo, a ser aceito o positivismo como uma boa teoria do direito não haveria nenhuma base de apreciação das leis e as regras seriam sempre boas, pois elas criam esses direitos, afinal não haveria nenhum direito anterior. Em outros termos: o positivismo restringe direitos e é uma má-teoria do

direito! Ao contrário disso, Dworkin afirma que sua teoria, por ter um viés liberal¹⁸⁸ está comprometida com a ideia de uma teoria de direitos pré-existentes, e, por assim ser, constitui-se em uma boa teoria do direito.

Já quanto ao fato que de Dworkin pregar que a legislação na concepção positivista dominante está voltada ao utilitarismo, há uma refutação pois visão tal não seria capaz de sustentar a ideia de direitos, uma vez que a acredita que estes são trunfos contra a maximização. Percebe-se, então, que Dworkin é alguém que se volta contra o utilitarismo praticado principalmente pelo judiciário¹⁸⁹ (justiça de toga), motivo pelo qual, segundo ele, os direitos devem ser definidos como trunfos¹⁹⁰, exatamente porque precisam nos proteger do raciocínio utilitarista, sob pena de desproteção de eventuais minorias¹⁹¹.

Mesmo aqueles desprotegidos (eventuais minorias), sob a perspectiva de Dworkin, estariam protegidos, contra o interesse geral da comunidade. Esta concepção anti-utilitarista, faz com que os direitos só tenham sentido numa prática liberal, porque, repete-se, servem como proteção aos interesses gerais da comunidade¹⁹². O utilitarismo, como também já dito, viola esta máxima, de maneira que uma teoria dominante da legislação que nele se apoie seria um paradoxo de raciocínio, pois se raciocina a partir da

¹⁸⁸ Cf. LADEUR, Karl-Heinz, Crítica da ponderação na dogmática dos direitos fundamentais – apelo para uma renovação da teoria liberal dos direitos fundamentais, in CAMPOS, Ricardo (org.), **Crítica da Ponderação, Método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social** - Ensaio traduzidos, Saraiva, 2016, pp. 133 -224.

¹⁸⁹ Segundo Dworkin: “Os legisladores que foram eleitos, e precisam ser reeleitos, por uma maioria política tendem mais a tomar o partido de tal maioria em qualquer discussão séria sobre os direitos de uma minoria contrária; se se opuserem com excessiva firmeza aos desejos da maioria, esta irá substituí-los por aqueles que não se opõem. Por esse motivo, os legisladores parecem menos inclinados a tomar decisões bem fundadas sobre os direitos das minorias do que as autoridades que são menos vulneráveis nesse sentido” (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo e revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 448-449).

¹⁹⁰ Segundo a doutrina: “trunfos frente à maioria, de modo que nenhuma diretriz política nem objetivo social coletivo pode triunfar frente a um autêntico direito”. (In: CALSAMIGLIA, Albert. **Prefácio à edição espanhola da obra de Ronald Dworkin Derechos en Serio**. Barcelona, Editora Ariel, 1984. [on line] Trad. de Patrícia Sampaio. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/patdwork.html>. Acesso em: 05.09.2017).

¹⁹¹ Seguindo esta mesma concepção, inclusive sob a perspectiva de Dworkin, a doutrina pátria: “Hoje, sabe-se mais do que nunca e em decorrência das atrocidades cometidas em nome do interesse público que o interesse público só pode ser assim caracterizado se respeitar os direitos de todas as pessoas. É nesse sentido que Ronald Dworkin vai defender em suas obras que os direitos fundamentais são trunfos, coringas, que podem funcionar até mesmo contra políticas públicas” (In: OMMATI, José Emílio Medauar. **A Igualdade no Paradigma do Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 88).

¹⁹² DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, *passim*.

comunidade e não de direitos. Portanto, o utilitarismo, nos termos sustentados por Dworkin, é uma má-teoria liberal da legislação¹⁹³.

Também na obra antes citada – *Levando os direitos a sério* – faz-se relevante a menção a um texto bastante famoso e estudado chamado “modelos de regras I”. As ideias sustentadas neste capítulo são relacionadas com a perspectiva política-liberal acima resumida. Dessa diretriz se pode perceber que a refutação de Dworkin ao positivismo não é simplesmente epistemológica, mas, antes de tudo, política, isto porque o autor percebe que o positivismo não consegue atingir os objetivos do liberalismo tal como por ele defendido.

No “modelo de regras I” Dworkin formula, em resumo o seguinte pensamento e elege uma premissa relevante: subsistem dúvidas na hora de determinar o que o direito é, principalmente sob ponto de vista do leigo. Por isso, afirma Dworkin, o mais importante não é analisar o conceito de direito, mas de direitos e obrigações subjetivas, pois compreende ele que, embora pareçamos saber o que estamos falando acerca do direito, é absolutamente possível que advogados e juízes nutram profundas divergências sobre certas temáticas.

Com efeito, o pressuposto do autor é o de que as divergências não são erros a serem corrigidos. Ao contrário, são elas o ponto de partida para que se defina que tipo de prática é o direito, sabendo-se da existência de posições rivais que se apoiam em convicções morais e políticas diferentes. Isto ocorre porque o direito é um tipo de prática que se apoia em conceitos interpretativos, não de natureza linguística, mas política e ética. Logo, a tarefa da filosofia do direito não é a de eliminar a divergência, mas sim a de abraça-la, pois é este desacordo é que prova que o direito é uma ciência profundamente interpretativa.

Pois bem, se estas convicções políticas e morais de fundo decorrem de uma concepção moral e política, é preciso lembrar a que nutre Dworkin: o liberalismo. Por aí se vê que a grande pergunta não é como os indivíduos tratam o direito, mas a partir do que há divergências. O autor, inclusive, questiona em obra recente:

¹⁹³ Cf. DWORKIN, Ronald, “Rawls e a filosofia do Direito”, In: DWORKIN, Ronald, **Justice in robes**, Harvard University Press, Cambridge, 2006.

podemos dizer qualquer coisa, em geral, sobre o que torna verdadeira uma proposição jurídica onde quer que ela seja verdade? Poderá haver proposições do direito verdadeiras em locais com tipos de instituições políticas muito diferentes daquelas que temos? Ou não há em absoluto instituições reconhecíveis? Há diferença, na Inglaterra ou em qualquer outro lugar, entre a alegação de que o direito exige que alguém execute os contratos que assinou e uma predição de que as autoridades o punirão se ele não os cumprir? Ou entre aquela proposição e a proposição aparentemente diferente de que ele não está moralmente obrigado a executar os seus contratos? Se uma proposição do direito é diferente tanto da predição das conseqüências e de uma afirmação de obrigação moral, em que sentido, exatamente, ela é diferente¹⁹⁴?

Levando seu raciocínio adiante, o autor estadunidense afirma que os positivistas possuem três concepções acerca do que são direitos e obrigações. São as três apresentadas por ele quanto ao modo de trabalho do positivismo. 1ª) os indivíduos têm apenas os direitos e as obrigações que os juristas assumem em decorrência de regras atribuídas a eles; 2ª) essas regras são apenas aquelas produzidas por uma fonte autorizada, ou seja, as que passaram pelo que o autor chama de *teste de pedigree*, que é uma análise da validade da regra a partir de sua origem ou fonte; 3ª) os juízes devem decidir casos a partir dessas regras válidas (*teste de pedigree*), porém se o caso é indeterminado juridicamente, o julgador poderia formar sua decisão discricionariamente, ou seja, poderia escolher uma solução, sem que as partes tenham possibilidade de se insurgir de forma adequada contra ela.

Ronald Dworkin possui duas argumentações diferentes contra essas três teses. A primeira e mais conhecida delas é a de que nestas hipóteses de espaços vazios deixados pelas regras, o juiz se valeria de princípios, algo mais amoldado à tese dos direitos, que são pré-existentes. A segunda decorre do próprio ofício de decidir, pois justificar o fato de o julgador se engajar em seu ofício decisório, o autor afirma que isso só faz algum sentido se este engajamento for voltado à busca de uma resposta correta, o que demonstra que há algo superior em uma alternativa quando relacionada com outra.

É assim que o jusfilósofo Ronald Dworkin promove críticas à concepção positivista e, acima de tudo, ao chamado “poder discricionário” utilizado naqueles casos em que não são encontradas soluções imediatas através de uma simples leitura do ordenamento jurídico. Do contrário, como dito, sustenta Dworkin que os juízes estariam criando novos

¹⁹⁴ DWORKIN, Ronald. **Justice in robes**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, p. 163.

direitos jurídicos, função típica do legislador. Porém, o mais grave, é que estes novos direitos seriam aplicados de modo retroativo ao caso em questão, algo que conduz a uma inadequada teoria da decisão judicial. Mesmo nos casos difíceis, segundo este autor, é dever do juiz descobrir os direitos das partes e não criá-los, segundo seu olhar discricionário:

Em minha argumentação, afirmarei que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente. Já devo adiantar, porém, que essa teoria não pressupõe a existência de nenhum procedimento mecânico para demonstrar quais são os direitos das partes nos casos difíceis. Ao contrário, o argumento pressupõe que os juristas e juízes sensatos irão divergir frequentemente sobre os direitos jurídicos, assim como os cidadãos e os homens de Estado divergem sobre os direitos políticos. Este capítulo descreve as questões que juízes e juristas têm que enfrentar, sem garantir que todos eles dêem a mesma resposta a essas questões¹⁹⁵.

Se os juízes não são legisladores delegados, Dworkin levou adiante uma distinção fundamental entre argumentos de princípio¹⁹⁶ e argumentos de política. Estes últimos dizem respeito à decisão que fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade, já os argumentos de princípio denotam a decisão que respeita um direito de um indivíduo ou de um grupo. O Poder Legislativo pode vir aderir a argumentos de política, mas as decisões judiciais sempre devem ser justificadas por argumentos de princípio. Eis, mais uma vez, a manifestação da já destacada *tese dos direitos*, adiante retratada em passagem da obra do autor:

A tese dos direitos, segundo a qual as decisões judiciais tornam efetivos os direitos políticos existentes, sugere uma explicação mais satisfatória do ponto de vista dessas duas exigências. Se essa tese é válida, a história institucional age não como uma restrição do juízo político dos juízes, mas como um

¹⁹⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 217.

¹⁹⁶ “A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é na 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. [...] Mas não é assim que funcionam os princípios [...] Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele temou quão importante ele é”. (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 39-43).

componente de tal juízo, pois a história institucional faz parte do pano de fundo que qualquer juízo plausível sobre os direitos de um indivíduo deve levar em consideração. (...) Desse modo, desaparece a alegada tensão entre originalidade judicial e história institucional: os juízes devem fazer novos julgamentos sobre os direitos das partes que a eles se apresentam, mas esses direitos políticos antes refletem as decisões políticas tomadas no passado do que a elas se opõe. Quando um juiz opta entre a regra estabelecida por um precedente e uma nova regra que se considera mais justa, ele não está fazendo uma escolha entre a história e a justiça. Em vez disso, faz um julgamento que requer uma certa conciliação entre considerações que em geral se combinam em qualquer cálculo de direitos políticos, mas que aqui competem uma com a outra. (...) Portanto, a tese dos direitos oferece uma explicação mais satisfatória a respeito do modo como os juízes utilizam o precedente nos casos difíceis, uma explicação melhor do que a oferecida por qualquer teoria que atribua um lugar mais proeminente à política¹⁹⁷.

Adiante Dworkin afirma que os juízes estão sujeitos, como qualquer autoridade política, ao que chama de responsabilidade política¹⁹⁸, algo que traz a reboque o dever de justificação da sua decisão particular, por intermédio de um dever de coerência na forma de uma “consistência articulada¹⁹⁹”. Os jurisdicionados possuem direito à melhor resposta e não à uma pautada em juízo discricionário, por mais regras, algumas vezes, não se mostrem exaustivas e claras o suficiente²⁰⁰.

¹⁹⁷ DWORKIN, **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 136.

¹⁹⁸ Acerca deste dever de “prestar contas”: “Há que se levar em conta, ademais, que justificar quer dizer fundamentar. E que isso vai muito além do ‘motivar’. Posso ter vários motivos para fazer algo; mas talvez nenhum deles seja justificado. De todo o exposto, tem-se que o dever fundamental de justificar as decisões assume especial relevância no plano da transparência do processo democrático de aplicação das leis. Destarte, as possibilidades de controlar democraticamente as decisões dos juízes (que transitam no terreno do contramajoritarismo) residem precisamente na necessidade da motivação/ justificação do que foi dito. E esse dever de fundamentar as decisões não é meramente teleológico – é, também e fundamentalmente, um dever de esclarecimento acerca do estado da arte do processo sob apreciação; é uma ‘accountability’ permanente. Trata-se, pois, de um direito fundamental do cidadão, como, aliás, é posição assumida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Afinal, se o Estado Democrático de Direito representa a conquista da supremacia da produção democrática e do acentuado grau de autonomia do direito, a detalhada fundamentação das decisões proporciona uma espécie de ‘accountability’. O estrito cumprimento do dever de fundamentar as decisões proporciona, também, a superação de quaisquer resquícios próprios dos paradigmas jurídicos do passado, como a prática da subsunção ou do silogismo-dedutivista. A necessidade da fundamentação impede que as decisões se resumam à citação de enunciados assertóricos, anti-hermenêuticos na origem, por obnubilarem a singularidade dos casos. Este princípio – que é um dever fundamental – vem a ser complementado por outro igualmente fundamental: o do direito de obter uma resposta constitucionalmente adequada à Constituição, isto é, o do direito a obter uma resposta baseada em pretensões juridicamente tuteladas. Isso quer dizer que fica afastada a possibilidade de se dizer que o juiz primeiro decide para só depois fundamentar (ou ‘motivar’)”. (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 341-342).

¹⁹⁹ *Idem*, p. 138.

²⁰⁰ Em certa passagem, fazendo uma metáfora com um jogo de xadrez: “Temos, então, no caso do árbitro da partida de xadrez, um exemplo de uma autoridade cujas decisões sobre os direitos institucionais são consideradas como regidas por restrições institucionais, mesmo quando a força de tais restrições não for clara. Não achamos que ele seja livre para legislar, de modo intersticial, em um contexto de “textura aberta” de regras imprecisas. Se uma interpretação da regra que prevê a aplicação de uma penalidade protege a natureza do jogo e se uma outra não, os participantes têm um direito à primeira interpretação. Podemos encontrar, nesse caso relativamente simples, alguma característica geral dos direitos institucionais nos casos difíceis, que será relevante para a decisão de um juiz em um caso jurídico difícil. (*ibidem*, p. 160).

Na tese de Dworkin há alusão a dois conceitos importantes ainda: o de intenção ou propósito de uma determinada lei, bem como ao de princípios implícitos às regras positivas do direito ou que neles insertos. Acoplados, tais conceitos determinam os direitos jurídicos como uma função dos direitos políticos. E é a partir deles que o autor apresenta seu juiz metafórico, alcunhado de Hércules:

Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo²⁰¹.

Hércules é um juiz de capacidade sobre-humana, que deve desenvolver uma teoria da Constituição e que procura apreender as regras nela contidas; busca também observar interpretações anteriores, bem como a filosofia política que serve de lastro aos direitos dispostos. Procura também uma interpretação que regula de maneira mais adequada a obra do Legislativo, levando-se em conta as leis promulgadas, sem olvidar suas responsabilidades na qualidade de juiz.

Por isso se questiona acerca de qual argumento de princípio e de política convenceria o Poder Legislativo a editar a lei em estudo. A busca de Hércules pela melhor resposta ao caso concreto, condiz com a análise dos precedentes, mormente quando o caso sob sua apreciação não é regulado amiúde por nenhuma lei. Assim, nessa análise dos precedentes, Hércules deve dar realce a argumentos de princípio – e não aos de política –, até porque precedentes possuem uma força gravitacional jurídica²⁰², a qual é fundada na equidade,

²⁰¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 165.

²⁰² Uma passagem relevante: Não obstante, os juízes parecem concordar que as decisões anteriores realmente contribuem na formulação de regras novas e controvertidas de uma maneira distinta do que no caso da interpretação. Eles aceitam, por unanimidade, que as decisões anteriores têm força gravitacional, mesmo quando divergem sobre o quê é essa força. É muito comum que o legislador se preocupe apenas com questões fundamentais de moralidade ou de política fundamental ao decidir como vai votar alguma questão específica. Ele não precisa mostrar que seu voto é coerente com os votos de seus colegas do poder legislativo, ou com os de legislaturas passadas. Um juiz, porém, só muito raramente irá mostrar este tipo

de maneira que casos semelhantes devem obter o mesmo tratamento, como bem se observa da passagem adiante:

Hércules concluirá que sua doutrina da equidade oferece a única explicação adequada da prática do precedente em sua totalidade. Extrairá algumas outras conclusões sobre suas próprias responsabilidades quando da decisão de casos difíceis. A mais importante delas determina que ele deve limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões. Se se considerasse que uma decisão anterior estivesse totalmente justificada por algum argumento de política, ela não teria força gravitacional alguma²⁰³.

O juiz metafórico de Dworkin irá construir uma espécie de *cadeia de princípios* fundantes do direito costumeiro, levando em conta justificações dadas em decisões antecedentes sobre casos que possuem uma mesma *holding*. O ordenamento é tratado como algo inteiriço, sem emendas, o que não quer dizer que Hércules não saiba ou preveja que é plenamente viável encontrar em sua busca decisões incoerentes. Eis a necessidade de uma teoria sobre os erros, embasada em duas distinções:

(...) distinguirá entre, de um lado, a autoridade específica de qualquer evento institucional, que corresponde ao seu poder de produzir, enquanto ato institucional, exatamente aquelas consequências institucionais que descreve e, por outro lado, sua força gravitacional. Se Hércules classificar algum evento como erro, ele não negará sua autoridade específica, mas estará negando sua força gravitacional, e não pode então, de modo consistente, apelar para essa força em outros argumentos. Ele também distinguirá entre erros enraizados e erros passíveis de correção; os primeiros são aqueles cuja autoridade específica acha-se estabelecida de tal maneira que ela sobrevive à perda de sua força gravitacional; os segundos são aqueles cuja autoridade específica depende da força gravitacional, de modo que ele não pode sobreviver à perda dela²⁰⁴.

Por consequência, Dworkin quer deixar claro que “a teoria da decisão judicial de Hércules não configura, em momento algum, nenhuma escolha entre suas próprias convicções políticas e aquelas que ele considera como as convicções políticas do conjunto da comunidade²⁰⁵”.

Além do mais, sua teoria visa promover críticas ao positivismo jurídico que apregoa a possibilidade de decisões discricionárias, notadamente quando sustenta que decisões

de independência. Tentará, sempre, associar a justificação que ele fornece para uma decisão original às decisões que outros juízes ou funcionários tomaram no passado. (*Idem*, p. 175).

²⁰³ *Ibidem*, p. 177.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 189.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 197.

judiciais não podem se embasar em argumentos de política, mas sim em de princípios, mesmo nos casos difíceis, quando o magistrado deve descobrir quais os direitos das partes e não criar novos direitos.

3.3. DERROCADA E RESSURREIÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO: A TENTATIVA DE “SUPERACÃO” E REFUTAÇÃO DA PROPOSTA TEÓRICA DE RONALD DWORKIN.

Como visto acima, a ideia de um sistema fechado de regras, característica de um modelo positivista de cunho descritivo, recebeu críticas, por propiciar decisões aportadas em razão instrumental que não se preocupa com a sua legitimidade e correção. Lembre-se ainda das considerações e insurgências de Dworkin quanto à possibilidade de, por exemplo, em casos complexos, em que não se tem uma regra especificamente clara a ser aplicada, o juiz decidir livremente.

Foi destacado, ademais, a dissonância de Dworkin no que se refere ao positivismo descritivo, pois as decisões não são, como dito, legitimadas tão-só pelo procedimento, mas sim pelo seu conteúdo, mesmo porque o direito positivo assimilou conteúdo morais, que, contudo, com eles não se confundem.

Em resposta às críticas de Ronald Dworkin, Herbert Hart, por exemplo, no posfácio de sua obra “O conceito de Direito”, publicado postumamente em 1994, afirma a importância do positivismo visto sob um viés descritivo, mas não nega que, em alguns instantes, se presenciem elementos valorativos na descrição²⁰⁶.

O que Hart quer dizer com isso é que há, de fato, uma separação entre direito e moral, malgrado entre eles possa haver pontos de convergência. O fato é que inexiste uma conexão conceitual necessária, de forma que pode haver uma norma válida, contudo moralmente indesejável. Em outra terminologia, o critério de identificação do direito pode, eventualmente, ser moralmente neutro, mas não necessariamente o é, porquanto

²⁰⁶ Nas palavras de Hart: “uma descrição pode ainda continuar a ser uma descrição, mesmo quando o que é descrito constitui uma avaliação” (In: HART, Herbert. L. A. **O Conceito de Direito**. 3. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 306).

pode ocorrer de a regra de reconhecimento²⁰⁷ de um determinado sistema jurídico dizer que só é válida uma a norma que seja moralmente aceitável. Como bem afirma o próprio Hart:

a existência e o conteúdo do direito podem ser identificados por referência as fontes sociais do direito (por exemplo, legislação, decisões judiciais e costumes sociais), sem referência a moral, excepto quando o direito assim identificado tenha, ele próprio, incorporado critérios morais para a identificação do direito²⁰⁸.

É por esta razão, em específico, que Hart é classificado como um positivista moderado, pois, uma vez mais, ele perfilha o entendimento de que pode haver princípios morais e valores substantivos que sirvam como critérios de identificação do direito em um dado ordenamento, bastando que sejam estes incorporados na regra de reconhecimento²⁰⁹ como condição de validade das normas.

Já é possível antever que tal debate trouxe mudanças no positivismo jurídico, pois este se viu compelido a acolher parte dos argumentos de Dworkin. Daí porque o positivismo se dividiu em inclusivo e exclusivo, sendo o primeiro representado pelo próprio H. L. A. Hart, além de Wilfrid Waluchow²¹⁰, Jules Coleman, dentre outros de menor envergadura. Já o segundo, é capitaneado por Joseph Raz, Scott Shapiro, Andrei Marmor e outros²¹¹.

Este posfácio tem como grande relevância, além da tentativa em si de responder a Dworkin, demonstrar uma eventual sobrevivência do positivismo, bem como influenciar novas vertentes de pensamento desta linha filosófica, dentre as quais o positivismo

²⁰⁷ Resumidamente, a regra de reconhecimento condiz com aquela que nos permite aferir a existência e a validade de uma regra primária de obrigação. Trata-se, em outros dizeres, a regra de reconhecimento, de uma meta-norma implícita e costumeira que obriga os oficiais do sistema jurídico a promoverem a aplicação de normas que venham a passar nos testes de validade do direito. Está umbilicalmente relacionada à validade de outras regras do sistema, porquanto estabelece os critérios de validade destas normas. Ela seria, pois, a regra última do sistema, como ocorre, na realidade brasileira com a Constituição da República.

²⁰⁸ HART, Herbert. L. A. **O Conceito de Direito**. 3. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 332.

²⁰⁹ Nos termos empregados por Jules Coleman a regra de conhecimento apresenta ambiguidade, pois possui um sentido epistêmico [a], como também um sentido semântico [b]. Num sentido [a], a regra de reconhecimento é um standard que alguém pode utilizar para identificar, validar ou descobrir o direito de uma comunidade. Num outro sentido [b], a regra de reconhecimento especifica as condições que uma norma deve satisfazer para constituir parte do direito de uma comunidade. (COLEMAN, Jules. "Negative and Positive Positivism". In: **The Journal of Legal Studies**. Vol. 11, 1982. pp. 139-164).

²¹⁰ Este autor, que, como se disse é um dos expoentes do inclusivismo asseverou o seguinte: "creio que em algum lugar entre as visões conflitantes de Raz [o grande representante do positivismo exclusivo] e Dworkin se situa o positivismo inclusivo, uma viável e iluminadora teoria do direito". In: WALUCHOW, Wilfrid. **Inclusive Legal Positivism**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1994, p. 9.

²¹¹ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 166-179.

inclusivo, exclusivo, e normativo, sobre os quais serão tecidos breves comentários adiante.

Hart, como alertado, é um positivista que faz parte do rol de inclusivistas, também chamado de brando ou moderado. A tese principal e comum ao positivismo inclusivo diz respeito à separabilidade²¹², pois legalidade e moralidade são separáveis, mas não necessariamente assim estarão, até porque a regra de reconhecimento de um determinado ordenamento pode muito bem determinar como condição de validade jurídica a obediência a determinados princípios de ordem moral²¹³.

Direito e moral poderia ter, então, uma aproximação eventual ou contingencial, mas isso depende da existência de uma regra de reconhecimento presente no ordenamento jurídico que assim o diga, algo bem diverso do positivismo clássico, que adota a tese das fontes²¹⁴.

²¹² “Il positivismo inclusivo afferma che la regola di riconoscimento pu. Includere degli standards morali per individuare il diritto valido e il suo contenuto, e ci. risulta evidente dal fatto che i giudici facciano appello alla morale per risolvere le questioni loro sottoposte. Si pu. ammettere che i giudici fanno appello a principi morali, senza per questo rinnegare il positivismo giuridico metodologico- concettuale: solo, occorre specificare che tale appello morale contingente. (...)Parlare di morale senz’altro specificare, come fa il positivismo inclusivo, indica, infatti, l’adozione di una prospettiva normativa, non diretta a conoscere il diritto com’è, ma a prescrivere come si vorrebbe che fosse. Teorie siffatte, in reall., risultano dirette - consapevolmente o no - a offrire criteri per valutare il diritto configurandosi come politiche (o meta-politiche) del diritto” (POZZOLO, Susana. Riflessioni su inclusive e soft positivismo. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (orgs.), *Analisi e Diritto* 1998. **Ricerche di giurisprudenza analitica**, p. 242-244).

²¹³ Segundo a doutrina: “Os positivistas inclusivistas aceitaram, de modo geral, o argumento hartiano de que o critério de validade jurídica está enraizado numa convenção fundamental, isto é, numa regra de reconhecimento que se manifesta por meio de um complexo conjunto de práticas de aplicação do direito realizadas pelos juízes e também por outros funcionários do Estado encarregados nessa aplicação. Dessa forma, são essas práticas convencionais que constituem a base do direito. Se, por um motivo contingente, nessas práticas se incluírem o reconhecimento da força vinculante dos princípios em razão de seus conteúdos (sua razoabilidade, sua justiça, etc.), então o direito, nessas situações, poderá envolver princípios jurídicos de natureza moral como direito, e não como meros princípios extrajurídicos”. (MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 170).

²¹⁴ Diferenciando a tese das fontes do positivismo inclusivo, a doutrina: “Soft [inclusive] positivists interpret the Separation Thesis as involving only a modal, existential generalization of the following form: it is (conceptually) possible that there exists at least one rule of recognition, and thus one legal system, in which morality is not a criterion of legal validity. Hard [exclusive] positivists, by contrast, interpret the Separation Thesis as requiring a universal generalization of the form: for all rules of recognition, hence for all legal systems, it is not the case that morality is a criterion of legality, unless some content-neutral criterion makes it so. Soft Positivists interpret the Social Thesis as saying only that a society’s rule of recognition is constituted by the social facts about how officials actually decide disputes; thus, for example, if it is the ‘practice’ or ‘convention’ of officials to decide disputes by reference to morality, then morality, in that society, is a criterion of legality. Hard Positivists, by contrast, interpret the Social Thesis as a constraint on the content of the Rule of Recognition, not simply on its existence conditions. Thus, for Hard Positivists the Social Thesis says not only that a rule of recognition is constituted by social facts (e.g. facts about the conventional practice among officials in resolving disputes) but also that the criteria of legal validity set out by any society’s rule of recognition must consist in social facts (e.g. facts about pedigree or sources)”. (In: LEITER, Brian. *Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis*. In:

Os inclusivistas²¹⁵, resumidamente, creem ser conceitualmente possível, mas não necessário, que a validade jurídica de uma regra dependa de sua coerência com princípios e valores morais. Por isso se diz que os defensores do positivismo inclusivo consideram que os valores morais não são imperiosamente decisivos para a definição e aplicação do direito; pode, como se disse, haver uma convenção social que imponha levar em consideração a moral para fins de determinar a validade ou mesmo para efeito de uma melhor interpretação do direito²¹⁶.

Passa-se agora à análise do positivismo exclusivo, outra vertente mencionada anteriormente. Seu principal autor, por mais curioso que pareça, foi um aluno de Hart, chamado Joseph Raz, responsável, inclusive, pela edição póstuma do Posfácio de “O conceito do Direito”.

Sequenciando, o positivismo exclusivo tem ideário uma forte separação entre direito e moral, mesmo porque as condições de validade jurídica devem se ater a fatores que nada têm a ver com o conteúdo (ou moral) da norma sob análise. Dworkin aduz que positivismo ‘exclusivo’, insiste, portanto, na tradicional tese positivista de que aquilo que o direito

COLEMAN, Jules L (Org.). **Hart’s Postscript**: Essays on the postscript to the concept of the law, Oxford University Press, 2001, p. 356-357).

²¹⁵ Vale citar um dos expoentes da tradição inclusivista: “According to modern versions of Inclusive Positivism, it is the accepted rule of recognition that determines which, if any, moral considerations figure in determinations of law. So whether morality counts in determinations of law is not itself a matter of morality. Rather, it depends on which criteria of validity exist as a matter of accepted social practice within a legal system’s rule of recognition. But there is nothing to prevent these criteria from being moral in nature. The Canadian Charter of Rights and Freedoms arguably serves to illustrate this very point”. WALUCHOW, W. J. **The Many Faces of Legal Positivism**. *University of Toronto Law Journal*, Vol. 48, N. 3, 1998, p. 393.

²¹⁶ Dimitri Dimoulis afirma o seguinte acerca do positivismo inclusivo: “Devemos lembrar aqui da análise hartiana sobre a identificação do direito com base na regra secundária de reconhecimento. Essa regra pode incluir requisitos de validade que impõem levar em consideração qualidades substanciais das normas. Nessa perspectiva a mora *pode* se tornar diretamente relevante no sistema jurídico. Isso ocorre quando a regra de reconhecimento inclui valores morais. Pode ocorrer que, em determinado território e momento, sejam reconhecidos como jurídicos regulamentos feitos ‘conforme a justiça’, ‘promovendo o bem-estar de todos’, ‘segundo valores morais da comunidade’, segundo a ‘moralidade política’ ou, nas palavras de Hart, ‘conforme princípios morais e valores substantivos’. (...) O PJI não abandona a tese da separação entre direito e moral, mas lhe atribui um significado que se aproxima do jusmoralismo. Admite que não há necessária conexão entre o direito e a moral, mas considera possível a existência de sistemas jurídicos, nos quais os imperativos morais desempenhem um papel crucial na identificação da validade das normas jurídicas e, principalmente, em sua interpretação”. (In: DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico** – introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 138-139).

exige ou proíbe não pode jamais depender de qualquer critério moral²¹⁷. Nos dizeres de Lenio Streck:

Nesse caso, prega-se uma separação radical entre moral e direito. Tem-se a versão forte da tese das fontes sociais, para a qual inexistente uma conexão entre o direito e moral que permita a identificação daquele a partir desta. Isto é, a normatividade jurídica é identificada sem nenhuma relação com a moralidade. Afirma-se, porém, que o direito apresenta limites – em face da imprevisibilidade da administração judicial dos fatos sociais – e, diante de um desses limites, o juiz mantém para si poder discricionário para decidir, segundo os critérios que lhe parecerem mais convenientes, a questão posta. Nesse caso, a descoberta de uma norma jurídica válida continua a depender, apenas, de uma questão de fontes. E, claro, da subjetividade do juiz²¹⁸.

As teses fundamentais do exclusivismo são: “o direito deve ser explicado por referência a fatos sociais e, por consequência, é irrelevante para a compreensão e descrição de uma ordem jurídica qualquer especulação sobre seus fundamentos metafísicos; (...) o valor moral não é condição necessária da juridicidade da norma²¹⁹”.

O direito é estabelecido, assim, tão-somente por fatos sociais que o criam e as leis possuem validade independentemente de seu conteúdo, sejam elas moralmente aceitas ou não, até pela circunstância de que a aferição de sua validade ocorre através da análise de um critério meramente formal.

A moral, para os positivistas exclusivistas, não pode ser utilizada em hipótese alguma como critério de identificação do chamado direito positivo. Isto tanto naquilo que se refere à sua validade, como também em sua interpretação, eis que há uma separação de rigor entre direito e moral. Esta última nunca interfere conceitualmente na definição daquilo que é o direito; se algo é juridicamente válido é porque corresponde a fatos sociais que lhe concedem validade, de modo que os mandamentos morais são irrelevantes do ponto de vista jurídico.

O que é relevante é que a norma seja criada por uma *fonte autorizada*, pouco importando seu conteúdo e as intenções daquele que a criou. Para os exclusivistas, a lei fornece

²¹⁷ DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. 1ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010, p. 266.

²¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 42.

²¹⁹ JÚNIOR, Fortunato Michelin. Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2004, p. 30.

soluções impositivas para problemas ligados ao modo de agir de uma sociedade. Se os problemas surgem, porque as pessoas possuem concepções conflitantes sobre aquilo que é proibido ou permitido pelos princípios morais, e se estes mesmos conflitos conduzem à disputas sobre o que deve ser feito, a grande função da lei é guiar impositivamente ações e promover a resolução de práticas pelo que fosse justo ou moralmente correto.

Aliás, a respeito dessa função planejadora e pacificadora do direito, a obra *Legality* de Scott Shapiro oferece uma abordagem diferenciada a partir de uma perspectiva que o autor possui do direito fundado em uma prática social normativa. Sua principal tese vale ser mencionada, embora este não seja o maior intuito aqui. Trata-se da tese do planejamento, segundo a qual a atividade jurídica é uma atividade de planejamento social²²⁰.

Para este importante autor contemporâneo a atividade jurídica pode ser entendida como formular, adotar, repudiar, afetar e aplicar regras para uma determinada comunidade. Daí sua noção de planejamento. De seus estudos, pode-se citar como ponto mais relevante a afirmação de que a natureza última do direito, ou a sua juridicidade (“*Legality*”, como no título de sua obra), diz respeito a uma atividade compartilhada de planejamento, ou à fixação de planos coletivos vinculantes com vistas ao futuro.

Shapiro afirma que em nossa vida em sociedade, temos a certeza de duas coisas: 1ª) que no futuro enfrentaremos uma série de problemas que demandarão decisões coletivas; 2ª) que, ao nos permitirmos tomar tais decisões apenas quando os problemas se apresentarem, a incerteza e a possibilidade de desacordo entre os participantes de uma comunidade não os permitirá chegar à decisão necessária em tempo hábil. E assim, busca remediar a situação, formulando seus *planos racionais*, que funcionam como guias para a conduta e standards para a valoração²²¹.

Perceba-se que esta teoria, apresentada em linhas gerais aqui, propicia a redução de incerteza e superação de desacordos. A incerteza é diminuída pelo fato de que, quando os problemas surgirem será possível de antemão saber como agir, à luz do conteúdo dos planos já fixados. Por outro lado, o desacordo é superado, porquanto se assume

²²⁰ SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge, 2011, p. 195.

²²¹ SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge, 2011, p. 127.

compromisso de que, embora haja discordância quanto aos planos fixados, seja no conteúdo seja sobre sua existência, todos devem segui-los, pois só assim prevalecerá a segurança.

Por fim, um outro positivista exclusivo que merece uma breve menção é Andrei Marmor, para quem normas jurídicas são convenções e estas são práticas em que deve haver um padrão a ser seguido por todos, mostrando-se isso mais importante até que o conteúdo deste padrão. É o que o autor denomina de primazia da convergência. Além disso, segundo este mesmo autor, os agentes incorporam convenções à sua conduta pela circunstância de que, conquanto estas recaiam sobre os aspectos da convivência que exigem uniformização, deixam elas espaço para feitura de escolhas individuais nos demais aspectos. E ainda porque, há uma vantagem de saber de antemão como todos irão agir, o que balanceia a desvantagem de se abrir mão de uma escolha individual em favor de um padrão convencional²²².

Conclui, assim, seu raciocínio dizendo que se o direito adotasse critérios cuja relevância advém do que é bom ou ruim, correto ou incorreto (primazia do conteúdo), tais critérios prejudicariam a primazia da convergência, e, portanto, não seriam boas convenções. Critérios morais, por serem ligados à primazia do conteúdo, prejudicam, pois, a primazia da convergência e não são, por isso, como dito acima, boas convenções. Eis a razão pela qual afirma que se o direito incorporasse critérios morais, não poderia ele funcionar como uma convenção, deixando, diante deste quadro, de ser direito. Em arremate: se normas jurídicas são convenções, e por isso requerem a primazia da convergência, são elas incompatíveis com critérios morais, que preferem a primazia do conteúdo²²³.

Por certo, todavia, que uma ou outra teoria não elimina por completo a discricionariedade decisória. Veja-se que podem haver “planos” e “leis” absolutamente injustas²²⁴, que

²²² MARMOR, Andrei. **Interpretation and Legal Theory**, 2ª. Ed. Portland, *passim*.

²²³ MARMOR, Andrei. **Legal Positivism-Still Descriptive and Morally Neutral**. Oxford Journal of Legal Studies, v. 26, n. 4, p. 683-704, 2006. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2569&context=facpub>> Acesso em: 20 jul. 2017.

²²⁴ Acerca do tema “injustiça” conferir: Raz, Joseph. The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism in PAVLAKOS, George. **Law, Rights and Discourse. Themes of Legal Philosophy of Robert Alexy**. Oregon: Oxford and Portland, 2007. Resumidamente o autor em questão discorre sobre o argumento da injustiça e aduz que esta não conduz à existência de vinculação entre o direito e a moral. O argumento da injustiça não seria incompatível com o positivismo jurídico, porquanto a ser assumida a possibilidade de os tribunais anularem leis absolutamente injustas é preciso que se veja, antes, se esta

mesmo para os positivistas exclusivos não devem ser cumpridas, como aliás, com muita precisão identificou Dworkin a escrever uma crítica a Raz:

As condições morais que Raz identifica coloca um problema sério para ele. Se aceitasse o que parece possível inferir de seus pressupostos anteriores – o fato de que uma verdadeira lei deve atender a todas as condições necessárias de autoridade legítima, inclusive as de natureza moral –, ele não poderia ser um positivista exclusivo.

O fato de uma lei ser excessivamente má, e um positivista exclusivo não pode admitir que a existência da lei dependa da resposta correta a uma questão moral. (...) Se aceitarmos a afirmação de Raz de que o direito deve ser necessariamente capaz de autoridade legítima, e se acreditarmos que o direito jamais terá autoridade legítima se for intrinsecamente mau, teremos então que concluir que o direito não pode ser intrinsecamente mau, o que implica afirmar que o positivismo é falso²²⁵.

Como não há um critério seguro para se definir quando se está diante de uma lei “absolutamente injusta” mantem-se a margem de discricionariedade do intérprete, algo bastante perigoso, que aproximaria esta corrente (sob seus múltiplos vieses) da famosa fórmula de Radbruch. Em outros termos, estar-se-ia sustentando que na contradição entre a lei positiva e a justiça, se esta alcançar níveis elevados, de impossível convivência, o direito injusto deveria recuar diante da justiça²²⁶.

De mais a mais, a discricionariedade também se faz presente no positivismo inclusivo. Se os adeptos de tal escola consideram que valores morais se mostram decisivos não só para a definição, como para a aplicação do direito, o fato de em uma determinada sociedade se ter uma convenção social determinando que se considere a moral para aplicar e interpretar o direito, potencializa o problema da discricionariedade. Afinal, qual regra moral será utilizada? O que, de fato, será considerado como correto pela autoridade

viabilidade decorre de um fato social. Portanto, se é a lei que confere aos tribunais um poder como este, o seu exercício não pode ser visto como uma violação à esta mesma lei, mas ao contrário, como seu perfeito seguimento.

²²⁵ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 286-287.

²²⁶ A preocupação de afastamento de regras jurídicas sob a ideia de injustiça, equidade, etc, vem de longe. Por oportuno, cita-se Maximiliano, autor que adota muitas posições com as quais não se concorda integralmente, mas que nesse ponto mantém posição interessante: “Deve o magistrado decidir de acordo, não somente com os parágrafos formulados, mas também com os outros elementos de Direito. (...) A verdade é que exageram; não recorrem aos princípios gerais, ou à equidade, somente para compreender e completar o texto; mas também para lhe corrigir as disposições, injustas segundo o critério pessoal do julgador. Alegam os guias da corrente revolucionária que o juiz não é um executor cego e, sim, um artista da aplicação da lei. Deveriam saber que também o artista obedece a normas; (...). É lamentável o exagero em que incide, com pretender o uso menos imperfeito das regras jurídicas, chega ao perigoso despropósito de admitir que as desprezem (...)”. (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 65-67).

aplicadora? Será ela – a autoridade – influenciada por uma moral “coletiva” ou simplesmente irá impor (ou impor) suas próprias preferências políticas?

Perguntas complexas e que parecem irrespondíveis, ao menos acaso se espere uma resposta que conduza a uma decisão que não se mostre discricionária. Por isso, crê-se, com respaldo doutrinário, que “as propostas de um positivismo ‘engajado’, ‘valorativo’, ‘ético’ etc. destroem a principal vantagem cognitiva da teoria que oferece certeza na identificação e descrição do direito²²⁷”. Ou ainda, na ótica do mesmo autor:

Consideramos que fazer depender a validade e a interpretação das normas jurídicas de crenças morais sobre a democracia, a liberdade, a paz social ou qualquer outro valor destrói a segurança jurídica do sentido da previsibilidade das consequências jurídicas de uma conduta. Essa previsibilidade pode ser obtida (ainda que de forma relativa) se o direito for definido com exclusiva referência a fatos sociais concretos.

(...)

O maior problema dos inclusivistas que adotam o PJ [positivismo jurídico] prescrito, ético etc. está na reintrodução do subjetivismo. O que acontecerá se dois teóricos divergirem sobre o valor de determinado regime ou conjunto de normas? Cada um considerará como direito válido aquilo que satisfaz suas expectativas pessoais? Percebemos que os juspositivistas desse grupo afastam-se das teses da separação e se aproximam à corrente moralista, indicando que a sua classificação entre os positivistas é abusiva²²⁸.

Os positivismos, pós-Dworkin, nas variadas vertentes sinteticamente apresentadas, não se livram ou sequer se preocupam em combater a discricionariedade no momento da aplicação do direito. Se assim é, com o devido respeito a seus adeptos, estar-se-á diante de uma má-teoria do direito, porquanto a validade e a interpretação das regras jurídicas, e, via de consequência, as normas de cada caso, continuam a ser imprevisíveis, na medida em que discricionárias, o que mantém o quadro de instabilidade e insegurança que se almeja combater²²⁹.

²²⁷ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico** – introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 144.

²²⁸ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico** – introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 145.

²²⁹ Vale o registro da passagem doutrinária: “Assim, se o positivismo pós-exegético está ligado à discricionariedade interpretativa (que conduz, mormente em “terrae brasilis”, inexoravelmente, à arbitrariedades de sentidos), possibilitando, desse modo, múltiplas respostas, e se a dogmática jurídica (predominante no Brasil) continua refratária ao novo constitucionalismo e sua aderência paradigmática que alça a intersubjetividade ao lugar de condição de possibilidade, parece razoável afirmar que essa arbitrariedade (e as múltiplas respostas) não será contida ou resolvida através de regras e meta-regras que cada vez mais contenham a ‘solução-prévia-das-várias-hipóteses-de-aplicação’, pela singela razão de que a arbitrariedade (espécie de mundo de natureza hermenêutico) é exatamente produto daquilo que proporcionou a sua institucionalização: o positivismo jurídico em suas diversas facetas, que, analiticamente, sempre abstraíram a situação concreta no ato de aplicação”. (STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m)**

Em resumo, vive-se uma nova forma de positivismo²³⁰, de caráter valorativo, algo que pode trazer para o direito possibilidades de decisões discricionárias, pois, ocorrerá um deslocamento do problema, que antes advinha da lei (ou da vontade do legislador), para, agora, passar para o lado da “consciência” do intérprete.

3.4. O PÓS-POSITIVISMO, O NEOCONSTITUCIONALISMO E A POSSIBILIDADE DE DECISÕES DISCRICIONÁRIAS.

São várias as armadilhas que conduzem à discricionariedade. Outra, bastante conhecida é a do *neoconstitucionalismo*. A partir da premissa de que o positivismo conduz à aplicação da letra ‘fria’ da lei, é firmado o discurso de que é necessário inserir valores ou princípios na ordem jurídica (vide, por exemplo, a redação do art. 1º NCPC/15)²³¹. Qual o perigo disso? A inserção de “valores” na interpretação jurídica pode levar à substituição do legislador pelo julgador e seus juízos morais, éticos, etc²³².

Acresça-se a isso o fato de que a já propalada discricionariedade judicial, que mantém bases no positivismo – eis que, como se viu, há uma defesa da discricionariedade para juiz em casos complexos– foi trocada por uma nova. E uma pior! Pois agora a

crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 409-410).

²³⁰ A esse respeito: é positivista quem ainda defende que a norma e texto coincidem, ou que são a mesma coisa; que o sentido está nas coisas (realismo filosófico), o mito do dado; que a lei teria um sentido em si. Desta forma, a norma já estaria pronta para o uso por intermédio da subsunção e dos raciocínios silogísticos no predomínio de uma razão teórica asfixiante. A enunciação da lei é descolada da faticidade, tornando uma razão autônoma atemporal (por isso digo que positivismo é cronofóbico e factumfóbico). Neste contexto, estamos diante de uma discricionariedade legislativa, o direito já possui as respostas antes do surgimento das perguntas, assim, a jurisdição seria a emanação de uma vontade (‘mens legis’ ou ‘mens legislatoris’) que se impõe independentemente de uma inserção em um contexto compartilhado de significâncias. Em outro momento, no positivismo normativista, descobertas as insuficiências do exegetismo, passou-se a chamar à colação a subjetividade do intérprete, que, de forma solipsista (lembramos, sempre, do problema da dicotomia ‘vontade-razão’ e o ‘produto’ da superação do segundo pela primeira), levanta o véu que ‘encobre’ a resposta que a regra não pôde dar”. (STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 135-136).

²³¹ Muitos textos poderiam ser citados. Por todos, Cf. SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 213-225; SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil:** riscos e possibilidades; e LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos fundamentais e estado constitucional:** estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: RT, 2008. p. 9-49.

²³² Sobre a intrincada relação entre direito e moral, Cf. MOREIRA, Nelson Camatta; SOARES, Paulo Vitor Lopes Saiter. Um breve ensaio sobre a relação entre direito e moral na jurisdição constitucional brasileira à luz da obra medida por medida, de William Shakespeare. **Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales**, v. 15, p. 65-100, 2016.

discricionária aparece completamente carente de limites. É o que se chama de “pós-positivismo à brasileira”: um positivismo agravado!

Em complemento: a má-compreensão do positivismo leva, via de consequência, também à incompreensão dos princípios que, em tese, deveriam respaldar um viés “pós-positivista”. O que observa é que positivismo jurídico foi “rechaçado” não por uma nova inteligência do Direito, mas sim com algo que não se mostra condizente com o Constitucionalismo Contemporâneo, no caso um discurso valorativo e meramente pragmático. Entretanto, como bem lembra a doutrina:

Ao que tudo indica, o Brasil parece possuir um direito que se legitima simbolicamente em função de uma argumentação não sistemática, fundada na autoridade dos juízes e dos tribunais; mais preocupada com o resultado do julgamento do que com a reconstrução argumentativa de seus fundamentos e do fundamento dos casos anteriores²³³.

De igual maneira, os “neoconstitucionalistas” pátrios, são muitos. Talvez, contudo, esteja na figura de Luís Roberto Barroso e de Ana Paula de Barcellos sua representação mais fulgente. Tais autores sustentam, resumidamente, que a nova interpretação constitucional tem respaldo nos princípios, entendidos estes como cláusulas abertas que servem para inserção de valores no ordenamento jurídico e, via de conseguinte, na interpretação e aplicação. Eis um trecho paradigmático:

(...) A grande virada na interpretação constitucional deu-se a partir da difusão de uma constatação que, além de singela, sequer era original: não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as normas constitucionais em particular – tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização. A nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido²³⁴.

²³³ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 15.

²³⁴ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o pap dos princípios no direito brasileiro**. In: SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 275.

Lenio Streck escreveu texto, demonstrando os motivos pelos quais teria “abandonado” o *neoconstitucionalismo* e traça críticas à este, em razão de que o termo faria referência se referente constitucionalismo compromissário do pós-guerra, mas nunca à prática de atos discricionários e de ativismos²³⁵, que, sob o manto da ponderação de princípios, trazem a tona decisões judiciais discricionárias, pautadas em valores próprios, o que imposição contraria a democracia:

[...] não faz mais sentido continuar a utilizar a expressão neoconstitucionalismo para mencionar aquilo que venho querendo apontar em minhas obras: a construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma constituição normativa e integrante da jurisdição, em que o direito possua DNA e seja reduzido ao máximo grau de discricionariedade. É preferível chamar o constitucionalismo instituído a partir do segundo pós-guerra de Constitucionalismo Contemporâneo (CC), para evitar os mal-entendimentos que permeiam o termo neoconstitucionalismo. Nessa medida, pode-se dizer que o CC representa um redimensionamento na práxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da Teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito; e no plano da Teoria do Direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição); na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios – atenção: os princípios não como valores e, sim, operando no código lícito-ilícito), na teoria da interpretação, que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e ativismos, a partir da construção de uma teoria da decisão judicial e em uma teoria da decisão, que complementa a teoria da interpretação²³⁶.

Em outro texto, o mesmo autor acima citado, esclarece mais pormenorizadamente que se aproximou em dado momento do neoconstitucionalismo muito mais pela nomenclatura do pelo conteúdo que a ele vem sendo reservado, principalmente quando o assunto é interpretação e à aplicação do direito²³⁷. Isto porque, conquanto aceite que o Brasil

²³⁵ Há quem diga que criticar o ativismo judicial é uma loucura. É o caso de Ada Pellegrini Grinover, em entrevista ao site Consultor Jurídico realizada em julho de 2016: “O juiz atual tem que ser ativo, sim! Claro que tem que ter limites, que são a razoabilidade, a motivação, não pode se substituir ao administrador. Mas o juiz tem que ser ativo porque o Judiciário é protagonista do Estado de Direito. Ele é construtor do Estado de Direito e, se os outros poderes se omitem como acontece muitas vezes com as políticas públicas porque a administração não faz o que deveria fazer, a posteriori o juiz tem que intervir. O Judiciário está assumindo esse papel por omissão dos outros poderes. Por que foi o Supremo que teve que decidir sobre o aborto de fetos anencéfalos quando tinha 20 projetos de lei no Congresso dizendo a mesma coisa? Mas eles se divertem mais fazendo comissão parlamentar de inquérito ou fazendo o processo do impeachment... Então, a Justiça ocupa o espaço. E hoje a configuração do Judiciário é completamente diferente. O seu papel, a sua função é diferente”. (MATSUURA, Lilian; VASCONCELLOS Marcos de. "Com executivo e legislativo em crise, o judiciário tomou conta de tudo" Revista Consultor Jurídico, [S.l.], 12 jul. 2016. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-jul-12/entrevista-ada-pellegrini-grinover-advogada-processualista> >. Acesso em: 19 jul. 2017).

²³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Eis porque abandonei o “neoconstitucionalismo”**. Consultor Jurídico, São Paulo, 13 mar. 2014. Disponível em: Acesso em 15 jan. 2017.

²³⁷ Sobre este ponto, vale a transcrição: “Deixando mais claro isso: em nenhum momento me filiei aos postulados teóricos provenientes da teoria da argumentação, que veem uma relação de complementariedade entre o direito e a moral. Tampouco fui partidário da fórmula/regra da ponderação como modelo privilegiado de realização do direito através dos princípios. Na verdade, em minhas pesquisas, sempre

ingressou de modo tardio neste novo mundo constitucional, isso não se mostra uma boa justificativa para se apostar no direito a partir do protagonismo judicial.

Ao contrário, neoconstitucionalismo deve ser compreendido como um novo paradigma, porquanto o direito – do paradigma oriundo do segundo pós-guerra – deixa de ser regulador para assumir uma feição transformadora das relações sociais. O mesmo se diga quanto ao pós-positivismo, que, na prática, está muito distante de representar uma decorada do positivismo, mesmo porque superação tal só seria implementada na medida em se deixasse para traz a discricionariedade judicial, tão característica desta escola. Eis, mais uma vez, o que diz Lenio Streck a esse respeito:

O que ocorreu é que voltamos a um lugar de onde nunca saímos: o velho positivismo. Isso porque apostamos em uma ‘autônoma razão teórica’ e quando ela não é ‘suficiente’ delegamos tudo para a razão prática...! [...] Por que isto é assim? Porque os juristas assumem posturas paradoxais. Se é possível considerar superado o paradigma objetivista (lembramos que Descartes e Kant já o superaram há tantos séculos), ao mesmo tempo apostase cada vez mais no mito do dado, como é o caso específico das súmulas vinculantes e os efeitos de uma decisão sobre outras (como consta no projeto do novo CPC e já prevê o CPC em vigor). Melhor dizendo, quer-se superar o mito da plenipotencialidade da lei (onde a lei é igual ao direito) com outras (novas) tentativas objetivistas e objetificadoras. [...] Na verdade, está-se diante de um sincretismo ad hoc: quando interessa ao establishment dogmático (aos detentores da fala), lança-se mão da filosofia da consciência; quando já não há como ‘segurar’ esse ‘estado de natureza hermenêutico’, decorrente dessa ‘livre convicção’, ‘livre convencimento’, ‘íntima convicção’ (e suas decorrências, como o pranprincipiologismo, o axiologismo, o pragmaticismo, etc), apela-se ao mito do dado ... E tudo começa de novo, como um eterno retorno...!²³⁸

Com efeito, há, ainda, um ponto fulcral na obra de Robert Alexy, autor adepto do neoconstitucionalismo, cujas críticas seguem, que pode conduzir à distorções das mais diversas, prejudicando a qualidade da prestação jurisdicional. O autor alemão promove a distinção entre princípios e regras, afirmando que os primeiros são mandados de

desenvolvi uma atividade crítica em relação a ambos os fatores. Também nunca pude concordar com aquelas propostas neoconstitucionalistas que procuravam desenvolver uma versão mais analítica do fenômeno jurídico, uma vez que minha filiação à hermenêutica me atirava inexoravelmente no chão da história e da necessidade de dar conta da tradição sobre a qual repousa o fenômeno jurídico (algo que passa ao largo das preocupações de uma teoria de matriz analítica). Assim, no contexto do que pode ser entendido como neoconstitucionalismo, minhas ideias sempre representaram muito mais uma atitude crítica do que de associação ou defesa de seus postulados. Nesse sentido, torna-se necessário afirmar que adoção do nomen juris “neoconstitucionalismo” certamente é o motivo de ambiguidades teóricas e até de mal-entendidos”. (STRECK, Lenio Luiz. **Constituição, economia e desenvolvimento**: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, n. 4, p. 11, jan./jun. 2011. Disponível em: Acesso em: 15 jan. 2017).

²³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 114-118.

otimização e que as regras mandados de definição²³⁹. A partir disso, pode-se concluir que os princípios se realizam na maior medida possível, respeitadas as possibilidades fáticas e jurídicas, o que conduz a uma satisfação em diferentes graus. Já as regras são ou não satisfeitas, invariavelmente, na base do “tudo ou nada”. Levando em conta estas premissas é que Alexy determina a subsunção como a forma característica de aplicação do direito que as regras vêm a realizar.

Perceba-se como uma teoria que está embasada no neoconstitucionalismo (se visto como algo que “abre o direito a valores”) pode causar problemas, notadamente a chancela de decisões subjetivas, difíceis de controlar. Quando em colisão com princípios, a argumentação é pautada em valores e, ao fim e ao cabo, após a utilização das “máximas da proporcionalidade”, tem-se uma regra de direito fundamental atribuída, aplicada de maneira subsuntiva²⁴⁰, o que é paradoxal se lembrado que Alexy objetiva exatamente criar uma teoria que resolva as insuficiências da subsunção. Acerta Streck quando afirma:

²³⁹ ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 162.

²⁴⁰ Não é objetivo, aqui, traçar em miudezas a rica teoria de Robert Alexy. Como breve resumo, outro estudo: “(...) Explica-se: a ser aplicada corretamente e com rigor a teoria alexyana, uma vez configurada a colisão entre direitos fundamentais, a partir de enfoque do caso concreto, deveria o órgão decisor proceder à análise dos chamados três subprincípios da ponderação para o fim de verificar, sucessivamente, se a restrição a um dos direitos é adequada e, subsequentemente, proporcional ao fim que se almeja. Não é o que se verifica, entretanto, no dia-a-dia forense.

Em tom bastante sintético, como adiantado, a proporcionalidade possui três subprincípios: (i) adequação: em sentido majoritário na doutrina brasileira se entende o conceito como aquilo que é apto na busca do resultado pretendido; (ii) necessidade: a limitação de um direito fundamental só será necessária se para o alcance do desiderato pretendido não exista outra medida ou ato de menor gravidade ou intensidade; e, (iii) proporcionalidade em sentido estrito: só ocorre depois de ultrapassados os dois primeiros e se liga à ideia de um raciocínio de sopesamento entre a intensidade da restrição de que o direito fundamental irá sofrer e a proeminência e/ou importância da realização do outro (o colidente), o que, ao fim, justifica a adoção da medida de restrição.

Ocorre que a utilização da proporcionalidade – desvirtuada, exatamente porque comumente mal aplicada – acaba assumindo forte conteúdo retórico (no sentido pejorativo de engodo, até), pois não utilizada a teoria de modo técnico, com exame pormenorizado de todos os subprincípios. Utiliza-se, quando muito, apenas o terceiro subprincípio na desenfreada busca da justa medida entre a restrição implementada e a finalidade objetivada. O que se quer dizer, ao fim e ao cabo, é que falta uma lógica operacional e teórica palpável no que toca, principalmente, à fundamentação das decisões tribunalísticas, o que, a toda evidência, não é bom para a democracia, vindo a propiciar, por conseguinte, irracionalidades e ativismos desmedidos, fulcrados na abertura semântica e até estrutural dos direitos fundamentais em eventual colisão.

À guisa de conclusão, a operacionalização da proporcionalidade, se desvirtuada de seus pressupostos teóricos, pode, sim, causar ativismos. Isto porque, sua aplicação corriqueira é ligada ao exame da proporcionalidade em sentido estrito (e insatisfatoriamente, pois por vezes nem mesmo se qualifica o grau de intensidade ou restrição do direito fundamental restringido e avaliado o peso do oposto); não é versado, na decisão, o procedimento da ponderação, tornando-o controlável e aferível, em uma perspectiva racional, o que torna a decisão injustificada”. (TOVAR, Leonardo Zehuri. **Promessas da modernidade e ativismo judicial**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 518-536). Ainda sobre a temática do ativismo, cf.: MOREIRA, Nelson Camatta; TOVAR, Leonardo Zehuri. **Ativismo judicial e resposta correta: análise crítica de fundamentos consequencialistas em Direito Tributário**. *Derecho y Cambio Social*, v. 41, p. 1-16, 2015.

os juristas brasileiros não atentaram para as distintas realidades (Brasil e Alemanha). No caso específico do Brasil, onde, historicamente, até mesmo a legalidade burguesa tem sido difícil de ‘emplacar’, a grande luta tem sido estabelecer um espaço democrático de edificação da legalidade, plasmado no texto constitucional²⁴¹.

Ora, valores são extremamente controvertidos, e a adoção de uma teoria fundada nestes pode significar, por via indireta, a convivência com subjetivismos, característicos de decisões irracionais que prejudicam uma prestação jurisdicional de qualidade. Eis, mais uma vez, a importância do tema, pois, lembrando Maurício Ramires, “a história da exigência de fundamentação da decisão judicial é a história da contenção do arbítrio do julgador²⁴²”. Como bem escreveu Friedrich Müller ao tratar da ponderação alexyana:

Tal procedimento (a ponderação) não satisfaz as exigências, imperativas no Estado de Direito e nele efetivamente satisfazíveis, a uma formação da decisão e representação da fundamentação, controlável em termos de objetividade da ciência jurídica no quadro da concretização da constituição e do ordenamento jurídico infraconstitucional. O teor material normativo de prescrições de direitos fundamentais e de outras prescrições constitucionais é cumprido muito mais e de forma mais condizente com o Estado de Direito com ajuda dos pontos de vista hermenêutica e metodicamente diferenciadores e estruturante da análise do âmbito da norma e com uma formulação substancialmente mais precisa dos elementos de concretização do processo prático de geração do direito, a ser efetuada, do que com representações necessariamente formais de ponderação, que conseqüentemente insinuam no fundo uma reserva de juízo (Urteilsvirbehalt) em todas as normas constitucionais, do que com categorias de valores, sistema de valores e valoração, necessariamente vagas e conducentes e insinuações ideológicas²⁴³.

Ainda sobre a ponderação, expressamente incorporada no art. 489 § 2º, NCPC, convém dar o devido realce à posição firmada por Streck. O autor a reputa inconstitucional²⁴⁴ e o faz a partir dos seguintes argumentos: a) a ponderação alexyana é uma tentativa de

²⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**, Saraiva: 2011, p. 48.

²⁴² RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 35.

²⁴³ MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**. São Paulo: RT, 2011, p. 53.

²⁴⁴ Primeiro em: STRECK, Lenio Luiz: Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta!. In: **Consultor Jurídico**, São Paulo/SP, p. 1 - 1, 08 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>. Acesso em: 08/06/2016. Depois em: STRECK, Lenio Luiz. Criteriologia decisória no NCPC: com a fundamentação adequada contra a ponderação. **Revista Forense**, v. 421, p. 1-369, 2015. Aqui uma crítica contundente que merece a reprodução: “Por isso, para a hermenêutica (filosófica), o princípio da proporcionalidade não tem – e não pode ter – o mesmo significado que tem para a teoria da argumentação jurídica. Para a hermenêutica, o princípio da proporcionalidade é como uma metáfora, isto é, um modo de explicar que cada interpretação – que nunca pode ser solipsista – deve obedecer a uma reconstrução integrativa do direito, para evitar interpretações discricionárias/arbítrárias sustentadas em uma espécie de “grau zero de sentido”, que, sob o manto do caso concreto, tenham a estabelecer sentidos para alguém ou para além da Constituição (...)”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 250).

“matematizar” a compreensão, o que renderia ensejo ao encobrimento de posturas subjetivistas e decisionistas, a partir de uma suposta lógica argumentativa; b) na prática judiciária brasileira, o que se denota é a utilização de uma vulgata da teoria de Robert Alexy, pois se passa longe de suas regras argumentativas, notadamente das máximas da proporcionalidade, as quais dão alguma racionalidade (criticável, é verdade) à ponderação²⁴⁵.

Bom, polêmicas à parte, o fato é que é preciso levar a sério a decisão judicial! E para tanto um grande passo é não seguir a crença de que se pode, em detrimento da legalidade, valorar a melhor decisão. Eros Grau afirma que a confusão que se faz entre princípios e valores acarreta “a destruição da positividade do direito moderno pelos valores. Os juízes despedaçam a segurança jurídica quando abusam do uso dos princípios e praticam – fazem-no cotidianamente! – controles da proporcionalidade e da razoabilidade das leis²⁴⁶”.

Decisão não é escolha²⁴⁷! E, por mais clichê que seja, acórdão não é o que vem do coração, como induz a etimologia da palavra! Uma criteriologia da decisão se mostra importante e talvez esse seja um importante avanço do direito processual e constitucional brasileiro, tema que será objeto de tratamento no capítulo final, com maior proeminência.

Por ora o que se pretende deixar claro é que a aproximação de princípios a regras morais²⁴⁸ não promove uma abertura interpretativa que dê margem à discricionariedade

²⁴⁵ Com efeito, a ponderação como mote à discricionariedade judicial é algo aceito, embora apenas em situações extremas, até mesmo por dois de seus ilustres adeptos, como se pode apreender da passagem adiante: “O risco de tal disfunção, todavia, não a desmerece como técnica de decisão, nem priva a doutrina da possibilidade de buscar parâmetros melhor definidos para sua aplicação. No estágio atual, a ponderação ainda não atingiu o padrão desejável de objetividade, dando lugar a ampla discricionariedade judicial. Tal discricionariedade, no entanto, como regra, deverá ficar limitada às hipóteses em que o sistema jurídico não tenha sido capaz de oferecer a solução em tese, elegendo um valor ou interesse que deva prevalecer. (...)”. (BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 291).

²⁴⁶ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 22.

²⁴⁷ Expressão comumente utilizada por Lenio Streck.

²⁴⁸ Algo, todavia, precisa ser acentuado: “Definitivamente o conceito de princípio não se determina pelo grau de abstração ou generalidade. É preciso ter cuidado para não transformar um princípio em cláusula geral. Nem conceber os princípios como ‘aberturas axiológicas’ do sistema – tal como faz a maioria da doutrina privativista baseada em autores como Canaris – a partir de onde se professa a ideia de que os princípios são o portal de entrada dos valores no direito positivo. Em suma, igualdade não é um princípio porque é mais geral ou abstrato que uma regra; nem tampouco o é porque através dela introduzimos valores no discurso jurídico. Também não podemos aceitar a tese de que os princípios colidem em abstrato por serem ‘mandados de otimização’ que exigem sua implementação máxima respeitada as condições jurídicas

decisória²⁴⁹. Isto porque, há uma cooriginariedade entre direito e moral, com o efeito inverso: o fechamento interpretativo pelos princípios.

Em suma, não é possível que se creia nem na infantilidade da revelação unívoca de sentidos, muito menos no arbítrio que seria o ato interpretativo, em hipótese de a crença ser despejada em um sentimento de justiça individualizado, porque, como lembra, com acerto, Bruno Torrano Amorim de Almeida, “o direito não é o que você pensa ser justo²⁵⁰”, mesmo porque, ainda que este mesmo autor adote outra perspectiva teórica, é igualmente correta a afirmação de que “o direito é um sistema normativo convencional e planejador que, na maior parte do tempo, funciona a despeito e independentemente das ‘minhas’ concepções pessoais de justiça²⁵¹”.

Lembre-se de Gadamer, que ao desenvolver sua hermenêutica filosófica, não volta seus olhares especificamente ao direito. Nem poderia, sua pretensão, na verdade, é de universalização do fenômeno hermenêutico. Aprender a tradição hermenêutica, significa, antes de tudo, vislumbrar que esta é entendida como linguagem e não como um acontecimento pessoal vindo de longe; a compreensão do texto dá-se como uma experiência essencialmente linguístico-dialógica sob a sua especificidade, em uma relação eu-tu, de maneira que os sentidos produzidos pelo intérprete adquirem validade quando compatíveis com a “coisa mesma”. Não há, portanto, uma apreensão individualizada de sentidos sob hipótese alguma!

e fáticas. Todas estas teses operam uma espécie de ‘sequestro’ do mundo prático. Falamos da igualdade porque, em qualquer caso concreto estará em jogo o problema da igualdade, que sempre funcionará como um referencial para determinação das regras que irão construir a regulamentação daquele caso na decisão do juiz. Esta, por sua vez, não poderá ser tomada de forma aleatória, mas sim de acordo com a história institucional (leis, precedentes, Constituição) e pelos princípios morais que ordenam, de modo coerente, a comunidade”. (OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 222-223).

²⁴⁹ “(...) a ‘era dos princípios’ não é – de modo algum – um ‘plus’ axiológico-interpretativo que veio para transformar o juiz (ou qualquer intérprete) em superjuiz que vai descobrir os ‘valores ocultos’ no texto, agora ‘auxiliado/liberado’ pelos princípios. Nesse sentido, é importante referir que alguns defensores das teorias discursivas não se dão conta dessa problemática relacionada à ‘abertura’ proporcionada pelos princípios e sua consequência no plano da hermenêutica jurídica [...]”. (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 528). .

²⁵⁰ ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. **Democracia e respeito à lei: entre positivismo jurídico e pós-positivismo**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 19.

²⁵¹ Idem, p. 21.

Como dizer, todavia, que o sentido, nessa relação hermenêutica, está compatível com a “coisa mesma”, ou, no direito, como dizer se uma interpretação é ou não correta, ou ainda, constitucionalmente adequada?

Hans-Georg Gadamer, diga-se uma vez mais, como filósofo que é, não se preocupa especificamente com a questão formulada e que volta seus olhares à interpretação jurídica. Ele apenas afirma que “os preconceitos e opiniões prévias que ocupam a consciência do intérprete não se encontram à sua livre disposição²⁵²”. Isto porque “o intérprete não está em condições de distinguir por si mesmo e de antemão os preconceitos produtivos, que tornam possível a compreensão, daqueles outros que a obstaculizam e que levam a mal-entendidos²⁵³”. E vai além o autor alemão ao dizer que as tais opiniões prévias não podem, sob qualquer hipótese, ser arbitrárias, já que necessitam de legitimação quanto à origem e validade:

a compreensão só alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais inicia não forem arbitrárias. Por isso, faz sentido que o intérprete não se dirija diretamente aos textos a partir da opinião prévia que lhe é própria, mas examine expressamente essas opiniões quanto à sua legitimação, ou seja, quanto à sua origem e validade²⁵⁴.

Perceba-se então: há, nas palavras do próprio Gadamer, a necessidade de as interpretações encontrarem legitimação quanto à origem e validade. Isto já afasta a possibilidade de argumentar que a tradição comunitária, por não ser dotada de homogeneidade, conduziria a relativismos ou mesmo a respostas não sujeitas a controle no que toca ao seu acerto ou desacerto. Um erro compreensivo-interpretativo da teoria gadameriana que muitos, infelizmente, talvez por conhecimento superficial de seus pressupostos, insistem em cometer. Este equívoco pode ser vislumbrado na obra de Bruno Torrano Amorim de Almeida. O autor, ao ligar a tradição à comunidade, e por perceber que esta não é homogênea, conclui que o julgador certamente iria decidir a partir de suas próprias convicções morais, pois estas seriam idênticas às da “comunidade”. Seguem, por oportuno, as palavras de Bruno Torrano Amorim de Almeida, ao questionar quem é o “outro” a quem o intérprete está vinculado:

²⁵² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 391.

²⁵³ Idem.

²⁵⁴ Ibidem, p. 356.

Uma primeira resposta possível poderia, quiçá, ser: o intérprete deve apelar à “comunidade como um todo”. Isso porque a tradição da hermenêutica filosófica estabelece que a própria consciência individual é condicionada por laços comunitários. GADAMER além, afirma que “fatores inconscientes, compulsões e interesses não dirigem apenas nosso comportamento, mas também determinam nossa consciência”.

Essa resposta, todavia, é insatisfatória por dois motivos. Primeiro, porque, como já vimos, a comunidade não pode ser reduzida a uma substância mais ou menos homogênea. Pessoas razoáveis, ao argumentarem de *boa-fé*, discordam, por vezes de forma apaixonada, de questões morais essenciais à configuração de uma sociedade bem-ordenada. Especialmente em realidades complexas e velozes como a atual, o número de grupos de interesses díspares alcança números incomensuráveis.

No mais das vezes, o magistrado que em suas razões de decidir apela para a “moral comunitária” está revestindo a sua concepção pessoal de justiça com um argumento de autoridade sociológico não-verificável. Segundo, porque o surgimento do direito em uma comunidade visa exatamente tornar concepções morais específicas em concepções morais “do ponto de vista do direito²⁵⁵”.

A ser aceito o argumento de que um juiz poderia “travestir” uma convicção “comunitária”, ainda que se concorde que esta não é homogeneizada, para “impor” de forma transversa suas convicções “pessoais”, é acima de tudo antidemocrático. Contrária, igualmente, a hermenêutica, pois deixa ao relento um de seus principais pressupostos teóricos (a tradição), como visto acima.

Não subsistiria, agora à luz do pensamento gadameriano, *legitimação, quanto à origem e validade* e isto ruiaria, como dito, um pressuposto fundamental de sua hermenêutica. A origem e a validade se relacionam com convenções político-jurídicas de uma sociedade, entendidas não de maneira isolada, solipsista, mas sob as luzes de princípios de equanimidade e justiça enraizados em um Estado Democrático de Direito. Do contrário não se teria uma “tradição” no sentido gadameriano do termo, mas uma “vivência pessoal”, algo absolutamente incompatível com a hermenêutica de cariz filosófico.

A observação, porém, fica por conta de que mesmo esta tradição, ligada que é ao Estado Democrático de Direito, não conduz os intérpretes a uma única e exclusiva resposta, mas certamente propicia um caminho para que não chegue a “qualquer resposta”. Atento a isso, Lenio Luiz Streck esclarece, irremediavelmente, que a resposta que busca não é a única nem a melhor, mas a constitucionalmente adequada. Afirma Streck: “numa palavra:

²⁵⁵ ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. **Democracia e respeito à lei: entre positivismo jurídico e pós-positivismo**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 146-147.

parece despidendo referir que a resposta correta não é, jamais, uma resposta definitiva²⁵⁶”. Até porque, prossegue:

a pretensão de se buscar a resposta correta não possui condições de garanti-la. Mas o fato de se obedecer à coerência e à integridade do direito, a partir de uma adequada suspensão dos pré-juízos advindos da tradição, já representa o primeiro passo no cumprimento do direito fundamental de cada cidadão tem de obter uma resposta adequada à Constituição²⁵⁷.

Lenio Luiz Streck não objetiva, e isto precisa ficar claro, “forçar” uma ligação entre Gadamer e Dworkin. Seu objetivo não é esse, nunca foi. Ele percebe pontos de ligação entre os teóricos e almeja, acima de tudo, combater as discricionariedades interpretativas a partir da imbricação entre muitos dos pontos de contato existentes entre a hermenêutica, como visto anti-relativista (lembre-se da passagem de Gadamer em que o autor textualmente afirma a necessidade de *legitimação, quanto à origem e validade*) e a teoria dworkiniana. Como diz o próprio Lenio Streck: “Assim, a tese aqui apresentada é uma simbiose entre as teorias de Gadamer e Dworkin, com o acréscimo de que a resposta não é nem a única nem a melhor: simplesmente se trata ‘da resposta adequada à Constituição’, isto é, uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição, na Constituição mesma²⁵⁸”.

Em uma frase, o que Lenio Luiz Streck busca incessantemente é mostrar como a má-utilização dos princípios jurídicos vem sendo utilizada como álibi para despedaçar a segurança jurídica. Ora, tratar de princípios é algo que assume grande relevância, não apenas pelo fato de que estes constituem a base ou o alicerce do sistema jurídico, pois isto seria dizer algo deveras curial, mas porque os princípios são utilizados indevidamente no cotidiano forense.

Mas, vale insistir, confundem-se, não raras vezes, princípios com valores e ao assim agir, estes valores (sob o indevido rótulo de princípios) são aplicados em detrimento de dispositivos legais, sem que se promova o uso da jurisdição constitucional. Bem resumo o ponto Rafael Tomaz de Oliveira, quando fala do pós-positivismo segundo o imaginário presente no Brasil:

²⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**, Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. São Paulo: Saraiva, p 359.

²⁵⁷ Idem, 386.

²⁵⁸ Ibide, p. 621.

A caracterização do pós-positivismo, no que atine a grande maioria da doutrina brasileira, se restringe a afirmá-lo como o locus em que os princípios são levados a sério. Desse modo, é apontada como a principal característica do modelo pós-positivista de teoria do direito a emergência dos princípios e seu reconhecimento como norma jurídica. Não que esta assertiva seja totalmente falsa, mas ela esconde o problema que realmente se encontra no cerne dos debates que emergem no seio do pós-positivismo: a preocupação com a indeterminação do direito e a impossibilidade de se prever, abstratamente, todas as hipóteses de aplicação²⁵⁹.

O fato é que esta axiológica-moralizante dos princípios possui suporte em parcela considerável da doutrina pátria e estrangeira, incluindo-se Robert Alexy para quem os princípios são tidos como mandados de otimização, não ligados a um nível deontológico, mas a um nível axiológico, reitere-se.

Abre-se caminho para que se vivencie uma verdadeira repriminção da jurisprudência dos valores “abrasileirada²⁶⁰”. Isto é de veras fluido, pois como mencionado em tópico ligado a tal temática, a Jurisprudência dos Valores surge como forma de conceber o Direito pós-1945. Por isso, atentos ao contexto histórico de um pós-guerra, esta escola está atenta aos valores que fundam o Direito e que, por isso, merecem proteção.

Habermas, por exemplo, criticou duramente a Jurisprudência de Valores, já com lastro na experiência malograda do Tribunal Constitucional alemão. Afirmou, como se verá oportunamente, que a atribuição livre de valores pelo juiz lhe concedia um poder acima da racionalidade jurídica, embora reconheça que a jurisprudência dos valores levanta realmente o problema da legitimidade, porquanto implica um tipo de concretização de

²⁵⁹ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 170.

²⁶⁰ “O que ocorre é que, dependendo de como se olha os princípios, estes perdem essa aludida normatividade. Viram enunciados performativos. Ou expressões com forte anemia significativa. Valem, pois, nada. Ora, se os pensarmos como ‘valores’, meros postulados ou ‘mandados de otimização’, sua normatividade se fragiliza muito. Neste caso, os princípios ficam à disposição (Ge-stell) do intérprete, inclusive para que ‘invente’ novos...! E essa fábrica não para ... Agora mesmo o STJ judicializou o amor, com base no princípio da ... felicidade. [...] O que ocorre é que estamos sofrendo uma espécie de bullying principiológico. Com o pamprincipiologismo, ocorre uma fragilização daquilo que é ponto central do novo direito (pós-bélico, como diria Mário Losano): o seu elevado grau de autonomia. Direito não é moral. Direito não é sociologia. Direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador. Ou seja, ele possui, sim, elementos (fortes) decorrentes de análises sociológicas, morais, etc. Só que estas, depois que o direito está posto – nesta nova perspectiva (paradigma do EDD) – não podem vir a corrigi-lo”. (STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 149).

normas que coloca a jurisprudência constitucional no estado de uma legislação concorrente. Isto, todavia, será visto melhor amiúde nas linhas subsequentes.

Por ora, busca-se apenas contextualizar e ilustrar como a má utilização dos pressupostos da Jurisprudência dos Valores serve como pano de fundo para decisões discricionárias e até mesmo arbitrárias. É impossível não perceber que a força dos princípios implícitos e a elasticidade das normas explicitadas no texto constitucional, necessariamente, conferem uma liberdade perigosa ao Judiciário, potencializada pela Jurisprudência dos Valores ou sua vulgata brasileira. Isto, infelizmente, ocorre nos dias de hoje, conquanto não estejamos mais naquele contexto histórico em que se desenvolveu esta forma de pensar o Direito. Como bem diz a doutrina: “A ‘Jurisprudência dos Valores’ torna-se fator de desmobilização da sociedade e, por conseguinte, uma ameaça real à democracia participativa, pois torna o Direito uma instância dócil aos interesses do poder econômico que se manifesta através da burocracia governamental²⁶¹.”

A utilização da Jurisprudência dos Valores ainda se encontra presente nos dias atuais. Por oportuno, cita-se mais uma vez a perigosíssima má-importação da teoria de Robert Alexy. A partir de uma passagem conceitual do autor, guardadas as críticas ao seu pensamento, criou-se um “monstro” na interpretação jurídica brasileira! Isto ocorre porque, compreendendo-se princípios como “valores” e sendo estes superiores às regras – eis o simplismo do raciocínio – estar-se-ia chancelando a possibilidade de se corrigir o direito democraticamente criado (regras, por exemplo) por meio de posturas axiológicas. Mas que fique claro: uma passagem da obra do autor alemão, desvirtuada, é bom que se faça justiça, propicia esta simplificação irresponsável de seu pensamento. Ei-la:

princípios são normas que ordenam que algo se realize na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, mandados de otimização que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diferentes graus e porque a medida de seu cumprimento não só depende das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas²⁶²

E o problema não para por aí, ao contrário, prolifera transmuda-se! Presencia-se no Brasil uma verdadeira “fábrica de princípios”, alicerçada no raciocínio de que subsistem valores (e lembre-se que os princípios, inadvertidamente, são tidos como tais) implícitos no ordenamento jurídico. Princípios inferidos, tácitos, subentendidos, pois! E que corrigem

²⁶¹ SOUZA CRUZ, Alvaro Ricardo de. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 264.

²⁶² ALEXY, Robert. **Derecho Y Razón Práctica**. México: Fontamara, p. 12.

a aplicação de regras sob os mais diversos baseamentos, todos eles pertinentes ao mais geral dos aforismas, qual seja, o de que “o juiz não pode mais ser tido como a boca da letra fria da lei”²⁶³. A partir deste arremate – equivocado, frisa-se uma vez mais – os princípios foram e infelizmente seguem conferindo ao intérprete/aplicador uma gama inesgotável, subjetivista²⁶⁴ e ameaçadora, no que pertine à argumentação jurídica, o que, à evidência, fragiliza a democracia, porque fere a autonomia do direito.

Postura relativista tal traz à tona a combatida discricionariedade na aplicação do direito. Múltiplas respostas, saturação do direito pela moral, subjetivismos, tudo isso a propiciar uma fenda interpretativa do sistema jurídico pelo(s) e no(s) princípios, o que hermeneuticamente é inaceitável, como bem alerta Lenio Luiz Streck, para quem: “a era dos princípios não é – de modo algum – um plus axiológico-interpretativo que veio para transformar o juiz (ou qualquer intérprete) em superjuiz que vai descobrir os ‘valores ocultos’ no texto, afora ‘auxiliado/liberado’ pelos princípios²⁶⁵”.

É preciso, contudo, que algo fique claro: não se está aqui defendendo um modelo puro de regras. Isto seria um anacronismo que descabe falar na atual quadra da história. O que se quer dizer é que os princípios não “abrem” a interpretação, mas sim justificam o Direito em suas mais acentuadas bases, que são a equanimidade e a integridade.

Ronald Dworkin, por tal circunstância, identifica os princípios como as “virtudes soberanas” de uma comunidade política, ou, ainda, também por tal razão, há quem, com acerto na doutrina brasileira, afiance que a “ideia de princípio em Dworkin não é

²⁶³ O ideário de uma pretensa segurança jurídica pretendida pelo positivismo exegético constitui, antes de tudo e ainda, uma maneira de proferir decisões discricionárias. Aliás, o texto, longe de ser um ponto de partida, vem sendo relegado cotidianamente. Adeodato está correto quando diz que, no Brasil, subsiste uma cultura decisionista que deixa de lado o texto legal. (ADEODATO, 2004)

²⁶⁴ Mesmo autores que seguem uma linha positivista contestam esse relativismo decisório existente em terras brasileiras. Observe-se, por todos, Dimitri Dimoulis: “Por sua parte, os juizes não podem decidir segundo suas preferências. Devem sempre justificar sua opção com argumentos racionais, que possam convencer os cidadãos. [...] Lendo decisões de tribunais brasileiros, constatamos que, infelizmente, a maioria não oferece fundamentações adequadas. Os argumentos empregados são frequentemente retóricos (‘não cabe dúvida’, ‘é preclaro’), não oferecem uma avaliação detalhada das várias opções interpretativas ou se satisfazem com referências a autoridades (famosos juristas, tribunais superiores), considerando que o prestígio pode justificar uma opinião. Isso é um grave defeito da cultura jurídica. Somente decisões fundamentadas em argumentos sérios satisfazem os requisitos constitucionais e convencem as partes de que a justiça é bem administrada”. (DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 184).

²⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**, Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. São Paulo: Saraiva, p. 241.

materializável *a priori* em um texto ou enunciado emanado de um precedente, lei, ou mesmo a Constituição, mas um argumento de princípio remete à totalidade referencial dos significados destes instrumentos jurídicos²⁶⁶.

Não é difícil apreender, sob as bases do que pensa Ronald Dworkin, que princípios não são valores; antes de um específico princípio conter em seu âmago um também singular axioma, ele se interliga com outros que fundamentam uma comunidade política, exatamente porque partilhados por ela. Ninguém inventa um princípio a seu bel prazer! Princípios subsistem porque historicamente pertencentes a uma comunidade (comunidade), ou ademais, porque ligados à prática social de um direito reconhecido.

Os princípios, ainda sob o viés dworkiniano, não propiciam “moralismos jurídicos”, tampouco discricionariedades, mas servem de anteparo ou blindagem face a tais, pois “fecham” a interpretação do texto, conferindo ao intérprete meios de manter a coerência e a integridade do direito. Acerta, mais uma vez, Lenio Luiz Streck ao dizer:

Portanto, os princípios “fecham” a interpretação e não a “abrem”, como sustentam, em especial, os adeptos das teorias da argumentação, por entenderem que, entre regras e princípios, existe um grau menor ou maior de subjetividade do intérprete. A partir disso é possível dizer que é equivocada a tese de que os princípios são mandados de otimização e de que as regras traduzem especificidades (onde, em caso de colisão, uma afastaria a outra, na base do “tudo ou nada”). Ora, pensar assim é fazer uma concessão à discricionariedade. Não parece democrático delegar ao juiz o uso da ponderação para a “escolha” do princípio que será utilizado para a resolução do problema²⁶⁷ (STRECK L. L., 2012, pp. 166-167).

Diante de tal quadro e para fins de preservação da democracia e da autonomia do direito, a noção de princípio que se reputa adequada é aquela que resgata o mundo prático na interpretação jurídica, que fornece, como bem lembra a doutrina de Lenio Luiz Streck, blindagem à discricionariedade judicial e propicia a obtenção de respostas adequadas à constituição (2004).

²⁶⁶ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Gabeirini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. (2013). **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 393.

²⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**, Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. São Paulo: Saraiva, p. 166-167.

3.5. O EXEMPLO PRIVILEGIADO DO PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE²⁶⁸ E O COMBATIDO MORALISMO NA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA.

Nas linhas antecedentes já se alertou para o fato de que há um uso desmedido dos princípios na prática judiciária cotidiana, algo que leva ao descalabro de serem criados standards argumentativos que, a bem da verdade, servem de base para “deixar de lado” o direito democraticamente produzido pelo parlamento.

A doutrina familiarista e a jurisprudência aplicam, o “princípio” da afetividade, a partir de pressupostos e fundamentos extraídos dos princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Solidariedade. Para tanto, sustenta-se que há um entrelaçamento destes princípios com os da Convivência Familiar e da Igualdade entre os Cônjuges, o que fica claro pela passagem a seguir:

O princípio da afetividade especializa, no âmbito familiar, os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I), e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família (LÔBO, 2012, p. 69).

O que se tira da passagem acima é que o autor aludido compreende que a família hodierna não se justifica sem a existência ou presença do afeto, já que este é estruturante da entidade familiar. Se assim é, como pressuposto fundamental, o afeto merece a abrigo do Estado²⁶⁹.

Poder-se-ia complementar tal fala sob o argumento de que a função social da família também é constituída pelo afeto, seja para determinar a filiação, como se vê nas hipóteses de adoção, seja porque é ele (o afeto) que atribui sentido à existência do ser humano, nomeadamente do ponto de vista subjetivo e intrínseco, fundamental a seu psiquismo e à conservação das relações dele com outros indivíduos.

Na jurisprudência, a admissão da reparação por danos em decorrência do abandono afetivo é tema controverso. Explana-se isso com uma primeira decisão do STJ que conclui

²⁶⁸ Este exemplo é foi bastante trabalhado nas aulas do Prof. Lenio Luiz Streck, no curso de mestrado e doutorado da Unisinos, que o autor deste trabalho teve a oportunidade cursar, em regime de “sanduíche” para aproveitamento de créditos na FDV.

²⁶⁹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 70-71.

pelo não cabimento de indenização a favor do filho em face do pai que o abandona moralmente (STJ, REsp 757.411/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 29/11/2005, DJ 27/03/2006, p. 299). Aqui fora destacado que não há ilícito na conduta do pai que abandona afetivamente o filho. O fundamento disso é o de que o afeto não pode ser imposto na referida relação parental, pois não se trata, a convivência, de um dever jurídico em sentido estrito.

Há decisão mais recente do STJ que veio admite a reparação civil pelo abandono afetivo (STJ, REsp 1.159.242/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012). A Min. Nancy Andrighi, advertiu que o dano moral se faz presente pela presença de uma obrigação inescapável dos pais em fornecer auxílio psicológico aos filhos. Sua decisão está fincada na premissa de *cuidado como valor jurídico*, e assim enxergou a presença do ilícito e culpa pelo abandono afetivo, vindo a dizer: “*amar é faculdade, cuidar é dever*”, tudo sob as luzes do artigo 229 da CF/1988 e o artigo 1.634, incisos I e II do CC/2002, para concluir que há dano em hipótese tal sob a égide do artigo 186, também do Código Civil.

Ganha-se mais um princípio com esta decisão: o “princípio da afetividade”. A “fábrica de princípios²⁷⁰” nacional perpetua questões de importância fulcral. Dessa “linha de

²⁷⁰ Sobre o ponto: “Percebe-se, assim, uma proliferação de princípios, circunstância que pode acarretar o enfraquecimento da autonomia do direito (e da força normativa da Constituição), na medida em que parcela considerável (desses ‘princípios’) é transformada em discursos com pretensões de correção e, no limite, como no exemplo da ‘afetividade’, um alibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional. Assim, está-se diante de um fenômeno que pode ser chamado de ‘panprincipiologismo’, caminho perigoso para um retorno à ‘completude’ que caracterizou o velho positivismo novecentista, mas que adentrou ao século XX: na ‘ausência’ de ‘leis apropriadas’ (a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial), o intérprete ‘deve’ lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que, na falta de um ‘princípio’ aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo. Em tempos de ‘densa principiologia’ e ‘textura aberta’, tudo isso propicia a que se dê um novo ‘status’ ao velho ‘non liquet’. Isto é, os limites do sentido e o sentido dos limites do aplicador já não estão na Constituição, enquanto ‘programa normativo-vinculante’, mas, sim, em um conjunto de enunciados criados ‘ad hoc’ (e com funções ‘ad hoc’), que, travestidos de princípios, constituem uma espécie de ‘supraconstitucionalidade’. Agregue-se a tudo isso a relevante circunstância de que muitos dos princípios gerais do direito – que teriam sido ‘constitucionalizados’ – são incompatíveis com a Constituição. Sem qualquer possibilidade taxonômica acerca da matéria, esses enunciados (assertóricos) cumprem a função de para-regras. Com eles, qualquer resposta pode ser correta. Aliás, sempre haverá um enunciado desse jaez aplicável ao ‘caso concreto’, que acaba sendo ‘construído’ a partir de grau zero de significado. Sua multiplicação se deve à errônea compreensão da tese de que os princípios proporcionam uma abertura interpretativa, isto é, pode-se dizer que a tese dworkiniana acerca da diferença entre princípios e regras foi mal entendida, conforme já explicitarei alhures nesta obra. Ao lado dessa problemática, pode-se elencar como fator causador o predomínio do paradigma da filosofia da consciência, circunstância também já explicitada à saciedade”. (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 548-549).

produção” principiológica veio à tona o princípio da afetividade. A questão é saber se se está à frente de um dilema moral ou se, ao contrário, a afetividade é sim algo existente e regulado na comunidade política nacional, capaz de garantir integridade e coerência ao ordenamento jurídico, em conformidade com o Estado Democrático de Direito.

Ou se a conclusão é absolutamente oposta, uma vez que a “afetividade”, bem longe de garantir as almejadas integridade e coerência, é mais um daqueles princípios (no sentido pejorativo que iguala o vocábulo a valores), que promove menoscabo da autonomia do direito e infirmam o Estado Democrático, permeado pela legalidade e pela segurança jurídica, algo que contraria a evolução do constitucionalismo democrático e que causa retrocesso²⁷¹.

É possível deduzir alguma historicidade assente no (sic) princípio da afetividade? Detém ele qualquer carga de tradição? A abstração do (sic) princípio da afetividade é apropriada ao Constitucionalismo Contemporâneo, sob a égide da Constituição de 1988?

São dúvidas complexas e cujas respostas, são negativas. Com efeito, já se destacou que o ponto central que a hermenêutica busca guerrear, a partir da metade do século XX, é a livre atribuição de sentidos, ou, em sentido mais geral, busca-se a reformulação do modo como se interpreta e se compreende algo.

Métodos e técnicas de interpretação, mostrou-se oportunamente, são frutos de concepções ultrapassadas; e além disso, se é inviável reservar ao intérprete escolhas metodológicas que lhe propiciam decidir discricionariamente, perfeitamente aceitável que se diga que com a influência da linguagem na compreensão, não se pode considerar mais o sujeito como algo desconectado do objeto e, acima de tudo, do mundo²⁷². Racionalizar a

²⁷¹ TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães. (2008). 20 anos de constitucionalismo democrático: avanços, retrocessos e novos desafios em “terrae brasilis”. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, 6, 7-14.

²⁷² Sobre o papel de destaque da linguagem: “Enfim, o que efetivamente importa é que a linguagem passou a ser a condição de possibilidade do próprio filosofar. O conhecimento não vem antes do compreender. Antes disso, como bem acentua Ernst Schnädelbach, há uma ‘razão hermenêutica’. Por isso, como veremos mais adiante, a importância de se falar em uma ‘dobra da linguagem’ (há um ‘como’ apofântico e um ‘como’ hermenêutico) e que não interpretamos para compreender (e, sim, compreendemos para interpretar). O compreender se dá na e pela linguagem; logo, o conhecimento, que somente ocorre na linguagem, não mais tem a linguagem como um veículo ou uma terceira coisa. Eis a chave do problema. Nesse mesmo diapasão, é na linguagem que há a surgência do mundo. É na linguagem que o mundo se desvela. Pela linguagem o mundo nos aparece e se dá enquanto mundo. Está-se, pois, longe das posições nominalistas,

interpretação é, por assim pronunciar, valer-se de um “álibi teórico, para emergência de crenças que dirigem a aplicação do direito²⁷³”, como bem afiançado por Luiz Alberto Warat, mesmo porque entre os diversos métodos postos à disposição do intérprete se confere a ele um “repertório de pontos de vista e comportamentos idealizados²⁷⁴”.

Nessa quadra da história do constitucionalismo não se pode concluir que princípios se confundem com valores, que eles são axiológicos e, por tal ocorrência, advém do sentimento do “justo”. Isto seria relegar a Constituição, porquanto a previsibilidade das relações sociais e jurídicas seria um mero adereço. Ruiria, pois, a integração que deve haver entre o elemento democrático e o Estado de Direito.

Assiste razão a Habermas quando diz que a dogmática jurídica confere um alívio para o indivíduo, pois este não dependeria de suas próprias escolhas, eis que a moral se encontra institucionalizada. Segue a aludida passagem:

Sob o ponto de vista da complementaridade entre direito e moral, o processo de legislação parlamentar, a prática de decisão judicial institucionalizada, bem como o trabalho profissional de uma dogmática jurídica, que sistematiza decisões e concretiza regras, significam um alívio para o indivíduo, que não precisa carregar o peso cognitivo da formação do juízo moral próprio (HABERMAS, 2012, p. 151).

Na forma do pensamento habermasiano, a moral não pode ser comprimida à sociabilização ou à consciência dos indivíduos, pois acaso fosse, seu campo de ação seria bastante estreito²⁷⁵. Garante, ademais, que o alívio a que se fez referência na passagem supra, proposta aos indivíduos, faz-se de forma importante: a moral irradia efeitos sobre todos os campos de ação, dada a conexão que ela possui com eles, mas a única exceção à relativização do dever de obediência de regras morais é a obediência geral ao direito.

nas quais pensar em linguagem era só questão de palavras. Não é que o mundo esteja atrás na linguagem, mas, sim, que está na linguagem. Há um compromisso ontológico preso em toda a linguagem, pela semantização do mesmo. Este mundo que encontramos na linguagem nos afasta dos perigos de uma filosofia da consciência, impossível no interior de nossa ‘mundanização linguística’”. (STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 252).

²⁷³ **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Fabris, p. 88.

²⁷⁴ Idem.

²⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 154.

Sobrevém daí a complementaridade existente entre tais segmentos - moral e direito²⁷⁶.

Em sentido similar Lenio Luiz Streck em sua defesa acirrada da autonomia do direito:

(...) como somos falíveis, é melhor que deixemos que o direito (no fim das contas, o Direito reflete aquilo que todos nós, enquanto integrantes de uma comunidade política, comprometida com a dignidade humana, entendemos como correto) cuide dessas coisas. O avanço do Direito nestes tempos de Constitucionalismo Contemporâneo aponta cada vez mais para o seu elevado grau de autonomização. As discussões morais devem se dar antes. A moral, depois, não pode vir a corrigir as “deficiências” do Direito²⁷⁷.

A afetividade, sob a ótica de certa doutrina, é vista como algo que sai do plano puramente valorativo. Esquece, porém, que o direito possui um código binário, o que se afasta de uma noção principiológica ligada a “valores”. Discorrer acerca de “valor”, sob um prisma moral, é tratar de algo “atrativo”, “desejável”, “recomendável”; é conjeturar sobre o certo e o errado, “valorando” maneiras de “ser”, de “agir”, de “pensar” e porque não expor: de “sentir”!

O que se espera de um membro da família? Eis uma pergunta feita a partir de uma perspectiva puramente moral. O dever jurídico de cuidar pressupõe o dever de amar? Eis, agora, a pergunta reformulada, sob um viés deontológico.

Há uma diferença fundamental. O valor “afetividade” em uma relação familiar significa bem querer, altruísmo, um apreço sentimental por uma pessoa, por seus atributos, dentre outros. Mas do ponto de vista deontológico, que é objetado pelo axiológico-gradual, sempre se terá adiante o código binário do permitido e do proibido, mesmo porque, a partir de normas (jurídicas), defino qual ação é ordenada. Por outro viés, por meio dos valores decido o que é bom, o que é mais adequado, o que pode ser benquisto em um determinado grupo, a partir de elementos culturais que distinguem seus membros. Repete-se: valores são priorizados, o que não ocorre com normas, como bem conclui Habermas:

Uma jurisprudência orientada por princípios precisa definir qual pretensão e qual ação deve ser exigida num determinado conflito - e não arbitrar sobre o equilíbrio de bens ou sobre o relacionamento entre os valores. É certo que normas válidas formam uma estrutura relacional flexível, na qual as relações podem deslocar-se segundo as circunstâncias de cada caso; porém esse

²⁷⁶ Idem.

²⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. “Salvo pela lei, morto pela moral”: como devem decidir os juízes? Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-out-16/senso-incomum-salvo-lei-morto-moral-decidir-juizes>>. Acesso em 25 de ago. de 2017.

deslocamento está sob a reserva da coerência, a qual garante que todas normas se ajuntam num sistema afinado, o qual admite para cada caso uma única solução correta. A validade jurídica do juízo tem sentido deontológico de um mandamento, não o sentido teleológico daquilo que é atingível no horizonte dos nossos desejos, sob circunstâncias dadas. Aquilo que é o melhor para cada um de nós não coincide ipso facto com aquilo que é igualmente bom para todos²⁷⁸.

Não amar é ilícito? É injurídico É indesejável que um familiar não goste do outro? É bom que todos da família se tratem com afeto? Pela resposta que se dê a cada uma das inquirições acima, poder-se-á apreender se o intérprete/aplicador compreende o direito (e os princípios, por óbvio) como uma ordem de valores e, por conseguinte, nega a ele seu caráter deontológico-obrigatório. O intérprete abraçaria, de tal modo, um destes dois caminhos: (i) qualquer valor pode ser moralmente aceito, o que atrai o subjetivismo; (ii) que se está participando de uma sociedade política em que seus membros compartilham, de maneira uniforme, os mesmos pressupostos axiológicos, algo, no mínimo, infantil. Lenio Streck, em tom burlesco, demonstra sua preocupação com aquilo que batizou de “flambagem do direito” e manifesta, designadamente sobre o “princípio da afetividade”, (sic) um inconformismo que vale a transcrição:

Princípio da afetividade: embora esse *standard* possa ser considerado “fofo” (quem não gosta de que sejamos afetivos?), na verdade apenas escancara a compreensão do Direito como subsidiário a juízos morais (sem levar em conta os problemas relacionados pelo “conceito” de afetividade no âmbito da psicanálise, para falar apenas desse campo do conhecimento). Isso para dizer o mínimo. Daí a perplexidade: se os princípios constitucionais são deontológicos, como retirar da “afetividade” essa dimensão normativa? Trata-se, na verdade, de mais um alibi para sustentar/justificar decisões pragmatistas. É evidente que a institucionalização das relações se dá por escolhas pela relevância delas na sociedade. Ocorre que as decisões devem ocorrer a partir de argumentos de princípio e não por preferências pessoais, morais, teleológicas, etc. No fundo, acreditar na existência deste “princípio” é fazer uma profissão de fé em discursos pelos quais a moral corrige as “insuficiências óticas” (sic) das regras jurídicas. Ou seja, nada mais do que uma espécie de “terceiro turno” do processo constituinte: os juízes – apoiados em forte doutrina, “corrigem-no”²⁷⁹.

Seguramente, não se pode deixar que o direito seja afrouxado por cálculos de poder ou de proveito²⁸⁰. É preciso perseverar e refletir: direito possui um código qualificado que

²⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 323.

²⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. O pamprincipiologismo e a flambagem do Direito. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipiologismo-flambagem-direito>>. Acesso em 15 de mar. de 2017.

²⁸⁰ **Direito e Democracia** - entre facticidade e validade - Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011, p. 226.

não pode ser estudado ao mesmo tempo a partir de seu interior e exterior, conquanto na prática, infelizmente, presencie-se o antagonico²⁸¹. Mais uma vez Habermas é afortunado quando pondera que as “(...) sociedades modernas não podem prescindir do direito, nem exercer outra prática funcionalmente equivalente tal como, por exemplo, o controle do comportamento (...)”²⁸². Isto porque:

A partir do momento em que a validade do direito é desligada dos aspectos da justiça, que ultrapassa as decisões do legislador, a identidade do direito torna-se extremamente difusa. Pois, neste caso, desaparecem os pontos de vista legitimadores, sob os quais o sistema jurídico poderia ser configurado para manter determinada estrutura do *medium* do direito²⁸³.

Sem mais delongas, normas e valores possuem diferenças. As primeiras se encontram sujeitas ao código binário do proibido-permitido; obrigam seus respectivos destinatários de modo idêntico; os segundos, por sua vez, ligados que estão à uma ordem de preferência, significam percepções ligadas ao desejável e indesejável ou ao bom e ao ruim. Por tais diferenças existentes entre o sentido deontológico e o otimizável-valorativo é que se discerne aos princípios como ligados ao primeiro plano. E é ainda pelas mesmas razões que se completa que a afetividade, longe de ser um princípio, é um valor, pois, embora desejável que se alimente afeição por alguém, especialmente um familiar, tem-se aqui uma alusão ao justo e ao preferível e não ao que é ilícito do ponto de vista deontológico. Em conclusão: “(...) moralismos e outros quetais não são Direito. E nem constituem fontes de Direito. O Direito precisa resistir aos seus predadores!”²⁸⁴.

3.6. AS ESCOLHAS MORAIS E DECISÕES JUDICIAIS: A FUNDAMENTAÇÃO COMO CAMINHO PARA A BUSCA POR RESPOSTAS CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADAS.

Mostrou-se inquietação, até aqui, com o fato de que as decisões judiciais não se confundem com um processo psicológico, por meio do qual o julgador faz fluir suas afeições e primazias subjetivas, de maneira específica suas concepções morais. Parte-se

²⁸¹ Idem, p. 227.

²⁸² Ibidem, p. 237.

²⁸³ Ibidem, ibidem.

²⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. O juiz que fez a coisa certa! Mídia e moral não são fontes de Direito. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-19/senso-incomum-juiz-fez-coisa-certa-midia-moral-nao-sao-fontes-direito>>. Acesso em 01 de jul. de 2017.

da premissa de que ser permissivo com este ato de “escolha”, de “eleição de valores individuais”, confere espaço à arbitrariedade decisória.

Veja-se: sob o ensejo de ser “justo”, de proferir uma decisão “moralmente aceita”, o juiz deixaria de lado sua republicana função para se tornar um justiceiro, algo que destoa do Estado Democrático de Direito. É este “senso de justiça”, que via de regra torna evidente necessidade de adoção de uma “postura ativa” do magistrado. Cita-se como exemplo uma passagem doutrinária:

Todavia, diante da colocação publicista do processo, não é mais possível manter o juiz como mero espectador da batalha judicial afirmada a autonomia do direito processual e enquadrado como ramo do direito público, e verificada a sua finalidade preponderantemente sócio-política, a função jurisdicional evidencia-se como um poder-dever do Estado, em torno do qual se reúnem os interesses dos particulares e os do próprio Estado. Assim, a partir do último quartel do século SIX os poderes do juiz foram paulatinamente aumentados: passando de espectador inerte à posição ativa, coube-lhe não só impulsionar o andamento da causa, mas também determinar provas, conhecer ‘ex officio’ de circunstâncias que até então dependiam da alegação das partes, dialogar com elas, reprimir-lhes eventuais condutas irregulares etc²⁸⁵ (...).

Mas esta postura poderia justificar, conquanto de modo oculto, a discricionariedade decisória e o conseqüente abrandamento do direito legislado. Eis a ameaça do “bom juiz”, não no sentido de compromissado com suas funções públicas, mas no pejorativo aspecto de magistrado que recai em relativismos axiológicos inescapáveis.

Não há ganho democrático nisso! O juiz que crê ser justo e decide por valores individuais, olvida os demais poderes, trabalha com incertezas e com critérios não-dotados de normatividade. Afasta-se de paradigmas, porquanto acredita piamente poder “captar sentimentos comunitários-moralizantes”; é, todavia, vítima de sua própria atitude, pois torna o jurisdicionado refém de suas escolhas pessoais, conforme bem advertem Tribe e Dorf ao avaliarem a postura geral daqueles que menoscabam a força deontológico-normativa da Constituição: “Parece que entre os profissionais que analisam a Constituição passou a ser um hábito sobrepor suas visões prediletas ao que a Constituição

²⁸⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 65.

realmente pretende fazer, e então varrer do texto todos os aspectos históricos e estruturais que não atendam ao plano desejado²⁸⁶.

A lição de Montesquieu é antiga, entretanto atual, ao menos naquilo que delinea os riscos de uma imposição comportamental por parte do Poder Judiciário. Eis o trecho referenciado:

Não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seriam arbitrários, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor²⁸⁷.

Importante que se veja a função judicante e, também, por correlato, o ato de decidir, como algo que traz consigo o compromisso público de prestar contas²⁸⁸ ao Estado Democrático de Direito. Sendo discernida assim, a decisão poderá ser tida como fidedigna do ponto de vista jurídico e não de um intérprete detentor de autoridade decisória. Mas é bom que se

²⁸⁶ TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 26.

²⁸⁷ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 149.

²⁸⁸ Streck afirma que este “prestar contas” não condiz com uma simples faculdade, na medida em que se trata de obrigação mínima, oriunda da responsabilidade política que julgador possui perante a sociedade: “‘Numa palavra: quando eu sustento o dever de ‘accountability’, não estou simplesmente dizendo que a fundamentação ‘resolve’ o problema decorrente, por exemplo, do livre convencimento, da livre apreciação da prova ou da admissão lato sensu da discricionariedade. Por favor, não é isso que estou dizendo. ‘Accountability’, nos moldes em que a proponho, quer dizer fundamentação da fundamentação. Isso quer dizer que nem de longe o problema da exigência de fundamentação se resolve no nível apofântico. Ora, com tudo o que já escrevi, eu não seria ingênuo em pensar que o ‘dever de fundamentar as decisões’ resolve(ria) o problema da decisão...! Um vetor de racionalidade de segundo nível – lógico-argumentativo – não pode se substituir ao vetor de racionalidade de primeiro nível, que é a compreensão. Nela, na compreensão, reside a ‘razão hermenêutica’, para usar a expressão de Ernst Schnädelbach. Afinal, por que razão Gadamer diria que ‘interpretar é explicitar o compreendido’? Note-se: explicitar o compreendido não é colocar uma capa de sentido ao compreendido. Esse é o espaço da epistemologia na hermenêutica. Não esqueçamos, aqui, do dilema das teorias cognitivistas-teleológicas: não é possível atravessar o abismo do conhecimento – que ‘separa’ o homem das coisas – construindo uma ponte pela qual ele já passou. Não se pode fazer uma leitura rasa do art. 93, IX, da CF. A exigência de fundamentação não se resolve com ‘capas argumentativas’. Ou seja, o juiz não deve ‘explicar’ aquilo que o ‘convenceu’... Deve, sim, explicitar os motivos de sua compreensão, oferecendo uma justificação (fundamentação) de sua interpretação, na perspectiva de demonstrar como a interpretação oferecida por ele é a melhor para aquele caso (mais adequada à Constituição ou, em termos ‘dworkinianos’, correta), num contexto de unidade, integridade e coerência com relação ao Direito da Comunidade Política. Quem não consegue suspender seus pré-juízos, acaba produzindo um prejuízo ao direito. Como bem diz Dworkin: não importa o que os juízes pensam sobre o direito, mas, sim, o ajuste (‘fit’) e a justificação (‘justification’) da interpretação que eles oferecem das práticas jurídicas em relação ao Direito da comunidade política”. (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 431-432).

alcance que fundamentar e meramente explicar são conceitos díspares, como lembra Maurício Ramires:

(...) é preciso diferenciar a fundamentação válida de suas simulações. Fundamentar validamente não é explicar a decisão. A explicação só confere à decisão uma falsa aparência de validade. O juiz explica, e não fundamenta, quando diz que assim decide por ter incidido ao caos ‘tal ou qual norma legal’. A atitude do juiz que repete o texto normativo que lhe pareceu adequado, sem justificar a escolha, não vai além do que faria se não explicitasse de forma alguma o motivo da decisão. (...) Essa escolha ‘livre’ de sentido não fundamenta o julgado, a não ser para alguém ainda tão imerso no paradigma racionalista que acredite que a lei tenha um sentido unívoco e pressuposto. Ao juiz contemporâneo não pode bastar, ao dar cabo a uma discussão, a mera declaração do vencedor, repetindo as razões deste como quem enuncia uma equação matemática. Ao contrário, é preciso que o julgador, no mesmo passo em que diz por que acolheu as razões do vencedor, afirma as razões pelas quais rejeitara a interpretação dada pela parte sucumbente²⁸⁹.

Ora, tem-se aí a importância de se conhecer o que já se chamou de “revolução paradigmática”. Se paradigmas são horizontes de sentido de um contexto histórico e se eles servem para dirigir a práxis, pode-se sistematizar, em tom sintético, a questão do seguinte modo: (i) no paradigma do Estado Liberal, o magistrado pautava suas atividades decisórias de um modo mecânico; interpretar seria encontrar o sentido pré-existente de um texto normativo: um ato de conhecimento. Isto ocorria, como se viu, porque o direito era visto como um sistema unitário, completo e coerente, mas apenas de regras, de modo que a aplicação era um ato silogístico; (ii) no paradigma do Estado Social, ante a negativa do caráter cognitivo da aplicação do direito, deu-se uma liberdade ao magistrado e este passou a deter discricionariedade decisória, o que fora potencializado pela presença de cláusulas gerais e conceitos indeterminados. Um subjetivismo, que se assemelha ao realismo jurídico; é (iii) já no processo democrático do Estado Democrático de Direito, que o quadro se altera, como se observará, aqui, em tom preambular, e na última parte do trabalho com mais rigor.

Decidir carrega um dever: *accountability*, termo que se origina do estudo norte americano envolvendo a Administração – notadamente a pública -, e que significa “ser responsável”

²⁸⁹ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação dos precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 41-42.

ou “ser responsabilizável” por ações, decisões e omissões²⁹⁰. A doutrina²⁹¹ afirma que o termo não possui tradução para várias línguas. Assevera também que, embora se trate de um conceito muito utilizado em estudos de ciência política, há problemas na formulação de um conceito que capte seus elementos e características de modo total. Por isso, pela complexidade da temática e do conceito, adverte-se que o termo é aqui utilizado no sentido que lhe deu o então Ministro da Suprema Corte Joaquim Barbosa:

Trata-se, como todos sabemos, da materialização da função de controle, ou seja, do princípio dos checks and balances, que constituem um dos elementos fundamentais da organização do Estado brasileiro, a tal ponto que o eventual descumprimento do dever de prestar contas no âmbito dos estados pode levar a União a decretar a mais grave das medidas cabíveis em um Estado federal: a intervenção federal (art. 34, VII, d, Constituição de 1988)²⁹².

Em uma frase: Estado Democrático de Direito não coaduna com subjetivismos, muito menos com discricionariedade que descamba para arbítrio, advindo daí a necessidade de prestação de contas por parte do juiz. Decisão democrática, é decisão que se justifica perante as partes e perante o direito. Logo, a fundamentação da decisão judicial possui invariavelmente uma dimensão política, o que não significa que deverá ela estar lastreada em argumentos de política. Muito ao contrário, para fins de preservação da autonomia do direito, não há outro percurso senão aquele que prima pela integridade, cujo melhor conceito é extraído de Ronald Dworkin, na parte em que o autor promove distinção entre *policies* e *principles*:

Denomino ‘política’ que será ‘aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade. Denomino ‘princípio’ 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 ou alguma outra dimensão da moralidade²⁹³.

Como bem leciona Dworkin, decisão deve se fundar em princípios, nunca em “moralismos”, políticas ou mesmo pragmatismos. É que, como bem se disse, a jurisdição

²⁹⁰ TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; FILHO, Ilton Norberto Robl. Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782013000100004>. Acesso em: 02 de mai. de 2017.

²⁹¹ SCHEDLER, Andreas. Conceptualizing accountability. In: DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F.; SCHEDLER, Andreas. **The self-restraining state: power and accountability in new democracies**. Colorado: Lynne Rienner Publishers, 1999, pp. 13-28.

²⁹² BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal, MS 25181/05. Relator: Ministro Joaquim Barbosa

²⁹³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 36.

no Estado Constitucional, para fins de legitimação, necessita de *accountability*, firmada sob as luzes da Constituição da República, a partir de fundamentação coerente, íntegra, alicerçada em boa doutrina e precedentes, pois só aí o poder será limitado, tudo na conformidade da conclusão extraída por Lenio Streck, quando comentou o art. 93, IX, do Texto Constitucional:

Assim, quando o texto constitucional determina no inciso IX do art. 93 que “todas as decisões devem ser fundamentadas” é o mesmo que dizer que o julgador deverá explicitar as razões pelas quais prolatou determinada decisão. Trata-se de um autêntico direito a uma *accountability* (...). Ou seja, essa determinação constitucional se transforma em um autêntico dever fundamental. (...)

De se consignar que, em uma democracia, é extremamente necessário que as decisões prolatadas pelo Poder Judiciário possam demonstrar um mútuo comprometimento de modo a repetir os acertos do passado e corrigir, de forma fundamentada, os seus erros.

(...)

A fundamentação é, em síntese, a justificativa pela qual se decidiu desta ou daquela maneira. É, pois, condição de possibilidade de um elemento fundamental do Estado Democrático de Direito: a legitimidade da decisão. É onde se encontram os dois princípios centrais que conformam uma decisão: a integridade e a coerência, que se materializam a partir da tradição filtrada pela reconstrução linguística da cadeia normativa que envolve a querela sub judice. A obrigatoriedade da fundamentação é, assim, corolário do Estado Democrático de Direito²⁹⁴.

É diante de tal contexto que se afiança que para salvaguarda da democracia, o Poder Judiciário, como acentuado órgão que é, no qual deságuam matérias distintas a partir do caráter dirigente de nossa Constituição e dos programas não praticados na sua plenitude, deve ratificar comprometimento com a fundamentação, reproduzindo os acertos do passado e ajustando, fundamentadamente, os equívocos. E, frise-se, a legitimidade da fundamentação (e da decisão), no predicado de direito fundamental (art. 93, IX, CF) deve ser íntegra e coerente, materializada pela tradição e filtrada por uma reconstrução linguística da história institucional de dada comunidade política²⁹⁵.

²⁹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, pp. 1324-1325.

²⁹⁵ TOVAR, Leonardo Zehuri. Promessas da modernidade e ativismo judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, 5, número especial, 2015, pp. 519-537.

4. O TEXTO NÃO SE CONFUNDE COM A NORMA: a hermenêutica de cariz filosófico e o combate à discricionariedade decisória.

4.1. HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO: A SUPERAÇÃO DA HERMENÊUTICA CLÁSSICA PELA FILOSÓFICA.

O presente capítulo tem como grande objetivo enfrentar, a partir das bases que serão apresentadas e que dizem respeito à hermenêutica filosófica, um dilema contemporâneo que norteia a busca por respostas judiciais: como se decide, a partir do que, e, acima de tudo, qual a contribuição que a hermenêutica pode dar para a construção qualitativa de decisões judiciais?

Com efeito, no judiciário se vivencia um enigma premente e que diz respeito à necessária garantia da qualidade em contraste com a celeridade do mundo moderno. Diante deste quadro, foram e comumente são idealizadas alterações legislativas com o grande objetivo de propiciar maior celeridade à prestação jurisdicional. Pode-se citar, como exemplos, as súmulas vinculantes e a adoção daquilo que se convencionou chamar de ‘doutrina do precedente’, que expressa uma hipotética *commonlização* do sistema jurídico nacional.

Como já se destacou, é aparente a ampliação da fragmentarização do direito, marcado por decisões judiciais discricionárias, fundadas, dentre tantas, na ideia de que interpretação é um ato de vontade, recuando à sobrepujada moldura de que falava Kelsen²⁹⁶, ainda que sob um viés descritivo.

²⁹⁶ Para Kelsen, vontade e conhecimento uniam-se para dar origem à interpretação. A interpretação do direito era, então, plurívoca, admitindo várias interpretações possíveis para cada caso, todas de igual valor, limitada apenas pela larga tela do direito posto. O direito desempenhava, então, papel de uma moldura que, em presença da vontade do intérprete, daria origem a um quadro que representava justamente o direito a ser aplicado. Kelsen, complementa-se, salientava que se interpretação fosse considerada válida ela pode ser aplicada, porquanto o ato de escolher qual das múltiplas possibilidades interpretativas é discricionário, cabendo ao aplicador do direito (os intérpretes autênticos, quais sejam, os juízes) o direito de escolha. Logo, o direito seria única e exclusivamente um ato de criação dos magistrados (*In*: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Direito processual constitucional. **Interpretação como ato de conhecimento e interpretação como ato de vontade: a tese kelseniana de interpretação autêntica.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002). Convém alertar que ADEODATO, João Maurício, reputa infundada a acusação comumente feita a Kelsen de que o autor dá sustentáculo a decisionismos, de modo a transcrição de seu pensamento é pertinente: “Não há precisão teórica em acusa-lo hoje de fundamentar o ativismo judicial na atividade hermenêutica, nem no passado em acusa-lo de justificar o nazismo. A ideia de Kelsen é descrever o que efetivamente ocorre – não fazer uma pregação missionária por mais poder para o juízes – e defender que é uma ilusão achar que a regra geral determina a decisão individual, assim negando expressamente a possibilidade de uma única resposta correta. Isso porque, como discípulo de Kant enfatiza o dualismo entre ser e dever ser e vai mais além ao associá-lo aos dualismos entre o princípio da causalidade (*kausalprinzip*) e o princípio da imputação (*Zerechnungsprinzip*) e, respectivamente, entre o ato de conhecimento e o ato

É como se o Brasil fosse marcado pela inquietação retrograda que idealiza apenas o perfeito cumprimento de *metas*, algo que olvida a maior missão desta relevante instituição ao preenchimento de estatísticas.

Isto vem se avultando. São ementas paradigmas, súmulas, etc, francamente empregados sem grandes meditações científicas, em especial de aspectos hermenêuticos-constitucionais e filosóficos. Aliás, como se verá com mais vagar no desfecho deste trabalho, o próprio emprego da ‘doutrina dos precedentes’ é apresentado a partir de razões de ordem prática: o descomedimento de processos. Sua adoção, contudo, não pode partir desta premissa avulsa, isto é curial.

Impossível prescindir do fato de que o Direito é intrincado e diminuí-lo a um *a priori* significativo ou ao subjetivismo interpretativo decisório descontextualizado, pode transportar ao renascer do positivismo, mas não na segurança que esta escola visa alcançar, mas na discricionariedade que a mesma não conseguiu se ver livre.

O direito, não se pode esquecer, é materializado em cada caso. Nunca pela releas subsunção de fatos a previsões normativas abstratas. Esquecer disso, é desconsiderar progressos hermenêuticos substanciais e se sustentar em métodos que apostam na solução mecânica e subsuntiva. A orientação dos tribunais, por exemplo, receberia contornos gerais de norma, um verdadeiro retrocesso, incondizente com os avanços do *linguistic turn*.

Este aprisionamento do Direito em conceitos está longe de ser novo. Lembre-se que em meio ao movimento filosófico-científico do Iluminismo, adveio a Escola de Exegese na França e por meio de suas ideias centrais a interpretação do direito se restringia a um olhar mecânico e passivo do Código Napoleônico, à luz de comentários

de vontade” (In: **Filosofia do direito – uma crítica à verdade na ética e na ciência**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 82).

compartimentados e aprisionados, tudo em busca da *voluntas legislatoris*²⁹⁷, baldrame derradeiro da objetividade jurídica²⁹⁸.

Por isso o que se propõe aqui é, a partir de aportes teóricos escolhidos, trazer à tona um resgate hermenêutico da interpretação. Indaga-se, entretanto: o que vem a ser esse resgate hermenêutico? Um introito mínimo se faz pertinente, pois, conquanto não seja fácil estimar a origem da ‘hermenêutica’ com exatidão, por certo o vocábulo “hermenêutica” provém do grego *hermeneuein* e contraiu diversas definições na história. O fato é que é através da hermenêutica que se busca exprimir algo para uma linguagem inteligível; ou ainda, em outros termos, assegurar compreensão a algo que até então não fora compreendido.

Na mitologia, Hermes era um semi-Deus dotado do posto de mensageiro, cuja responsabilidade era traduzir para a linguagem humana o que era dito entre os Deuses. Hermenêutica, segundo se diz comumente, deriva de Hermes e, por isso, sua acepção contém forte conteúdo mediador, e, por conseguinte, de interpretação. Afinal, nunca se soube o que os Deuses disseram, mas o que Hermes afirma que os Deuses afirmaram. Diante disso, a menos que se venha a acreditar no acesso direto às coisas e a seus significados, através desta metafórica figura de Hermes, denota-se a complexidade do fenômeno hermenêutico.

Mesmo fora deste plano metafórico, a hermenêutica ostenta ampla importância quanto à Reforma Protestante, como bem observou Hans-Georg Gadamer ao discorrer sobre a técnica na exegese interpretativa dos textos bíblicos:

²⁹⁷ A tarefa do interprete reduzia-se a uma função mecânica de lógica dedutiva. A lei, enxergada como enunciado completo, era vista como a única fonte das decisões judiciais, porquanto a bem da verdade estas eram construídas a partir de uma mecânica lógico dedutiva. Eis, com efeito, a relevante passagem doutrinária: “o acentuado formalismo dogmático da Escola da Exegese torna seus princípios - insípidos e presos a uma hermenêutica bitolada - extremamente inadequados a uma abordagem tanto científica quanto filosófica do Direito, porque elaborados dentro da ingênua concepção ultra-empirista que considera a norma jurídica como um ‘dado’, ignorando o fato de que ela é ‘construída’ para atender as condições sociais específicas, intrinsecamente dinâmicas, que não pode ser ‘imobilizadas’ por qualquer legislação que seja”. (MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **Introdução ao estudo do direito**: conceito, objeto, método. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 118).

²⁹⁸ A doutrina chega a asseverar que o pensamento sustentado pela Escola em comento deságua no positivismo legal, cuja concepção de sistema é a de totalidade fechada e perfeita, não afetado a lacunas (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 1980, p.32-3).

a reforma fomenta o florescimento da hermenêutica que deve ensinar a usar corretamente a razão na compreensão da tradição. Nem a autoridade do magistério papal nem o apelo à tradição podem tornar supérflua a atividade hermenêutica, cuja tarefa é defender o sentido razoável do texto contra toda e qualquer imposição²⁹⁹.

Com obviedade que a hermenêutica não teve seu alcance adstrito à teologia, mas também para os textos jurídicos, às artes e à filologia (língua e literatura). Quando tratou do Romantismo Alemão, assegurou Gadamer:

Dessas inversões de valores do romantismo se origina a atitude da ciência histórica do século XIX. Essa não mede mais o passado com os padrões do presente, tidos por absolutos; outorga aos tempos passados um valor próprio e em certos aspectos é capaz, inclusive, de reconhecer sua superioridade³⁰⁰.

Em outra parte de seu trabalho, o teórico teve o zelo de deixar clara sua posição ao ligar o fenômeno interpretativo a um diálogo firmado entre passado e presente, sem que um, de modo apriorístico, fosse considerado mais perfeito ou imperfeito que outro. Obtempera, pois, o romantismo alemão e o faz a partir dos ulteriores termos:

Enquanto que a hermenêutica romântica pretendia ver na homogeneidade da natureza humana um substrato a-histórico para a sua teoria da compreensão, liberando assim de todo condicionamento histórico aquele que compreende congenialmente, a autocrítica da consciência histórica acaba levando a reconhecer uma mobilidade história não somente no acontecer mas também no próprio compreender. A compreensão deve ser pensada menos como uma ação da subjetividade e mais como um retroceder que penetra num acontecimento da tradição, onde se intermedeiam constantemente passado e presente³⁰¹.

A relevância do romantismo alemão não pode, entretanto, ser abandonada. Ao contrário, é com o romantismo alemão que a hermenêutica adquire suas imediações mais atraentes e detentoras de sofisticação, uma vez que ganhou contornos, chamados de universais. Schleiermacher, um importante teólogo e que mantinha admirável proximidade com o iluminismo, já aconselhara a necessidade de precaução quanto sentido correto, nos termos em que o autor do texto o determinou. A pergunta que fica é: qual a forma de ultrapassar ou sanar mal-entendidos?

²⁹⁹ **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 369.

³⁰⁰ **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 366.

³⁰¹ **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 385.

O autor passa a se utilizar de um *método*, denominado de circular, por meio do qual o intérprete se move do todo para a parte e da parte para o todo. A finalidade de tal movimento era apurar sua compreensão a cada circulação executada. A isto se denominou círculo hermenêutico, o qual, como se disse, confere proeminência ao sentido do autor e criador do texto. Tal busca pelo ‘sentido do autor’ fez com que a hermenêutica de Schleiermacher fosse cognominada de ‘hermenêutica psicológica’, porquanto importa compreender um autor, melhor do que ele próprio teria feito:

Apesar disso, o direito se conservou em modelos clássicos. Somente com Emilio Betti o círculo hermenêutico fora incluso no pensamento jurídico, o que, de modo óbvio, trouxe dificuldades, pois a interpretação jurídica se sustentou em uma relação sujeito-objeto e a compreensão do texto (o objeto) fora preenchida com sentido atribuído pela apreensão subjetiva (significação) do sujeito. Lembre-se, que se deve à Kant, como bem leciona Miguel Reale, a revolução copernicana na filosofia moderna, porquanto fora o primeiro quem alocou o sujeito no cerne do processo gnosiológico. Sobre o ponto:

Antes de Kant, a filosofia clássica vivia girando em torno de objetos, as quais se subordinava essencialmente; enquanto que, no dizer de Kant, quem deve ficar fixo é o sujeito, em torno do qual deve girar o objeto, que somente é tal porque ‘posto’ pelo sujeito (...) Em lugar de se conceber o sujeito cognoscente como planeta a girar em torno do objeto, pretende Kant serem os objetos dependentes da posição central e primordial do sujeito cognoscente. Essa referência ao criticismo de Kant visa mostrar a correlação essencial que existe entre o problema do objeto e o método, até o ponto de subordinar-se um ao problema do outro: - uma ciência viria ser o seu método, porque o sujeito que conhece ao seguir um método, criariam de certa maneira, o objeto, como momento de seu pensar³⁰².

Acontece que, ao colocar sujeito em evidência, via de conseguinte, insere-se a linguagem como um terceiro gênero, como um meio posto à sua disposição para apreender o sentido dos textos e seu exato significado. A atividade interpretativa, então, teria caráter reprodutivo, uma vez que busca uma significância já achada no texto; uma tarefa reveladora apenas, porque, como se disse, confere ensejo a uma revelação de um sentido já encapsulado no objeto.

³⁰² REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 77.

Dá a correta crítica que Gadamer direciona a Emilio Betti, pois este escapou do psicologismo interpretativo sustentado por Schleiermacher. Segundo Gadamer, Betti se diz que a interpretação deve procurar o que o autor quis dizer acerca de algo:

(Betti) mantém-se tão fiel à ‘interpretação psicológica de Schleiermacher que sua posição hermenêutica está constantemente ameaçada de afundar e desaparecer. Por mais que se esforce para superar o reducionismo psicológico e conceber sua tarefa como a reconstrução do nexos espiritual de valores e conteúdos de sentido, só consegue fundamentar a proposição dessa autêntica tarefa hermenêutica através de uma espécie de analogia com a interpretação psicológica³⁰³.

De fato, ainda que Emílio Betti tenha adquirido destaque na seara jurídica, sua leitura da hermenêutica é bem ajustada à de Schleiermacher. Tal circunstância fica clara quando o autor afirma o que denomina de itinerário hermenêutico, que é o caminho que o intérprete deve ‘percorrer de novo’:

Aquí, em suma, o conhecedor é um reconhecer ou reconstruir o espírito que, através da forma em que se objetivou, fala ao espírito pensante, o qual por isso sente-se afim na comum humanidade: é um reconduzir e juntar, de novo a forma com a interioridade que lhe deu origem e da qual se desprende, um interiorizar transpondo, em todo caso, conteúdo de uma subjetividade diversa da sua. Desse modo, tem lugar uma inversão do processo criativo no processo interpretativo; uma inversão pela qual, no itinerário hermenêutico, o intérprete deve percorrer de novo, em sentido retrospectivo, o caminho genético e tentar refazer ou operar em si o outro pensamento³⁰⁴.

Sequenciando, o tratamento da hermenêutica aufere novos contornos a partir de Dilthey. O autor passa a tratar do tema a partir do que batizou de “hermenêutica histórica”, cuja finalidade é desenvolver uma teoria que tivesse comprovações objetivas por intermédio de um status científico autônomo para com as ciências naturais³⁰⁵. Foi a partir desse momento viável compreender os fenômenos ocorridos fora das ciências naturais e

³⁰³ **Verdade e Método II**: complementos e índice, Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 456.

³⁰⁴ BETTI, Emílio. **Interpretación de la ley y de los actos jurídicos**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1975, p. 30.

³⁰⁵ Nas palavras de Dilthey: “As ciências que têm a realidade sócio-histórica como seu objeto de estudo buscam, mais intensamente do que antes, as relações sistemáticas entre elas e com os seus fundamentos. Condições dentro de várias ciências positivas estão operando nesta direção, associadas às forças poderosas originadas a partir dos motins na sociedade, desde a Revolução Francesa. O conhecimento das forças que governam a sociedade, das causas que têm produzido estas revoluções e dos recursos da sociedade para promover o progresso saudável, tem se tornado uma preocupação vital de nossa civilização. Consequentemente, relativas às ciências naturais, é crescente a importância das ciências que lidam com a sociedade” DILTHEY, Wilhelm. **Introduction to the Human Sciences - Selected Works**, v. I. R. A. Makkreel & F. Rodi; trad. Michael Neville. New Jersey: Princeton University Press, 1989, p. 56.

também no campo das ciências sociais³⁰⁶. Entendeu-se, assim, que sua contribuição foi a inserção da possibilidade compreensiva na história e não fora dela.

Tanto por Schleiermacher, quanto por Dilthey, a hermenêutica, contudo, mantinha-se encarcerada em uma perspectiva objetivista, mesmo porque a interpretação continuava a se ajustar por uma relação sujeito-objeto, não condizente ao chamado giro-hermenêutico. Algo que abriu espaço para a superação da hermenêutica clássica pela filosófica.

O movimento do giro-linguístico³⁰⁷ consagrou um novo paradigma para a filosofia. Isto porque, antes concebida como uma terceira via que liga o sujeito ao objeto, passou a ser notada como o fundamento de todo o pensar. Por oportuno, merece ser lembrado que a metafísica objetivista (orientada por objetos), à esta altura, fora superada pelo idealismo transcendental Kantiano. Já seu contraponto - a metafísica subjetivista (que coloca em jogo o papel do sujeito sob o prisma da subjetividade – também não era satisfatória, eis que agencia um abismo entre o sujeito que conhece e o objeto que é conhecido. Faltava nesta última uma “ponte” entre consciência e o mundo. Talvez por isso Gadamer tenha dito que “quem pensa a linguagem já se movimenta para além da subjetividade³⁰⁸”.

Conferindo os devidos contornos à esta fala, adverte-se que a filosofia, cujo parâmetro é a linguagem, pode ser separada, no século XX, em dois grupos: (1) analítico e (2) continental. Este primeiro (que é associado à tradição anglo-saxã) também recebe a

³⁰⁶ Eis uma passagem importante da obra de Dilthey: “O problema da relação das ciências humanas com nosso conhecimento da natureza só pode ser resolvido quando nós resolvermos a oposição na qual começamos, ou seja, entre um ponto de vista transcendental para o qual a natureza está sujeita às condições da consciência e o ponto de vista empírico objetivista que vê o desenvolvimento do espírito humano como sujeito às condições da natureza (...). A condição de tal solução seria uma demonstração da realidade objetiva da experiência interior e a prova da existência de um mundo externo a partir do qual nós podemos concluir, então, que este mundo contém fatos humanos e significados espirituais por meio de um processo de transferência de nossa vida interior para dentro deste mundo, uma inferência analógica”. *In: DILTHEY, Wilhelm. Introduction to the Human Sciences - Selected Works*, v. I. R. A. Makkreel & F. Rodi; trad. Michael Neville. New Jersey: Princeton University Press, 1989, p. 71.

³⁰⁷ Sobre a relevância do giro linguístico, Paulo de Barros Carvalho afirma: As conquistas do “giro” fazem sentir-se em todos os quadrantes da existência humana. Ali onde houver o fenômeno do conhecimento, estarão interessados, como fatores essenciais, o sujeito, o objeto, e a possibilidade de o sujeito captar, ainda que a seu modo, a realidade desse objeto. (...) A superação dos métodos científicos tradicionais pelo movimento do “giro linguístico” deixou de encontrar-se tão só no degrau do valor verdade; crava, da mesma forma, uma nova postura perante o que se entende por “sujeito”, por “objeto” e do próprio “conhecimento”. Levando-se em conta essas injunções para delinear os traços do movimento, após o “giro linguístico,” passou a exigir o próprio conhecer da linguagem, condição primeira para a apreensão do objeto. Eis o resultado dessa transposição de sistemas referenciais. (CARVALHO. Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008, p. 160 e 161).

³⁰⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**, Petrópolis, RJ: Vozes, 2007, vol I, p. 27.

designação de semântico, porquanto reconhece a polissemia dos sentidos determinados pela linguagem, reduzida, por assim dizer, a uma terapia conceitual, contida na estrutura lógica do enunciado linguístico e acima de tudo na relação subsistente entre sujeito e predicado. Seria viável, por tal prisma, definir a pureza linguística dos enunciados através de uma análise lógica, fulcrada em seu uso denotativo. Já no segundo grupo (oriundo, em maioria, da Europa Continental), está abarcada a hermenêutica, que não se contenta com a pureza de enunciados ou com sua análise lógica, como amiúde se observará.

Isto porque há um sentido prático da linguagem³⁰⁹; os significados dependem de contextos históricos-concretos (tanto do sujeito como do objeto). Ou seja: conquanto em ambos os grupos de “filosofias” acima, observem-se pontos de divergência, há um fundamental ponto entre tais, que é o giro linguístico, a partir do qual a linguagem passa ser vista como algo que possibilita a compreensão do indivíduo no mundo, ante a intersubjetividade que conduz a uma relação sujeito-sujeito, sempre mediada pela linguagem, e que, via de consequência, arreda a relação sujeito-objeto.

Por intermédio de um breve salto histórico, destaca-se a acentuada contribuição de Martin Heidegger para a hermenêutica do Século XX. Veem-se três amplas mudanças expressivas na Filosofia: (i) o giro linguístico, apreendido pela superação do esquema sujeito-objeto, por meio do vínculo indissociável entre pensamento e linguagem; (ii) o decaimento de um modelo matemático de fundamentação do pensamento e a elevação de um modelo histórico que desse conta do problema da fundamentação nas “ciências de espírito”; e, ainda, (iii) o giro ontológico que supera a ontologia da coisa pela ontologia da compreensão a partir do deslocamento do ser humano.

Eis a importância de Heidegger que careceu de construir um estudo preambular do que intitulou de *Ser-aí* ou *Dasein*. O que ele alcunhou de *Dasein* existe porque compreende o *Ser* e, compreendendo o *Ser* se compreende. Logo, não é possível explicar o homem, mas apenas como ele é. E assim, antevê-se resultados, dentre os quais (i) a inclusão do pensamento sob o fio condutor da linguagem, em que esta deixa de ser uma terceira via

³⁰⁹ “O mundo não é um conjunto de coisas que primeiro se apresentam e, depois, são nomeadas ou representadas por uma linguagem. Isso que chamamos de mundo nada mais é que uma interpretação, sem a qual nada faria sentido.” (HEGENBERG, Leônidas. **Saber de e saber que: alicerces da racionalidade.** Petrópolis: Vozes, 2002, p. 25).

que liga um sujeito a um objeto e passa a ser vista como condição de possibilidade; (ii) a necessidade de se pensar historicamente seus fundamentos; (iii) a aquiescência de que o conhecimento não é pensado pelo sujeito solipsista e sim pela intersubjetividade³¹⁰ cujo fio condutor é a linguagem, sendo o horizonte de sentido, o acontecer da historicidade do Ser-aí (*Dasein*³¹¹). Aliás, Gadamer, discípulo de Heidegger, assevera em sua mais admirável obra que a linguagem é constituinte e constituidora do mundo do homem:

A linguagem não é nenhum instrumento, nenhuma ferramenta. Pois uma das características essenciais do instrumento é dominarmos seu uso, e isso significa que lançamos mão e nos desfazemos dele assim que prestou seu serviço. Não acontece o mesmo quando pronunciamos as palavras disponíveis de um idioma e depois de utilizadas deixamos que retornem ao vocabulário comum de que dispomos. Esse tipo de analogia é falso porque jamais nos encontramos como consciência diante do mundo para um estado desprovido de linguagem lançamos mão do instrumento do entendimento. Pelo contrário, em todo conhecimento de nós mesmos e do mundo sempre já formos tomados pela nossa própria linguagem³¹².

O *Ser-aí* é um ser histórico e o seu passado não se situa atrás do ente, mas sim lhe antecipa a cada instante. O *Ser-aí* está mergulhado em um contexto histórico-linguístico que o adapta e lhe adjudica um horizonte de sentido³¹³. Suas possibilidades estão cingidas pelo que ele já é, pois ele (o Ser) está-jogado-no-mundo; fala-se em imersão do *Ser* em uma tradição, conquanto inconsciente (historicidade)³¹⁴. O filósofo alemão delinea, de tal

³¹⁰ Mesmo que com outro viés, uma importante lição doutrinária envolvendo a legitimação e a eficácia simbólica das palavras: “A eficácia simbólica das palavras se exerce apenas na medida que a pessoa-alvo reconhece quem a exerce como podendo exercê-la de direito, ou então, o que dá no mesmo, quando se esquece de si mesma ou se ignora, sujeitando-se a tal eficácia, como se estivesse contribuindo para fundá-la por conta do reconhecimento que lhe concede” (BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas linguísticas**. São Paulo: USP, 1996, p. 95).

³¹¹ O vocábulo alemão *Dasein* designa existência, mas em português identificam-se ao menos dois significados *Ser-aí* e *Pre-sença*. Aqui, neste texto, utiliza-se como sinônimo de *Ser-aí*, lançado no mundo, seguindo-se, neste pormenor, Michael Inwood para quem “*Dasein* é o modo de Heidegger referir-se tanto ao ser humano quanto ao tipo de ser que os serem humanos têm. Vem do verbo *dasein* que significa ‘existir’ ou ‘estar aí, estar aqui’”. O substantivo *Dasein* é usado por outros filósofos, Kant por exemplo para designar a existência de toda entidade. Mas Heidegger restringe-o aos seres humanos. (...) Por que Heidegger fala do ser humano dessa maneira? O ser dos seres humanos é notadamente distinto do ser de outras entidades do mundo. O *Dasein* é uma entidade para a qual, em seu Ser, esse Ser é uma questão.

³¹² **Hermenêutica em retrospectiva**, Petrópolis, RJ: Vozes, 2007, vol I, p. 27.

³¹³ Heidegger afirma que: “... as coisas que se dão no mundo não são compreendidas a partir de uma apropriação intelectual do homem, mediante dicotomia sujeito-objeto, mas, invertendo a perspectiva, são fenômenos que implicam a potencialidade de se revelarem tal como são, independente de nosso subjetivismo”. In: PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 16.

³¹⁴ Em outra perspectiva, porém igualmente relevante, a lição doutrinária: “De facto, como também sublinha Rochlitz, nunca nos encontramos radicalmente no exterior de toda a tradução. Isso verifica-se mesmo no domínio da investigação científica onde nos apoiamos tanto nas descobertas como nos erros de nossos antecessores. ‘Não temos outra opção’, explica Popper, senão ‘manter-nos sobre os ombros dos nossos

modo, um novo lugar para a hermenêutica: a facticidade³¹⁵. De onde viemos? Para onde vamos? Trata-se de relevantes perguntas, pois passado é “marca histórica” (facticidade) e o futuro é modo-de-ser (Ser-ai), que comporta a abertura do horizonte para o qual ele se encaminha (existência), como bem lembra Heidegger:

Toda investigação, e não apenas a investigação que se move no âmbito da questão central do ser, é sempre uma possibilidade ôntica da presença. O ser da presença tem o seu sentido na temporalidade. Esta, por sua vez, é também a condição de possibilidade da historicidade enquanto um modo de ser temporal da própria presença, mesmo abstraindo da questão do se e como a presença é um ente ‘no tempo’. A determinação de historicidade se oferece antes daquilo a que se chama de história (acontecimento pertencente à história universal). Historicidade indica a constituição de ser do ‘acontecer’, próprio da presença como tal. É com base na historicidade que a ‘história universal’, e tudo que pertence historicamente à história do mundo, torna-se possível. Em seu ser fático, a presença é sempre como e ‘o que’ ela já foi. Explicitamente ou não, a presença *é* sempre o seu passado e não apenas no sentido do passado que sempre arrasta ‘atrás’ de si e, desse modo, possui, como propriedades simplesmente dadas, as experiências passadas que, às vezes, agem e influem sobre a presença. Não. A presença ‘é’ o seu passado no modo de *seu* ser, o que significa, a grosso modo, que ela sempre ‘acontece’ a partir de seu futuro. Em cada um de seus modos de ser e, por conseguinte, também em sua compreensão de ser, a presença sempre já nasceu e cresceu dentro de uma interpretação de si mesma, herdada da tradição. De certo e em certa medida, a presença se compreende a si mesma de imediato a partir da tradição. Essa compreensão lhe abre e lhe regula as possibilidades de seu ser. Seu próprio passado, e isso diz sempre o passado de sua ‘geração’, não *segue*, mas precede a presença antecipando-lhe os passos³¹⁶.

Por meio desta e de outras passagens da obra de Heidegger, extrai-se contribuição das mais proeminentes: ao se dizer que algo é, pressupõem-se que se tenha sobre ele uma compreensão, mesmo que parcial. Na hipótese de se manter uma relação com algum objeto, por exemplo, isto significa que o compreendemos, mesmo porque só é viável

predecessores’: se fizéssemos tabula rasa dos seus trabalhos, quando morrêssemos, não estaríamos mais avançados do que Adão e Eva no final da sua vida” (Ost, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 199, p. 157).

³¹⁵ Lenio Streck contextualiza: “Por essa razão, a hermenêutica da facticidade introduzida por Heidegger é aquilo que vai substituir a tentativa clássica do subjetivismo moderno de fazer a construção de uma racionalidade filosófica para explicar o conhecimento. Na medida em que o homem pergunta pelas condições de possibilidade da compreensão, significa que nesse momento ele já compreendeu o mundo de alguma forma, e por isso já habita um mundo fático do qual não pode escapar. Faticidade se liga à singularidade. Não há ‘coisas em geral’. Não existem conceitos flutuando para depois se encaixarem com os entes do mundo concreto. Os sentidos se dão face à facticidade. (...) não há textos jurídicos que abarquem de antemão todas as hipóteses de aplicação. Não há universalidades que contenham todos os sentidos. Os sentidos se dão na facticidade”. (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 70).

³¹⁶ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**, 7ª Ed., Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 57.

compreender algo a partir da facticidade³¹⁷. É a vivência através de uma estrutura de cunho circular, por meio da qual se movimenta o pensamento de Heidegger e o círculo hermenêutico³¹⁸. Em resumo: o homem possui pré-conceitos³¹⁹ que lhe antecipam e também a experiência – o conceito -, de modo que, por cada experiência singularmente considerada, o intérprete se move circularmente, entre pré-conceitos e conceitos, revendo-os mutuamente. O que está por detrás do conhecimento? O que lhe dá sustentação? São perguntas muito destacadas e que estão imbricadas na obra de Heidegger, como segue:

O ‘ser’ é o conceito evidente por si mesmo. Em todo conhecimento, enunciado ou relacionamento com os entes e em todo relacionar-se consigo mesmo, faz-se uso de ‘ser’ e, nesse uso compreende-se a palavra ‘sem mais’. Todo mundo compreende: ‘o céu é azul’, ‘eu sou feliz’, etc. Mas essa compreensibilidade comum demonstra apenas a incompreensão. Revela que um enigma já está sempre inserido *a priori* em todo ater-se e ser para o ente como ente. Por vivermos sempre numa compreensão de ser e o sentido de ser estar, ao mesmo tempo, envolto em obscuridade, demonstra-se a necessidade de princípio de ser retornar a questão sobre o sentido de ‘ser’³²⁰.

³¹⁷ Pautado na obra de Heidegger e explicando exatamente a facticidade, Lenio Streck: “(...) a hermenêutica da facticidade introduzida por Heidegger é aquilo que vai substituir a tentativa clássica do subjetivismo moderno de fazer a construção de uma racionalidade filosófica para explicar o conhecimento. Na medida em que o homem pergunta pelas condições de possibilidade da compreensão, significa que nesse momento ele já compreendeu o mundo de alguma forma, e por isso já habita um mundo fático do qual não pode escapar. (...) Por isso, hermenêutica é existência, é interpretar o mundo a partir da facticidade. É vida. O intérprete não é um *outsider* do processo hermenêutico, do mundo vivido. Há um já-sempre-compreendido em todo processo de compreensão. No conto está o contador, ou de outra forma, o mensageiro já vem com a mensagem, como sempre lembrou Heidegger em vários livros e textos.” (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 70-71).

³¹⁸ Tratando do círculo hermenêutico, com exemplo no âmbito jurídico, Lenio Streck expõe: “Por intermédio do círculo hermenêutico conseguimos entender melhor a relação entre texto jurídico (lei, regra jurídica, princípio, preceito) e norma (sendo que se atribui ao texto). (...) Círculo hermenêutico quer dizer que sempre ingressamos em um ‘processo’ de compreensão com algo antecipado. Heidegger explica: quando olho para um canto e vejo um fuzil, é porque, de forma antecipada eu já saber o que era uma arma. Círculo hermenêutico é condição de possibilidade para a compreensão. Se falo de uma inconstitucionalidade é porque antes já sei o que [sic] uma Constituição, Direito constitucional, jurisdição constitucional, etc”. (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 29).

³¹⁹ Segundo o ensinamento doutrinário: “Cada compreensão é condicionada por uma motivação ou por um pré-conceito. Os pré-conceitos – ou a pré-compreensão – escreve Gadamer provocadoramente, valem, de certa forma, como “condições de 49 compreensão” transcendentais. A nossa historicidade não é uma limitação, e sim um princípio de compreensão. Nos compreendemos e tendemos para uma verdade, porque somos guiados neste processo por expectativas sensoriais”. (GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: UNISINOS, 1999, p. 186).

³²⁰ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**, 7ª Ed., Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 39.

Por baixo das práxis há uma categoria fundamental, tal como se fosse o *fundamento do fundamento*. Aqui a conexão entre *Ser* e *Tempo*, porquanto o ser humano é o único possuidor de capacidade de ser preocupar com o que virá a ser, com suas possibilidades e com seu futuro. Um ser, por conseguinte, histórico. Portanto, se o homem, percebido como Ser-aí ou *Dasein*, quem sabe como existência, a depender da tradução, movimentase em um mundo cujo significação é “de onde, onde e para onde”. É fulgente que ele não começa sua jornada a partir de um marco zero de sentido, porque já alimenta uma compreensão do seu ser e do que o cerca.

Apropriada a interpretação de Manfredo Araújo Oliveira, quando afirma que “o homem nunca é simplesmente, mas só é enquanto ser-no-mundo, isto é, ele já desde sempre se encontra situado num ‘mundo determinado como hermenêutico’, isto é, numa maneira determinada de ordenar a totalidade dos entes³²¹”.

Ainda é viável acentuar que o *Dasein* se sustenta em uma amarração originária e reconstrutiva do mundo, mas não só. É uma ligação que o mantém, o (re) molda, já que ele não vai de encontro aos objetos, mas ao encontro deles; há uma influência recíproca entre estes e aquele. Para desvelar o *Ser* há um mundo pré-existente à ‘chegada’ do Ser-aí, que lhe antecipa, lhe influencia e, assim sendo, motiva seus objetivos e atividades a serem concretizadas. Ele é um ser-no-mundo e não um reles expectador.

Ressalva-se que o *Dasein* é ontológico, pois é ele quem se abre ao mundo no qual se presencia tal relação de fundamentalidade. É fundamento, mas não pode ser fundado, por isso é abissal. Não há, pois, possibilidade em se manter a crença em verdades absolutas, estéreis e eternas, muito menos em respostas definitivas, apenas em certas respostas, conferidas em dado momento histórico; o sentido é um existencial (*Ser-aí*) do *Dasein*, por assim dizer, razão que levou Stein a destacar que “estamos num círculo sem saída, é o círculo hermenêutico, é ele que nos impõe a viravolta, é ele que faz com que sempre se renove a interrogação pela tarefa do pensamento³²²”.

³²¹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2001, p. 210.

³²² STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana**. Injuí: Unijuí, 2001, p. 398.

Se dizemos que algo é, já se implica a existência de uma antecedente compreensão, embora superficial e/ou incerta. Equivale articular: o homem só compreende o ser na medida em que indaga pelo ente. Compreende-se para interpretar, pois originariamente o *Ser-aí* compreende o ente em seu ser e, de modo derivado, torna explícita tal compreensão por meio da interpretação³²³. Logo, a interpretação se afigura como a ocasião discursivo-argumentativo em que se fala do ente (por exemplo, o direito) pela compreensão que se tem de seu ser. Uma cooriginariedade entre ser e mundo, justamente porque não há primeiro o *ser-aí* e depois o mundo ou vice-versa. Em conclusão: o método para fins de compreensão custa a chegar, pois o que organiza o pensamento e a compreensão, não é uma estrutura metodológica, mas a diferença ontológica³²⁴.

4.2. PRINCIPAIS CONTRIBUIÇÕES DE HANS-GEORG GADAMER PARA O DESENVOLVIMENTO DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA.

Hans-Georg Gadamer, a partir de sua produção de maior envergadura – Verdade e Método – tem o desiderato de, por meio da hermenêutica, apontar como é crível a compreensão. O filósofo alemão, advirta-se, não está angustiado com aquilo que devemos fazer ou ambicionamos fazer por ocasião da compreensão, mas com o que está para mais a frente de nosso querer e dever e que acontece no instante compreensivo, pouco

³²³ Na linha do pensamento de Ernildo Stein: “Podemos imagina que existe um *logos* que se bifurca: o *logos* da compreensão da linguagem, que comunica e o *logos* no qual se dá o sentido que sustenta a linguagem. Heidegger depois irá chamar esse primeiro *logos* da compreensão de uma proposição, de *logos* apofântico, o *logos* que se manifesta na linguagem. E o outro *logos*, aquele que se dá *praticamente* no compreender enquanto somos um modo de compreender, irá chamar de *logos* hermenêutico. Estes dois elementos, o *logos* apofântico e o *logos* hermenêutico, irão constituir a distinção que dará material para que se possa depois falar numa hermenêutica filosófica”. (STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2ª ed. Porto Alegre: Edipu-CRS, 2010, p. 21).

³²⁴ Trazendo tais questões para o plano da interpretação jurídica, Streck afirma: “A diferença ontológica torna-se contraponto básico para as dicotomias metafísicas que ainda povoam o imaginário dos juristas (essência e aparência, teoria e prática, questão de fato e questão de Direito, texto e norma, vigência e validade, para citar apenas algumas que assumem uma relevância incomensurável no processo de aplicação do Direito), mediante as quais a doutrina e a jurisprudência passam a ideia de que o texto ‘carrega’ consigo o exato sentido da norma, assim como se na vigência do texto já estivesse contida a validade da norma. (...) Sustentar que há uma diferença (ontológica) entre texto e norma não significa que haja uma cisão estrutural entre ambos (o mesmo valendo para a dualidade vigência-validade). O que se quer dizer é que o texto não subsiste como texto (algo como ‘um conceito em abstrato’). Não há texto sem contexto, assim como não há texto jurídico isolado da norma que se atribui a esse texto. O texto já nos aparece com alguma norma, que é produto da atribuição de sentido do intérprete. O intérprete não é livre para atribuir qualquer sentido ao texto. Ele sempre estará inserido em uma determinada tradição, que sobre ele exerce constrangimento”. (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 50-51).

importando o campo de conhecimento, se, por exemplo, a literatura, a arte, ou mesmo o direito.

Para tanto, a extensa obra de Gadamer se vale de categorias relevantes. Uma delas é o que o autor chamou de consciência histórica, ou a necessidade de “pensar historicamente”. Isto porque a consciência deve se reconhecer como efeito da história. Daí a crítica ao romantismo alemão já feita linhas atrás, quanto à efetiva tarefa do historiador: “...reconhecemos que a nossa tarefa é alcançar a compreensão do texto somente a partir do hábito da linguagem da época e de seu autor³²⁵”.

Nem a compreensão, tampouco a interpretação, são tidas como um ato reprodutivo ou revelador do passado. Por isso se diz: não se pode fazer valer o velho como velho, ou, como bem lembrado pelo Gadamer ao tratar do romantismo: “O romantismo compartilha o preconceito da Aufklärung e se limita a inverter sua valorização, na medida em que faz valer o velho como velho...³²⁶”. Afinal, se somos seres históricos “... não é a história que nos pertence mas somos nós que pertencemos a ela. (...) Por isso, os preconceitos de um indivíduo, muito mais que seus juízos, constituem a realidade histórica de seu ser³²⁷”.

Compreender é, pois, submeter a investigação dos objetos ao princípio da ‘história dos efeitos’, ou seja, os efeitos destes na história³²⁸. Gadamer, passa, então, a tratar da importância de se “por em jogo³²⁹” os preconceitos³³⁰ e promove também uma diferença entre história efetual de investigação histórica e esclarece que a distância temporal se encarrega de filtrar os preconceitos, fazendo com que os preconceitos dos mal-entendidos

³²⁵ **Verdade e Método I:** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 357.

³²⁶ **Verdade e Método I:** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 364.

³²⁷ **Verdade e Método I:** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 368.

³²⁸ **Verdade e Método I:** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 398.

³²⁹ Há quem denomine isso de uma tendência de aceitar uma informação inicial como se fosse uma verdade irrefutável. Uma importante advertência doutrinária se mostra pertinente: “O ponto nodal, desconsiderado por abordagens reducionistas, é o de que da interpretação jurídica participam regiões ancestrais que tanto podem auxiliar como comprometer a congruência, fomentando a aversão à perda e outros enviesamentos, que colocam em cheque o julgamento racional (...)”. (FREITAS, Juarez. A Hermenêutica Jurídica e a Ciência do Cérebro: Como Lidar com os Automatismos Mentais. **Revista Ajuris**, 130. Porto Alegre: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, 2013. p. 223-244)

³³⁰ **Verdade e Método I:** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 404.

desapareçam e os verdadeiros se destaquem (fusão de horizontes³³¹ como elemento essencial). Para Gadamer, pois, a distância temporal é um elemento primordial da compreensão.

Melhor explicando, através da distância temporal não se compreende melhor, mas quando se compreende, compreende-se de um modo diferente. O tempo deixa de ser um abismo que é preciso saltar; ao contrário, é por conta do tempo que se reconhece que a distância é uma possibilidade positiva e produtiva do compreender. Só através da distância temporal se pode avaliar criticamente os prejuízos que constituem a força propulsora da compreensão, até porque a ausência de tal processo crítico de avaliação leva, inevitavelmente, à produção de mal-entendidos. Deste modo, os prejuízos no viés gadameriano são possibilitadores de projetos de sentido que se abrem para compreensão de novos horizontes. Como bem salientou o autor: “o que está escrito não precisa ser verdade. Nós podemos sabê-lo melhor³³²”.

Com efeito, a respeito da fusão de horizontes, Gadamer deixa claro que se trata de “um único horizonte que engloba tudo quanto a consciência histórica contém em si³³³”. Só com tal fusão, pode-se *ver além*, “do que está próximo ou muito próximo, não para abstrair dele, mas precisamente para vê-lo melhor, em um todo mais amplo e com critérios mais justos³³⁴”. O velho e o novo andam juntos “para uma validade vital, sem que um e outro cheguem a se destacar explícita e mutuamente³³⁵”. Correta a ponderação de Ernildo Stein a respeito da obra de Gadamer:

³³¹ Sobre a fusão de horizontes, a lição: “Sendo a experiência hermenêutica uma fusão de horizontes, a linguagem é o “chão” comum onde a tradição se oculta e se transmite. Assim a linguagem “[...]é algo que se difunde no modo de estar-no-mundo do homem histórico”. O ter linguagem é o que permite ao homem pertencer ao mundo – a outro grupo, a certa história, a certa cultura – num certo tempo e lugar e não possui-lo subjetivamente. A linguagem, assim, não é possuída pelo sujeito, mas apreendida, ordenada e amoldada de acordo com a situação presente em que o sujeito se encontra. É exatamente por isso que a linguagem se abre em infinita expansão, mediando a tradição. Este “pertencer” do sujeito à linguagem é o que permite a fusão de horizontes, pois assim como o sujeito pertence à linguagem, o texto também pertence, delineando um horizonte comum entre ambos – o que Gadamer denomina de consciência histórica operativa”. (LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. **Hermenêutica e Direito**. Curitiba: Juruá, 2005, pp. 181-182).

³³² **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 363.

³³³ **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 402.

³³⁴ **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 403.

³³⁵ **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 404-405.

O sujeito que compreende é finito, isto é, ocupa um ponto no tempo, determinado de muitos modos pela história. A partir daí desenvolveu seu horizonte de compreensão, o qual pode ser ampliado e fundido com outros horizontes. O sujeito que compreende não pode escapar da história pela reflexão. Dela faz parte. Estar na história tem como consequência que o sujeito é ocupado por pré-conceitos que pode modificar o processo de experiência, mas que não pode liquidar inteiramente³³⁶.

A complexa produção gadameriana, como se percebe, contém alguns elementos ditos primordiais. São eles: **(i)** os pré-juízos como antecipação de sentido. **(ii)** o projeto prévio³³⁷, que é permeado pela pré-compreensão, mas sofre constante revisão³³⁸, na medida em que amplia e aprofunda o sentido do texto. Por tal razão, em várias passagens de sua obra o autor deixa claro que a hermenêutica não é, nem pode ser arbitrária. Segundo ele **(iii)** é preciso ‘dar ouvidos’ à opinião do texto, ou, em conhecida passagem “Quem quiser compreender um texto deve estar disposto a escutá-lo; deixar que ele lhe diga alguma coisa³³⁹”. Eis, ademais, **(iv)** a relevância da tradição, responsável pelos projetos de sentido emanados do confronto entre pré-juízos/pré-compreensão do texto³⁴⁰. Tradição, no sentido da hermenêutica de cariz filosófico³⁴¹, é entendida como linguagem e não como um acontecimento vindo de longe, porque a compreensão do texto dá-se como uma experiência essencialmente linguístico-dialógica sob a sua especificidade. Há, aqui, uma relação eu-tu, de maneira que os sentidos produzidos pelo intérprete adquirem validade quando compatíveis com a “coisa ela mesma” destacada no texto. Algo, todavia, precisa ficar claro:

³³⁶ STEIN, Ernildo. **Crítica da Ideologia e Racionalidade**, Porto Alegre: Movimento, 1996, p. 37

³³⁷ Acerca do que denominou de projeto prévio de sentido: “o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração de sentido”. In: **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 356.

³³⁸ **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 356.

³³⁹ **Verdade e Método II**: complementos e índice, Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 76.

³⁴⁰ Conforme o autor: “o processo descrito por Heidegger de que cada revisão do projeto prévio pode lançar um outro projeto de sentido; que projetos conflitantes podem posicionar-se lado a lado na elaboração, até que se confirme de modo mais unívoco a unidade de sentido; que a interpretação começa por conceitos prévios substituídos depois por conceitos mais adequados. Em suma, esse constante projetar de novo é o que perfaz o movimento semântico de compreender e interpretar”. **Verdade e Método II**: complementos e índice, Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 75.

³⁴¹ Conforme o autor: “A própria investigação histórica moderna não é só investigação, mas também mediação da tradição. Não a vemos somente sob a lei do progresso e dos resultados assegurados; nela também realizamos nossas experiências históricas, na medida em que permite que ouçamos cada vez uma nova voz em que ressoa o passado”. In: **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 377.

os preconceitos e opiniões prévias que ocupam a consciência do intérprete não se encontram à sua livre disposição. O intérprete não está em condições de distinguir por si mesmo e de antemão os preconceitos produtivos, que tornam possível a compreensão, daqueles outros que a obstaculizam e que levam a mal-entendidos³⁴².

Em conclusão: na medida em que a alteridade³⁴³ entre texto e intérprete se mostrar incompatível com a “coisa mesma”, deverá ocorrer uma substituição dos sentidos atribuídos por outros mais autênticos, e, assim, sucessivamente, preservando a compreensão de uma postura que se mostre arbitrária. Segundo Gadamer:

a compreensão só alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais inicia não forem arbitrárias. Por isso, faz sentido que o intérprete não se dirija diretamente aos textos a partir da opinião prévia que lhe é própria, mas examine expressamente essas opiniões quanto à sua legitimação, ou seja, quanto à sua origem e validade³⁴⁴.

A hermenêutica (v) deixa de ser normativa/metodológica. Advém a crítica à métodos meramente dedutivos-subsuntivos³⁴⁵ através dos quais o objeto é constituído pelo sujeito e sua consciência. E exatamente por isso é que se diz que a hermenêutica passa a ser filosófica, eis que estruturada na antecipação de sentido presente no círculo hermenêutico³⁴⁶. A interpretação não é reprodutiva e asséptica, mas produtiva, até porque: “O sentido de um texto supera seu autor não ocasionalmente, mas sempre. Por isso, a

³⁴² **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 391.

³⁴³ Alteridade, em sentido gadameriano, ocorre “quando se ouve alguém ou quando se empreende uma leitura não é necessário que se esqueçam todas as opiniões prévias sobre seu conteúdo e todas as opiniões próprias. O que se exige é simplesmente a abertura para a opinião do outro ou para a opinião do texto”. In: **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 358.

³⁴⁴ **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 356.

³⁴⁵ Na fala de Gadamer: “entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica existe, pois, uma relação essencial, na qual a hermenêutica detém a primazia. A ideia de uma dogmática jurídica perfeita, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença como um simples ato de subsunção, não tem sustentação” In: **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 433.

³⁴⁶ Com razão Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha quando afirma que “(...) somos sempre lançados em um círculo hermenêutico que determina toda nossa compreensão, inclusive no plano ôntico, o que acaba por abalar qualquer pretensão de objetividade do conhecimento, no sentido de uma abordagem dos entes que seja ausente de qualquer prévia compreensão ou ângulo de visada prévio com que o objeto é tomado em nossa experiência. In: CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Hermenêutica e argumentação no direito**. Curitiba: CRV, 2014, p. 130.

compreensão nunca é um comportamento meramente reprodutivo, mas também e sempre produtivo³⁴⁷”.

Hermenêutica não é (e não pode ser) método ou metodologia; é, como dito, filosofia. E o que é por demais relevante: processo hermenêutico não se realiza por partes ou camadas. Não há *subtilitas intelligendi* (conhece), uma *subtilitas explicandi* (que interpreta) e uma *subtilitas applicandi* (que aplica o resultado da interpretação)³⁴⁸.

Diante disso, resta clara a necessidade de, no compreender, ater-se às nuances do caso, porque compreender é aplicar³⁴⁹. Clara está, então, a importância da contribuição gadameriana porque sua hermenêutica de cunho filosófico só vem demonstrar que há uma necessidade de melhor se compreender o fenômeno jurídico, evitando, com isso, arbítrios, distorções arbitrarias e/ou relativistas, bem como o engessamento do sistema a partir de, por exemplo, enunciados sumulares que, ao longo do tempo se mostrem não-condizentes com a realidade social e constitucional.

³⁴⁷ **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 392.

³⁴⁸ Eis o que aduz Gadamer: “a interpretação não é um ato posterior e ocasionalmente complementar à compreensão. Antes, compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão. Relacionado com isso está também o fato de que a linguagem e a conceptualidade da interpretação foram reconhecidas como um momento estrutura interno da compreensão (...). In: **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 406. Mostra-se também relevante a alusão a Streck neste pormenor: “A hermenêutica jurídica praticada no plano da cotidianidade do direito deita raízes na discussão que levou Gadamer a fazer a crítica ao processo interpretativo clássico, que entendia a interpretação como sendo produto de uma operação realizada em partes (‘subtilitas intelligendi’, ‘subtilitas explicandi’, ‘subtilitas applicandi’, isto é, primeiro compreendo, depois interpreto, para só então aplicar). A impossibilidade dessa cisão – tão bem denunciada por Gadamer – implica a impossibilidade de o intérprete ‘retirar’ do texto ‘algo que o texto possui-em-si-mesmo’, numa espécie de ‘Auslegung’, como se fosse possível reproduzir sentidos; ao contrário, para Gadamer, fundado na hermenêutica filosófica, o intérprete sempre atribui sentido (‘Sinngebung’). Mais ainda, essa impossibilidade da cisão – que não passa de um dualismo metafísico – afasta qualquer possibilidade de fazer ‘ponderações em etapas’, circunstância, aliás, que coloca a(s) teoria(s) argumentativa(s) como refém(ns) do paradigma do qual tanto tentam fugir: a filosofia da consciência”. STRECK, Lenio. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? Revista NEJ/UNIVALI - Eletrônica, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>. Acesso em: 19 set. 2017.

³⁴⁹ “Ao contrário, o intérprete não quer apenas compreender esse universal, o texto, isto é compreender o que diz a tradição e o que constitui o sentido e o significado do texto. Mas para compreender isso ele não pode ignorar a si mesmo e a situação hermenêutica concreta na qual se encontra. Se quiser compreender, deve relacionar o texto com essa situação”. (In: **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p. 426).

4.3. A CONTRIBUIÇÃO DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO (CHD) PARA A BUSCA DE RESPOSTAS CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADAS.

O desenvolvimento do tema “teoria da decisão judicial”, tem como desígnio mostrar como é difícil suplantar o positivismo e, particularmente, a discricionariedade judicial. Trabalha-se através da Hermenêutica Filosófica de Gadamer, do Direito como Integridade de Dworkin o que rende ensejo à Crítica Hermenêutica do Direito³⁵⁰ de Streck, fundada a partir desta imbricação e com o grande papel de contribuir para que cada cidadão possa vir a ter acesso a uma resposta constitucionalmente adequada a seu caso.

A Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) parte do pressuposto de que é necessária a promoção de um combate em desfavor da discricionariedade judicial, principalmente porque se observam cotidianamente decisões, que, embora supostamente fundamentadas, são arbitrárias e despidas de fundamentação constitucionalmente adequada.

E é desta perspectiva que a CHD, ainda que aqui retratada de modo sucinto, busca reordenar a Teoria das Fontes, tendo como parâmetro o Constitucionalismo Dirigente e Democrático pós-1988³⁵¹, bem como propõem uma readequação da Teoria da Norma, também a partir deste mesmo paradigma, desenhando-se, ainda, em caráter histórico e problematizador, a evolução do ato de decidir e a influência das escolas metodológicas do século XX em diante³⁵². Em outros termos, a CHD problematiza como o

³⁵⁰ Segundo Streck: [...] a hermenêutica filosófica, adaptada ao que venho denominando de Crítica Hermenêutica do Direito, pretende ir além dos discursos prévios de fundamentação trazidos pelas teorias discursivas como solução para o problema da subjetividade (e, portanto, da discricionariedade) do juiz. Como o direito é um saber prático e que deve servir para resolver problemas e concretizar os direitos fundamentais-sociais que ganharam espaço nos textos constitucionais, a superação dos obstáculos que impedem o acontecer do constitucionalismo de caráter transformador estabelecido pelo novo paradigma do Estado Democrático de Direito pressupõe a construção das bases que possibilitem a compreensão do estado da arte do modus operacional do direito. (In: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, neoconstitucionalismo e o “problema da discricionariedade dos juízes**. Disponível em: Acesso em: 05.10.2017).

³⁵¹ Por todos, vide: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

³⁵² Neste ponto, vale transcrever Alexandre Coura: “Assim sendo, como a ‘indeterminação do Direito’ não pode ser simplesmente eliminada, a abertura hermenêutica da atividade jurisdicional há de ser enfrentada, a partir de uma análise crítica da fundamentação das decisões judiciais. Tais decisões são, muitas vezes, condicionadas por pressupostos inadequados ao atual paradigma constitucional, que devem, portanto, ser superados - como é o caso das escolas do Positivismo, da Hermenêutica Jurídica e do Realismo”. In: COURA, Alexandre. **Hermenêutica Jurídica e Jurisdição (in)constitucional**: para análise crítica da ‘jurisprudência’ de valores à luz da teoria discursiva de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009, p. 69.

constitucionalismo contemporâneo não foi suficiente para que, de fato, se visse, no plano de nossa vivência, uma readequação da Teoria das Fontes, da Norma, da Interpretação e, por conseguinte, da Aplicação/Decisão.

Daí porque, a partir desta evolução e deste novo paradigma - Constitucionalismo Dirigente e Democrático pós-1988 - é que enfrenta a questão que envolve a superação da Hermenêutica Clássica pela Filosófica. Há, pois, uma novel abordagem e uma nova proposta hermenêutica, estruturada, resumidamente, pelos seguintes elementos nodais:

1º) se mostra necessário um novo e melhor modo de se conceber o ato interpretativo; a filosofia não é mero ornamento, tampouco serve apenas de guia orientação; ao contrário, trata-se de *standard* de racionalidade, como bem aduz Ernildo Stein³⁵³. Daí a razão pela qual a utilização do método hermenêutico-fenomenológico, de matriz heideggeriana, possibilita uma nova forma de compreender o Direito, porquanto é através deste método que se faz possível a superação do velamento da questão do ser, já que fundada em outra perspectiva: o modelo binário de velamento e desvelamento. Quando, ademais, foram agregados aportes da hermenêutica filosófica gadameriana, a interpretação de um texto deixou de ser visualizada ou apreendida de modo separado de sua aplicação, mas, ao revés, como um acontecimento unitário. A aplicação do Direito deixou de ser observada como um procedimento que promove a extração (reprodução) de um sentido já existente no texto para ser enxergada como atribuição de sentido, através de um contexto de intersubjetividade.

2º) Já de Ronald Dworkin fora sacado mais um elemento estrutural e que é condizente com o Constitucionalismo Contemporâneo: a reponsabilidade política dos juízes, posto que afirmado que os juízes, quando tomam suas decisões, devem sentir-se politicamente constrangidos pela comunidade de princípios que constitui a sociedade. E é daí que se vê

³⁵³ O autor assevera que subsistem indicando três maneiras pelas quais se observa a aproximação entre a Filosofia e as demais esferas do saber, dentre as quais o Direito: a) filosofia ornamental; b) de orientação; e, c) como *standard* de racionalidade. O modo “ornamental” denota um uso “cosmético” da Filosofia, por intermédio de citações de conveniência, ao passo que a filosofia de orientação direciona para um critério de utilidade, relacionada com o sentido de busca por uma ética ou filosofia moral; por derradeiro, a filosofia *standard* de racionalidade perfaz em um projeto filosófico, constituidor de um novo paradigma, sendo, portanto, a filosofia verdadeira. (In: STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma**. Ijuí: Unijuí, 2004. pp. 135-157).

o quão relevante para a CHD é o dever de fundamentação constitucionalmente adequada (art. 93, IX, CF). Eis porque, ainda, não se pode confundir decisão com escolha, afinal:

a escolha ou eleição de algo é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância. [...] A escolha é sempre parcial. Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: discricionariedade e, quiçá (ou na maioria das vezes), arbitrariedade. [...] Ora, a decisão se dá, não a partir de uma escolha, mas, sim, a partir do comprometimento com algo que se antecipa. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito (ressalta-se, por relevante, que essa construção não é a soma de diversas partes, mas, sim, um todo que se apresenta como a melhor interpretação – mais adequada – do direito)³⁵⁴.

A partir disso, sequenciando-se, a CHD vai sustentar que a decisão não se dá de qualquer maneira, muito menos a fundamentação, seu antecedente lógico, mesmo porque há um dever de ser cumprida a Constituição, de modo que ganha relevo o papel dos princípios, não como abertura interpretativa, mas como fechamento, advém disso também o rompimento para com o sujeito solipsista, que decide à luz de sua mera e exclusiva vontade. Cede-se espaço para o constitucionalismo democrático e para a construção do que se denominou de respostas constitucionalmente adequadas³⁵⁵. Portanto, tendo-se como base, além da Hermenêutica Filosófica, o Direito como Integridade, passa-se à análise de decisões que, segundo se vê, (dês) legitimam a atividade judiciária *de decidir* e implementam a discricionariedade.

O grande alvo da CHD é averiguar a possibilidade de alcançar, de modo legítimo, a tomada de uma decisão judicial. Sabe-se que, frequentemente, os tribunais, proferem

³⁵⁴ Sobre a diferença referida: “a escolha ou eleição de algo é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância. [...] A escolha é sempre parcial. Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: discricionariedade e, quiçá (ou na maioria das vezes), arbitrariedade. [...] Ora, a decisão se dá, não a partir de uma escolha, mas, sim, a partir do comprometimento com algo que se antecipa. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito (ressalta-se, por relevante, que essa construção não é a soma de diversas partes, mas, sim, um todo que se apresenta como a melhor interpretação – mais adequada – do direito”. (In: STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. pp. 105-106).

³⁵⁵ Trata-se, como bem percebeu a doutrina, de garantia constitucional do cidadão, com vistas a controlar, legitimar e coadjuvar a formação das razões do provimento jurisdicional. (Cf: FERREIRA LOPES, Ziel. Constitucionalização do processo (e processualização da Constituição): aproximação hermenêutica à estrutura do novo Código de Processo Civil sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: Lúcio Grassi de Gouveia; Celso Hiroshi Iocohama. Eloy Pereira Lemos Junior. (Orgs.). **Processo e jurisdição III**. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 191. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=63168d42036e611d>>. Acesso em: 07/08/2017).

decisões a partir do paradigma de que a interpretação é “um ato de vontade”, circunstância que legitima o *decisionismo*, o arbítrio e o ativismo³⁵⁶.

Uma vez mais: Como e a partir do que se decide? Eis um dos grandes dilemas da contemporaneidade! Afinal, não são raras as hipóteses em que o julgador decide e depois fundamenta sua escolha. Desconsidera os avanços das já citadas teorias da linguagem e da Hermenêutica Filosófica, que superaram vários problemas voltados a um tema correlato: como se interpreta. Atenta a isso é que a CHD, fincada em aportes da “Hermenêutica Filosófica” de Gadamer e do “Direito como Integridade” de Dworkin, veio confrontar a maneira como se decide, mesmo porque a arbitrariedade judicial decisória pode contribuir para o não fornecimento de uma prestação jurisdicional adequada, à luz do Estado Democrático de Direito e do Constitucionalismo Dirigente pós-1988.

A hermenêutica e a CHD de Streck, portanto, contribuem sobremaneira para retirar as falsas camadas de sentido que encobre o significado dos fenômenos jurídico, combatendo ainda “o senso comum” que norteia por vezes a prática judiciária cotidiana. Não são raras, aliás, distorções ideológicas de conceitos jurídicos, o que se reputa reprovável.

De todo modo, com a hermenêutica, supera-se a filosofia da consciência e o esquema sujeito-objeto e a correlacionada aposta no protagonismo judicial. Por oportuno, destaque-se que a carência de método não abre ensejo para a imputação discricionária de

³⁵⁶ Clarissa Tassinari, ao abordar o ativista, acentua: “Uma postura ativista deriva (...) de julgamentos realizados a partir de um ato de vontade do aplicador, não condicionados (...) a elementos jurídicos, embora, por vezes, possuam aparência de juridicidade. Esta noção de aplicação do direito mediante um ato de vontade pode ser encontrada na obra de Hans Kelsen (‘Teoria Pura do Direito’), assim como a caracterização do ativismo por este enfoque pode ser extraída da obra de Antoine Garapon (que trata a decisão ativista como movida por desejos) como do posicionamento do autor norte-americano Christopher Wolfe (para quem, nos momentos mais intensos de interferência da Suprema Corte, abandonou-se o critério de julgamento, e a decisão judicial passou a ser uma questão de vontade). A partir disso, afirma-se dois importantes aspectos: primeiro, que o ativismo judicial aparece como um problema criado exclusivamente pelo âmbito jurídico, isto é, cuja origem, à diferença da judicialização, não está condicionada a acontecimentos externos ao Direito; e, segundo, que, no fundo, o problema do ativismo judicial é de cunho interpretativo, de observar se a intervenção do Judiciário ocorreu dentro dos limites constitucionais, questionando sua legitimidade a partir de critérios igualmente jurídicos”. (TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial** – Limites da atuação do Judiciário (versão eletrônica). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 185). A autora, em outra passagem, diferencia ativismo de judicialização da política. Veja: “[...] O modo de compreender a atividade jurisdicional passa por uma importante diferenciação entre judicialização da política e ativismo judicial. Neste sentido, a primeira revela-se como um fenômeno contingencial e inexorável, ao passo que o último consolida-se como uma postura, um comportamento de juizes ou tribunais”. (TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial** - Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 147).

sentido aos textos normativos, porque, além de a interpretação ocorrer no caso concreto, não se deve cindir questão de fato e questão de direito, muito menos conhecimento, interpretação e aplicação. Aliás, toma-se como exemplo a maneira como a discricionariedade se faz presente na, muitas vezes, vaga ideia de “ponderação”, utilizada em abundância e de forma muitas vezes desvirtuada, que pode, se mal-empregada, gerar instabilidade, decisionismo e arbítrio³⁵⁷.

Demais disso e atentando-se ao tema “juízo de ponderação”, este, se desvirtuado, traz a reboque considerável discricionariedade, como bem obtemperou Virgílio Afonso da Silva, quando de suas críticas à falta de precisão e rigor técnico e metodológico por parte dos Tribunais brasileiros, em especial o Excelso Pretório, que, para o autor, descobriu na proporcionalidade o remédio prodigioso para as mais diversificadas questões constitucionais³⁵⁸.

Várias são as críticas lançadas em direção à utilização da proporcionalidade, como por exemplo: (a) ofensa ao princípio da separação dos poderes, em especial a transformação dos Tribunais Constitucionais em nítidas Assembleias Constituintes; (b) desnaturação dos direitos fundamentais e da unidade normativa da Constituição; (c) politização do judiciário e acerbado utilitarismo; (d) decisões arbitrárias, muitas vezes marcadas por preferências subjetivas do julgador; (e) irracionalidade metodológica; (f) depósito de esperanças no judiciário, no diz respeito à concretização dos direitos constitucionais.

Por qualquer lado que se encare o problema, por certo é que a CHD se preocupa e contribui para combater decisões judiciais fulcradas em posturas arbitrárias, não condizentes com o Estado Democrático de Direito. É o que se visualiza por diferentes aspectos que são objeto de preocupação da CHD. Por isso, a partir do correlacionamento que se levou a efeito entre a hermenêutica filosófica e o direito como integridade é possível que se combatam decisões judiciais em desarmonia com a Constituição, mas para tanto: 1) há uma necessidade de se repensar a Teoria das Fontes e da Norma a partir de

³⁵⁷ Nelson Camatta Moreira problematiza e afirma: “*vontade do povo* passa a estar nas mãos dos juízes... E o problema passa a ser justamente o ‘grau de criatividade dos juízes’”. (In: MOREIRA, Nelson Camatta. **Fundamentos de uma Teoria da Constituição Dirigente**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 102).

³⁵⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 91, v. 798, abr. 2002.

uma perspectiva contemporânea, tendo-se como paradigma o Constitucionalismo Dirigente e Democrático pós-1988; 2) se torna imprescindível que se enfrente os imbróglis que a utilização de métodos e paradigmas ultrapassados irradiam sobre a decisão jurídica³⁵⁹, para ao fim se chegar ao tema central: a colaboração da teoria do Direito como Integridade de Dworkin e a Hermenêutica Filosófica de Gadamer, para a efetivação do direito fundamental à obtenção de respostas constitucionalmente adequadas³⁶⁰.

4.3.1. A Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) e o necessário (re) desenvolvimento de uma teoria das fontes.

Ainda que se depreenda um avanço das teorias jurídicas contemporâneas, não é complexo perceber que se está, contemporaneamente, diante de uma crise de paradigmas³⁶¹. Destaca-se nisso o fato de a estrutura e o papel do Estado terem, pouco a pouco, sido

³⁵⁹ O hermeneuta não se mostra submisso às tradições que a um primeiro momento: “(...) já ficou para trás o esquema sujeito-objeto e qualquer possibilidade de subsunção/dedução. A coisa mesma significa a síntese hermenêutica da ‘applicatio’. O domínio dos pré-juízos forjados no senso comum teórico, pelo qual a ‘realidade social’ (o mundo prático) é deixada de lado na análise da regra (não esqueçamos que o positivismo busca construir conceitos prévios para serem aplicados independentemente da ‘coisa’), impede o acontecer da singularidade do caso”. (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 322-323). Em outra passagem, destacando a “superação” do método para a hermenêutica: “Ora, isso significa também que compreender em Heidegger e em Gadamer é um existencial. Logo, não é um método. Não pode ser um método e não pode ser dividido em partes. Compreender não é um modo de conhecer, mas um modo de ser. Por isto – e essa circunstância ficará bem explicitada na hermenêutica gadameriana desenvolvida em ‘Wahrheit und Methode’ – compreender, e, portanto, interpretar (que é explicitar o que se compreendeu) não depende de um método, saltando-se, assim, da epistemologia da interpretação para a ontologia da compreensão. Quando Heidegger identifica um duplo nível na fenomenologia (o nível hermenêutico, de profundidade, que estrutura a compreensão, e o nível apofântico, de caráter lógico, meramente explicitativo, ornamental), abre as possibilidades para a desmi(s)tificação das teorias argumentativas de cariz procedimental. Na verdade, coloca em xeque os modos procedimentais de acesso ao conhecimento, questão que se torna absolutamente relevante para aquilo que tem dominado o pensamento dos juristas: o problema do método, considerado supremo momento da subjetividade e garantia da ‘correção dos processos interpretativos’”. (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 301).

³⁶⁰ A partir da hermenêutica, Streck sustenta a possibilidade de obtenção de respostas constitucionalmente adequadas: “Penso que, a partir da hermenêutica filosófica – que tenho trabalhado como uma crítica hermenêutica do direito –, é possível alcançar aquilo que pode ser denominado ‘a resposta hermeneuticamente adequada à Constituição’, que, se assim se quiser, também pode ser chamada de ‘resposta correta’. Como procuro demonstrar, a interpretação do direito no Estado Democrático de Direito é incompatível com esquemas interpretativo-procedimentais que conduzam a múltiplas respostas, cuja consequência (ou origem) são discricionariedades, arbitrariedades e deciosinismos. (...)”. STRECK, Lenio Luiz. (**Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 338).

³⁶¹ Vale sempre destacar a lição de Kuhn, para quem os “paradigmas são as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (KUHN, Thomas. S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1991, p. 13).

modificadas, o que infelizmente não ocorreu com a visão tradicional envolvendo a interpretação jurídica e a forma de decidir as questões judiciais, as quais, ao que tudo indica, não acompanharam tal revolução paradigmática.

Observe-se que ainda se está a dar ênfase a métodos interpretativos clássicos como o gramatical, lógico, histórico e sistemático, de modo simplório, como se, ainda sob o prisma de Carlos Maximiliano, interpretar fosse precisar “*o sentido e o alcance da norma diante do caso*”³⁶².

A Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), contudo, insere o texto em uma ambiência pós-positivista, não no sentido de que direito são valores e que regras injustas tem de ser superadas pura e simplesmente, mas há, isto sim, uma busca tendente a fornecer pressupostos qualitativos à atividade decisória³⁶³, sempre tendo em mira afastamento da discricionariedade do julgador.

Entretanto, ainda escolas a serem superadas ou mesmo redefinidas significativamente, convém dizer que termos como hermenêutica, exegese, interpretação, explicação e explanação, de modo recorrente e hodierno, são empregados como sinônimos, advindo daí a relevante advertência doutrinária de Arthur Kaufman:

Quando examinamos a prática judicial atual de um ponto de vista metodológico, ficamos com a impressão de que, neste campo, o tempo parou, e que ainda é dominante o método subsuntivo igual ao utilizado no século XIX. Ainda vigora a tese segundo a qual o juiz “só está sujeito à lei”, e provavelmente, ainda existirão juízes que estão, realmente, convencidos de que formulam decisões de um modo puramente objetivo, baseados única e exclusivamente na lei, sem interferência de nenhum juízo de valor pessoal³⁶⁴.

E é justamente pelo fato do tempo não ter paralisado que se reputa pertinente o estudo da Teoria das Fontes, a partir de uma miragem contemporânea. Sabe-se, contudo, que a

³⁶² MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, passim.

³⁶³ Um salto de qualidade, como se verá no último capítulo, diz respeito à boa fundamentação. E o dever de bem fundamentar (hermeneuticamente) além de “tirar” tempo, exige grande esmero, algo que é visto por aqueles que não se sentem à vontade para bem aplicar o NCPC como um entrave ao célere andamento do processo. Cf. “(...) a busca da verdade é contraproducente do ponto de vista da eficiência do procedimento como instrumento utilizado para uma rápida resolução da controvérsia. Substancialmente, a verdade não só não é valor, como é evidentemente um desvalor”. (TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. **O juiz e a construção dos fatos**. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 133).

³⁶⁴ KAUFMAN, Arthur. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p.184.

classificação tradicional das fontes do direito se encontra suplantada, ao menos pela linha que se objetiva adotar. Como exemplo, Castanheira Neves identifica mudanças que aconselhariam a alteração da tradicional Teoria das Fontes do direito. São elas: (1) a transformação na concepção do direito; (2) na realização do direito; e, por fim, (3) ao sentido do sistema jurídico³⁶⁵.

Segundo o autor, o direito não é mais visualizado de modo estatista, diante da sobrevivência do constitucionalismo e a consequente racionalização do poder, dada a inserção e consagração dos princípios constitucionais e direitos fundamentais do cidadão³⁶⁶. Para Castanheira Neves, pois, “(...) o direito terá de compreender-se em função do modo como se constitua e se manifeste sua normatividade – um (a concepção do direito) remete à outra (a teoria das fontes) e mutuamente se implicam³⁶⁷”.

Já quanto à realização, deixa o direito de ser pura e meramente a aplicação da lei, vindo a ser compreendido como meio de promoção dos direitos e da consagração da democracia³⁶⁸.

Quanto ao sentido jurídico, a alteração está consubstanciada no fato do direito estar condicionado à realidade histórico-social e não se limita a um reles conjunto ou sistema legislativo³⁶⁹. Acertada, nesse pormenor, a posição de Lenio Streck quando diz que “a Constituição altera (substancialmente) a teoria das fontes que sustentava o positivismo e os princípios vêm a propiciar uma nova teoria da norma (atrás de cada regra, há, agora, um princípio que não a deixa desvencilhar do mundo prático)³⁷⁰”.

É partir de tais premissas que a teoria das fontes tradicional merece ser revista. A teoria tradicional apenas considera como pertencentes a este grupo (fontes), a lei, os costumes, a jurisprudência e a doutrina. Lei e costume são considerados fontes diretas (pois

³⁶⁵ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do direito**. Digesta: escritos acerca do direito do pensamento jurídico da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Ed., 1995, vol. 2, p. 45 *et seq.*

³⁶⁶ *Idem*, p. 45.

³⁶⁷ NEVES, António Castanheira. As fontes do Direito e o problema da positividade jurídica. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Volume LI (separata). Coimbra, 1975, pp. 117-118.

³⁶⁸ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do direito**. Digesta: escritos acerca do direito do pensamento jurídico da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Ed., 1995, vol. 2, p. 49-51.

³⁶⁹ *Idem*, p. 56.

³⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 69.

influenciam a formação do direito), ao passo que doutrina e jurisprudência seriam mediatas (porquanto modos de revelação do direito).

Resumidamente, para Lenio Streck, a sobrevivência do Estado Democrático de Direito influencia em demasia a teoria do Direito; é a partir desta influência que se dá a reformulação da teoria das fontes, da norma e da interpretação, que, segundo o autor em suas diversas obras e textos, alteram-se para, dentre outros aspectos, propiciar uma blindagem a discricionariedades e ativismos. A ideia, portanto, para utilizar uma expressão bastante utilizada do autor, é olhar o novo com os olhos do novo!

Nesse ambiente, outros institutos passam a ser considerados fontes, dentre os quais as súmulas vinculantes e precedentes judiciais, as medidas provisórias, além da própria doutrina, cuja importância, nos tempos modernos, deve ser revitalizada e, inclusive, potencializada. Aliás, sobre o papel da doutrina é bastante difundida a ideia de Streck no sentido de que não pode ela ser caudatária de decisões de tribunais, de forma que se mostra importante o registro, quanto a este último ponto – o relevante papel da doutrina – do conhecido trecho extraído do voto proferido pelo então Min. Humberto Gomes de Barros do STJ:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja (AgReg em ERESP nº 279.889-AL).

Pois bem, Lenio Streck é incisivo ao demonstrar que após mais de 20 anos de protagonismo judicial pouco se evoluiu no Brasil. Ao contrário, retomou-se o caminho, como bem lembra este autor, do velho e não tão ultrapassado (no plano prático, claro, e não filosófico) positivismo jurídico; daí o alerta de que a doutrina pouco faz, porquanto

cada vez mais presente a limitação do Direito em enunciados performáticos que visam a supressão da atividade interpretativa do direito:

O que resta do direito? Qual é o papel da doutrina? Os julgamentos se tornaram monocráticos...! Milhares de processos são 'resolvidos' no atacado...! Não mais discutimos causas, pois passamos a discutir 'teses' jurídicas...! (...) as causas são julgadas de acordo com conceitos previamente elaborados (súmulas, repercussão geral etc.). E as ações são julgadas por 'pilhas'³⁷¹.

Outrossim, João Maurício Adeodato, ao traçar notas a respeito do papel das fontes normativas, revela que a doutrina é uma fonte material do direito de proeminência, porque interferente sobre juízes e legisladores, mas realça que ela (a doutrina) enfrenta perigos no Brasil, já que "...quase reduz a relatos descritivos e superficiais do direito positivo, exposições de textos legais e de decisões dos tribunais (...). forma a retaguarda do direito positivo e não sua vanguarda³⁷²". E é incisivo logo adiante, ao prosseguir analisando criticamente o papel da doutrina e, por conseguinte, o ensino jurídico:

[a doutrina] não desempenha sua função crítica como metodologia, de doutrina dogmática como estratégia de modificação da dogmática material. Os doutrinadores brasileiros relatam decisões, repetem magistrados, os quais não veem necessidade de acompanhar um debate doutrinário quase inexistente e declaram já possuir notório saber e reputação ilibada, além de decidir conforma sua consciência.

O outro bastião da doutrina dogmática, os pareceres jurídicos enfrentam obstáculo diferente para legitimar o conhecimento do direito: têm muito mais qualidade e profundidade do que a doutrina dos grandes mercados de livros, porém são fruto de um contrato de consultoria muito bem remunerado. Um parecerista com ética profissional, evidentemente, só aceita a tarefa defender um lado da questão, e para isso constrói e defende uma tese jurídica, se nela acredita. Mas o interesse econômico envolvido certamente não é um dos elementos presentes na concepção que hoje a ciência diz de si mesma.

Um último comentário a respeito: a doutrina, como qualquer metodologia, está ligada ao ensino, claro. Se a doutrina vai mal, o ensino vai mal e vice-versa. O estudo do direito no Brasil é hoje somente mnemônico, vez que a falta de bolsas, refeitórios, salários e outras infraestruturas impedem a decisão em tempo suficiente e a imensa maioria dos estudantes simplesmente não estuda. Assim o aprendizado é quase que exclusivamente dogmático, e mesmo assim mal feito, pois se reduz a descrever e decorar, sem sequer problematizar, textos legais e jurisprudenciais que constituem meros dados de entrada na concretização do direito positivo. Nem para a prática dogmática esse ambiente educacional científico serve³⁷³.

³⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 116.

³⁷² ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo.** São Paulo: Noeses, 2011, p. 203.

³⁷³ ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo.** São Paulo: Noeses, 2011, p. 203-204.

Eis a função conformadora da doutrina, tão denunciada, como retratado nas linhas antecedentes³⁷⁴. A grande pergunta que assola a interpretação jurídica há tempos: é viável falar em sentidos prévios à interpretação e, se sim, como esses sentidos condicionam o interpretar? E além de tudo: eventual atribuição da significação da norma cabe em exclusivo ao intérprete, isoladamente, mediante um solipsismo metódico?

Como vem se aduzindo, a CHD procura, a seu modo, conter tal voluntarismo e subjetividade. O faz através da inserção do intérprete naquilo que se denominou de tradição³⁷⁵ (Gadamer), no círculo hermenêutico e também na noção de inexistência de cisão entre interpretação e aplicação. Perceba-se, entretanto, algo fulcral: o controle do subjetivismo, que pode e comumente descamba para a arbitrariedade, não nutre a infantilidade de crer que o juiz ou agente decisor de um modo geral são serem neutros, inertes, “fora do mundo”. Afinal, isto seria paradoxal se lembrado que um dos pressupostos hermenêuticos é a *facticidade*, como visto oportunamente.

O que se quer controlar é a subjetividade solipsista daquele que, por crer não deter amarras, age de modo arbitrário, não sofre os efeitos dos constrangimentos pertinentes ao exercício de sua função pública e assujeita as coisas a seu individualismo mundano. Mais uma vez, é de Streck, a, conquanto longa, relevante e necessária passagem:

³⁷⁴ Em analogia a lição de Fritjof Capra acerca do conhecimento científico: “(...) a física moderna veio uma vez mais mostrar-nos (...) que os corpos materiais não são entidades distintas, mas que estão inseparavelmente ligados ao mundo que os rodeia; que as suas propriedades apenas podem ser compreendidas nos termos da sua interação com o resto do mundo.” (CAPRA, Fritjof. **O tao da física**: uma exploração dos paralelos entre a física moderna e o misticismo oriental. Trad. Maria José Quelhas Dias e José Carlos Almeida. Lisboa: Presença, 1989). Certamente isso vale para a ciência jurídica, pois se trata de fenômeno vislumbrado de maneira interacional e não isolada. Veja-se a passagem, com as devidas adaptações a serem feitas para uma crítica à doutrina pátria: “Quando examinarmos as fontes de nossa crise cultural, ficará evidente que a maioria de nossos principais pensadores usa modelos conceituais obsoletos e variáveis irrelevantes” (In: CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**. 13. ed. São Paulo: Cultrix, 1992. p. 5).

³⁷⁵ Por conta da *tradição* é que não se pode dar nomes aleatoriamente às coisas. Isto seria *Loucura*, tal como na obra literária de Mario Sá-Carneiro, em que o critério da realidade se encontrava na maioria. Um interessante trecho ilustrativo: “Loucura? Mas afinal o que vem a ser a loucura?... Um enigma... Por isso mesmo é que às pessoas enigmáticas, incompreensíveis, se dá o nome de loucos... Que a loucura, no fundo, é como tantas outras, uma questão de maioria. A vida é uma convenção: isto é vermelho, aquilo é branco, unicamente porque se determinou chamar à cor disto vermelho e a cor daquilo branco. A maior parte dos homens adotou um sistema determinado de convenções: É a gente de juízo... Pelo contrário, um número reduzido de indivíduos vê os objetos com outros olhos, chama-lhes outros nomes, pensa de maneira diferente, encara a vida de modo diverso. Como estão em minoria... são doidos.... Se um dia porém a sorte favorecesse os loucos, se o seu número fosse o superior e o gênio da sua loucura idêntico, eles é que passariam a ser os ajuizados: “Na terra dos cegos, quem tem um olho é rei”, diz o adágio: na terra dos doidos, quem tem juízo é doido, concludo eu”. (SÁ-CARNEIRO, Mario. **Loucura**, São Paulo: Projecto Adamastor, 1997, p. 36).

Há, finalmente, ainda outra advertência que se impõe: o sujeito solipsista no Direito age desse modo autoritário porque está escorado em uma institucionalidade, falando de um determinado lugar (o lugar da fala, em que quem possui o *skeptron* pode falar, em uma alegoria com o que se passa na *Íliada* ou com a posse da concha, no livro *The Lord of Flies*). Uma vez inserido em uma cotidianidade – para além desse lugar e sem os atributos desse poder de fala – perde-se no entremeio de outras institucionalidades. Portanto, a alusão aqui é fundamentalmente ao solipsismo judicial. Ele não pode ter ou sofrer os necessários constrangimentos epistêmicos na sua função. Entretanto, no cotidiano, não age desse modo. Nem pode. Caso contrário, entraria em choque com a primeira pessoa que encontrasse na rua, que não o reconhecesse ou não reconhecesse na sua autoridade (a sua posse do *skeptron* fora da realidade). De um modo mais simples, pode-se dizer que, se nos autos do processo (e no fórum ou tribunal) o juiz troca o significado dos significantes, todavia no seu cotidiano não pode agir do mesmo modo. Por consequência, o solipsismo judicial (jurídico-interpretativo) só pode acontecer em uma dada institucionalidade. (...)

Não se pode ‘assujeitar’ as coisas. O solipsismo judicial se coloca na contramão desses constrangimentos cotidianos do mundo vivido. No direito, em face do lugar da fala e da sua autoridade, o juiz pensa que pode – e, ao fim e ao cabo, assim o faz – assujeitar os sentidos dos textos e dos fatos. Por vezes, bem a Constituição constrange o aplicador (juiz ou tribunal). Por isso o lema hermenêutico é: deixemos que a Constituição dê o seu recado. Ela é linguagem pública. Que deveria constranger epistemicamente o seu destinatário, o juiz³⁷⁶.

Não se pode, pois, perder de vista que o significante (texto) é precisamente o meio pelo qual se opera a comunicação de um significado (tido como ideia, nos termos anteriormente mencionados). Pode ser utilizado um recurso oriundo da literatura para melhor ilustração. Na obra *Cem anos de solidão*, de Gabriel García Márquez, aqueles que habitam a cidade de Macondo são atingidos pela praga da insônia e gradualmente perdem a memória das coisas. Com o objetivo de não se perderem por completo no ambiente em que vivem, as personagens passam a inserir o nome e a utilidade em cada objeto da realidade. Isto porque, na medida em que se esquecessem do sentido das palavras, a própria realidade perderia sentido. Eis uma interessante passagem:

Com um pincel cheio de tinta, marcou cada coisa com o seu nome: mesa, cadeira, relógio, porta, parede, cama, panela. Foi ao curral e marcou os animais e as plantas: vaca, cabrito, porco, galinha, aipim, taioba, bananeira. Pouco a pouco, estudando as infinitas possibilidades do esquecimento, percebeu que podia chegar um dia em que se reconhecessem as coisas pelas suas inscrições, mas não se recordasse a sua utilidade. Então foi mais explícito. O letreiro que pendurou no chachaço da vaca era uma amostra exemplar da forma pela qual os habitantes de Macondo estavam dispostos a lutar contra o esquecimento: Esta é a vaca, tem-se que ordenha-la todas as manhãs para que produza o leite e o leite é preciso ferver para misturá-lo com o café e fazer café com leite. Assim, continuaram vivendo numa realidade escorregadia, momentaneamente

³⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 276-277.

capturada pelas palavras, mas que haveria de fugir sem remédio quando esquecessem os valores da letra escrita³⁷⁷.

Diante desse quadro, as coisas, os significados, os significantes e as normas oriundas dessa imbricação, não são construídas arbitrariamente. Fundado agora na crítica ao pensamento desenvolvido pela teoria tradicional formulada por Castanheira Neves, observa-se não ser correto levar em conta tão-somente a perspectiva político-constitucional para entendê-la, mesmo porque não basta apreender quem é o titular do poder de prescrever normas jurídicas cogentes³⁷⁸.

Eis porque o autor prossegue e extrai as seguintes conclusões, vindo a corroborar o motivo pelo qual esta concepção acanhada de fonte não é a mais apropriada: 1ª que o direito é imputado exclusivamente ao Estado, como seu único titular e criador; a 2ª que o problema das fontes é um problema político-constitucional, que, por um lado, trataria de identificar qual poder do Estado poderia criar direito, e por outro, de definir as formas, jurídico-constitucionalmente admitidas, para essa criação; a 3ª é que o sentido de fonte do direito nessa perspectiva só pode ser a prescrição legislativa; e, por fim, a 4ª é que o conceito de fonte se restringe a um conceito formal – só as formas de prescrição importam, não o conteúdo normativo prescrito³⁷⁹. Vê-se, portanto, que o problema das fontes é melhor compreendido se estas forem tidas como “... pontes de positivação, os modos pelos quais uma normatividade se torna direito positivo”, como bem salienta o autor multimencionado³⁸⁰.

4.3.2. A Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) e o necessário (re) desenvolvimento de uma teoria da norma jurídica.

O mesmo se articule quanto à necessidade de readequação da Teoria da Norma³⁸¹. Com efeito, a partir do século XX se acenderam os embates envolvendo conceito de norma.

³⁷⁷ MÁRQUEZ, Gabriel García. **Cem anos de solidão**. Eliane Zagury (trad.) 59 ed. Rio de Janeiro: Record, 2006, p. 50-51.

³⁷⁸ NEVES, Antônio Castanheira. **Digesta: escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua metodologia e outros**. vol. 2. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 38.

³⁷⁹ NEVES, Antônio Castanheira. **Digesta: escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua metodologia e outros**. vol. 2. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 39.

³⁸⁰ NEVES, Antônio Castanheira. **Digesta: escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua metodologia e outros**. vol. 2. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 8.

³⁸¹ Sobre o tema o estudo de SANCHIS, Luis Pietro. Neoconstitucionalismo y ponderación. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

Hans Kelsen, autor deveras mencionado neste trabalho, como já articulado oportunamente, no desenvolvimento de sua teoria³⁸² colocou a norma no cerne de suas inquiuições, daí o motivo pelo qual é apontado como positivista normativista. Para o jurista, deste modo, o conceito de norma jurídica se embaraça com o de direito, mas é bom que se dê ênfase: lei é espécie de norma.

E se para Kelsen, como visto no capítulo anterior, o conteúdo primordial do direito é a norma jurídica e a lei uma espécie desta, a pergunta proeminente seria: o que é norma jurídica para o jurista em questão? É – a norma – um esquema de interpretação da realidade, por meio do qual o direito traz para o seu âmbito um fato ocorrido no mundo. Acontece que para cada descrição fática, poderá ser sacada uma diferente norma, daí porque, em epítome, o jurista desenvolveu o critério da *validade*.

Uma norma é válida – e por isso pode existir – quando encontra sua existência autorizada por outra que se encontra em patamar hierárquico que lhe supera. Acima de todas as normas, inclusive da Constituição, está a norma hipotética fundamental. Trata-se, esta última, de um ato lógico, cuja função é fechar o escalonamento normativo. Não se trata de norma posta, mas suposta, uma vez que é dela que todo o direito apanha juridicidade e coercitividade.

O critério da validade, porém, como método de identificação da norma, deixa marcas nos tempos modernos. Afinal, se de cada descrição fática pode ser extraída uma distinta norma (por vezes mais de uma), como julgar qual interpretação pode ser eleita como a mais consentânea e adequada?

Para Kelsen não subsiste método que defina ou avalie as interpretações sobre uma norma a não ser o critério da validade. Em outros termos: segundo Kelsen, a validade da norma reside no preenchimento de requisitos formais. Assim, o critério de validade de uma norma ancora-se na autorização que recebe da norma superior. Se válida a interpretação, então nada obsta sua aplicação³⁸³. É que o ato de escolha é discricionário e, por isso, de competência do aplicador do direito.

³⁸² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

³⁸³ Idem, p. 391-392.

Relembre-se para melhor compreensão do ponto aqui tratado do papel da doutrina, qual sua função para Kelsen? Cabe a ela descrever, imparcialmente e sem juízo de valor, as possíveis interpretações, de modo a delimitar um quadro (ou moldura) que permita ao aplicador identificar as que são válidas e as que não são. Kelsen denomina tal proceder de interpretação não autêntica (pois de lavra daqueles que não são aplicadores do direito), estatuidando ainda que a interpretação autêntica, esta sim reservada aos aplicadores, é discricionária³⁸⁴.

O jurista e filósofo austríaco afirma a possibilidade de interpretação autêntica, fora das descritas pela ciência do direito, o que se extrai de sua Teoria Pura do Direito, na edição de 1960. Com efeito, diz Kelsen:

A propósito importa notar que, 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 representa³⁸⁵.

Resquícios de tal afirmação – que muitos sugerem embasar a conclusão de que a interpretação é um ato de vontade³⁸⁶ – são encontrados em trecho de acórdão do Supremo Tribunal Federal: “... No mais, a respeito da interpretação dada a textos de lei, observe-se que tal atividade revela sempre um ato de vontade, possuindo uma carga construtiva

³⁸⁴ Muito embora exista, a moldura não vincula e engessa o aplicador: “As referências à moldura indicam que, segundo Kelsen, o aplicador realiza a interpretação das normas adotando uma postura cognitiva. Mas, quando não são indicados os métodos que permitem essa cognição, a atividade interpretativa se transforma em puro ato de vontade. Isso se torna claro quando Kelsen afirma que da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa, e conclui que, se a autoridade possui competência de decidir de forma definitiva, sua decisão vale independentemente do respeito às normas vigentes, isto é, independentemente do respeito à moldura”. In: DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006, p. 215.

³⁸⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito** (1960). São Paulo: Martins Fontes, 2000b, p. 394.

³⁸⁶ ADEODATO, João Maurício, como já se disse anteriormente, reputa infundada a acusação comumente feita a Kelsen de que o autor dá sustentáculo a decisionismos, de modo que a transcrição de seu pensamento é pertinente: “Não há precisão teórica em acusa-lo hoje de fundamentar o ativismo judicial na atividade hermenêutica, nem no passado em acusa-lo de justificar o nazismo. A ideia de Kelsen é descrever o que efetivamente ocorre – não fazer uma pregação missionária por mais poder para os juízes – e defender que é uma ilusão achar que a regra geral determina a decisão individual, assim negando expressamente a possibilidade de uma única resposta correta. Isso porque, como discípulo de Kant enfatiza o dualismo entre ser e dever ser e vai mais além ao associá-lo aos dualismos entre o princípio da causalidade (*kausalprinzip*) e o princípio da imputação (*Zerechnungsprinzip*) e, respectivamente, entre o ato de conhecimento e o ato de vontade” (In: **Filosofia do direito – uma crítica à verdade na ética e na ciência**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 82).

muito grande, no que é buscada a prevalência do trinômio Lei, Direito e Justiça...³⁸⁷”. E ainda, em outra oportunidade, o mesmo ministro: “Toda e qualquer interpretação consubstancia ato de vontade, devendo o intérprete considerar o objetivo da norma. Descabe a fixação de alcance de modo a prejudicar aquele que a norma almeja proteger³⁸⁸” (AgRgAI n. 218.668, Min. Marco Aurélio).

Não é difícil perceber que o objeto da epistemologia jurídica kelseniana tem como ponto fulcral o sistema de normas jurídicas, as quais imprimem sentidos nos atos sociais, como bem adverte Luis Alberto Warat³⁸⁹. No que se faz importante ao presente, entende-se o motivo pelo qual, certos ou errados (pois como visto na nota de rodapé, não se trata de conclusão uniforme), os críticos de Kelsen asseguram que quando o autor dá prevalência à autoridade estatal no ato de definir a vontade do direito, teria ocorrido o chamado “giro decisionista³⁹⁰”, porquanto estaria sendo assumida uma postura preponderantemente realista (do mundo do ser). Isto, todavia, não é unânime, como visto no capítulo 3.

Prosseguindo, para os que interpretam a teoria kelseniana não como meramente descritiva, mas também a veem dotada de um viés prescritivo ou no mínimo autorizativo: o direito seria tão só um ato de criação dos magistrados, conjuntura que relegaria aplicação, em tom paradoxal, ao contemporâneo texto de Haberle que versa sobre uma sociedade aberta de intérpretes, não só da Constituição, como do Direito³⁹¹.

Com efeito, até para não ser injusto com sofisticada teoria kelseniana, é de relevo que se deixe claro que a pureza do direito sob suas luzes, nada tem a ver com o momento de aplicação. Esta *purificação* diz respeito à Ciência do Direito, daí porque se diz que a interpretação, sob o viés de Kelsen, é fruto de uma cisão existente entre a vontade e o

³⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI: 252347 MG, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 04/11/1999, Data de Publicação: DJ 10/12/1999 PP-00054.

³⁸⁸ ³⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI: 218.668 MG, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 14/12/1998, Data de Publicação: DJ 16/04/1999 PP-00010.

³⁸⁹ WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia jurídica e ensino do direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 241.

³⁹⁰ De acordo com Cattoni de Oliveira “a partir de 1960, Kelsen passa a admitir que pela via da interpretação autêntica não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da norma a aplicar, como também se pode produzir uma norma geral ou individual, conforme o caso, que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 50.

³⁹¹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto Alegre: Safe, 1997.

conhecimento; é o ato interpretativo de vontade que produz, quando de sua aplicação, normas; já a descrição, como destaque, objetiva-se a neutralidade, porquanto diante de um ato de conhecimento, que produz proposições. Ainda no intuito de fazer justiça ao autor, necessário dizer que em Kelsen sequer há uma preocupação com o desenvolvimento de uma teoria da interpretação, muito menos com a aplicação do direito.

Aliás, para comprovar isso, basta que se veja que, de sua vasta obra, um pequenino capítulo – o VIII da *Teoria Pura do Direito* – é dedicado ao auxílio da diferença que subjaz entre a interpretação científica e a que é realizada pelos órgãos de aplicação, residindo exatamente aí a fala de que estes últimos, dentre os quais se incluem como exemplos os tribunais, praticam atos de vontade, ao passo que os cientistas (doutrina) perfazem atos de conhecimento.

Portanto, o que se apreende é que Kelsen não negou e seria injusto acusá-lo, que a interpretação do direito (e não da ciência, frise-se), está contaminada por subjetivismo daquele que possui autoridade para fazê-la. Afinal, a aplicação do direito invariavelmente, *descreve* Kelsen, é ato que envolve aspectos ideológicos, políticos, morais e até mesmo compreensões econômicas. Um ato de vontade, pois!

Feitas estas pequenas considerações, há que se dizer que más-intenções, ou más-compreensões, podem ser vistas comumente acerca do fenômeno jurídico, mormente quanto à aplicação. Com efeito, ainda há quem apregoe que o direito é aquilo que é dito e repetido pelos Tribunais³⁹². Na expressão de Ovídio Araújo Baptista da Silva: “imagina-se que a ‘vontade da lei³⁹³’ seja um segredo, zelosamente guardado pelos tribunais de última instância³⁹⁴”. O conto adiante, retratado por Lenio Streck, exemplifica a temática perfeitamente:

³⁹² MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Trad. Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 192

³⁹³ Tratando de assunto correlato ao específico ponto, um dos autores do presente texto afirma: Não há mais Direito, portanto, para além do conjunto de normas estabelecidas pela autoridade legítima. Deve-se obedecer às disposições normativas estatais, porque foram elaboradas por quem tem competência para fazê-lo, correspondendo à delegação de poderes da sociedade em geral, tendo como referência a noção hipotética de contrato social. (MOREIRA, Nelson Camata. **O Dogma da Onipotência do Legislador e o Mito da Vontade da Lei**: A “vontade geral” como pressuposto fundante do Paradigma da Interpretação da Lei. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, n. 15, ano IV, p. 127-142, 2004, p. 127-142).

³⁹⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 267.

[...] conto de Ítalo Calvino. Pela estória, Alá ditava o Corão para Maomé, que, por sua vez, ditava para Abdula, o escrivão. Em determinado momento Maomé deixou uma frase interrompida. Instintivamente, o escrivão Abdula sugeriu-lhe a conclusão. Distraído, Maomé aceitou como palavra divina o que dissera Abdula. Este fato escandalizou o escrivão, que abandonou o profeta e perdeu a fé. Abdula não era digno de falar em nome de Alá. [...]. Assim como o personagem Abdula não tinha consciência de seu poder (e de seu papel), os operadores jurídicos também não conhecem as suas possibilidades hermenêuticas de produção de sentido. Em sua imensa maioria, prisioneiros das armadilhas e dos grilhões engendrados pelo campo jurídico, sofrem dessa ‘síndrome de Abdula’. Consideram que sua missão e seu labor é o de – apenas – reproduzir os sentidos previamente dados/adjudicados/atribuídos por aqueles que possuem o *skeptron*, isto é, a fala autorizada³⁹⁵!

O que a CHD sustenta é que é impossível o desenvolvimento e a promoção de uma readequação da teoria da norma, sob um viés pós-positivista, na hipótese de se manter os olhos voltados à teorias que sustentem que a decisão constitui ato discricionário, porquanto nem *vontade*, tampouco *conhecimento* podem servir de álibi para atribuição singular e arbitrária de sentidos. Fica, todavia, a advertência quanto à questão da discricionariedade no Brasil:

(...) o que se chama de discricionariedade judicial nada mais é do que uma abertura criada no sistema para legitimar, de forma velada, uma arbitrariedade, não mais cometida pelo administrador, mas pelo Judiciário (...). Esclareça-se que, no Brasil, a discricionariedade vai muito além do informado por Hart e pela crítica de Dworkin. Em qualquer “espaço” de sentido – vagezas, ambiguidades, cláusulas “abertas”, etc. – o imaginário dos juristas vê um infundável terreno para o exercício da subjetividade do intérprete. Quando esse “espaço” se apresenta em dimensões menores, o intérprete apela para os princípios que funcionam como “axiomas com força de lei” ou enunciados performativos com pretensões corretivas, fazendo soçobrar até mesmo o texto constitucional³⁹⁶.

Noticie-se também confusão que muitas teorias da argumentação ainda promovem ao não dissociarem texto e norma (Friedrich Müller)³⁹⁷, algo que simplesmente não pode ser eliminado, sob pena de ser cair na crença de que o significado já vem incluso ou embutido no significante, algo que conduziria a um inescapável retorno à exegese francesa. Eis porque, dentre outras tantas teorias com a mesma ideia, a CHD diz que não mostra

³⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 240.

³⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 56-57.

³⁹⁷ A diferença entre texto e norma é, dentre outros, descrita por Friedrich Muller. Para o autor, a normatividade é descrita por ao menos duas dimensões que a estruturam. São elas: (i) o programa da norma, constituído do ponto de vista da interpretação por força da assimilação de dados primariamente linguísticos; e, (ii) o âmbito normativo, construído pela intermediação linguístico-jurídica de dados primariamente não linguísticos. In: MULLER, Friedrich. **Métodos de trabalho de direito constitucional**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, n. III. 1, p. 42.

aceitável a fixação de antemão de significados, porquanto os sentidos de um texto – de um significa, pois – só exsurtem no momento da aplicação. Embora sob outra perspectiva – a *Retórica* – João Maurício Adeodato é preciso ao elencar a acuidade da diferença vivente entre *significante* e *significado*:

Em síntese, as diferenças entre a norma como ideia (o significado ideal para controle de expectativas atuais sobre condutas futuras) e a norma como símbolo linguístico (os significantes que se percebem por meio da comunicação a partir das chamadas fontes do direito) são particularmente importantes para interpretação e argumentação jurídicas. (...).

Entender a norma como significante revelador do direito é o sentido mais antigo da expressão ‘norma jurídica’, a primeira metonímia. É o que ocorre quando o professor aponta para o código e diz que ali ‘estão as normas’ do ordenamento jurídico, do mesmo modo que os hebreus viram normas no texto dos Dez Mandamentos. A perspectiva retórica não pode confundir esses dois elementos do conhecimento jurídico – significantes e significados – pois há um abismo entre eles³⁹⁸.

Aliás, confusões tais irradiam efeitos para o conceito de sentença. Afinal, à luz da perspectiva pós-positivista³⁹⁹ que se adota aqui, pode-se adiantar que só será possível o desenvolvimento de um novo conceito de norma a partir de um novo conceito de sentença. Observe-se, por oportuno, a partir da passagem doutrinária adiante, a qual ao mesmo tempo em que realça a relevância da doutrina de Müller (sobre a diferença entre texto e norma), identifica como a compreensão que “cola” o sentido de um significante a um significado se faz presente entre nós:

É importante frisar, ainda: sob um prisma hermenêutico, não é possível concordar no sentido de que já normas sem textos ou de que há textos sem normas. Apenas seria possível pensar assim se um texto fosse apenas um enunciado linguístico e se fosse possível cindir “palavras” e “coisas”, enfim, apenas seria possível pensar assim se existissem “entes sem ser” (lembramos, o ser não é um ente; o ser não pode ser visto; ele serve para dar sentido aos entes) ou se existissem conceitos em abstrato, que, posteriormente, seria “acoplados” aos entes.

A teoria de Müller é de grande relevância para o Direito brasileiro – devendo-se referir aqui, também, importantes juristas brasileiros que dialogam com ela, como Georges Abboud (2011), Pablo Miozzo (2014), João Maurício Adeodato (2012), Eros Grau (1998), para citar apenas estes. Com ela nos precavemos contra sequestros interpretativos em que muitas vezes incidem nossas práticas jurídicas. O problema da entificação de sentidos há muito assola o Direito brasileiro, e vem ressurgindo de diversas formas. Há muito se denunciava essa entificação na tal “letra fria” da lei, na dogmática jurídica, nos ementários de decisões judiciais... e se engana quem pensa que as súmulas vinculantes

³⁹⁸ ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 208.

³⁹⁹ Adiante-se que a utilização do termo tem a ver com o advento de um novo modelo de teoria do direito, no interior da qual o problema da discricionariedade judicial é combatida e não com uma mera e simples continuação do positivismo.

representam o ponto culminante disso tudo. A elaboração de um novo Código de Processo Civil (CPC/2015), apesar dos muitos avanços, promoveu duas novas facetas do fenômeno, ou pelo menos as intensificou: 1) os enunciados de fóruns de juristas; 2) e as teorias precedentistas à brasileira⁴⁰⁰.

Nessa linha, a CHD ao buscar uma redefinição ou mesmo recompreensão da teoria da norma, quer, antes de tudo, deixar clara a diferença ontológica⁴⁰¹ que separa texto (significante) e norma (significado). Quer ainda combater *relativismos*, pois ao abandonar o esquema sujeito-objeto e adotar a intersubjetividade – entendido como espaço compartilhado e prévio de significantes e significados – a hermenêutica de cariz filosófico é caracterizada pela postura antirrelativista. Mas o que significa antirrelativista? Trata-se da crença de que não existem inúmeras respostas corretas, a serem “pescadas” à escolha do intérprete-julgador.

A hermenêutica, todavia, não é verofóbica, porquanto crê na existência de caminhos adequados à obtenção de melhores respostas, mesmo porque, insiste-se, a compreensão ocorre em um espaço compartilhado no qual a linguagem antecede os sentidos do intérprete e que, portanto, o determinam⁴⁰².

Compreende que ao deixar clara tal diferença acaba por denunciar o obscurantismo do caso concreto que assumirá papel de destaque na construção da solução jurídica, sem que, claro, olvide-se do comando do texto, porquanto um não subsiste sem o outro e a solução do caso, via de consequência, não deve se esquecer do texto.

⁴⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 283.

⁴⁰¹ A expressão, obviamente, é utilizada sob as luzes do pensamento de Martin Heidegger, autor versado aqui neste trabalho e que, nos vários aspectos de sua complexa e profunda obra, buscou tratar da diferença ontológica primando por uma filosofia de preparação e não de fundamento. Um de seus grandes estudiosos, Ernildo Stein, afirma: O que Heidegger fez, falando em superação da metafísica, foi nos libertar das ilusões de fundar a metafísica no ente e no positivo e nos levar ao adentramento da metafísica, para nela vermos a moldura que dá unidade e funda nosso conhecimento positivo. Aqui Heidegger nos fala de necessidade de desconstrução da metafísica como presença” (STEIN, Ernildo. **Diferença e metafísica**: ensaios sobre a desconstrução. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 85).

⁴⁰² Sobre este ponto: “É nesse sentido que, ao ser antirrelativista, a hermenêutica filosófica funciona como uma blindagem contra interpretações arbitrárias e discricionariedades e/ou decisionismos por parte dos juízes e tribunais. Mais do que isso, a hermenêutica é, assim, antipositivista, colocando-se como contraponto à admissão de múltiplas respostas defendida pelos diversos positivismos (pensemos, aqui, nas críticas de Dworkin a Hart). Nesse sentido, lembro que a noção de “positivismo” é entendida, neste texto e no restante de minhas obras, a partir de sua principal característica: a discricionariedade, que ocorre a partir da ‘delegação’ em favor dos juízes para a resolução dos casos difíceis (não ‘abarcados’ pela regra). STRECK, Lenio. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014”.

4.3.3 A decisão judicial e a apreciação crítica ao modelo silogístico de obtenção de respostas jurisdicionais.

Consectário lógico das premissas ofertadas anteriormente é o de que, inconfundíveis a norma com o texto, embora este seja elemento importante, não é ele a solução acabada. A norma, ou seja, a solução do caso, não está contida (encapsulada) na lei (no texto).

Daí se vê que perde completamente o sentido dizer que a atividade interpretativa do jurista é limitada a descobrir a vontade da lei (*voluntas legis*) ou do legislador (*voluntas legislatoris*)⁴⁰³. Ora, interpretar um texto jurídico, não pode ser meramente revelar tais vontades, pela ingênua razão de que é impraticável desconsiderar a modificação e a alteração compreensiva que advém das questões históricas.

O Direito não é e nem pode ser, por exemplo, produto da vontade do legislador. Trata-se de um fruto da própria sociedade, fulcrado na ambiência do Estado Constitucional⁴⁰⁴ e Democrático de Direito, que, por sua vez, fornece os elementos necessários à extração de sentidos de um texto, voltado sempre à aplicação em caso. Eis aí o necessário respeito das fontes desse Direito, com vistas a promover o regramento da vida da sociedade.

De mais a mais, os chamados métodos de interpretação podem, igualmente, vir a assumir conteúdos ideológicos a esconder a subjetividade interpretativa, já que cada um deles – histórico, sistemático, teleológico, gramatical, etc – podem vir a conduzir a resultados diferentes, a depender daquele que for escolhido pelo agente decisor, ou como bem

⁴⁰³ Cf. MOREIRA, Nelson Camata. **O Dogma da Onipotência do Legislador e o Mito da Vontade da Lei**: A “vontade geral” como pressuposto fundante do Paradigma da Interpretação da Lei. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, n. 15, ano IV, p. 127-142, 2004, p. 127-142.

⁴⁰⁴ Sobre o papel da Constituição, a doutrina: “A Constituição é uma lei dotada de características especiais. Tem um brilho autônomo expresso através da forma, do procedimento de criação e da posição hierárquica das suas normas. Estes elementos permitem distingui-la de outros actos com valor legislativo presentes na ordem jurídica. Em primeiro lugar, caracteriza-se pela sua posição hierárquico-normativa superior relativamente às outras normas do ordenamento jurídico. [...] a superioridade hierárquico-normativa apresenta três expressões. 1) as normas constitucionais constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento da validade um si própria (autoprímazia normativa); (2) as normas de constituição são normas de normas (*normae normarum*) afirmando-se como uma fonte de produção jurídica de outras normas (leis, regulamentos, estatutos); (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes públicos com a Constituição” (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 200, p. 1131).

obtempera Lenio Streck: “... os métodos de interpretação podem ser considerados álibi teórico para emergência das crenças que orientam a aplicação do direito⁴⁰⁵”.

O sentido de um texto normativo não é unívoco, muito menos detém conteúdo atemporal; a atividade interpretativa não é um trabalho que se limita a reproduzir sentido. Acrescente-se: com o movimento do giro linguístico, foi superada a metodologia positivista, e assim não se mostra viável separar a compreensão, a interpretação e a aplicação, mesmo porque, como adverte Gadamer: “o conhecimento do sentido de um texto e sua aplicação a um caso concreto não são atos separados, mas um processo unitário⁴⁰⁶”. E mais: “o sentido de um texto supera seu autor não ocasionalmente, mas sempre. Por isso a compreensão não é nunca um comportamento somente reprodutivo, mas é, por sua vez, sempre produtivo⁴⁰⁷”.

Tais considerações, advindas de um filósofo como Gadamer, aplicam-se inteiramente ao mundo jurídico. Ora, o jurista, na medida em que interpreta um texto normativo, vê nesta atividade, serem operados os efeitos da história⁴⁰⁸. Por isso se diz que na atividade interpretativa ocorre uma fusão de horizontes, um autêntico diálogo que possibilita a compreensão da mensagem passada pelo texto⁴⁰⁹. Nessa medida, efetivamente se pode afirmar que não há compreensão originária da norma, e, ulteriormente, sua aplicação. Interpretar é aplicar; um momento único, reiterar-se, que ocorre em um processo de circularidade com a tradição do texto em si. Friedrich Muller⁴¹⁰, afirma que:

⁴⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 142.

⁴⁰⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3. ed. Petrópolis: Vozes. 1999. p. 460.

⁴⁰⁷ Idem, p. 444.

⁴⁰⁸ Como diz Gadamer, referindo-se ao intérprete e não propriamente ao jurista: “ele só possui uma tal consciência porque é histórico. Ele é seu futuro, a partir do qual ele se temporaliza em suas possibilidades. Todavia, o seu futuro não é o seu projeto livre, mas um projeto jogado. Aquilo que ele pode ser é aquilo que ele já foi”. In: GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**. Petrópolis: Vozes, 2008, vol. II, p. 143.

⁴⁰⁹ Precisa, neste ponto, a fala de Nelson Camatta Moreira: “pode-se afirmar que jamais existirá um leitor que, com um texto ante seus olhos, leia simplesmente o que está nele. Em toda leitura tem lugar uma aplicação e aquele que lê um texto se encontra dentro do sentido que percebe. O leitor pertence ao texto compreendido. E sempre há de ocorrer que a linha de sentido vai se mostrando a ele ao longo da leitura de um texto, constituindo-se, assim, uma indeterminação aberta. Por isso, a interpretação requer uma pré-compreensão anterior, na medida em que o sentido do texto é atribuído por aquele que interpreta” In: MOREIRA, Nelson Camatta. **Direitos e garantias constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos**. São Paulo: Fórum, 2012, p. 72.

⁴¹⁰ Com respaldo em Friedrich Müller, Streck acentua: “Deixo claro – e isto tenho feito também em outros trabalhos – que a distinção entre texto e norma, embora deite raízes na tese de Friedrich Müller (retrabalhada principalmente por Eros Grau) e com ela tenha várias identificações, possui uma série de particularidades

a concretização do direito, impossível fora da linguagem, sempre é co-caracterizada por esse horizonte universal pré-jurídico da compreensão. Ao lado dos seus problemas de interpretação, o texto, também o texto normativamente intencionado da norma jurídica, veicula ao mesmo tempo uma precedente referência material do intérprete a esses problemas⁴¹¹.

A fusão de horizontes, para Gadamer, portanto, leva a uma fusão de preconceções e de interpretações, com o advento de uma sequência de perguntas e respostas entre aquele que escreveu um texto e aquele que lê, como bem observou Álvaro Ricardo de Souza Cruz:

E tais perguntas devem permitir ao intérprete ‘ouvir’ adequadamente o que o texto ‘pretende lhe dizer’, de modo a facilitar-lhe aferir as virtudes/vícios de seus preconceitos, entendidos por ele como antecipações necessárias e decorrentes da condição de ‘ser humano’. Somente assim poder-se-ia dar a fusão de horizontes entre as tradições e a história efetual do intérprete com o horizonte do texto que é lido. Com isso estava aberto o caminho para uma nova teoria do conhecimento e para a fundação de um novo conceito de verdade pelo desocultamento do sentido de ‘algo como algo’ em sua ‘circunstância explicativa⁴¹²’.

O intérprete compreende a norma partindo de sua pré-compreensão⁴¹³. E é esta que vai lhe dar o norte para um pré-projeto interpretativo⁴¹⁴, que, por óbvio, necessita de

que tendem a afastar do original. A distinção texto-norma por mim adotada está baseada na fenomenologia hermenêutica e nos seus teoremas fundamentais, mormente naquele que sustenta a revolução copernicana produzida pela fenomenologia hermenêutica ao introduzir o mundo prático para a compreensão: a diferença ontológica (‘ontologische Differenz’). Portanto, quando trabalho a diferença entre texto e norma, não estou me referindo a um texto (enunciado linguístico-assertórico) ao qual o intérprete atribui uma norma (baseada na ‘realidade’), ou um ato de subjetividade do intérprete dando sentido a um texto (texto de lei etc.). Nos pressupostos aqui tratados, texto e norma não são coisas separadas (cindidas estruturalmente). Texto e norma não podem ser vistos/compreendidos isoladamente um do outro. E não é tarefa do intérprete ‘extrair um sentido oculto do texto’, como defendem algumas posturas axiológicas. Não! Definitivamente, não! Texto e norma são diferentes em face da diferença ontológica – e esta é talvez a diferença fundamental entre o que sustento e outras concepções hermenêuticas –, porque o texto só será compreendido na sua norma, e a norma só será compreendida a partir do seu texto. E não há textos ‘sem coisas’”. (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 346-347).

⁴¹¹ MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. São Paulo: RT, 2008, n. 1. p. 59.

⁴¹² CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica Jurídica e(m) Debate – O Constitucionalismo Brasileiro entre a Teoria do Discurso e a Ontologia Existencial**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 84.

⁴¹³ A hermenêutica filosófica, como vem sendo alertado, entende que a “compreensão humana se orienta a partir de uma pré-compreensão que emerge da eventual situação existencial e que demarca o enquadramento temático e o limite de validade de cada tentativa de interpretação”. In: GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 159.

⁴¹⁴ Nossos pré-juízos são a força motriz de nossa compreensão, porquanto como releve Stein: “O sujeito que compreende é finito, isto é, ocupa um ponto no tempo, determinado de muitos modos pela história. A partir daí desenvolve seu horizonte de compreensão, o qual pode ser ampliado e fundido com outros horizontes. O sujeito que compreende não pode escapar da história pela reflexão. Dela faz parte. Estar na história tem como consequência que o sujeito é ocupado por pré-conceitos que pode modificar no processo da experiência, mas que não pode liquidar inteiramente” In: STEIN, Ernildo. **Crítica da ideologia e racionalidade**. Porto Alegre: Movimento, 1986, p. 37.

comprovação, revisão e até mesmo de correção, tendo como mote o caso concreto. Uma vez mais: sempre há uma antecipação de sentido⁴¹⁵, que surge na primeira acepção do texto sob análise, mesmo porque o intérprete, nesse primeiro contato, não se desnuda de seus pré-juízos. Mas ele – o intérprete – deve deixar que o texto lhe diga algo; deve dialogar com ele, em um verdadeiro juízo de alteridade hermenêutica.

A doutrina, ademais, afirma que, a partir do que se alinha de giro ontológico-linguístico, o sujeito não é mais o fundamento do conhecimento; isto porque, compreender passa a ser um um existencial da própria condição humana, de maneira que esta precisa e específica condição faz, por óbvio, também parte da dimensão ontológica. Trata-se do giro ontológico-linguístico, que, por intermédio da fenomenologia, conduz à uma compreensão maior do ser-aí (ou Dasein), o que ao fim e ao cabo acaba por nos dizer que a verdade “não pode se reduzir a um exercício da vontade do intérprete (julgar conforme sua consciência) como se a realidade fosse reduzida à sua representação subjetiva⁴¹⁶”. Especificamente sobre o giro ontológico-linguístico e sobre a redução que parcela do ideário doutrinário faz quanto ao ato de julgar, a pertinente crítica doutrinária, que bem contextualiza tais bases teóricas ao plano jurisdicional:

Com o giro ontológico-linguístico, o sujeito não é o fundamento do conhecimento. Ele não mais é o senhor dos sentidos. A partir da virada hermenêutica, estamos em um mundo no qual quando perguntamos sobre como o compreendemos, já chegamos tarde para responder a essa indagação com um fundamento último. Já estamos desde sempre em um mundo que se antecipa ao momento em que teorizamos sobre como o compreendemos. Não há, assim, linguagem privada para estabelecer sentidos do mundo; há, sim, somente linguagem pública.

(...)

No campo do Direito, tais questões ainda permanecem difusas em um misto de objetivismo e subjetivismo. Por vezes, a doutrina jurídica se limita a afirmar que a tarefa do jurista é a de simplesmente fixar-se na literalidade dos dispositivos legais, como que a repetir um olhar do realismo filosófico, ou, de maneira diametralmente oposta, a deixar de aplica-los por meio de institutos que

⁴¹⁵ Acerca da pré-compreensão: “Como consequência, falar a partir da pré-compreensão e dos pré-juízos (tradição) implica assumir que não há a primeira palavra nem grau zero de significação; isso implica igualmente entender que nos movemos em um mundo em que a linguagem é condição de possibilidade, e não algo à nossa disposição (nisso reside a ruptura com os paradigmas metafísicos clássico e moderno, fenomenologia que atravessa inexoravelmente o direito). É afirmar que as coisas (entes) só existem uma vez significadas e que nos compreendemos a partir de textos que significam coisas, e não por deduções feitas a partir de conceitos (universalidades), das quais ‘extrairíamos a singularidade’”. (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 358-359).

⁴¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 19.

apostam na subjetividade do juiz com o critério último de decisão, como se não existisse qualquer constrangimento externo⁴¹⁷.

Enxergar a sentença como um ato puramente silogístico, não é uma perspectiva correta, nem real, muito menos descritiva do ato de julgar. Ora, sabe-se que enquanto a postura prescritiva objetiva aponta pontos de vista que são mais desejáveis, aprimorados, qualitativamente mais corretos, a posição descritiva se limita e se contenta a informar dados e características que envolvem objeto de estudo; não faz, tampouco impõe, interferências valorativas ou ideais, quanto ao objeto, apenas o descreve, valendo-se de procedimentos que identifiquem analiticamente como tais ocorrem. Uma dicotomia que possui caráter ideal⁴¹⁸, mas que não é suficiente para explicar o ato de decidir e, também, por consequência, a sentença judicial, afinal se trata de um ato complexo⁴¹⁹, incondizente com a simplificação silogística.

Também os adeptos das *Retóricas*, como é o caso de Katharina Sobota⁴²⁰, não creem no ideal de uma decisão judicial alicerçada em um silogismo jurídico simplório. Isto seria uma ilusão social, até porque não é difícil perceber que prática jurídica e social não é e nem pode vir a ser comandada ou compreendida por premissas maiores e menores, ou mesmo normas de cunho instrumental⁴²¹.

⁴¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 87.

⁴¹⁸ Cf. ADEODATO, João Maurício. Conjetura e Verdade. In: **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. pp.339-341.

⁴¹⁹ Com efeito, diante de fenômeno complexo o cérebro humano transforma estímulos oriundos dos órgãos de sentido em uma realidade própria. O que com isso se quer dizer é que a captação dos dados externos ao sujeito não se dá de maneira objetiva, pois o objeto analisado não é autônomo e indiferente ao conhecimento humano. Da filosofia de Schopenhauer, colhe-se a seguinte passagem: “Mesmo sem mudar de ambiente, cada um vive num mundo diferente (microcosmos), os mesmos acontecimentos externos provocam em cada indivíduo um efeito totalmente distinto, e a diferença devida exclusivamente à conformação interna é muito maior do que aquela que a situação externa interpõe entre homens diferentes. Certamente é verdade que cada um tem uma relação direta com as próprias representações, seus próprios sentimentos e as manifestações da própria vontade, e que as coisas externas exercem uma influência apenas na medida em que os causaram; mas é nesses três fatores que o indivíduo vive realmente, e são eles que tornam sua vida feliz ou infeliz. Diz Epiteto: “o que perturba os homens não são as coisas, mas as opiniões que eles têm das coisas”. (In: Schopenhauer, Arthur. **A arte de ser feliz**. Eduardo Brandão, Luiz Sérgio Repa (trad.) Obras Schopenhauer. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 88).

⁴²⁰ SOBOTA, Katharina. **Não mencione a norma!** João Mauricio Adeodato (trad.) Recife: UFPE, 1996.

⁴²¹ Como bem salienta a doutrina: “É certo que quando se desconstrói o discurso jurídico, especialmente o judicial, revelam-se os efetivos fundamentos alopoéticos da decisão. É assim que os subsistemas econômico, ideológico, sexual, ou de relações de amizade interferem no subsistema jurídico, o que pode representar uma ameaça ao efeito legitimador da decisão concreta e até às bases da sociedade. Só sistemas sociais mais primitivos, em termos de complexidade social, podem manter esse caráter alopoético e dar-se ao luxo de explicitar claramente o conteúdo valorativo das regras de controle social; mesmo assim, nunca o de todas elas”. (ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 375).

Ainda, a crença nesse modo simplificado de compreender o ato de decisão, pode conduzir ao que Tercio Sampaio Ferraz denominou de “crença no legislador racional”, através da qual se afirma que as decisões são fruto de um modelo racional colocado por este:

Assim, a atividade desenvolvida pela dogmática jurídica, envolve uma conceptualização ideal do legislador cuja figura na forma do “legislador racional”, muito mais do que uma imagem retórica empregada na argumentação jurídica, constitui a base (racional) para a fundamentação metodológica da atividade de interpretação jurídica”. Transferindo a cultura do código para a cultura de precedentes, pode-se substituir a figura do “legislador racional” pelo “julgador racional”⁴²².

Não há possibilidade, diante de tais premissas, de se manter em voga pretensão caráter silogístico de uma sentença⁴²³. É que não há um desvelamento da norma, a partir do significado já inserido no texto, e sim, um único ato de produção e atribuição de sentido mediante problematização. Lenio Streck esclarece:

Note-se: não é nas palavras que devemos buscar os significados do mundo (ou do direito, para ser mais específico), *mas é para significar (o direito) que necessitamos de palavras*. É para isso que as palavras servem: para dar significado às coisas! Para haver compreensão, basta que a articulação do significado dado às coisas (ou ao Direito) esteja provido de sentido. Isto significa dizer: o *Dasein*, em seu modo prático de ser-no-mundo, desde sempre já se move – compreensivamente – em um todo de significados – que em *Ser e Tempo* recebe o nome de *significância* – e é desta relação fática de compreensão afetivamente disposta que brotam as significações das palavras. Dito de outro modo: articulamos as palavras que temos disponíveis projetando sentidos a partir deste todo de significados. Ou seja, o discurso – que é o modo de manifestação da linguagem – é articulado sempre imerso nesta dimensão de (pré) compreensibilidade da significância⁴²⁴.

Nelson Camatta Moreira, ao destacar a importância da linguagem para a hermenêutica filosófica de Gadamer e asseverar o caráter produtivo da interpretação em cada caso, bem resume o ponto:

⁴²² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 8ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 235.

⁴²³ Alguns exemplos desse equivocado entendimento. 1) Fazzalari, tratando da sentença salienta o seguinte: “por último o juiz deve subsumir a situação substancial, como acima acertada, à lei que disciplina o seu dever de sentenciar, para concluir, enfim, que ele deva ou não emitir o comando jurisdicional requerido”. In: FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006. P. 489. 2) Luis Cabral de Moncada, *verbis*: “a sentença traduz-se sempre, no seu aspecto formal, num silogismo, como forma de raciocínio, no qual a norma jurídica abstrata aplicável ao caso faz as vezes de premissa maior; o caso de que se trata, as vezes de premissa menor”. In: CABRAL DE MONCADA, Luis. **Lições de direito civil: parte geral. 4. Ed. Coimbra**: Almedina, 1995. P. 818.

⁴²⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, *posfácio*, n. 4.1, p. 491.

Na hermenêutica gadameriana, portanto, a linguagem ocupa a destacada posição de condição de possibilidade para que o homem tenha acesso ao mundo e ao processo interpretativo. A linguagem possui uma estrutura especulativa que não consiste em ser cópia de algo dado de modo fixo, mas, num *vir-à-fala*, no qual se enuncia um todo de sentido. Assim, Gadamer resume emblematicamente: *ser que pode ser compreendido é linguagem*. No direito, a proposta teórica de *Verdade e Método* contraria todas as tendências da hermenêutica tradicional, tal como praticada e apregoada pela dogmática jurídica. Nesse viés, o autor alemão rompe com qualquer possibilidade de um saber reprodutivo acerca do Direito, acentuando que a interpretação da lei é uma tarefa criativa⁴²⁵.

Em sendo assim, conceituar sentença como ato silogístico, longe de ser uma filigrana ou preciosismo acadêmico despido de conteúdo prático, é um equívoco que promove confusão entre texto normativo e norma. A sentença, diante de confusão tal, seria um ato declarativo e não criador⁴²⁶. Isto é contrário ao movimento do giro linguístico e destoa da tarefa da interpretação, vista pelo prisma da hermenêutica filosófica. Na fala de Georges Abboud:

A sentença judicial não é um ato meramente silogístico; pelo contrário, ela é um modelo fundamental no qual se fundem a compreensão da norma e a sua relevância aplicativa. A norma é fruto do conhecimento, proveniente da atividade interpretativa criadora do jurista. Diante da hermenêutica filosófica, a interpretação e a ciência jurídica são algo mais que a utilização de um método seguro e pré-definido, do mesmo modo que a aplicação do direito é algo mais que mera subsunção de um enunciado normativo⁴²⁷.

Em outros termos: não há uma questão de direito à espera de um encaixe que recaia sobre uma questão de fato. Para a hermenêutica filosófica não subsistirá autonomia entre

⁴²⁵ MOREIRA, Nelson Camatta. **Direitos e garantias constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos**. São Paulo: Fórum, 2012, p. 70.

⁴²⁶ João Maurício Adeodato chega a conclusão similar, mesmo se baseando em perspectiva filosófica diversa: “A separação dos poderes, por parte dos normativistas, de que o juiz cria direito, ainda que a proporção de poder do judiciário, em detrimento dos poderes executivos e legislativos, varie de autor para autor. Assim, a generalidade deixa de ser considerada um caráter essencialmente da norma jurídica e a sentença é reconhecida como forma de expressão e criação de direito positivo. (In: ADEODATO, João Maurício, **A retórica constitucional – sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 219).

⁴²⁷ ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 73.

questão de fato e questão de direito⁴²⁸, afinal, uma questão de fato é, acima de tudo, uma questão de direito e vice-versa⁴²⁹. Em tom crítico, Ovídio Baptista salienta que:

A alienação dos juristas, a criação do ‘mundo jurídico’ - lugar encantado em que eles poderão construir seus teoremas sem importunar o mundo social e seus gestores - impôs-lhes uma condição singular, radicada na absoluta separação entre ‘fato’ e ‘direito’⁴³⁰.

O processo hermenêutico que norteia a sentença não se realiza por partes estanques⁴³¹. Não se interpreta e no momento seguinte se aplica o resultado dessa interpretação. Como já salientado, a hermenêutica filosófica gadameriana avançou nesse pormenor, afinal, como diz Heidegger “interpretar é elaborar as possibilidades projetadas na compreensão⁴³²”, ou seja, interpretar já é aplicar!

Nelson Camatta Moreira afirma: “A tarefa da interpretação consiste, então, em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação⁴³³”. E arremata: “Gadamer destaca o papel da hermenêutica jurídica com relação à dogmática, afirmando não ser sustentável a ideia de uma dogmática jurídica total sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença por um simples ato de subsunção⁴³⁴”.

De tudo o que vem se afirmando, fica claro que a lógica silogística e simplória da aplicação daquilo que se convencionou “premissa menor, premissa maior e conclusão” não é suficiente para fins de controle da subjetividade do julgador. Um exemplo talvez deixa isso ainda mais claro. Trata-se da aplicação do art. 20, § 3º da Lei nº 8.742/93 (Lei

⁴²⁸ Eis, por oportuno, a doutrina de Eros Grau: “Sendo concomitantemente aplicação do direito, a interpretação deve ser entendida como produção prática do direito, precisamente como a toma Friedrich Muller: não existe um terreno composto de elementos normativos (=direito), de um lado, e de elementos reais ou empíricos (=realidade), do outro. (...) a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos colhidos no texto normativo (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será aplicada, isto é, a partir de dados da realidade (mundo do ser)”. GRAU, Eros Roberto. A jurisprudência dos interesses e a interpretação do direito, p. 31. In: ADEODATO, João Maurício (org.) **Jhering e o direito no Brasil**. Recife: Editora Universitária, 1996.

⁴²⁹ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Questão fato e Questão de direito, o problema metodológico da juridicidade**. Coimbra, 1967.

⁴³⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 302.

⁴³¹ De acordo com Gadamer “o conhecimento do sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um caso jurídico concreto não são atos separados, mas um processo unitário”. In: GADAMER, Hans-George. **Verdade e Método**. op. cit., p. 463.

⁴³² HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, Parte I, p. 204.

⁴³³ Idem, p. 71-72.

⁴³⁴ Idem, p. 72.

Orgânica da Assistência Social), segundo o qual “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo”. Como dizer quem é e quem não é beneficiário da regra? O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento interessante sobre o dispositivo, conforme ressolução de acórdão julgado pela Terceira Seção e submetido à sistemática dos recursos repetitivos:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 105, III, ALÍNEA C DA CF. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. POSSIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE DO BENEFICIÁRIO POR OUTROS MEIOS DE PROVA, QUANDO A RENDA PER CAPITA DO NÚCLEO FAMILIAR FOR SUPERIOR A 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A CF/88 prevê em seu art. 203, caput e inciso V a garantia de um salário mínimo de benefício mensal, independente de contribuição à Seguridade Social, à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

2. Regulamentando o comando constitucional, a Lei 8.742/93, alterada pela Lei 9.720/98, dispõe que será devida a concessão de benefício assistencial aos idosos e às pessoas portadoras de deficiência que não possuam meios de prover à própria manutenção, ou cuja família possua renda mensal per capita inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

3. O egrégio Supremo Tribunal Federal, já declarou, por maioria de votos, a constitucionalidade dessa limitação legal relativa ao requisito econômico, no julgamento da ADI 1.232/DF (Rel. para o acórdão Min. NELSON JOBIM, DJU 1.6.2001).

4. Entretanto, diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, especialmente no que se refere à garantia das condições básicas de subsistência física, esse dispositivo deve ser interpretado de modo a amparar irrestritamente a o cidadão social e economicamente vulnerável.

5. A limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo.

6. Além disso, em âmbito judicial vige o princípio do livre convencimento motivado do Juiz (art. 131 do CPC) e não o sistema de tarifação legal de provas, motivo pelo qual essa delimitação do valor da renda familiar per capita não deve ser tida como único meio de prova da condição de miserabilidade do beneficiado. De fato, não se pode admitir a vinculação do Magistrado a determinado elemento probatório, sob pena de cercear o seu direito de julgar.

7. Recurso Especial provido. (REsp 1112557/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/10/2009, DJe 20/11/2009)

O destaque fica por conta do item 6 acima. Conquanto a lei tenha fixado um critério matemático, viu-se que ele se mostrou insuficiente e assim, o Superior Tribunal de Justiça avançou e se valeu da criticada falácia do livre convencimento motivado – o último

capítulo se debruçará sobre este ponto – para “completar” o conteúdo da regra. Adiante-se, de pronto, que este “livre convencimento motivado”⁴³⁵ apareceu como “uma válvula pela qual entram no ordenamento os fatores extrapositivos, como os ideais de justiça, as exigências da equidade”⁴³⁶, os raciocínios quase-formais⁴³⁷. Com efeito, especificamente sobre a decisão simplesmente embasada na *equidade*, já se via em Pontes de Miranda, presente a preocupação quanto à sua desmedida utilizada em detrimento da lei:

A rigor, equidade é apenas palavra-válvula, com que se dá entrada a todos os elementos intelectuais ou sentimentais que não caibam nos conceitos primaciais do métodos de interpretação. Para que se atenua a rapidez exegética, a prática e os legisladores têm recorrido a essa noção ambígua, se não equívoca, com que se manda tratar com igualdade sem se definir de que igualdade se trata, nem se dizerem os seus começos e os seus limites. No fundo, a vantagem, se vantagem realmente há, de tal expressão, em povos estranhos à tradição do nosso direito, tem sido semelhante à de todas as outras expressões vagas. A vaguidade serve sempre quando se quer o arbítrio, ou quando se

⁴³⁵ O “livre convencimento” tem sido utilizado para a promoção de uma flexibilização do procedimento. Por todos, cite-se Fonseca Gajardoni: “Paradoxalmente, nosso sistema permite ao juiz brasileiro, com fundamento no art. 131, do Código de Processo Civil (princípio do livre convencimento motivado), que decida livremente, com base na lei, nas provas e na sua convicção pessoal, sobre a pretensão formulada. Mas não lhe permite, também com base naqueles mesmos elementos, no direito material, nas condições especiais ou na autorização das partes, que opte pela prática de tal ou qual ato processual. Ou seja, permite-se ao juiz liberdade no principal, no julgamento da causa, mas não se lhe concede liberdade no ‘minus’, isto é, na escolha do melhor iter para a condução do processo. Minha preocupação foi majorada quando, ao consultar nossa legislação, percebi que já há situações, pese em casos muito restritos, que admitem a reclamada flexibilização do procedimento, permitindo que o magistrado ou as partes, dentro do processo, elejam o melhor ato processual a dar seguimento à série. O art. 153, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), por exemplo, permite, na inexistência de previsão legal sobre o procedimento na lei, que o magistrado crie o rito para os feitos afetos à infância e Juventude. E o art. 21 da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96), admite expressamente que o processo arbitral obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá se reportar às regras de um órgão institucional ou entidade especializada, facultada, ainda, a delegação da eleição das regras de rito ao próprio árbitro ou ao tribunal arbitral. [...] Ora, o procedimento não precisa ser tão cartesiano como pinta a lei! A necessária racionalidade jurídica não se apresenta como assepsia lógica, tendo, pois, o direito brasileiro, plenas condições, dentro de sua perspectiva histórica e cultural, de apresentar soluções procedimentais mais adequadas do que os modelos rituais rigidamente previstos em lei”. (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental**: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. 2007. Tese (doutorado em Direito) -- Faculdade de Direito, USP, 2007. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06082008-152939/pt-br.php>>. Acesso em: 13 out. 2017).

⁴³⁶ Sobre os perigos de se decidir por equidade, a lição adiante de Ronaldo Brêtas “(...) no Estado Democrático de Direito brasileiro, que adota o sistema jurídico romano-germânico (civil law), o juiz não pode decidir por equidade. Se houver alguma norma que o autorize a tanto, será inconstitucional, porque o agente público decisor (juiz) sempre estará vinculado à reserva legal, garantia fundamental do povo, conforme prevê o art. 5º, inc. II, da Constituição Federal: ‘Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’. A expressão lei, no texto constitucional, deve ser entendida como ordenamento jurídico, vale dizer, conjunto de princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais que o compõem, vinculando os órgãos jurisdicionais, quando profere suas decisões.”. (CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. Projeto do novo Código de Processo Civil aprovado pelo Senado – Exame técnico e constitucional. In: **Futuro do Processo Civil Brasileiro**: uma Análise Crítica ao Projeto do Novo CPC. Organizadores: Fernando Rossi, Glauco Gumerato Ramos, Jefferson Carus Guedes, Luiz Eduardo Ribeiro Mourão e Lúcio Delfino. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 551- 566).

⁴³⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: Técnica, Decisão, Dominação. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 270.

pretende deixar a alguém determinar a norma, sem se confessar que se quis o arbítrio, ou que se deu a alguém esse poder⁴³⁸.

De todo modo, é bom que fique claro que, não obstante o processo hermenêutico não ser feito por partes e não ser dotado de pré-juízos e pré-compreensões de sentido, as acepções extraídas pelo intérprete somente irão adquirir validade se e quando forem compatíveis com a coisa em mesma. O respeito ao texto, portanto, é algo impositivo. Isto porque, se, por um lado, a consciência subjetiva do intérprete e sua carga histórica⁴³⁹ carregam pré-juízos⁴⁴⁰, sendo somente por tais que se consegue atribuir sentido ao texto interpretado, por outro, a atribuição de sentido não poderá, sob qualquer hipótese, representar arbítrio do intérprete, como já dito e redito. Trata-se de algo que pode ser extraído, dentre tantas, destas duas passagens da obra de Gadamer:

Aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto da maneira mais obstinada e conseqüente possível – até que este acabe por não poder ser ignorado e derrube a suposta compreensão⁴⁴¹.

(...)

Os preconceitos e opiniões prévias que ocupam a consciência do intérprete não se encontram à sua disposição, enquanto tais. Este não está em condições de distinguir por si mesmo e de antemão os preconceitos produtivos, que tornam possível a compreensão, daqueles outros que a obstaculizam os mal-entendidos⁴⁴².

Daí porque, muitos autores da contemporaneidade se debruçam sobre o problema da decisão judicial. Tomem-se alguns como exemplo. O primeiro – Robert Alexy⁴⁴³ – arrima

⁴³⁸(MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1947. p. 413- 414).

⁴³⁹ Ainda no tocante à historicidade do intérprete, Gadamer, assevera que cada nova leitura de um texto é uma leitura diversa, pois cada momento e época aquele que o interpreta compreenderá o texto segundo o seus próprios interesses e circunstâncias. Ou seja, a compreensão é temporal. Veja a passagem: “Na realidade, não é a história que pertence a nós, mas nós é que a ela pertencemos. Muito antes de que nós compreendamos a nós mesmos na reflexão, já estamos nos compreendendo de uma maneira auto-evidente na família, na sociedade e no Estado em que vivemos”. In: GADAMER, Hans Georg. **Verdade e método**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 4.ed. Petrópolis: Vozes, 2002, v.1, p. 415.

⁴⁴⁰ Conforme Gadamer: “A lente da subjetividade é um espelho deformante. A auto-reflexão do indivíduo não é mais que uma centelha na corrente cerrada da vida histórica. Por isso, os preconceitos de um indivíduo são, muito mais que seus juízos, a realidade histórica do seu ser”. In: Idem, p. 416.

⁴⁴¹ Idem, p. 405.

⁴⁴² Idem, p. 442-443.

⁴⁴³ É preciso, todavia, acentuar de plano o seguinte: “Há uma diferença fundamental e fundante entre a hermenêutica (na concepção aqui trabalhada, que imbrica a hermenêutica filosófica e a teoria dworkiana) e a teoria da argumentação jurídica, mormente a defendida por Alexy. Enquanto esta compreende os princípios (apenas) como mandados de otimização, circunstância que chama à colação a subjetividade do intérprete, aquela parte da tese de que os princípios introduzem o mundo prático no direito, ‘fechando’ a interpretação, isto é, diminuindo – ao invés de aumentar – o espaço da discricionariedade do intérprete;

uma teoria procedimental da decisão e oferece uma espécie de fórmula, cujo desígnio é racionalizar o discurso da decisão. O segundo – Ronald Dworkin – sustenta um ideal de decisão judicial a partir de sua teoria do *Direito como Integridade*. O terceiro – Lenio Luiz Streck, a partir da aproximação entre Gadamer e Dworkin, procura assegurar respostas adequadas à Constituição.

Pois bem, o que a CHD propõe é a apresentação de uma teoria da decisão representativa do âmbito discursivo por meio do qual se busque critérios para o exercício da atividade jurisdicional, adequando-a aos contornos democráticos, impostos pelo constitucionalismo contemporâneo⁴⁴⁴.

4.3.4. A Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) e a influência do Direito como Integridade.

Já se observou oportunamente que Ronald Dworkin é um autor de grande influência e que ele, ao traçar as bases de sua teoria, não diz regras e princípios são diferenciados por características morfológicas, mas ao contrário, salienta que princípios e regras apresentam distinção lógico-argumentativa, de forma que só pelas razões trazidas pelos partícipes do

além disso, o círculo hermenêutico e a diferença ontológica colocam-se como blindagem contra relativismos. Claro que, para tanto, a hermenêutica salta na frente para dizer que, primeiro, são incindíveis os atos de interpretação e aplicação (com o que se supera o método) e, segundo, não há diferença estrutural entre ‘hard cases’ e ‘easy cases’. É nesse contexto que deve ser analisado o emprego do princípio da proporcionalidade pela teoria da argumentação. Com efeito, a proporcionalidade é a ‘chave’ para resolver a ponderação, a partir das quatro características de todos conhecidas. Ou seja, na medida em que a proporcionalidade só ‘é chamada à colação’ quando necessário um juízo ponderativo para os casos difíceis – uma vez que para os casos simples ‘basta’ a dedução/subsunção – caberá ao intérprete a tarefa de ‘hierarquizar’ e ‘decidir’ qual o princípio aplicável no caso do conflito/colisão. Ora, se, ao fim e ao cabo, cabe ao intérprete hierarquizar (e escolher) o princípio aplicável, a pergunta inexorável é: qual é a diferença entre o ‘intérprete ponderador’ e o ‘intérprete do positivismo’, que, discricionariamente escolhe qual a ‘melhor’ interpretação? Claro que a Teoria da Argumentação Jurídica – mormente a de Alexy, que é a mais sofisticada e complexa – responderá que há um conjunto de critérios que deverão sempre balizar a escolha. Mas, pergunto, qual é a diferença desses critérios (ou fórmulas) dos velhos métodos de interpretação, cujo calcanhar de Aquiles – na feliz expressão de Eros Grau e Friedrich Müller – é(ra) exatamente não ter um critério para difundir qual o melhor critério, que venho denominando de ‘ausência/impossibilidade’ de um ‘Grundmethode’?” (STRECK, Lenio. Lições de crítica hermenêutica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 54).

⁴⁴⁴ Não se trata de uma solução mágica, mas de um caminho que visa combater discricionariedades. Interessante a passagem de autor que, conquanto ligado ao ceticismo pirrônico, bem afirma que a norma jurídica tem como desiderato também criar a estabilidade: “O direito, por meio dessa normatividade, constitui assim um vínculo com aquilo que supostamente vai acontecer, pois a norma jurídica é uma representação de um futuro estável em um horizonte de incertezas” (In: ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 175).

debate é que seria viável compreender se a norma invocada assume a posição de princípio ou de regra.

Pois bem, se o direito é prática interpretativa, conforme traduz Dworkin, todos os procedimentos metodológicos são fixados em razão das controvérsias que cada um de nós têm sobre o que é direito e até onde é legitimada a coerção estatal. Dworkin separa, ainda, as regras e os princípios das diretrizes políticas. Além do que, para Dworkin, o fio condutor do debate não reside sobre fundamentos ou procedimentos (matemáticos) construídos abstratamente de forma generalizada. Vale conferir, especificamente quanto à distinção entre princípios e diretrizes políticas, as palavras de Dworkin:

Denomino política aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino princípio 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 ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio. A distinção pode ruir se interpretarmos um princípio como a expressão de objetivo social (isto é, o objetivo de uma sociedade na qual nenhum homem beneficia-se de seu próprio delito) ou interpretarmos uma política como expressando um princípio (isto é, o princípio de que o objetivo que a contém é meritório) ou, ainda, se adotarmos a tese utilitarista segundo a qual os princípios de justiça são declarações disfarçadas de objetivos (assegurar a maior felicidade para o maior número)⁴⁴⁵.

E mais: para o autor, se faz inaceitável qualquer tipo de discricionariedade judicial. Permitir que o magistrado decida de modo inovador pode representar a chancela do arbítrio da coerção estatal. É com Dworkin que se apreende que os Tribunais, ao julgar um novo caso, devem respeito à história institucional da aplicação daquele instituto e, para facilitar sua fala, o autor faz uma metáfora: a do romance em cadeia⁴⁴⁶:

Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes ‘fizeram’ coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos perfeitamente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos

⁴⁴⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

⁴⁴⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 238.

por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele ‘deve’ interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então.

As rupturas devem ser devidamente fundamentadas, consoante a integridade⁴⁴⁷ do direito, sob pena de ser criado um quadro de ‘anarquia interpretativa’, no qual cada juiz ou tribunal julgaria a partir de uma espécie de ‘marco zero’, em franco desrespeito ao contraditório. Eis as palavras do autor a respeito da integridade do direito:

começa no presente e se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. (...) Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer. O otimismo do direito é, nesse sentido, conceitual; as declarações do direito são permanentemente construtivas, em virtude de sua própria natureza⁴⁴⁸.

Em decorrência da passagem acima, denota-se que um direito que seja caracterizado pela integridade propicia a indicação do(s) princípio(s) em face de vindouro(s) caso(s) concreto(s), os quais devem ser tratados como um evento único e irrepetível. Dworkin não visualiza uma colisão de princípios, mas uma concorrência entre estes em um determinado caso. Logo, em cada caso, observando-se os argumentos trazidos pelos

⁴⁴⁷ Sobre a noção de integridade, a passagem doutrinária adiante: “(...) Dworkin pretende que sua ideia de integridade seja algo além e acima da consistência, da ideia de tratar casos similares de maneira similar ou, como ele diz, da mera ‘elegância’. A integridade, por outro lado, considera fundamentalmente a maneira como as pessoas devem ser tratadas e considera que os direitos dão origem e limitam as decisões a respeito do futuro da comunidade”. GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 79). E ainda: “O direito como integridade [...] pede ao juiz que se considere como um autor na cadeia do direito consuetudinário. Ele sabe que outros juízes decidiram casos que, apesar de não exatamente iguais ao seu, tratam de problemas afins; deve considerar as decisões deles como parte de uma longa história que ele tem de interpretar e continuar, de acordo com suas opiniões sobre o melhor andamento a ser dado à história em questão. [...] O veredito do juiz – suas conclusões pósinterpretativas – deve ser extraído de uma interpretação que ao mesmo tempo se adapte aos fatos anteriores e os justifique, até onde isso seja possível”. (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 286).

⁴⁴⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 274.

participantes da relação processual, bem como atentos às discussões pretéritas sobre aqueles *direitos* envolvidos, será possível compreender que o conflito é apenas aparente.

A explicação, como citado, é feita através da metáfora do “romance em cadeia⁴⁴⁹” que serve, então, para que se possa compreender que cada juiz assume o papel similar à de um romancista que escreve um capítulo para uma obra coletiva. Tem ele - o magistrado - que conhecer os “capítulos” anteriores subscritos pelos demais para se inteirar da narrativa e, aí sim, procurar construir uma história que não se dissocie e acima de tudo preserve a linha de raciocínio já estabelecida preteritamente. Não lhe é, destarte, autorizado ignorar o que passou tampouco transformar o “livro de autoria coletiva” em um “conto desconectado”. Ao revés, seu capítulo tem de ter uma ligação com o passado, para propiciar uma abertura ao futuro e viabilizar a evolução da história, não apenas sua repetição⁴⁵⁰.

De modo a esclarecer e trazer a pertinência da discussão para o presente trabalho, no interior do método de Dworkin, há fulgente inquietação com o resultado decisório. Uma decisão para este autor estará justificada não apenas quando reverencia a justeza e perfeita aplicação dos procedimentos, mas também quando respeita a coerência principiológica que compõem a integridade moral da comunidade.

Em outra terminologia: em Dworkin (o “método” de Hércules⁴⁵¹) se tem preocupação com o resultado da decisão. Esta, para ser justificada, deve respeitar a coerência de princípios que compõem a integridade moral da comunidade. E princípio não é um *a priori* contido em um texto ou enunciado de precedente. O argumento de princípio referido pelo autor em comento remete o intérprete à totalidade referencial destes instrumentos jurídicos. Não há, deste modo, como acreditar que se possa distinguir, de

⁴⁴⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁴⁵⁰ Em que pese as singularidades da operacionalidade do direito na *common law* e na *civil law*, vale conferir DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p 238.

⁴⁵¹ O juiz Hércules é uma figura metafórica criada por Dworkin. É ele - Hércules - responsável para dizer qual o princípio adequado, quando diante de um *hard case*.

Esse juiz terá um trabalho sobre-humano para atingir a resposta correta. Salienta Dworkin: “Hércules nos é útil exatamente porque é mais reflexivo e autoconsciente do que qualquer juiz verdadeiro precisa ou, dada a urgência do trabalho, poderia ser. Sabemos que os juízes reais decidem a maioria dos casos de maneira bem menos metódica, mas Hércules nos mostra a estrutura oculta de suas sentenças, deixando-as assim abertas ao estudo e à crítica”. In: DWORKIN Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins fontes, 2003, p. 316.

modo antecipado, um princípio jurídico de um princípio moral ou social⁴⁵². Em suma: o direito como integridade objetiva reconstruir a história jurídica de uma comunidade, de modo a percorrer um caminho adequado à obtenção de respostas corretas⁴⁵³.

Lenio Streck, a partir de nítida influência da teoria desenvolvida pelo autor norte-americano, desenvolve sua teoria da decisão e sustenta o direito fundamental à resposta adequada à Constituição. Na teoria desenvolvida – contextualizada no Constitucionalismo Contemporâneo⁴⁵⁴ – o autor sublinha que a obtenção de resposta adequadas à Constituição é direito fundamental, corporificado, dentre outros, no artigo 93, IX, da Carta da República, que prevê o dever de fundamentação das decisões judiciais. Só assim, de fato, o direito será efetivamente levado à sério!⁴⁵⁵

Em apertada síntese, Lenio Streck, como vem sendo afirmado, oferta uma teoria da decisão a partir de um encadeamento entre Gadamer e Dworkin, implantada no contexto do Constitucionalismo Contemporâneo. O autor defende relevância paradigmática do conhecimento de *applicatio* que decorre de Gadamer (aqui já exposto anteriormente) e como com esta noção o direito se liberta da hermenêutica tradicional, cujo desejo era separar, em partes, o fenômeno interpretativo para acarretar, com isso, reflexos no ambiente da decisão judicial. Isto fica claro, por exemplo, quando afirma: “no campo do

⁴⁵² DWORKIN Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins fontes, 2003, p. 305 e ss.

⁴⁵³ Acerca da incompreendida resposta correta, Marcelo Cattoni: “A tese da única resposta correta [de Dworkin] é, sobretudo, uma questão de postura ou atitude, definidas como interpretativas e auto-reflexivas, críticas construtivas e fraternas em face do direito como integridade, dos direitos individuais compreendidos como trunfos na discussão política e do exercício da jurisdição por esse exigida; uma questão que, para Dworkin, não é metafísica, mas moral e jurídica”. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Ronald Dworkin: de que maneira o Direito se assemelha à Literatura? In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Orgs.). **Direito & Literatura**: ensaios críticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 21.

⁴⁵⁴ Para Streck há diferença entre os conceitos de *constitucionalismo contemporâneo* e *neoconstitucionalismo*: “é possível dizer que, nos termos em que o neoconstitucionalismo vem sendo utilizado, ele representa uma clara contradição, isto é, se ele expressa um movimento teórico para lidar com o direito ‘novo’ (poder-se-ia dizer, um direito ‘pós Auschwitz’ ou pós-bélico’ como que Mário Losano), fica sem sentido depositar todas as esperanças de realização desse direito na loteria do protagonismo judicial (mormente levando em conta a prevalência, no campo jurídico, do paradigma epistemológico da filosofia da consciência). Assim, reconheço que não faz mais sentido continuar a fazer uso da expressão ‘neoconstitucionalismo’ para mencionar aquilo que essa obra pretende apontar: a construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma constituição normativa e da integridade da jurisdição”. In: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 35.

⁴⁵⁵ Sobre este tema: MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 29

conhecimento do direito é preciso ter presente que nenhum processo lógico-argumentativo pode ‘acontecer’ sem a pré-compreensão⁴⁵⁶’.

É, pois, de Dworkin (de sua noção de integridade) que Lenio Streck extrai os subsídios pertinentes à construção de padrões mínimos (a história institucional do direito) que devem compor toda decisão. Em suas palavras:

Quando Dworkin diz que o juiz deve decidir lançando mão de argumentos de princípio e não de políticas, não é porque esses princípios sejam ou estejam elaborados previamente, à disposição da ‘comunidade jurídica’ como enunciados assertórios ou categorias (significantes primordiais-fundantes). Na verdade, quando sustenta essa necessidade, apenas aponta para os limites que devem haver no ato de aplicação judicial (por isso, ao direito não importa as convicções pessoais/morais do juiz acerca da política, sociedade, esportes etc.; ele deve decidir por princípios⁴⁵⁷).

Refuta, então, que, dentre as possibilidades de solução da contenda, a escolha da decisão jurídica seja feita através de uma escolha discricionária do julgador. Apregoa Streck também, como já adiantado, um redimensionamento do papel da doutrina, a qual deve atuar como “censora” das decisões tribunalísticas, constringendo a prática de arbitrariedades. Sobre este ponto:

A doutrina deve doutrinar, sim. Esse é o seu papel. Aliás, não fosse assim, o que faríamos com as quase mil faculdades de Direito, os milhares de professores e os milhares de livros produzidos anualmente? E mais: não fosse assim, o que faríamos com o parlamento, que aprova as leis? Se os juízes (do STJ) podem — como sustenta o Ministro Barros — “dizer o que querem” sobre o sentido das leis, para que precisamos de leis? Para que a intermediação da lei?⁴⁵⁸

Prosseguindo, Lenio Streck salienta que para ser obtida ou construída uma resposta adequada à Constituição, são de obediência obrigatória, no momento da afirmação da decisão, cinco princípios que constituem aquilo que batiza de *minimum applicandi*:

(i) Preservar a autonomia do direito, livrando-o dos “predadores” externos, como os discursos adjudicativos provenientes da moral, da política e da economia, assim como os

⁴⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 472.

⁴⁵⁷ Idem, p. 485.

⁴⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. Crise de paradigmas - Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/10.pdf>. Acesso em: 27 de nov. de 2013.

“predadores” internos, como os subjetivismos, axiologismos e pragmatismos de toda a espécie⁴⁵⁹;

(ii) Estabelecer condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional, exatamente porque o fato de não se ter um método que chancela a correção da interpretação, não autoriza o intérprete a tomar decisões solipsistas;

(iii) Garantir o respeito à integridade e à coerência do direito: a fundamentação das decisões judiciais e o respeito à história institucional do direito são elevados à condição de direito fundamental;

(iv) Estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental de juízes e tribunais: continuar a afirmar, a partir disso, que a hermenêutica a ser praticada no Estado Democrático de Direito não pode deslegitimar o texto jurídico constitucional produzido democraticamente, bem como que há forte responsabilidade política dos juízes e tribunais no ato de motivar (art. 93, IX, CF); o juiz deve pormenorizar as condições pelas quais compreendeu, pois apenas assim cada cidadão terá garantido o direito de aferir se sua causa foi julgada a partir da Constituição, bem como controlar se a resposta a ele conferida está ou não constitucionalmente adequada;

(v) Garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se esta resposta está ou não constitucionalmente adequada: a finalidade desta última proposta é a preservação da força normativa da Constituição, bem como do caráter deontológico dos princípios⁴⁶⁰.

Por derradeiro, Streck lista seis hipóteses onde haveria possibilidade de não aplicação da lei⁴⁶¹:

⁴⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em tempos de crise do direito: a necessária concretização dos direitos humanos. Disponível em: <http://periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/viewFile/374/601>. Acesso em: 27 de nov. de 2013.

⁴⁶⁰ Cf. ABOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2011, n. 9.3, p. 449 *et seq.*

⁴⁶¹ Ora, cumprir com o texto de lei e respeitar os seus limites semânticos não significa um agir positivista (ou legalista), de forma que vale registra a orientação de Streck: “[...] chega-se à conclusão de que se está diante simplesmente do dever – inerente ao Estado Democrático de Direito – de cumprir a lei (constitucional), pois este, como se sabe, é um dos preços impostos pelo direito e, sobretudo, pela democracia! E, permito-me insistir: por vezes, cumprir a ‘letra da lei’ é um avanço considerável. Lutamos tanto pela democracia e por leis mais democráticas...! Quando elas são aprovadas, segui-las à risca é nosso dever. Levemos o texto jurídico a sério, pois!” STRECK, Lenio. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? Revista NEJ/UNIVALI - Eletrônica, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 170, jan./abr. 2010. Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/2308/1623>. Acesso em: 29 de nov. de 2013.

- a) quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade *stricto sensu*) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado;
- b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias. Nesse caso, há que se ter cuidado com a questão constitucional, pois, v.g., a *lex posterioris*, que derroga a *lex anterioris*, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes;
- c) quando aplicar a interpretação conforme à Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Neste caso, o texto de lei (entendido na sua “literalidade”) permanecerá intacto; o que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado a Constituição (trabalho, aqui, com a distinção-diferença entre “texto e norma”);
- d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*), pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, enquanto na interpretação conforme há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto, ocorre uma abdução de sentido;
- e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo;
- f) quando – e isso é absolutamente corriqueiro e comum – for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes não como standards retóricos ou enunciados performativos⁴⁶².

Portanto, para Streck, a fundamentação das decisões assume papel de grande relevo no Estado Democrático de Direito, não por ser simplesmente um dever do aplicador do direito, mas sim por se tratar de um direito fundamental de todo jurisdicionado⁴⁶³.

⁴⁶² STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/2308/1623>. Acesso em: 29 de nov. de 2013.

⁴⁶³ A questão relativa à fundamentação, à proteção do texto legislativo e também ao casuísmo decisório, ainda que sob outro viés, qual seja o da Retórica Constitucional, foi bem visualizada também por João Maurício Adeodato na seguinte passagem: “Assim a questão passa a ser como proteger o legislativo e o texto, seu produto. Não se pode voltar a Bugnet ou Demolombe. Só que o constrangimento a fundamentar, componente essencial do Estado democrático e das funções do judiciário, não parece ser levado muito a sério, mormente nas últimas instâncias. (...)”

A estratégia política do judiciário tem sido casuística, na medida em que as fundamentações têm variado a ponto de ser difícil seguir um vetor qualquer de racionalidade para unificação da jurisprudência em geral, aí incluída a jurisdição constitucional. Pode ter relação com esse contexto o fato de o modelo de escolha dos membros do Supremo Tribunal Federal ser semelhante ao europeu, também conservador: o tribunal constitucional é escolhido pelo executivo e chancelado pelo legislativo, o que traz um caráter notoriamente político à cúpula do judiciário, como se vê dos recentes desdobramentos no Brasil. E nem é apenas constitucional.

O problema da jurisdição constitucional brasileira, nesses tempos de transição, parece ser: o judiciário nem vê o texto ontologicamente, como ícone do objeto, e o vincula a uma interpretação pretensamente fixa, como na exegese francesa da transição do século XVIII para o XIX, nem o concretiza por via de um projeto e de procedimentos hermenêuticos específicos. Tem os defeitos da reificação racionalista e os do casuísmo irracionalista: concepção reificadora, trato casuístico, uma esdrúxula incompatibilidade estratégica. Esse jurisdição vem constituindo a parte mais significativa da retórica constitucional no Brasil. (In: ADEODATO, João Maurício, **A retórica constitucional – sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 210-211).

Tudo quanto foi exposto, notadamente no que se refere à adequada fundamentação, de tão relevante, motivou a inserção do artigo 489, CPC/15, o qual diz o óbvio, até porque o óbvio, por vezes precisa ser dito: a fundamentação tem que ser exaustiva, coerente e adequada, demonstrando os porquês da aplicação ou não de precedentes e posições pretéritas. Com efeito, eis o que dispõe o artigo 489, § 1º⁴⁶⁴, do Novo Código de Processo Civil⁴⁶⁵, o qual, saliente-se mais uma vez, explicita aquilo que nos parece implícito⁴⁶⁶.

Diante desse quadro, pode-se afirmar que o entendimento da lei e sua interpretação são experiências realizadas, segundo Gadamer, num mesmo momento: a *applicatio*. Assim, conquanto o ato interpretativo seja produtor de sentido (e não reprodutor, simplesmente), o intérprete não o cria (ou não deve fazê-lo) ao seu ‘bel-prazer’, pois essa produção sofre os reflexos da linguagem e da historicidade, mesmo porque a interpretação moderna é pautada por uma fusão de horizontes.

Daí a relevância da hermenêutica filosófica, e, por consequência da CHD. Não se sustenta o subjetivismo e o intérprete deve, assim, suspender seus pré-juízos, para efeito de compreender adequadamente o texto normativo objeto de interpretação. O magistrado não é, nem deve ser, um autômato, porém não é livre para não poder corromper o texto de uma lei aprovada pelo parlamento de maneira democrática, notadamente se antes não for declarada a sua inconstitucionalidade ou não recepção, pelas vias jurídicas existentes⁴⁶⁷.

⁴⁶⁴ Mudanças redacionais e até de numeração do dispositivo podem ocorrer a partir de eventual aprovação e sancionamento.

⁴⁶⁵ Eis o dispositivo: §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limita à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo; II – empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o órgão jurisdicional deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada.

⁴⁶⁶ TOVAR, Leonardo Zehuri. **Levando o planejamento tributário a sério** - não existe planejamento de prateleira: a impensável equiparação entre texto e norma, Revista Tributária e de Finanças Públicas, vol. 119/2014, p. 259, Nov 2014.

⁴⁶⁷ “Tenho ouvido em palestras e seminários que ‘hoje possuímos dois tipos de juízes’: aquele que se ‘apega’ à letra fria (sic) da lei (e esse deve ‘desaparecer’, segundo alguns juristas) e aquele que julga conforme os ‘princípios’ (esse é o juiz que traduziria os ‘valores’ – sic – da sociedade, que estariam ‘por baixo’ da ‘letra fria da lei’). Pergunto: cumprir princípios significa descumprir a lei? Cumprir a lei significa descumprir princípios? Existem regras (leis ou dispositivos legais) desindexados de princípios? Cumprir a ‘letra da lei’ é dar mostras de positivismo? Mas, o que é ser um positivista? Permito-me explicar melhor

Isto porque, arremata-se, ao não ser aposto de forma inequívoca a inconstitucionalidade do texto de lei, ocorrerá sem sombra de dúvidas um deslocamento do ato de decisão, que, se antes estava direcionado ao juiz boca da lei (positivismo primitivo), agora passará ao julgador solipsista, em franco dismantelamento do sistema jurídico construído pelas vias democráticas. Portanto, tal como anteviu a doutrina:

a) apegar-se à letra da lei pode ser uma atitude positivista... ou pode não ser, depende do modo como entendemos a linguagem; b) do mesmo modo, não apegar-se à letra da lei pode caracterizar uma atitude positivista ou antipositivista (ou, se quisermos, pós-positivista ou não positivista); c) por vezes, ‘trabalhar’ com princípios (e aqui vai, mais uma vez, meu libelo contra o panprincipiologismo que tomou conta do ‘campo’ jurídico de ‘terrae brasilis’) pode representar uma atitude (deveras) positivista; d) utilizar os princípios para contornar a Constituição ou ignorar dispositivos legais – sem lançar mão da jurisdição constitucional (difusa ou concentrada) ou de uma interpretação que guarde fidelidade à Constituição – é uma forma de prestigiar tanto a irracionalidade constante no oitavo capítulo da TPD de Kelsen, quanto homenagear, tardiamente, o positivismo discricionário de Herbert Hart (e de seus sucedâneos mais radicais, como os ‘neoconstitucionalismos’)⁴⁶⁸.

Essa contribuição já é importante se for lembrado que a irracionalidade das decisões judiciais é um grave problema, mesmo porque não é viável sustentar que a interpretação é um ato de vontade, como fazem muitos, talvez por desconhecimento da teoria kelseniana e também porque, no cotidiano forense brasileiro, vê-se uma preocupação voltada ao atendimento de metas⁴⁶⁹, algo que reserva à tão relevante instituição, pouco a

isso: por vezes, cumprir a ‘letra da lei’ é um avanço considerável. Lutamos tanto pela democracia e por leis mais democráticas...! Quando elas são aprovadas, segui-las é nosso dever. Levemos o texto jurídico – quando este estiver conforme a Constituição – a sério, pois! E, por favor, que não se venha com a velha história de que ‘cumprir a letra ‘fria’ (sic) da lei’ é assumir uma postura positivista...! Aliás, o que seria essa ‘letra fria da lei’? Haveria um sentido em-si-mesmo da lei? Na verdade, confundem-se conceitos. As diversas formas de positivismo não podem ser colocadas no mesmo patamar e tampouco podemos confundir uma delas (ou as duas mais conhecidas) com a sua superação pelo e no interior do paradigma da linguagem”. (STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 49).

⁴⁶⁸ STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 137.

⁴⁶⁹ Como exemplo, eis as metas do ano de 2009: “1. Desenvolver e/ou alinhar planejamento estratégico plurianual (mínimo de 05 anos) aos objetivos estratégicos do Poder Judiciário, com aprovação no Tribunal Pleno ou Órgão Especial. 2. Identificar os processos judiciais mais antigos e adotar medidas concretas para o julgamento de todos os distribuídos até 31/12/2005 (em 1º, 2º grau ou tribunais superiores). 3. Informatizar todas as unidades judiciárias e interligá-las ao respectivo tribunal e à rede mundial de computadores (internet). 4. Informatizar e automatizar a distribuição de todos os processos e recursos. 5. Implantar sistema de gestão eletrônica da execução penal e mecanismo de acompanhamento eletrônico das prisões provisórias. 6. Capacitar o administrador de cada unidade judiciária em gestão de pessoas e de processos de trabalho, para imediata implantação de métodos de gerenciamento de rotinas. 7. Tornar acessíveis as informações processuais nos portais da rede mundial de computadores (internet), com andamento atualizado e conteúdo das decisões de todos os processos, respeitado o segredo de justiça. 8. Cadastrar todos os magistrados como usuários dos sistemas eletrônicos de acesso a informações sobre pessoas e bens e de comunicação de ordens judiciais (Bacenjud, Infojud, Renajud). 9. Implantar núcleo de controle interno. 10. Implantar o processo eletrônico em parcela de suas unidades judiciárias”. CONSELHO

pouco, o papel de cumprimento de estatísticas. Daí, mais uma vez, a relevância de uma teoria da decisão capaz de construir as condições para evitar que a jurisdição constitucional (ou o poder dos juízes) se sobreponha ao próprio direito, mesmo porque o direito não é – e não pode ser – aquilo que os tribunais dizem que é⁴⁷⁰.

Relevante, por isso, a contribuição de Ronald Dworkin, autor que critica e não aceita a discricionariedade judicial e, para tanto, afirma a necessidade de uma coerência de princípios componentes da integridade moral de uma comunidade, desenvolvendo aquilo que denominou de Direito como Integridade.

Observa-se, desta sorte, que no contexto brasileiro detém grande destaque a doutrina de Lenio Luiz Streck, autor que, como dito e redito, através da promoção de uma simbiose entre as teorias de Gadamer e Dworkin, tendo como parâmetro o Constitucionalismo Contemporâneo, sustenta a possibilidade de outorga de respostas constitucionalmente adequadas. Há um evidenciamento do que se denomina de *minimum applicandi*, quando da afirmação da decisão judicial e das seis hipóteses pelas quais pode o julgador não aplicar uma lei. Confere-se ainda especial relevo à necessidade de fundamentação das decisões, direito fundamental dos mais caros ao Estado Democrático de Direito.

De mais a mais, até mesmo com o fito de atestar a importância de um “olhar hermenêutico” sobre casos concretos, convém deixar assente que o importante não é o resultado em si, mas o caminho utilizado. Uma vez mais: o relevo da teoria não está na busca por pontos de chegada, mas pelo transcurso, de forma que o que parece ser relevante, sob as luzes de um olhar hermenêutico do fenômeno, é a abertura para que o caso analisado “se mostre” tal como ele é, pois há uma premente necessidade de, ao se interpretar um texto, deixar que ele lhe diga algo, porquanto, ainda com apoio em Gadamer:

NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Metas de nivelamento do poder judiciário 2009**: relatório final. Brasília, DF, 2010. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/metas-de-exercicios-antigos/metas-2009>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

⁴⁷⁰ Uma reflexão doutrinária sobre este pormenor: “A última moda do momento é transferirmos o nosso destino e o nosso exercício da cidadania para o Supremo Tribunal Federal sob a desculpa da incapacidade dos cidadãos brasileiros de exercerem a sua cidadania”. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, política e filosofia**: contribuições para uma teoria discursivo da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 74).

a tarefa hermenêutica se converte por si mesma num questionamento pautado na coisa em questão, e já se encontra sempre co-determinada por esta. Assim, o empreendimento hermenêutico ganha um solo firme sob seus pés. Aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto da maneira mais obstinada e consequente possível – até que este acabe por não poder ser ignorado e derrube a suposta compreensão. Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem uma „neutralidade“ com relação à coisa nem tampouco um autoanulamento de si mesma; implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais⁴⁷¹.

Texto e norma não se confundem. O texto não contém a norma e por isso é errado dizer que ele compreende *restritivamente* ou *gramaticalmente* o conteúdo de uma posição subsistente de modo antecipado; postura igualmente equivocada se refere a certas posturas que partem de alusões a “direito alternativo” ou “princípios gerais”, para o fim de criar direito novo. Não há nada por traz do texto a ser desvelado? Alguns creem que não, outros, em extremo, acreditam que o direito é criado a partir de perigosíssimos subjetivismos, algo que descamba para uma tomada de posição fincada em uma “moral comum”, individualizada, travestida de uso retórico (no sentido pejorativo do termo) de “princípios” ditos gerais.

É impossível crer, ingenuamente, em uma revelação unívoca de sentidos e em um “sentimento do justo”, até pelo fato de que o raciocínio metodológico, antes tido instrumento de obtenção de verdades, mostra-se insuficiente, porquanto quando interpretamos já compreendemos. E mais: princípios não se confundem com valores, pois, antes mesmo de um princípio conter em seu âmago um também singular axioma, ele deve ser visto como interligado com outros que fundamentam uma comunidade política, pois compartilhados por ela. Foi por isso que se salientou que não se pode criar princípios indiscriminadamente. Princípios existem porque são historicamente pertencentes a uma dada comunidade (comum-unidade), ou ainda, por serem ligados à prática social de um direito reconhecido⁴⁷².

⁴⁷¹ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método I. **Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meures. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 358

⁴⁷² . Muitas vezes princípios são utilizados para conduzir uma decisão “justa”, por mais que isto sirva como válvula para discricionariedade. Perceberam isso, Georges Abboud e Guilherme Lunelli, ao tratarem da “justiça” ligando-a ao ativismo judicial: “(...) a grande discussão é saber, mormente em sociedades plurais como a brasileira ou norte-americana, como e quem deve definir o que é justo, certo ou errado. Isto, pois,

Ora, não se confunde a norma com o texto, porquanto aquela surge com a solução do caso, seja ele real ou não. A norma não é contida (encapsulada) na lei (no texto), muito embora seja este elemento importante e verdadeiro ponto de partida. É com a interpretação, cujo desiderato é solucionar o caso concreto (real ou não, frise-se), que surge a norma jurídica. Isto parece mais que curial!

O sentido de um texto normativo não é unívoco, muito menos detém conteúdo atemporal; a atividade interpretativa não é um trabalho que se limita a reproduzir sentido. Acrescente-se: com o movimento do giro linguístico, foi superada a metodologia positivista, e assim não se mostra viável separar a compreensão, a interpretação e a aplicação.

A atribuição de sentido, entretanto, é produtiva, mas a partir de algo. E que algo é esse? A Constituição e conteúdo fundamental. É a Constituição que guia o processo de produção de sentido, não do texto, mas da norma a ser dele e do caso extraída. Ora, o jurista, na medida em que interpreta um texto normativo, vê nesta atividade, serem operados os efeitos da história⁴⁷³.

Em tom conclusivo, a fusão de horizontes, para Gadamer, leva a uma fusão de pré-concepções e de interpretações, com o advento de uma sequência de perguntas e respostas entre aquele que escreveu um texto e aquele que lê. Logo, é verdadeira a afirmação de que, sob as bases paradigmáticas do Constitucionalismo Contemporâneo, o intérprete não simplesmente deve se preocupar com o ponto de chegada, mas com o caminho que lhe propicie a melhor construção de respostas jurídicas. E esse caminho segue as luzes da

não parece ser possível relegar o problema a uma mera questão de escolha ou de convicção pessoal do julgador, como se este fosse uma espécie de ‘senhor dos sentidos’, legitimado a, de forma individual e solipsista, impor à toda coletividade o seu senso de justiça. Nos EUA, o ativismo judicial é alvo de constantes críticas exatamente porque, naquele país, já fora compreendido que posturas ativistas, em última medida, permitem que a magistratura, sem qualquer accountability eleitoral ou fidelidade aos textos legais, imponha suas preferências políticas à sociedade. O ativismo, então, é estudado enquanto um problema de legitimidade democrática. No Brasil, entretanto, longe de discutirmos a questão, presenciamos uma constante aposta (inclusive da própria doutrina) no protagonismo e no ativismo judicial.” (ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. *Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. Diálogos entre discricionariedade e democracia*. Revista de Processo, 242 (RePro 242).

⁴⁷³ Como diz Gadamer, referindo-se ao intérprete e não propriamente ao jurista: “ele só possui uma tal consciência porque é histórico. Ele é seu futuro, a partir do qual ele se temporaliza em suas possibilidades. Todavia, o seu futuro não é o seu projeto livre, mas um projeto jogado. Aquilo que ele pode ser é aquilo que ele já foi”. In: GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**. Petrópolis: Vozes, 2008, vol. II, p. 143.

Constituição⁴⁷⁴, diploma que é, invariavelmente, o ponto de partida e de chegada para qualquer teoria que tenha em mira receber a pecha de coerente.

⁴⁷⁴ Constituição é verdadeira fonte de *consenso social*, ou, nas palavras da doutrina de Cynara Monteiro Mariano: “A partir da declaração francesa, a legitimidade passou a significar o exercício do poder, em nome do povo, segundo uma constituição que contivesse um conteúdo valorativo mínimo: a proteção à liberdade dos indivíduos e mecanismos para a contenção dos abusos estatais. O seu significado, contudo, teria adquirido maior importância no cenário político com o segundo pós-guerra e o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, que, apesar de ter-se limitado apenas aos fatos relacionados com os crimes de guerra, constatou a natureza criminosa do regime nazista e, por via de consequência, a ilegitimidade do sistema normativo por ele instalado, o que serviu de alerta para a necessidade de estabelecer a distinção entre as categorias da legalidade e da legitimidade, diversamente do que sustentava o formalismo jurídico de Kelsen. (...) A partir de então, os conceitos positivistas, no tocante à identificação da legalidade com a legitimidade, perderam força, enfraquecendo-se ainda mais com o advento do Estado Social, pois, com esse, as leis passaram a veicular prestações sociais, desencadeando o surgimento de uma racionalidade já não mais formal, correspondente ao Estado Liberal, mas material. Ou seja, a racionalidade do direito passou a vincular-se a objetivos de bem-estar social, equidade, ou a uma ética determinada, ou, no dizer de Luigi Ferrajoli, com a expansão do paradigma constitucional presente no constitucionalismo da atualidade, houve uma verdadeira mudança de fundamento de validade das normas jurídicas, que não valem mais somente em virtude de sua conformação com o procedimento de elaboração, mas também porque guardam correspondência, de conteúdo, com os valores e princípios constitucionais”. (In: MARIANO, Cynara Monteiro. **Legitimidade do Direito e do Poder Judiciário**. Neoconstitucionalismo ou Poder Constituinte Permanente? Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010. p. 3-4).

5. A IMPORTÂNCIA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO NA BUSCA POR RESPOSTAS CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADAS.

Como bem se sabe, para que o Estado desempenhe sua função jurisdicional de modo eficaz, subsistem normas materiais e processuais existentes, criadas pelo legislador. Sua obediência condiz com o conceito de Estado Democrático de Direito, cujas balizas se encontram previstas na Constituição da República de 1988, diploma de hierarquia superior, que tutela direitos individuais e sociais, dentre os quais o acesso à justiça.

O Novo Código de Processo Civil surge, dentre outros, com a promessa de resgatar a crença dos jurisdicionados no Poder Judiciário, com uma preocupação nítida quanto à obtenção de decisões não arbitrárias e/ou discricionárias. Através de um brevíssimo resgate histórico, rememorando o fim do ano de 2009, foi feita a nomeação da Comissão de Juristas encarregada de elaborar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, capitaneada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux.

O grande foco era elaborar um projeto que viesse a atender aos anseios e necessidades da sociedade contemporânea, já que passados mais de 30 (trinta) anos da elaboração do Código Buzaid, que é de 1973. Com a certeza de que o Poder Judiciário vinha (e talvez continue a vir) perdendo credibilidade ao longo do tempo, tamanha a morosidade e as ineficazes reformas com vistas a solucionar este e outros problemas, o sistema processual foi modificado radicalmente no intuito claro de proporcionar aos jurisdicionados um melhor reconhecimento e realização de direitos, tanto do ponto de vista quantitativo, quanto e acima de tudo, do ponto de vista qualitativo.

Já Da exposição de motivos do NCPC, extrai-se: “(...) a preocupação em se preservar a forma sistemática das normas processuais, longe de ser meramente acadêmica, atende, sobretudo, a uma necessidade de caráter pragmático: obter-se um grau maior de funcionalidade⁴⁷⁵”. Claro que há críticas! Isso é curial, mormente porque se veem juristas

⁴⁷⁵ BRASIL. Lei nº 13.015, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar 2015. p. 1. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/-CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 17 mar. 2017.

que enxergam que o novo diploma processual se baseou em experiências puramente individuais, sem bases científicas⁴⁷⁶.

Todavia, crê-se que se a interpretação e o entendimento do Código receberem um tratamento *hermenêutico*, não de um ou outro dispositivo de forma isolada, mas do *conjunto da obra*, de forma sistêmica e orgânica, será viável compreender e aplicar de forma mais adequada as premissas e as normas fundamentais nele inseridas. Principalmente porque se acredita que o presente diploma legislativo assume um viés bem mais democrático⁴⁷⁷ que o anterior, o que é digno de aplausos.

De forma a sistematizar melhor o que pretende se expor, o CPC/15, quando ainda na época de sua elaboração via anteprojeto, que fora apresentado em meados de 2010 pela Comissão de Juristas, possuía, segundo se observa, cinco proeminentes objetivos⁴⁷⁸: (1º) estabelecer um diálogo mais próximo da lei processual com a Constituição Federal⁴⁷⁹;

⁴⁷⁶ A respeito: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Uma histórica luta contra o novo CPC: parte I. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/-2015-fev-28/costa-machado-historica-luta-cpc-parte>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

⁴⁷⁷ “Uma grande inovação no Novo Código de Processo Civil é a de conceber um novo formalismo que se adeque às diretrizes do processo democrático, de modo a evitar que as formas processuais sejam estruturadas e interpretadas em dissonância com os ditames contenciosos do modelo constitucional de processo”. (THEODORO JUNIOR, Humberto et. al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Lei 13.105, de 16.03.2015. 2. ed. São Paulo: Gen-Forense, 2015. p. 25 “Leituras isoladas de dispositivos e institutos, alheias às premissas fundamentais, tendem a ser equivocadas e conduzir a resultados práticos inaceitáveis.”).

⁴⁷⁸ Segundo se vê da exposição de motivos: “Assim procedeu a Comissão de Juristas que reformou o sistema processual: criou saudável equilíbrio entre conservação e inovação, sem que tenha havido drástica ruptura com o presente ou com o passado. Foram criados institutos inspirados no direito estrangeiro, como se mencionou ao longo desta Exposição de Motivos, já que, a época em que vivemos é de interpenetração das civilizações. O Novo CPC é fruto de reflexões da Comissão que o elaborou, que culminaram em escolhas racionais de caminhos considerados adequados, à luz dos cinco critérios acima referidos, à obtenção de uma sentença que resolva o conflito, com respeito aos direitos fundamentais e no menor tempo possível, realizando o interesse público da atuação da lei material. Em suma, para a elaboração do Novo CPC, identificaram-se os avanços incorporados ao sistema processual preexistente, que deveriam ser conservados. Estes foram organizados e se deram alguns passos à frente, para deixar expressa a adequação das novas regras à Constituição Federal da República, com um sistema mais coeso, mais ágil e capaz de gerar um processo civil mais célere e mais justo”. (BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto. Brasília, DF: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2016).

⁴⁷⁹ “O uso de princípios na aplicação do Direito no Brasil veio se tornando práxis comum desde a Constituição de 1988. Todos os ramos do Direito, a partir do Texto Maior, passaram a ser compreendidos em uma perspectiva que vai além das regras jurídicas, mas que abarca também princípios, tidos igualmente como normas. O Novo CPC evidencia essa tendência ao conferir grande importância aos princípios fundamentais do processo, característica visível não apenas nos primeiros artigos, mas, na verdade, em todo o texto, especialmente quando se percebe que o conteúdo destes princípios servirá de premissa interpretativa de todas as técnicas trazidas na nova legislação. Assim, a nova lei institui um verdadeiro sistema de princípios que se soma às regras instituídas e, mais do que isso, lhes determina uma certa leitura, qual seja, uma leitura constitucional do processo (ou embasada no processo constitucional democrático),

(2º) promover um ambiente mais adequado para que o juiz pudesse proferir suas decisões de forma mais próxima e afeta à realidade fática que subjaz o caso; (3º) simplificar alguns subsistemas, como, por exemplo, o recursal, facilitando o acesso aos tribunais, inclusive com a eliminação de jurisprudência defensiva impeditiva do acesso à justiça em sentido lato; (4º) promover maior celeridade às soluções que se almejam; e, por fim (5º) fornecer maior organicidade ao sistema, garantindo uma maior coesão.

Estes cinco objetivos, espalhados por diversas regras constantes do Código aprovado, sem margem de dúvida, se compreendidos adequadamente – segundo os aportes hermenêuticos que foram e serão apresentados – podem direcionar a busca por respostas adequadas à Constituição. A ideia é, portanto, explicar porque o processo, visto pela matriz teórica da hermenêutica, pode ser melhor compreendido do ponto de vista qualitativo, algo que auxiliará sobremodo o ato de decidir, estancando decisões discricionárias, não condizentes com o *locus* filosófico que se presente no atual paradigma processual.

Entende-se que o CPC/15, deve ser visto como o diploma novo que é, deixando para trás posturas existentes no antigo Código e que não se mostram compatíveis com o viés democrático que este atual possui. Olhar o Código a partir da Constituição Republicana, esse o convite! Portanto, passa-se a dizer por que se compreende, organicamente falando, que o Código e seu viés democrático, acolhem um novo viés hermenêutico para a dogmática processual civil brasileira.

5.1. O ACOLHIMENTO DE UM NOVO VIÉS HERMENÊUTICO PELA DOGMÁTICA JURÍDICA.

O objetivo aqui neste tópico é demonstrar, a partir de uma escrita ancorada na hermenêutica, como a nova legislação processual civil pode, se bem concretizada, ajudar na busca por respostas constitucionalmente adequadas e que, acima de tudo, valorizem o caso concreto.

tendo como grandes vetores o modelo constitucional de processo e seus corolários, devido processo legal (formal e substantivo) o contraditório – em uma versão dinâmica (art. 10, Novo CPC), a ampla defesa e uma renovada fundamentação estruturada e legítima das decisões judiciais (art. 489, Novo CPC)”. (THEODORO JUNIOR, Humberto et. al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Lei 13.105, de 16.03.2015. 2. ed. São Paulo: Gen-Forense, 2015. p. 46-47);

Ora, se o Estado Constitucional é aquele que, dentre tantos objetivos, garante segurança às relações jurídicas e combate arbitrariedades, a busca por respostas judiciais constitucionalmente adequadas é verdadeiro direito fundamental e, porque não, condição de possibilidade para a busca de uma decisão bem construída.

Isto porque, compreende-se que o Estado Constitucional é aquele que se justifica e aí a importância da fundamentação jurídica constitucionalmente adequada. Portanto, um ponto crucial é: na democracia contemporânea, pelo estabelecimento de um controle público da Jurisdição, em que rejeitado o ato de vontade dos intérpretes institucionais, qual a influência que as decisões passadas devem ter sobre os juízes?

É a partir disso que o texto do Novo CPC, ao que se crê, afigura-se relevante. Parte-se, pois a demonstrar como a má-fundamentação contribui para o esquecimento do caso concreto. Em momento sequencial, explica-se as razões pelas quais se reputa o novo diploma processual, em vários de seus dispositivos exemplificativamente listados, oferta uma contribuição voltada à confecção de decisões constitucionalmente adequadas.

5.1.1. A hermenêutica filosófica, a subjetividade do agente decisor e a proeminência do caso concreto.

A denúncia de um dos problemas propostos – a subjetividade e porque não, a arbitrariedade decisória – pode ser feita através de Ernst Kantorowicz, autor que em obra lançada na década de 1950, ao tratar da teologia do Estado Medieval, valeu-se de uma metáfora: a dos *Dois Corpos do Rei*. Segundo Kantorowicz⁴⁸⁰, o soberano pode ser visto sob duas diferentes perspectivas, uma ligada à sua vida pública e outra ligada à sua vida pessoal. Por isso ele possui dois corpos, o natural, como qualquer outro ser humano e o político, este voltado ao exercício da soberania.

O primeiro – corpo natural – pode ser infantil e cometer equívocos, porquanto essencialmente humano e, assim, sujeito à paixão, à morte e a todas as deformidades que acometem os corpos naturais, ao passo que o corpo político, exatamente porque detém o poder da verdade e da legitimidade, nunca erra, é perfeito, incorruptível e imortal. Os

⁴⁸⁰ KANTOROWICZ, Ernest H. **The king's two bodies**. New Jersey: Princeton University Press, 1997, p. 3 et seq.

corpos do rei estão, diante disso, acoplados um no outro, mas não pode haver dúvida a respeito da supremacia do corpo político sobre o natural, na medida em que este é finito e aquele, espiritual, incorpóreo ou místico, pois nunca adoece, falece, tampouco falha.

Mas para que serve esta metáfora? Para informar o motivo pelo qual esta tal existência de dois corpos serviu às instâncias políticas e inglesas do século XVI, como fundamento de validade de decisões discricionárias da realeza. Se o corpo político nunca falha, irremediavelmente, até mesmo decisões de caráter bastante duvidoso eram tidas como inabaláveis, sempre sob o fundamento de autoridade de que o soberano possui inspiração divina e totalitária, e, portanto, não erra⁴⁸¹.

Ao se trazer esta antiga metáfora para o cotidiano forense, de igual modo, pode-se antecipar que os direitos (ou a definição deles) não pode depender de escolhas subjetivas, pessoais ou políticas do juiz, sob pena de retrocedermos séculos, tal como também ilustra a passagem contida nas Ordenações Filipinas, especificamente Livro III, Título LXVI⁴⁸², em especial na parte em que vem a tratar das sentenças definitivas. Ei-lo:

[o juiz] tem que proferir “... a sentença ‘definitiva’, segundo o que achar ‘alegado’ e comprovado de ‘uma’ parte e da outra, ainda que lhe a consciência ‘dite’ outra ‘coisa’, e ‘ele’ saiba a verdade ser em contrário do que no feito ‘for’ provado; *porque somente ao Príncipe, que não reconhece superior, ‘é’ outorgado ‘por’ Direito, que julgue segundo sua consciência.*”

Perceba-se a importância da passagem. O que dela se extrai é que o julgador comum está sujeito a falhas e não pode extrapolar o conteúdo dos autos, mas o Príncipe, por ser o equivalente ao Estado ou mesmo ao corpo político do rei, para efeito de ser lembrada a metáfora anterior, na medida em que a nada, nem a ninguém se submete, afora sua vontade, pode julgar segundo seu individual sentimento do “justo”, sem maior controle

⁴⁸¹ Valendo-se e comentando esta mesma metáfora, Georges Abboud, afirma: “Por meio dos dois corpos do rei, Kantorowicz identifica fundamento teológico no ato do poder. Tanto assim é que, não obstante, a teoria dos dois corpos ser criação do direito medieval inglês, Kantorowicz associa a ideia dos dois corpos à figura de Jesus Cristo, uma vez que, as religiões monoteístas até o cristianismo não continham intermediação direta entre o humano e o divino. Assim, somente com Cristo é que surge um ponto entre Deus e os homens. Até então, os homens e Deus ficavam em planos separados. Com a figura de Cristo se completam os dois corpos o divino e o mortal: o divino que renasce mesmo depois da morte porque infinito e o físico que é mortal que recebe todos os sofrimentos impostos pelos homens”. (ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 454).

⁴⁸² <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p667.htm>

ou possibilidade deste. É o equivalente à famosa frase, tão propagada infelizmente: *O direito é aquilo que as Cortes Superiores dizem que é!*

Não se duvide deste pernicioso cenário, muito menos na crença desmedida que assola parcela do judiciário, quanto ao teor de tal assertiva. Muito ao contrário, essa noção de *juristocracia*, é propalada e gera efeitos e interferências, pelo judiciário, em outros poderes. Há quem sustente – aqui isto será dito em breves linhas, pois não há interesse direto no trato da temática – que o poder judiciário não só pode, como deve ser ativista, quanto mais se tal postura (de interferir e/ou adentrar na esfera de atribuições de outro poder) tiver como *pano de fundo* a concretização de direitos fundamentais, normalmente de caráter social. Como exemplo disso, Nelson Camatta Moreira afirmou o seguinte:

... será justificada a atuação da jurisdição constitucional, ainda que extrapole, razoavelmente, as funções tradicionalmente exercidas por outros poderes, observando-se, impreterivelmente, as demais conquistas do Estado de Direito como respeito aos direitos fundamentais e ao princípio republicano, fortalecedores da cidadania.

Trata-se, portanto, conforme Garapon, de um processo *natural* desenvolvido no interior de um Estado Democrático, até porque a interferência judiciária é um fenômeno possibilitado, na prática, pelos próprios políticos. O ato de legislar sofreu um processo de inflação e isso tem um rebatimento imediato no Judiciário, já que aumenta a área de atuação do mundo jurídico⁴⁸³.

São vários os argumentos que justificam a postura *ativista*⁴⁸⁴ do judiciário: 1. Psicologicamente se crê na possibilidade de tal postura quando, subjetivamente, está-se diante de um caso em que não fora adotada uma postura pessoal do intérprete/defensor do ativismo. Logo, a partir de um suposto erro na aplicação, por exemplo de uma norma legal, crê-se na viabilidade de uma pretensa *correção*, esta sim adequada a uma específica preferência moral, política, quiçá, filosófica. 2. Há uma maior facilidade (em termos de probabilidade numérica) de influenciar certo número de juízes do que todo um

⁴⁸³ MOREIRA, Nelson Camatta. **Fundamentos de uma Teoria da Constituição Dirigente**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, pp. 112-113.

⁴⁸⁴ De modo bastante resumido, até pelos objetivos do texto em questão, pode-se dizer que o ativismo é caracterizado pela ocorrência de um deslocamento do polo de tensão entre os poderes do Estado em direção ao Poder Judiciário. Como salienta a doutrina: “Sabe-se que no quadro da tripartição de funções quando qualquer deles não cumpre, com eficiência, seu papel institucional, ocorre uma compensação sistêmica que em nosso país se costuma se atribuir ao Judiciário”. NUNES, Dierle. Politização do judiciário no direito comparado: algumas considerações. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). **Constituição e processo**: entre o direito e a política. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 35.

Digna de nota ainda é a opinião de Anderson Vichinkeski Teixeira ao dizer que o ativismo judicial está diretamente relacionado com os limites possíveis entre o Direito e a Política. (Cf. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**. v. 8. jan./jun, 2012, p. 42).

parlamento. 3. Juízes são mais preparados à promoção de uma decisão “justa” do que os membros do legislativo e mais, são independentes, porquanto por serem *vitalícios* estão menos sujeitos a pressões da mídia, de grupos econômicos, de seu eleitorado, etc⁴⁸⁵.

Já aqui, pode-se denunciar um fator perigoso para a democracia, capaz de gerar fundamentações bem construídas retoricamente, mas que a bem da verdade se constituem em engodo democrático. O caso concreto pode ser muito bem esquecido, a partir da utilização de argumentos teóricos distanciados do ordenamento jurídico. Eis a preocupação com a casca, com o ornamento, que deixa de lado a qualidade e o conteúdo. Eis o *politicamente correto* se apresentando como alternativa para “corrigir” o direito, que fica fragilizado e, via de consequência, faz com que o julgador se sinta *liberado* das *amarras da legislação*, incluindo-se aqui o texto constitucional. Eis o julgador, oferecendo respostas a partir de seu individual e específico *senso de justiça*, ao passo que o jurisdicionado ficou sem aquilo que ele mais esperava: uma resposta a seu caso a partir do Direito!

Retoma-se, por via transversa, às Ordenações Filipinas. Mas se naquele momento histórico, poder-se-ia enxergar espaço para tal postura, a pergunta que fica é: hoje subsiste campo para julgamentos conforme um individual sentimento de justiça? Ou melhor: quando se vai ao judiciário, quer-se uma opinião do magistrado ou uma resposta conforme o Direito?

Já que tudo indica que não, as perguntas que decorrem a estas se ligam a como deve ser promovida a fundamentação de forma a propiciar ao cidadão uma garantia de que seu caso (e até ele próprio) não estarão situados à mercê da *subjetividade* do intérprete/julgador. Obviamente, não há como, em pleno Estado Democrático de Direito, ter fé em tal subjetividade e não na Constituição.

Logo, está errada, porque ultrapassada neste pormenor, a advertência de Calamandrei, ao que tudo indica, ainda permeada pela crença de que o ato de julgar de modo justo advém de uma virtude intrínseca à figura do julgador: “o sentimento de justiça, pelo qual,

⁴⁸⁵ Cf. TORRANO, Bruno. **Democracia e respeito à lei:** entre positivismo jurídico e pós-positivismo. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2015, p. 203 e ss.

conhecidos os fatos, se sabe de que lado está a razão, é uma *virtude inata*, que nada tem a ver com a técnica do direito⁴⁸⁶”.

Bom, o fato é que as indagações retro são pertinentes, pois hoje a retórica (no seu sentido pejorativo e não filosófico) da fundamentação por vezes confere respostas “de efeito”, bem *ornamentadas*, porém de pouco conteúdo, como adiantado. E mais que isso: fundamentar, também por várias ocasiões, transformou-se em uma indicação desmedida de ementas de julgados absolutamente desconectadas com a situação concreta da vida prática. Algo muito parecido com o que viveu Brás Cubas⁴⁸⁷, famoso personagem de Machado de Assis, em sua passagem por Portugal, quando se formou em direito. Segundo Brás, sua formação não foi sólida, longe disso, contentou-se ele, tal como se disse, com a casca, com o ornamento, decorando frases de efeito:

Não digo que a universidade me não tivesse ensinado coisa alguma; mas eu decorei-lhe só as fórmulas, o vocabulário, o esqueleto. Tratei-a como tratei o latim; embolsei três versos de Virgílio, dois de horário, uma dúzia de locuções morais e políticas, para as despesas de conversação. Tratei-os como tratei a história e a jurisprudência. Colhi de todas as coisas a fraseologia, a casca, a ornamentação.

Infelizmente, a literatura de Machado de Assis não é totalmente fictícia se a trouxermos para o dia a dia forense. São paradoxos, até porque o processo “cria discursos e afirmações tão desconectados da realidade que, entre os acontecimentos e as palavras, parece não existir vínculos em nenhum grau. Acontece que, não raras vezes, a sentença dada pelo juiz é fundamentada exclusivamente nessa produção discursiva; os fatos são ignorados, eliminados, como se nunca tivessem existido⁴⁸⁸”.

Talvez isso ocorra porque o caso concreto foi esquecido. O direito está sendo vítima de uma standardização, fundada na reprodução mecânica de decisões, como se fosse correto privilegiar a quantidade em detrimento da qualidade da prestação jurisdicional. São julgados e mais julgados “fundamentados” puramente à luz de uma transcrição desmedida de ementas, não necessariamente “aplicáveis” ao caso concreto. Isso, pode ser, decorre da evolução da internet e da facilidade de se buscar este tipo de material na rede de computadores, como bem denuncia Lenio Streck e Georges Abboud:

⁴⁸⁶ CALAMANDREI, Piero. **Eles os juízes, vistos por nós um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 149.

⁴⁸⁷ ASSIS, Machado de. **Memórias Póstumas de Brás Cubas**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

⁴⁸⁸ SILVA, Jeanne. **Sob o jugo/jogo da lei**. Uberlândia: Edufu, 2006, p. 218.

É prática recorrente – afinal não há sentença ou acórdão que assim não proceda – a mera menção de ementas de acórdãos, utilizados como pautas gerais nas decisões. Tal circunstância acarreta um enfraquecimento da força persuasiva da doutrina, deixando-se a tarefa de atribuição do sentido das leis aos tribunais, fenômeno que é retroalimentado por uma verdadeira indústria de manuais jurídicos, que colacionam ementários para servirem de pautas gerais⁴⁸⁹.

Correto, mas é interessante notar que bem antes que se sonhasse com tal possibilidade, Carlos Maximiliano foi profético ao se referir aos antigos repositórios de jurisprudência, e afirmou: “Basta a consulta rápida a um índice alfabético para ficar um caso liquidado, com as razões na aparência documentadas cientificamente. Por isso, os repositórios de decisões em resumo⁴⁹⁰, simples compilações, obtêm êxito esplêndido de livraria⁴⁹¹”.

Ainda para efeito ilustrativo, pode-se fazer alusão a José Carlos Barbosa Moreira, que, ao denunciar o que alcunhou de “preguiça” ou “comodismo” no ato de fundamentar, destacou o seguinte: “Difícilmente se concebe incentivo maior à preguiça, ou, em termos menos severos, ao comodismo do julgador, que poderá valer-se da franquia para desvencilhar-se rapidamente do estorvo de novo processo, com a pura e simples baixa de um arquivo de computador⁴⁹²”.

Os discursos “prévios” de fundamentação são perigosos, mas muito ligados à necessidade de serem proferidas decisões rápidas, capazes de solucionar não só o caso concreto sob análise, mas de antever soluções para hipóteses vindouras. Isso, porém, não será objeto de análise direta aqui.

Mas sobre o fascínio da quantidade em detrimento da qualidade, indaga-se: o que dizer da imposição de ‘metas’ pelo CNJ? São metas quantitativas, jamais qualitativas⁴⁹³, e com o objetivo de que? Ora, esvaziar as prateleiras de gabinetes, garantindo um pretenso

⁴⁸⁹ STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 78.

⁴⁹⁰ Uma crítica às decisões “fundamentadas” em outras decisões pode ser encontrada aqui: SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Compreendendo os “precedentes” no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões.** Revista de Processo. São Paulo, v. 226, Dez. 2013, p. 349.

⁴⁹¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 181.

⁴⁹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência e precedente: uma escalada e seus riscos. In: **Temas de direito processual**, nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 312.

⁴⁹³ Falar em acesso qualitativo à prestação jurisdicional não é nenhuma novidade. A expressão, por exemplo, foi empregada no estudo adiante referenciado: PEDRON, Flávio Quinaud. Reflexões sobre o “**acesso à Justiça**” qualitativo no Estado Democrático de Direito. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3525, 24 fev. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23802/reflexoes-sobre-o-acesso-a-justica-qualitativo-no-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 08/06/2016.

acesso rápido à prestação jurisdicional. Rápido, entretanto, nem sempre bom, pois há um sem número de julgados embasados em enunciados performáticos e manipulações argumentativas, cujo objetivo é propiciar um rótulo, uma “casca”, de forma a conferir uma aparência de legitimidade ao que será decidido.

José Rodrigo Rodrigues, com razão, denuncia que hoje até se faz pesquisa empírica no Brasil, mas para aferir “quantidade” de julgamentos e não “qualidade”, fatores que não podem ser separados, por razões óbvias. Eis o que afirma o autor: “a pesquisa empírica em direito raramente se volta para a fundamentação das decisões jurisdicionais. A maioria das pesquisas empíricas existentes na literatura jurídica brasileira e mundial raramente procura investigar as razões para decidir oferecidas pelos juízes, mas especificamente, as variantes interpretativas existentes⁴⁹⁴”.

Esta qualidade, tão almejada, torna-se ainda mais prejudicada pelo uso de preferências subjetivas ou valores pessoais⁴⁹⁵. É problemático para aquele que busca a resolução de seu caso e que vai ao judiciário a fim de obter respostas jurídicas, fundadas na Constituição e na lei, ver o desfecho ser pautado em uma preferência subjetiva⁴⁹⁶ do

⁴⁹⁴ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** São Paulo: FGV, 2013, p. 62

⁴⁹⁵ Lenio Luiz Streck chama de solipsista o julgador que assim age. Segundo o autor, este sujeito solipsista está ligado: “... a uma corrente filosófica que determina que exista apenas um *Eu* que comanda o Mundo, ou seja, o mundo é controlado consciente ou inconscientemente pelo Sujeito. Devido a isso, a única certeza de existência é o pensamento, instância psíquica que controla a vontade. *O mundo ao redor é apenas um esboço virtual do que o sujeito imagina, quer e decide o que é*” (STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 59).

⁴⁹⁶ A esse respeito, eis o que diz o ex-ministro do STF, Eros Roberto Grau, ao se opor à substituição da legalidade pelo que denominamos de uma justiça *politicamente correta*: “É certo que temos – o direito moderno – permanentemente em crise. Mas o que se passa agora é mais grave, porque – ao mesmo tempo em que se pretende substituir as suas regras (regras e princípios) por outras, descoladas da eficiência ou alguma distinta vantagem econômica – a sociedade como já não lhe dá mais crédito, e inúmeras vezes precipita-se na busca de uma razão de conteúdo. Essa busca nos coloca sob o risco da substituição da racionalidade formal do direito (com sacrifício da legalidade e do procedimento legal) por uma racionalidade de conteúdo construída a partir da ética (qual ética?!), à margem do direito”. (GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 17).

E mais adiante, conclui de forma bastante incisiva, citando o exemplo filosófico de Sócrates, que, como se sabe, foi condenado à morte pelo povo de Atenas, sob a acusação de não venerar os Deuses: “Embora injusta, a morte de Sócrates preserva o bem da cidade. Porque era sábio, Sócrates não foge, embora sua morte perpetrasse uma injustiça. Pois a essa injustiça correspondia, para ele, em um mesmo momento, o bem – isto é, a justiça da cidade. Ainda que entendesse que a justiça não coincidia com a injustiça da cidade, Sócrates não desejava escapar às leis da cidade. Não foge, bebe o veneno que o mata. Sabemos, porém, que embora Anito e Meleto o pudessem matar, não poderiam causar-lhe dano. Pois o direito constitui a única resposta racional possível à violência de toda a sociedade. Tanto a soberania quanto a sua lei (escrita) justificam-se em virtude da necessidade de coartar a violência natural a todos nos. É a positividade do direito que Sócrates presta acatamento ao não escapar da cidade.

Isto é necessário afirmar bem algo: os juízes aplicam o direito, os juízes não fazem justiça! Vamos à Faculdade de Direito aprender direito, não justiça. Justiça é com a religião, a filosofia, a história” (Idem, p. 19).

jugador. Claro que isto nem sempre ocorre, mas pode sim ocorrer, pois, reitere-se, há julgadores que agem como donos do sentido e isso é extremamente perigoso, como bem afirmou Francesco Ferrara: [há perigo] “de que o intérprete, deixando-se apaixonar por uma tese, trabalhe de fantasia e julgue encontrar no direito positivo ideias e princípios que são antes o fruto das suas elucubrações teóricas ou das suas preferências sentimentais⁴⁹⁷”.

Portanto, segundo as bases deste estudo, pode-se até mesmo adiantar que (i) não é possível abrir mão da qualidade das decisões – e de sua fundamentação – em prol de uma celeridade cujas causas são externas à própria atividade dos tribunais; (ii) o julgador não é um mero reproduzidor de textos legais; (iii) é absolutamente inadequado separar questões de fato e de direito, estandardizando casos, com a promoção do esquecimento do caso concreto; e, (iii) obviamente, decidir não é escolher!

Por se acreditar que muitas dessas respostas dependem ainda, para sua perfeita resolução, da fixação de um solo paradigmático, é que são ofertadas adiante, algumas considerações críticas a respeito do contributo do CPC/15 para a obtenção de respostas acordes com a Constituição.

5.1.2 O contributo do CPC/15 para a mais adequada confecção de decisões judiciais.

Foi dito e redito: o ato de decidir não é uma pura e simples escolha! Decidir é diferente de escolher, tal como adverte Henrich Rombach, o que obviamente não denota uma diferença meramente valorativa, como se o decidir fosse melhor do que o escolher. Não... trata-se de algo ligado à estrutura. Por isso: “respostas de escolha são respostas parciais; respostas de decisão são respostas totais, nas quais entra em jogo a existência inteira⁴⁹⁸”. Decisão é ato de responsabilidade política (Dworkin) e como tal, deve reconstruir a história institucional do caso concreto, o que é feito pelo conhecido relatório sentencial. A fundamentação, como direito fundamental que é (art. 93, IX, CF), constitui elemento essencial para o Estado Democrático de Direito, uma verdadeira condição de possibilidade da decisão e não uma mera justificativa de razões subjetivamente elencadas

⁴⁹⁷ FERRARA, Francesco. **Como aplicar e interpretar as leis**. Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 25

⁴⁹⁸ Decisión. In: **Conceptos fundamentales de filosofía**. KRINGS, Hermann, BAUNGARTNER, Hans Michael; WILD, Christoph (orgs.) Barcelona: Editorial Herder, 1977, v. I, p. 476-490.

para a tomada de decisão, de forma que não se pode mais dizer que o juiz primeiro “pensa” no dispositivo e depois “pensa” nos fundamentos capazes de lhe dar sustentação.

A decisão é o ato final de um processo ordenado e disciplinado sob as luzes da Constituição da República (art. 1º, NCPC/15). Aqui, entretanto, uma ressalva: o dispositivo em questão fala que o “processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República (...). Os “valores” a que o dispositivo faz alusão não podem ser vistos como “preferências”, sob pena de, como também destacado, dar margens a decisionismos (Streck). Ora, tais “valores” devem ter sido incorporados por regras jurídicas, transformando-se a complexidade indeterminada (valorativa) em complexidade determinada (programada), nos termos de feliz advertência de Marcelo Neves⁴⁹⁹.

Por certo, porém, conquanto feita a ressalva contida no parágrafo supra, o art. 1º tem uma preocupação louvável: estabelecer uma relação entre o Direito Processual e a Constituição. Claro que esta relação existe, mas não custa deixar isso ainda mais evidente! Por isso o dispositivo alude ao fato de que o legislador deve levar em conta as disposições da Carta da República de 1988, quando da feitura de novas regras. O mesmo se diga quanto à interpretação e aplicação das disposições codificadas. Devem tais, buscar estreita conformidade com a Constituição. Vale a transcrição de passagem doutrinária envolvendo o primeiro artigo do Novo CPC, justificada até por seu conteúdo didático e preocupação:

O primeiro artigo do CPC/2015 externa a preocupação do legislador no sentido de que suas disposições sejam concebidas à luz da CF/1988. O dispositivo tem função didática e relembra o intérprete de que uma lei não pode ser concebida de forma independente, desgarrada das demais normas que compõem o sistema jurídico e dos valores tutelados pela CF/1988. Nesse passo, o processo civil será regido pelo CPC/2015 e pela legislação extravagante com a qual não conflitar (como, por exemplo aquela relativa a processo de recuperação judicial, falência, locação de imóveis urbanos, etc.). A interpretação e a aplicação de suas disposições deverá ocorrer em conformidade com a CF/1988. Embora tecnicamente não houvesse necessidade de positivar a exigência de concepção de normas infraconstitucionais em conformidade com a Lei Maior, entende-se a preocupação do legislador, que se vale do artigo inaugural para externá-la e para convidar o intérprete a lembrar-se constantemente de que o exercício da hermenêutica deve levar em consideração os pilares centrais do sistema em que a norma jurídica está inserida. Fenômeno similar foi verificado no direito civil, com uma série de obras científicas que propagaram o ‘direito

⁴⁹⁹ NEVES, Marcelo. **Entre hidra e héracles**: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 40-41.

civil constitucional', no início dos anos 2000. O legislador processual civil de 2015 – provavelmente em razão de estar editando um Código que substituiria o diploma cuja vigência se iniciou no auge da ditadura militar, sob a égide da CF/1969, e que precisou, ao longo dos anos, ser concebido à luz de novos valores sociais – não perdeu a oportunidade de inserir o aludido norte interpretativo, para não pecar pelo silêncio⁵⁰⁰.

Além do mais, a decisão judicial deve respeitar a juridicidade (art. 8º, NCPC/15), observando jurisprudência e precedentes, reconstruindo assim, a história institucional do direito. Algo, entretanto, precisa ficar mais claro: quando nos valem da expressão *juridicidade* não o fizemos de modo aleatório. É que a lei não é a única fonte do direito. Não mais! Trata-se de apenas uma delas.

O Direito é conformado *no e pelo* ordenamento jurídico, no interior do qual está em posição de protagonista a Constituição da República. Por isso talvez o legislador tenha pecado, por um pequenino lapso, ao mencionar *legalidade* no artigo 8º citado, quando o mais adequado do ponto de vista técnico, seria *juridicidade*.

Outra importante advertência: embora haja alusão – ruim sob nosso sentir, como dito – ao vocábulo *legalidade*, isto não quer conduzir a um retorno à escola da exegese francesa e a seu *modus* argumentativo, interpretativo e decisório. Isso seria o mesmo que retroceder séculos e certamente este retorno ao passado distante do exegetismo não seria uma boa para um diploma que pretende ser moderno.

O que o artigo 8º almeja é que o juiz enfrente o caso em conformidade com o ordenamento jurídico, não que ele se satisfaça com a interpretação literal. Esta é a correta interpretação do dispositivo, ou ainda, esta é a norma que se extrai do texto contido no artigo em comento.

A juridicidade, tampouco confere discricionariedade. Julgar com o ordenamento pressupõe respeito à lei, que só pode deixar de ser aplicada se e quando for declarada inconstitucional, de forma fundamentada. Uma vez mais: juridicidade pressupõe respeito aos precedentes e à jurisprudência dos tribunais, tanto assim que os órgãos jurisdicionais possuem responsabilidade política e devem decidir levando em conta a história

⁵⁰⁰ CÂMARA, Helder Moroni (coord.). **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 21-22.

institucional do direito, consagrada em precedentes relacionados com a questão em julgamento, atentos, pois, aos reclames do artigo 926, CPC.

É o que a doutrina de Lucas Buril de Macêdo chama de autorreferência⁵⁰¹. Trata-se tal atributo de um elemento fundamental para o bom funcionamento dos precedentes judiciais. Há a necessidade de que o magistrado, mesmo quando objetive a superação do precedente (*overruling*), dialogue como o mesmo para, se for o caso, o desconsiderar, obviamente mediante fundamentação clara, precisa, congruente e exaustiva. A autorreferência, diante disso, constitui dever específico de fundamentação, que denota a necessidade de o Judiciário levar em consideração as decisões antecedentes. Ou seja: não pode o julgador se sentir como uma espécie de ‘marco zero’⁵⁰², de forma a decidir algo sem levar em conta o que lhe antecede.

Por isso, a redação do art. 926 do NCPC/15 afirma, por exemplo, que os órgãos jurisdicionais têm o dever de decidir, sem deixar de levar em consideração os precedentes relacionados com a questão jurídica posta a julgamento. Retomaremos este dispositivo em breve.

Também atento à necessária qualidade da prestação jurisdicional o art. 9º do Novo Código de Processo Civil, consagra a necessidade de um contraditório pleno⁵⁰³. Isto porque, a parte detém o direito fundamental de (i) ser ouvido e de poder influenciar o julgador em seu convencimento; e, dentre outros (ii) de impugnar as decisões judiciais, a partir de um debate franco, que não cause surpresas, com novos fundamentos não discutidos.

⁵⁰¹ MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 267-271.

⁵⁰² Cf. SCHAUER, Frederick. Precedent. **Stanford Law Review**, v. 39, 1987, p. 580-581. DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 109. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial**. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Direito jurisprudencial. São Paulo: RT, 2012, p. 105

⁵⁰³ Cf. NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e policentrismo – Horizontes para a democratização processual civil**. Belo Horizonte: tese, 2008, pp. 171-176. NUNES, Dierle. **O recurso como possibilidade jurídica discursiva do contraditório e ampla defesa**. Puc-Minas, 2003; NUNES, Dierle. O princípio do contraditório, **Rev. Síntese de Dir. Civ. e Proc. Civil**. v. 5. n. 29. p. 73-85, Mai-Jun/2004; NUNES, Dierle, THEODORO JR, Humberto. Princípio do contraditório. **RePro** 168. Nunes, Dierle. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2008.

Equivale afirmar: a cláusula constitucional do contraditório precisa ser vista como “direito de ser ouvido”, algo muito mais proeminente que o mero “direito de falar”. Não por outra circunstância que na língua inglesa o contraditório é denominado de *right to be heard* (que equivale a direito de ser ouvido)⁵⁰⁴.

Tem-se aqui mais um zelo do legislador infraconstitucional, mesmo que, a bem da verdade, fosse desnecessário afirmar tal necessidade, pois o contraditório (efetivo e pleno) decorre da presença de um direito fundamental amplamente consagrado. Porém, o cuidado nunca é demais, como bem lembrado em sede doutrinária:

no Brasil, onde nosso ordenamento se alicerça sobre uma Constituição fundada sobre princípio e valores humanitários, como a dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito, e que conta com um capítulo tão generoso de direitos fundamentais, desencadear a força normativa da Lei Fundamental e projetá-la sobre todos os setores da vida humana e do ordenamento jurídico torna-se essencial, para quem se preocupe com a promoção da justiça substantiva. Ao invés da rejeição da dogmática jurídica, e da busca da Justiça fora do direito positivado, que tantos perigos encerram, parece uma estratégia muito mais segura e inteligente a aposta na força normativa da Constituição como instrumento de emancipação social⁵⁰⁵.

Como dito, um cuidado, talvez até pleonástico a se considerar a magnitude da Carta Republicana e sua função de ser uma norma-programa para interpretação e aplicação do direito. Entretanto, no plano prático tal zelo se justifica, afinal, conquanto seja direito fundamental, o contraditório era observado, no processo judicial, por um viés formal. Em outros termos: tinham as partes o “direito de falar”, mas seu “direito de ser ouvido” era bem menos respeitado.

Tome-se como exemplo, por todos, o julgamento do STJ tomado em meio ao AgRg no REsp 1502984/CE, rel. Min. Humberto Martins, j. em 17/03/2015. Nele fora repetido algo que atormenta os advogados de uma maneira geral – a frase de que o judiciário não é obrigado a responder um a um os argumentos ofertados pela parte. Transcreve-se:

sabido que o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu.

⁵⁰⁴ FERRAND, Frédérique. **Ideological background of the Constitution, Constitutional rules and Civil Procedure**. Seul: IAPL, 2014, p. 10.

⁵⁰⁵ SARMENTO, Daniel. A normatividade da Constituição e a constitucionalização do direito privado. In: **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, 2003, pp. 278-279.

Por essas e por outras que se mostra relevante a inserção do dispositivo no Código de Processo Civil de 2015. Afinal, se não se faz uma leitura constitucionalmente adequada de normas infraconstitucionais, que se peque pelo excesso:

*o contraditório constitui uma verdadeira garantia de não surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em ‘solitária onipotência’ aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes. Ocorre que a decisão de surpresa deve ser declarada nula, por desatender ao princípio do contraditório. Toda vez que o magistrado não exercitasse ativamente o dever de advertir as partes quanto ao específico objeto relevante para o contraditório, o provimento seria invalidado, sendo que a relevância ocorre se o ponto de fato ou de direito constituiu necessária premissa ou fundamento para a decisão (*ratio decidendi*). Assim, o contraditório não incide sobre a existência de poderes de decisão do juiz, mas, sim, sobre a modalidade de seu exercício, de modo a fazer do juiz um garante da sua observância e impondo a nulidade de provimentos toda vez que não exista a efetiva possibilidade de seu exercício. [...] Para a demonstração cabal do atual perfil participativo que o princípio possui em sua releitura democrática, faz-se necessária a análise pormenorizada do já aludido fenômeno intitulado “decisão de surpresa” [...] que atribui a nulidade de decisões fundadas sobre a resolução de questões de fato e de direito não submetidas à discussão com as partes e não indicadas preventivamente pelo juiz⁵⁰⁶.*

O dispositivo em questão (o 9º supra) está ainda, intimamente ligado com outro, subsequente, o 10º: “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. Trata-se de verdadeira garantia da possibilidade de influência, elemento norteador de debates sobre o desenvolvimento do conteúdo que será objeto da vindoura decisão de mérito, tudo com vistas a promover a melhora qualitativa das decisões, sob as luzes de um contraditório participativo, para ser utilizada a expressão de Dierle Nunes⁵⁰⁷.

Aqui, de igual modo, destaca-se uma outra atitude caprichosa e cuidadosa do legislador infraconstitucional. A garantia da não surpresa também decorre dos direitos fundamentais ao contraditório substancial e à segurança jurídica, de maneira que, ao menos desde o advento da Constituição da República de 1988, já deveria ser compreendido que é vedado

⁵⁰⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle Coelho. Princípio do contraditório: tendências de mudança da sua aplicação. **Revista da faculdade de direito do sul de minas**. Pouso Alegre. ano XXV. n. 28. Jan/Jun. 2009. p. 177-206.

⁵⁰⁷ NUNES, Dierle. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

ao magistrado prolatar decisões surpresa (leia-se em seu sentido lato sensu), sob pena de serem jogados ao relento a colaboração e o diálogo processual.

Viu-se que contraditório significa antes de tudo ser ouvido, influir na decisão. Por isso é tão importante que o debate processual e que o direito envolvido seja *levados a sério*. O Tribunal Português em recente julgamento, já sob o crivo do Novo CPC de lá, deu a devida proeminência ao direito fundamental ao contraditório, na forma ampla ora sustentava. Veja-se:

Os princípios do contraditório e da igualdade de armas são reflexos do princípio geral da igualdade das partes, através dos quais o legislador procurou garantir às partes idênticos meios e oportunidades, na defesa dos seus interesses, facultando a sua audição no processo antes de proferida qualquer decisão — salvo em caso de manifesta desnecessidade, quer para contraditarem qualquer alegação da parte contrária, quer para obstar a decisões-surpresa. II - Está vedado ao STJ pronunciar-se sobre o juízo fáctico do Tribunal da Relação, salvo em caso de ofensa de uma disposição expressa de lei que exija certa espécie de prova para a existência do facto ou que fixe a força de determinado meio de prova. III - O legislador ampliou o âmbito de aplicação da renovação dos meios de prova e transformou o que constituía uma faculdade, conferida aos juízes da Relação, num dever, impondo a obrigatoriedade de renovação dos meios de prova sempre que se verifiquem dois pressupostos: (i) existência de dúvidas sérias sobre a credibilidade do depoente; (ii) existência de dúvidas sérias sobre o sentido do seu depoimento. IV -Do acórdão recorrido não transparece que, na apreciação da impugnação da decisão fáctica, se tivesse suscitado qualquer dúvida acerca da credibilidade ou sentido do depoimento da testemunha N, razão pela qual não se verificam os pressupostos necessários à renovação de prova, constantes do art. 662.º, n.º 2, al. a), do NCPC (2013).V -Mesmo que nem sempre as provas permitam alcançar a verdade material, não pode, porém, o tribunal abster-se de julgar com fundamento na dúvida insanável, pelo que – em situação de dúvida insuperável – é necessário fazer intervir as regras da repartição do ónus da prova. 08.01.2015. Revista 780/11.8TVLSB.L1.S1 7.ª Secção Fernanda Isabel Pereira (Relatora) Pires da Rosa Maria dos Prazeres Beleza. Grifo nosso.

Outra não foi a posição do Superior Tribunal de Justiça, quando correlacionou o princípio em análise à boa fé objetiva, como bem se vê do trecho da ementa, oriunda do julgamento do REsp 1306463/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 04/09/2012, DJe 11/09/2012: “É imperiosa a proteção da *boa-fé objetiva* das partes da relação jurídico-processual, em atenção aos *princípios da segurança jurídica, do devido processo legal e seus corolários - princípios da confiança e da não surpresa* - valores muito caros ao nosso ordenamento jurídico”.

De mais a mais, há outro artigo que pode consagrar o que parece ser o óbvio ululante, mas que tem grande relevo, porquanto não há fundamentação adequada do ponto de vista constitucional se a sentença “se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicitar sua relação com a causa ou questão decidida” (art. 489, § 1º, I, NCPC/15). Muito menos será qualitativamente bem-vinda a decisão que emprega conceitos indeterminados ou cláusulas gerais⁵⁰⁸ (art. 489, § 1º, II, NCPC/15), sem um enfrentamento específico das particularidades de uma dada situação apresentada.

Equivale dizer: a facticidade do caso ganha relevo! A expectativa, então, é o que juiz não se valha da abertura do conceito legal como subterfúgio para apor sua eventual e incondizente prática decisionista, mas sim que ele tenha em mira essa abertura e construa a norma no caso concreto, a partir de todas as suas especificidades.

Reprovável, igualmente, é a adoção de motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão (art. 489, § 1º, III, NCPC/15). Estas são bem comuns, infelizmente. Ora, é curial afirmar que o agente decisor tem que dizer o motivo pelo qual, por exemplo, nega ou concede uma liminar. Mais uma vez a necessidade de enfrentamento da facticidade do caso.

Um dos pontos de grande prestígio a ser destacado no art. 489, § 1º, NCPC/15 é a obrigação de o juiz examinar todos os argumentos deduzidos, o que se encontra no inciso IV do dispositivo, lido sem que olvide do que dispõem os arts. 10 e 926, do mesmo Código. Cai por terra, felizmente, ao menos em teoria, aquela reiterada jurisprudência que afirma que o órgão julgador não é obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que fora apresentada, devendo apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução⁵⁰⁹. Igualmente soterrada, espera-se, a famosa decisão que diz que “não cabe ao tribunal, que não é órgão de consulta, responder a ‘questionários’ postos pela parte sucumbente⁵¹⁰”.

⁵⁰⁸ Lembrando que nos conceitos jurídicos indeterminados existe indeterminação no conceito vago utilizado pelo legislador, contudo as consequências jurídicas são determinadas desde logo. Por outro lado, nas cláusulas gerais subsiste indeterminação tanto na definição do suporte fático, quanto nas consequências jurídicas. Mas em uma ou outra hipótese não se tem autorização para se usurpar o sistema jurídico vigente, tampouco para fundamentar de modo mais genérico.

⁵⁰⁹ Como exemplo disso: STJ: AgRg no AREsp 31.742/RJ, rel. Min. Herman Benjamin, 2ª T., j. 04.10.2011.

⁵¹⁰ STJ: EDcl no REsp 730/RJ, Rel. Min. Athos Carneiro, 4ª T., j. 23.10.1990.

Infelizmente o Superior Tribunal de Justiça, em decisão bem recente não pensou assim. O dispositivo, todavia, é bastante claro: em hipótese de a decisão não enfrentar os argumentos capazes de infirmar a conclusão do julgador, tem-se decisão nula, atacável por embargos declaratórios dada a ausência de fundamentação da decisão (omissão).

Mas, como dito, o Superior Tribunal de Justiça não compreendeu desse modo, a despeito do advento do CPC/2015, eis que firmou, ao menos no caso em questão, a inteligência no sentido de que não cabem embargos de declaração face à falta de pronunciamento sobre argumento incapaz de infirmar a conclusão adotada. A questão é: como dizer se esse ou aquele argumento é capaz ou não de infirmar a controvérsia? Um paradoxo, com todo respeito!

Bom, mas o fato é que o Superior Tribunal de Justiça disse que “o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão”. Da ementa do julgado contido no EDcl no MS 21315/DF, S1 - Primeira Seção, Ministra Diva Malerbi, DJe 15/06/2016 se extrai:

O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida.

O erro e retrocesso ficam ainda mais dimensionados quando se observa do trecho supra que o próprio STJ obtempera que está a confirmar seu entendimento de anos, qual seja: o de que o julgador precisa enfrentar apenas as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão.

O problema é que a lei mudou, pois, o artigo 489 sob enfoque ganha a expressão “em tese”, de modo que, melhor dizendo, o juiz deve rebater todos os argumentos que possam, em tese, infirmar a decisão. Esse “em tese” quer dizer muito! E a doutrina já se apercebeu disso. Por todos, eis o que diz Daniel Assumpção Neves, quando tratou da mudança

paradigmática trazida pelo dispositivo: “fundamentação suficiente” para “fundamentação exauriente⁵¹¹”.

Feita essa triste alusão a julgado do STJ, temos que ante a feliz inovação trazida pelo art. 489, § 1º, IV, NCPC/15, vê-se que, com os aportes das críticas feitas que cabe sim ao julgador, ao acolher as razões de uma determinada parte, enfrentar todas as alegações da que fora vencida, até mesmo para que se propicie o prequestionamento de matérias que, ao final, poderão ser objeto de insurgência via recuso especial e/ou extraordinário, mesmo porque, ainda no escopo de investir na qualidade da prestação jurisdicional e de combater decisões genéricas e subjetivismos, o art. 1.022, NCPC/15, possibilita o cabimento de embargos de declaração, por ser omissa, a decisão que incorra em qualquer das condutas do art. 489, § 1º.

Felicíssima ainda a redação do art. 1.025, também do NCPC/15, porquanto, se antes uma decisão atacada via embargos de declaração, via de regra não conhecidos, seria ulteriormente impugnada por recurso especial, fundado, não no que diz respeito à questão meritória-recursal de fundo, mas na ofensa ao art. 535 do CPC/73⁵¹², hoje o quadro se altera. Segundo o art. 1.025, NCPC/15:

Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

Observe-se que pela redação atual, o tribunal superior, na medida em que o inferior não analisou determinado ponto a despeito da oposição dos aclaratórios, vendo que estes estão presentes no acórdão, avança no julgamento.

⁵¹¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 810.

⁵¹² Um, dentre tantos exemplos: “(...) 1. O requisito do prequestionamento exige o debate da questão federal na instância de origem: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo" (Súmula211/STJ). (...) 3. A teor da jurisprudência do STJ, a existência de omissão relevante à solução da controvérsia reclama o retorno dos autos à instância de origem, porque violado o art. 535, II, do CPC. Precedentes: EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1.231.689/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 28.6.2011, DJe1º.7.2011; REsp 1.238.095/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 7.4.2011, DJe 14.4.2011. Agravo regimental improvido.

Tem-se aqui, importante inovação que contribui para o enfrentamento do mérito do recurso propriamente dito, o que contribui para a qualidade da prestação jurisdicional, em detrimento da jurisprudência de caráter defensivo (maiores detalhes sobre essa odiosa prática serão apresentados em tópico próprio), a qual, acima de tudo, contraria o livre acesso ao poder judiciário em sentido amplificado (art. 5º, XXXV, CF).

Um prequestionamento que ocorre pela oposição de embargos de declaração, desde que, por óbvio, o Tribunal Superior reconheça a existência do erro material, a omissão, a contradição ou a obscuridade da decisão.

É importante reiterar este ponto: pelo CPC/73, a sistemática, como mencionado, era diversa. Ao passo que se fosse afastado de modo errôneo o cabimento dos aclaratórios, a parte deveria se insurgir quanto à negativa de vigência do art. 535. Hoje, vê-se uma alteração substancial, pois na medida em que o Tribunal Superior verifica que o inferior, conquanto opostos os embargos, não analisou o vício apontado inadvertidamente, avança-se em direção ao julgamento.

Superado, pois, o vetusto entendimento consagrado na súmula 211, STJ: “inadmissível recurso quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo”, pois, reitera-se, opostos os aclaratórios, considera-se, ainda que de modo ficto, incluída no acórdão embargado a tese jurídica sobre a qual o tribunal não havia se manifestado, tal como o Supremo Tribunal Federal consagrou no entendimento contido na súmula 356. Sobre a temática, colhe-se a manifestação doutrinária, que bem resume este ponto:

(...)generalizou-se na prática a interposição de recurso especial apontando a violação do artigo 535 do CPC de 1973 (artigo 1.022 do CPC atual), a fim de que o Superior Tribunal de Justiça reconhecesse a omissão do Tribunal anterior em realizar o enfrentamento da questão suscitada e reeditada nos embargos declaratórios.

(...)

Ao propósito, o Código Processo Civil tomou partido na discussão, pelo que dispôs expressamente:

Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

Tem-se aí o prequestionamento virtual, decorrente de uma eficácia integrativa automática predisposta nos embargos declaratórios. Isso porque, nos termos do artigo 1.025, a interposição dos embargos declaratórios, com o fim de prequestionamento, importa na inclusão virtual dos argumentos suscitados pela parte no acórdão recorrido, possibilitando assim a interposição dos recursos de superposição pela presença do prequestionamento (virtual).

Claro, para tanto, o Tribunal Superior necessitará reconhecer previamente a existência de erro, omissão, contradição ou obscuridade do acórdão no enfrentamento da matéria apresentada. Tal necessidade visa afastar a tentativa do prequestionamento tardio, em que a parte apresenta embargos declaratórios com matéria até então estranha aos autos e que poderia ter sido previamente enfrentada, mas sobre a qual não se dedicou.

Agora, nas situações em que a parte trabalhe com a questão (infra)constitucional previamente, a apresentação dos embargos declaratórios contra o acórdão recorrido integrará o mesmo, prequestionando virtualmente aquela. Prestigia-se igualmente a celeridade e a economia processual, na medida em que não se faz necessário reenviar ao Tribunal de Origem o processo para reapreciação quando o Tribunal Superior reconhecer o erro, a omissão, a contradição ou a obscuridade no acórdão recorrido.

Das duas, uma: ou o Tribunal Superior entende que o acórdão já analisou a matéria excogitada nos declaratórios, pelo que ausentes tais vícios, e o prequestionamento estará presente e não mais virtualizado; ou reconhece o vício e tem a matéria prequestionada virtualmente⁵¹³.

Acresça-se a tudo, em verdadeiro tom de encerramento, o já mencionado artigo 926⁵¹⁴, CPC, que é aquele cujo objetivo é fornecer uma criteriologia ao ato de decidir, na medida

⁵¹³ DUARTE, Zulmar. **Pquestionamento virtual no novo CPC**, 2016. Disponível em: < <https://jota.info/colunas/novo-cpc/prequestionamento-virtual-no-novo-cpc-quem-o-que-onde-como-quando-e-por-que-17102016> />. Acesso em: 04 de abril de 2017.

⁵¹⁴ O artigo em questão, é bom que se diga, é fruto de sugestão de Lenio Streck à Relatoria do Projeto na Câmara dos Deputados. (Cf: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle. O passado ilumina o futuro – eis o novo CPC! Sanciona, presidenta!. In: **Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 fev 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-25/passado-ilumina-futuro-eis-cpc-sanciona-presidenta>. Acesso em 08/06/2016). Para ilustrar, eis um pequeno trecho do parecer enviado por Streck ao Relator do então Projeto na Câmara dos Deputados:

Dizia eu, de forma contundente, que a estabilidade é diferente da integridade e da coerência do Direito, pois a “estabilidade” é um conceito autorreferente, isto é, numa relação direta com os julgados anteriores. Já a integridade e a coerência guardam um substrato ético-político em sua concretização, isto é, são dotadas de consciência histórica e consideram a facticidade do caso. Pois muito bem. A inteligência do relator e de Fredie Didier foram cruciais para o acatamento dessa minha sugestão de caráter dworkiniano, simples, mas que poderá mudar a história da aplicação do direito de *terrae brasilis*: trata-se da exigência de coerência e integridade, ao lado da estabilidade. Explico: significa dizer que, em casos semelhantes, deve-se proporcionar a garantia da isonômica aplicação principiológica. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mas, mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição. A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte dos juízes. Isso somente pode ser alcançado através de um holismo interpretativo, constituído a partir do círculo hermenêutico. Já a integridade é duplamente composta, conforme Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito. Trata-se de uma garantia contra arbitrariedades interpretativas. A integridade limita a ação dos juízes; mais do que isso, coloca efetivos freios, através dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é uma forma de virtude política. A integridade significa rechaçar a tentação da discricionariedade. (STRECK, Lenio Luiz.

em que busca promover a obediência a cinco requisitos básicos, elencados por Lenio Streck: a) preservar a autonomia do direito; b) estabelecer as condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional; c) garantir o respeito à integridade e à coerência do direito; d) estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais; e) garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada⁵¹⁵.

Com efeito, o artigo 926, NCPC/15, agasalha a tese de Ronald Dworkin, que, aliás, influencia diretamente boa parte do que se destacou até aqui, mormente no que diz respeito à forma como são obtidas respostas constitucionalmente adequadas. O autor propõe, em sentido metafórico, a conhecida “tese das respostas corretas”, algo que dá ensejo a críticas, porque se crê na correção em um sentido metafísico, o que nem de longe constitui a proposta do autor.

O que, em apertadíssimo resumo, Dworkin afirma, é que a decisão judicial tem que se pautar por argumentos de princípio e não argumentos de política, com vistas a eliminar a discricionariedade/subjetivismo do julgador. Mas é importante que fique claro: a teoria de Dworkin, ao falar em resposta correta, não quer tratar de uma resposta única, metafisicamente falando. Ou seja, a decisão a ser obtida no caso se impõe construtivamente, quando o juiz observa que as razões pelas quais ela pode ser alcançada são melhores que outras vislumbráveis, porque, na letra de Dworkin: “uma proposição interpretativa é verdadeira porque as razões de sua admissão são melhores do que as razões de admissão de qualquer outra proposição interpretativa rival⁵¹⁶.”

Logo, agora com apoio na doutrina de Georges Abboud, o autor norte-americano não pretende fornecer uma forma de se chegar, uniformemente, a uma específica resposta. Do mesmo modo que, todos os dispositivos do Novo Código de Processo tidos como relevantes e exemplificativamente apontados nesse breve estudo, se seguidos a contento,

O novo Código de processo civil (CPC) e as inovações hermenêuticas — O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. In: **Revista de Informação Legislativa**, v. 1, p. 33-52, 2015)

⁵¹⁵ Cf. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 96-97.

⁵¹⁶ DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 161.

não propiciam um “caminho mágico” que guiará o juiz à obtenção da resposta constitucionalmente adequada. Eis suas elucidativas palavras:

Portanto, quando impomos a obrigatoriedade de haver uma resposta correta, não estamos exigindo do julgador que ele forneça uma decisão que contenha uma verdade anistórica e imutável que deverá ser aceita por todos os participantes do processo interpretativo, a resposta correta é, antes de tudo, uma veemente negação do relativismo, mais precisamente da utilização da discricionariedade para solução das questões jurídicas. Quando colocamos para o julgador a necessidade de alcançar a resposta correta, em verdade, impomos a ele a obrigação de evidenciar porque a solução alcançada por ele é a que melhor se adéqua ao direito, mais precisamente, é aquela que está em consonância com a Constituição, com as leis, com os precedentes e, enfim, com a doutrina. Ou seja, porque essa solução alcançada é a que respeita a coerência e a integridade do direito. Ato contínuo, a resposta correta exige do julgador a demonstração, mediante fundamentação da sentença, de porque aquela decisão é a melhor em relação às outras soluções trazidas pelas partes no caso concreto e outras que por ventura existam em outros tribunais ou tão somente em sede teórico-doutrinária⁵¹⁷.

Do que se expôs, dos dispositivos citados do NCPC/15, dentre tantos outros que poderiam o ser em um estudo de maior fôlego, e, acima de tudo, da organicidade do Código, espera-se poder ter sistematizado o que ele tem de melhor no tocante ao tema proposto: o combate à standardização decisória, ao subjetivismo no ato de julgar, bem como e principalmente, a preocupação com qualidade da prestação jurisdicional!

5.2. O IMPACTO POSITIVO E CRÍTICO DA LITERATURA E SEU PAPEL NO CONHECIMENTO: O DIREITO, O MEDO DO DESCONHECIDO, A RESISTÊNCIA QUANTO À SUPERAÇÃO DE CERTOS DOGMAS E A NÃO-APLICAÇÃO DO CPC/15.

Seguindo os passos da corrente direito na literatura, pretende-se mostrar como o “medo do desconhecido” já fora denunciado por esta, quando da abordagem do direito, bem como do tratamento de questões de justiça e de poder subjacentes à ordem jurídica como um todo. Pois bem, como falar em aplicação hermeneuticamente adequada do Novo Código de Processo Civil? Com fazer isso, se presentes dogmas construídos ainda sob a égide do diploma superado, que teimam em não morrer? Seria viável um questionamento, no sentido empregado por François Ost? Com efeito, segundo o autor citado: “é preciso um esforço, e sem dúvida coragem, para aceitar a prova do

⁵¹⁷ ABBOUD, Georges. **Discricionariedade Administrativa e Judicial** – O ato administrativo e a decisão judicial. RT: São Paulo, 2014, p. 469.

requestionamento quando estamos manietados pelos grilhões do hábito e do medo do desconhecido⁵¹⁸”.

Complementando os dizeres do autor no cotidiano (inclusive o forense), o medo do desconhecido por um lado atrai, porém por outro lado paralisa. Tome-se como exemplo as importantes contribuições literárias extraídas da obra de Dostoievski; um escritor de difusão universal, com personagens sofisticados, que mergulham e explicam, sobre outra perspectiva, claro, os mais recônditos anseios, aspirações e medos do ser humano.

Diversos personagens deste escritor visam *vencer* o medo. Este é o caso de Raskolnikov em *Crime e Castigo*⁵¹⁹, por exemplo. Dostoievski, aliás, é pioneiro em criar um tipo diferenciado de romance, em que o personagem está em conflito com o mundo em que vive; um tipo de personagem “problemático”. É um tipo bem específico de escrita, em que “o leitor vai sabendo do caráter da personagem através de sua própria fala, o narrador é apagado da obra tendo uma função neutra, a forma de descobrir as personagens pode ser através de seus monólogos ou conversa com as outras personagens⁵²⁰”.

Raskolnikov, personagem de *Crime e Castigo*, vive um contexto bem rudimentar. Uma grande miséria e dificuldade para arranjar o dinheiro e não ser despejado, mostra sua situação de distorção social. E mais adiante, quando assassina a velha que loca o quarto em que reside, Raskólnikov pega os objetos penhorados por ela e percebe que não irá conseguir dar continuidade à sua vida após cometer o crime. Vê-se preso a atitudes passadas e não consegue mais a encarar a vida. Eis o medo do desconhecido!

O ser humano de modo geral tem medo do desconhecido, pois aprendeu a confiar no que conhece, mesmo porque fica mais viável prever o que vai ocorrer e assim se preparar para os resultados. O novo gera angústia e medo, daí a resistência e o “ver-se apegado a atitudes passadas”. O fato, porém, é que se o medo do desconhecido nos aprisiona e

⁵¹⁸ OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2004, p. 46.

⁵¹⁹ DOSTOIEVSKI, Fiodor Mikhailovitch. **Crime e castigo**. Trad. Luiz Cláudio de Castro. Rio de Janeiro: Ediouro; São Paulo: Publifolha, 1998

⁵²⁰ BAKHTIN, Mikhail. Epos e romance. **Questões de literatura e de estética**: a teoria do romance. Tradução de Aurora Bernardini et al. 4. Ed. São Paulo: Editora UNESP, 1988, p. 478.

paralisa, a linguagem literária, que associa o que parece contraditório, pode nos direcionar já que religa a ciência do direito à “humanidade do humano⁵²¹”.

A jaula do tecnicismo é um “porto seguro” e o medo do novo a ela nos prende. Há um medo de olhar o Novo Código por uma perspectiva diversa; há o receio de deixar a “zona de conforto”; afinal, pode dar mais trabalho!

Na literatura encontramos outro personagem que viveu esse medo e que pode bem explicar porque ficamos presos a ele; qual a razão de ele nos paralisar. Vale lembrar o interessantíssimo personagem de Kafka, Pedro Vermelho, que nasceu macaco, mas que conseguiu posteriormente se transformar em homem. Este inusitado fato ocorreu depois de cinco anos de adestramento. O personagem alcançou a cultura de um cidadão europeu qualquer. Pedro Vermelho trabalha em um circo, e acha interessante e muito engraçado que o público pague para ver malabaristas fazer, em um trapézio, a mesmíssima coisa que qualquer macaco faz nas árvores sem cobrar absolutamente nada. Ele também não se lembra de quando era macaco, porém afirma que não seria capaz de buscar uma fuga.

O personagem leva uma vida aprisionada, mas uma prisão psicológica que decorre do medo de perder a segurança. Vive a angústia de sentir a vontade de ser livre, mas sabe que sua busca constitui um “abrir mão” da segurança de sua jaula e ele, hoje, “macaco livre”, submete-se ao “jugo”:

Quase cinco anos me separam da condição de símio; espaço de tempo que medido pelo calendário talvez seja breve, mas que é infindavelmente longo para atravessar a galope como eu o fiz, acompanhado em alguns trechos por pessoas excelentes, conselhos, aplauso e música orquestral, mas no fundo sozinho, pois, para insistir na imagem, todo acompanhamento se mantinha bem recuado diante da barreira. Essa realização teria sido impossível se eu tivesse querido me apegar com teimosia à minha origem e às lembranças de juventude⁵²².

A jaula imaginária que se quer denunciar aqui, na verdade, é a amostra da crise de paradigmas que vem se falando ao longo de todo esse trabalho. A sensação de incapacidade de compreensão do novo olhar que se deve reservar ao novo Código, faz com que a prática judiciária continue a se refugiar em tecnicismos e dogmas que já deveria

⁵²¹ MORIN, Edgar. E-book. **A cabeça bem feita**. 8.ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 51.

⁵²² KAFKA, Franz. E-book. **Um médico rural**: pequenas narrativas. Tradução: Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 1999 p. 97.

ter sido deixados, como se explicitará com maior vagar em momento mais oportuno. Por ora basta que se fixe a premissa: o novo assusta! E por isso se cria, comumente, resistência a sua aplicação.

Tal como Pedro Vermelho - citado no conto de Kafka -, sabe-se que sempre que sobressai o *novo* há incômodo e este nos oprime, a ponto de extrair a capacidade de organização e de diálogo. Pedro Vermelho sentia o desconforto na jaula, queria fazer perdurar a segurança, e, por conseguinte não assumiu a liberdade de ir além.

O paradoxo, pois, era a incompatibilidade entre segurança e liberdade. Mas sem ir além não se poderia descobrir o novo, viver o que ainda se encontra indeterminado, além de descobrir a diversidade presente na vida mundana.

Estava Pedro apriacionado, permanecia ele enjaulado e assim queria ficar, fortificado na sensação de segurança do que conhecia, não quis e não soube trilhar outro caminho. O medo lhe prendia à jaula, constituía sua grande amarra, o algemava.

No direito ocorre algo muito similar, estamos presos ao que se buscava superar. Presos às algemas de posturas típicas de um diploma normativo revogado. Alguns exemplos paradigmáticos podem ser observados: (i) a jurisprudência defensiva; (ii) o fantasma da instrumentalidade das formas e seus consectários; (iii) o “princípio” do livre convencimento motivado; e (iv) o “princípio da proporcionalidade”, dentre outros assuntos correlacionados.

5.2.1. A inaceitável manutenção da jurisprudência defensiva.

Um paradigmático exemplo de falta de superação de “medos” vivenciados quando ainda vigente o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73) diz respeito à jurisprudência defensiva, como antes se destacou, porém de forma mais resumida. O nome em si já é paradoxal, pois em um ambiente em que o acesso ao poder judiciário é livre (art. 5º, XXXV, CF), falar em uma jurisprudência que se *defende* do jurisdicionado é no mínimo curioso.

Bom, a “jurisprudência defensiva” pode ser entendida como a criação, pelos tribunais, de óbices dos mais diversos, à admissibilidade de recursos. Há vários casos, dentre os quais a “intempestividade prévia” de recurso interposto de modo “premature”, eis que protocolizado antes mesmo do início do prazo recursal; a famigerada e inconsistente exigência de que as cópias que compõe o instrumento do agravo fossem autenticadas, a despeito de a parte agravada sequer colocar em xeque sua idoneidade, dentre tantos outros casos.

Por certo que os tribunais, mormente os superiores, possuem como função de destaque o apontamento do rumo correto a ser seguido na interpretação e aplicação da Constituição e da lei federal. Embora isso pareça óbvio, no cotidiano forense a criação de requisitos recursais à margem da lei definitivamente, também caracterizou a jurisprudência brasileira; foram criados verdadeiros “pretextos”, à margem da lei com vistas a dificultar a apreciação de recursos.

O STJ possui farta (infelizmente) jurisprudência no sentido de que “O recurso não assinado na via excepcional é considerado inexistente, inviabilizando o seu conhecimento⁵²³”; o mesmo se diga em relação ao STF que, por mais de uma vez, destacou: “O Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência pacífica no sentido de considerar inexistente o recurso não assinado pelo procurador do recorrente. Precedentes. Ademais, é firme o entendimento desta Corte de que não é aplicável ao recurso extraordinário a norma inscrita no art. 13 do CPC. Precedentes”⁵²⁴.

Noticia-se ainda época em que tanto STJ⁵²⁵, quanto STF⁵²⁶ compreendiam que não era admitida a juntada ulterior à interposição de certidão para efeito de comprovação da tempestividade de um recurso, quando não fosse legível o carimbo, aposto pelo próprio Judiciário. Observe-se, respectivamente:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. CÓPIA DA PETIÇÃO DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO ESPECIAL. CERTIDÃO. CARIMBO DE PROTOCOLO. AUSÊNCIA. TEMPESTIVIDADE. AFERIÇÃO INVIÁVEL. JUNTADA TARDIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. O agravo de

⁵²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1074826/SP. Rel. Min. Luiz Fux. DJ: 15.12.2008.

⁵²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 780441 AgR. Rel. Min. Roberto Barroso. DJ: 20.11.2013.

⁵²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1406354/SC. Rel. Min. João Otávio de Noronha. DJ: 07.10.2013.

⁵²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 834940/PE. Rel. Min. Carmen Lúcia. DJ: 09.02.2012.

instrumento mostra-se deficientemente instruído quando, na cópia da petição de interposição do recurso especial, inexistente o carimbo de protocolo ou está ilegível.

2. O momento oportuno de juntada das peças obrigatórias em agravo de instrumento é o do ato de interposição, não sendo admitido o traslado extemporâneo em razão da ocorrência da preclusão consumativa.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 1406354/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJe 07/10/2013)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROTOCOLO NA PETIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE SE APRESENTA ILEGÍVEL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 288/STF. 1. Nos termos do § 1º do art. 544 do Código de Processo Civil (redação anterior à Lei 12.322/2010), cabia à parte agravante a correta formação do agravo de instrumento, não se permitindo complementação após a subida dos autos a esta Casa de Justiça, nem a conversão do processo em diligência para corrigir eventual ausência. 2. Agravo regimental desprovido.

(AI 853286 AgR, Relator(a): Min. AYRES BRITTO (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 31/10/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-246 DIVULG 14-12-2012 PUBLIC 17-12-2012)

Só no ano de 2012 (ainda, portanto, antes do CPC/15), é que a jurisprudência do STJ⁵²⁷ e do STF⁵²⁸ passou a admitir a comprovação subsequente de feriado local ou de suspensão do prazo no tribunal de origem. Nisso, felizmente, andaram bem as Cortes, atendendo os reclames que inclusive hoje existem no novel diploma processual, especificamente no art. 948, § 2º.

A súmula 115 do STJ por traduzir o velho deve ser superada, em prol do novo. Eis seu teor: “Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos”. Agora compare-o com o que se encontra previsto no artigo 76 do CPC/15:

Art. 76. Verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício.

§ 1º Descumprida a determinação, caso o processo esteja na instância originária:

I - o processo será extinto, se a providência couber ao autor;

II - o réu será considerado revel, se a providência lhe couber;

III - o terceiro será considerado revel ou excluído do processo, dependendo do polo em que se encontre.

§ 2º Descumprida a determinação em fase recursal perante tribunal de justiça, tribunal regional federal ou tribunal superior, o relator:

I - não conhecerá do recurso, se a providência couber ao recorrente;

⁵²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 137141/SE. Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira. DJ: 15.10.2012.

⁵²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 602938 AgR / CE. Rel. Min. Roberto Barroso. DJ: 12.11.2013.

II - determinará o desentranhamento das contrarrazões, se a providência couber ao recorrido.

O novo diploma altera esta perspectiva e faz constar no artigo 76, § 2º, que a possibilidade de correção destes vícios se direciona também aos recursos especial e extraordinário, de forma que agora está expresso que, seja na instância ordinária, seja na extraordinária, antes de não conhecer do recurso, deverá o julgador intimar a parte a sanar o vício.

Destes exemplos, pode-se concluir que se a jurisprudência defensiva, ainda sobre a égide do CPC/73 era bastante criticado pela doutrina⁵²⁹, Hoje com muito mais razão! Mas esses entraves não eram o único problema desta odiosa prática. A precariedade na fundamentação era característica marcante de decisões desse jaez.

Simplesmente se afirmava, via de regra em acórdão padrão, que o recurso sob análise não atendia pressupostos jurisprudenciais, citando-se, de modo bastante descontextualizado julgados que, em tese, trabalhariam no sentido, e fim: não se conhecia da insurgência recursal!

Ocorre que com o advento do CPC/2015, entendimentos que consagravam a jurisprudência defensiva devem ser afastados, mas há quem não queira o desconhecido, que não queira se sujeitar ao novo Código.

Algumas boas notícias, contudo, merecem o devido registro. Antes da entrada em vigor do novo regramento processual, o Superior Tribunal de Justiça reviu um entendimento importante, mostrando-se aberto à mudança de paradigma. É o caso do cancelamento do enunciado da Súmula 418/STJ, ocorrido em 1/7/2016, cuja redação era: “É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação”.

⁵²⁹ “Ouso até dizer que chega a ser arbitrária a postura dos que, proclamando o repúdio ao formalismo irracional em relação a outros atos do processo e chegando mesmo a admitir sua regularização mediante a assinatura inicialmente faltante, quando tratam do recurso extraordinário ou do especial vêm assumir atitude diferente. Por que esses atos mereceriam ser tratados assim, a partir de um metro formalista e discrepante das premissas tão bem aceitas em outras situações? Essa postura parece-me mais uma manifestação da idéia de que tais recursos não teriam compromisso algum com o valor do justo, servindo somente, como está em escritos de Alfredo Buzaid, à preservação da ordem jurídico-positiva do país - e não como instrumento à disposição das partes para a busca do acesso à justiça”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. vol. II. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 1052).

Na mesma ocasião, o mesmo tribunal superior, confeccionou o enunciado sumular de nº 579. Eis sua redação: “Não é necessário ratificar o recurso especial interposto na pendência do julgamento dos embargos de declaração, quando inalterado o resultado anterior”. Percebe-se aqui, a estreita conformidade do novo entendimento para com artigo 1.024, § 5º, do Código de Processo Civil/2015, que prevê: “Se os embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração será processado e julgado independentemente de ratificação.”. Um novo tempo, no qual se busca a primazia do julgamento de mérito, algo muito caro ao novo Código e cujas maiores foram expostas e serão reafirmadas, em momento adequado.

Portanto, os preconceitos e temores em relação ao Novo Código são muitos e têm eles muita relação com o medo do desconhecido. A situação atual dos tribunais é ruim, há uma nítida sobrecarga de trabalho, mesmo com a adoção da execrável “jurisprudência defensiva”. Fica a pergunta: acaso superada essa odiosa prática, o que virá pela frente? Será que a tentativa legislativa de possibilitar o julgamento de mérito das causas irá trazer um futuro ainda mais sobrecarregado aos tribunais, em termos quantitativos? Se a realidade hoje é ruim, ao menos ela é conhecida. O que virá com a mudança de paradigma é um mistério, que muitos juízes não estão dispostos a desvendar, embora devam, pois não há margem para outra postura a ser encarado de forma séria o CPC/15. Isto está sendo feito? Há forte resistência, que ficará ainda mais clara no decorrer desse capítulo.

5.2.2. O “princípio” do livre convencimento motivado: sua intrínseca relação com a subjetividade decisória.

Algo que também caracteriza esse “medo do desconhecido” que impede que nos libertemos das amarras do Código de 1973 é o princípio do livre convencimento motivado. A expressão em si já é de uma infelicidade tamanha, pois liberdade definitivamente não combina com fundamentação adequada.

Acaso olhemos para o novo Código seguindo suas orgânicas diretrizes e seu caráter eminentemente dialógico, já será viável antever que não se trata de uma mera mudança redacional a alteração promovida entre a redação do art. 131 do CPC/1973 e a do art. 371 do atual Código de Processo Civil. Observem-se ambos os dispositivos, respectivamente:

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”

A palavra “livremente” some da redação do artigo, de modo que, em âmbito legislativo, está mais que claro que a apreciação da prova não é discricionária, de simples escolha. Ao contrário, se a decisão, como amiúde se explicou, é ato jurídico-político, condizente com uma prestação de contas voltada à sociedade, o magistrado, quando aprecia a prova dos autos, deve demonstrar as razões que determinam a sua indispensabilidade. Trata-se de algo que decorre, antes de tudo, do § 1º do art. 489 do CPC/2015, já mencionado anteriormente e que exige decisões bem fundamentadas⁵³⁰.

Claro que não se trata de tema imune a polêmicas. A simples alteração legislativa deste novel art. 371 do CPC gerou e ainda vem suscitando intensos debates. Com efeito, Lênio Streck⁵³¹, Ziel Ferreira Lopes e Lúcio Delfino, estão dentre aqueles que afirmam que quando o legislador retira a expressa “livremente” do texto legal, isso quer significar que

⁵³⁰ Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira anotam que “Semelhante parece ser a trilha percorrida por Fredie Didier Jr., “a valoração da prova pelo juiz não é livre: há uma série de limitações conforme examinado. Além disso, o adjetivo ‘livre’ era mal compreendido, como se o juiz pudesse valorar a prova como bem entendesse”. Ao analisar a circunstância da supressão, no texto do novo CPC, de referências à liberdade na formação do convencimento do juiz, aponta o referido autor que o silêncio do legislador é eloquente, já que “o convencimento do julgador deve ser racionalmente motivado”. (DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paulo Sarno, Oliveira, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. V. II, 10ª ed, Salvador: Juspodivm, 2015. p. 102-103).

⁵³¹ Vale registrar o entendimento de Streck: “O NCPC ao retirar o poder de livre convencimento ou livre apreciação, assume um nítido sentido “não protagonista”, agastado o velho instrumentalismo e os fantasmas do antigo “socialismo processual” (büllo, Menger, Klein). Não se pode mais invocar, igualmente o princípio (sic) da presunção racional. O novo Código não compactua com presunções, mesmo que venham com epítetos como “racional”, etc. Trata de uma opção paradigmática feita pelo legislador. A decisão judicial exige exercício prático, senso de dever, capacidade de se adotar uma atitude reflexiva em relação às próprias pré-compreensões, garantia de coparticipação dos destinatários da decisão no processo deliberativo, aprendizado institucional e debate público. Isto não quer dizer que o juiz se transformou em um exegeta do século XIX ou que esteja proibido de interpretar. O CPC apenas passou a lhe exigir responsabilidade política e suspensão de seus prejuízos sobre o mundo e os fatos a interpretar-julgar. Todos temos pré- compreensões. Mas isso não significa que somos reféns delas. E, como fica claro em Verdade e Consenso, pré- compreensão (Vorverständnis) não é igual a preconceitos no sentido vulgar. O que o legislador do novo CPC quer é que as decisões judiciais sejam ditadas segundo o direito e não conforme o pensar individual dos julgadores” (STRECK, Lênio Luiz. As Provas e o Novo CPC: a extinção do Poder de Livre Convencimento. In: FELIX JOBIM, Marco, SANTOS FERREIRA, William (org.) **Direito Probatório**. 2ª ed.,. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 111).

qualquer resquício do livre convencimento (motivado ou não) foi expurgado categoricamente do sistema jurídico pátrio. Eis o que dizem os dois últimos autores:

... se é para levar o novo CPC a sério, não se pode contentar com um mero “livre-convencimento-mais-motivado”. Tragamos Gadamer para o processo civil: o livre convencimento não deve ser combatido; deve ser destruído. A verdade é que o “princípio” do livre convencimento motivado não se sustenta em um sistema normativo como o novo CPC, que aposta suas fichas no contraditório como garantia de influência e não surpresa e, por isso, alimenta esforços para se ajustar ao paradigma da intersubjetividade, em que o processo é encarado como um locus normativamente condutor de trabalho na qual todos os sujeitos processuais atuam em viés interdependente e auxiliar, com responsabilidade na construção e efetivação dos provimentos judiciais.⁵³²

Há quem, em sentido antagônico, manifeste-se, como é o caso de Fernando Gajardoni, para quem:

a afirmação de que não há mais no Brasil o sistema do livre convencimento parte de um manifesto erro de premissa. A boa previsão legal de standards mínimos de motivação no Novo CPC (art. 489, §1º, do CPC/2015) não afeta a liberdade que o juiz tem para valorar a prova. Autonomia na valoração da prova e necessidade de adequada motivação são elementos distintos e presentes tanto no CPC/1973 quanto no CPC/2015. A regra do art. 489, §1º, CPC/2015, trata do 2º elemento (motivação), e não do 1º (liberdade na valoração da prova). Ademais, os artigos 371 e 372 comprovam a afirmação que subsiste a liberdade de valoração da prova no CPC/2015, ao indicar que o juiz apreciará a prova atribuindo-lhe o valor que entender adequado (isso não é livremente?) devendo, contudo, indicar as razões da formação de seu convencimento⁵³³.

Parece-nos, diante disso, que o “livre convencimento” deve realmente ficar no passado, porquanto se o novo CPC somente pode ser interpretado a partir de suas premissas, de sua unidade, e de suas normas fundamentais, a retirada dessa “liberdade” parece ser certa, mesmo porque democracia é incompatível com decisões subjetivas e discricionárias, mote maior de combate deste trabalho. Aliás, uma angústia que é compartilhada por muitos, dentre os quais Fernando Vieira Luiz, juiz de direito, que já no momento inaugural de sua dissertação de mestrado, a qual, ao fim, originou o livro Teoria da Decisão Judicial – Dos Paradigmas de Ricardo Lorenzetti à Resposta Adequada a Constituição de Lenio Streck, fez seguinte afirmação:

⁵³²(DELFINO, Lúcio, LOPES, Ziel Ferreira. A expulsão do Livre Convencimento Motivado do Novo CPC: porque a razão está com os hermenêutas? In: MACÊDO, Lucas Buril de, PEIXOTO, Ravi e FREIRE, Alexandre (Org.). **Processo de Conhecimento** – Provas. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 310).

⁵³³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O Livre Convencimento Motivado Não Acabou no Novo CPC. Em: <<https://jota.info/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc>>, Acesso em: 28 de Setembro de 2016.

Sou juiz, minha mãe é juíza, meus amigos juízes e promotores, com os quais convivo, são todos honestos, probos e justos. Interessante é que, quando nos reunimos para falar sobre os casos que decidimos, chegamos à conclusão que, embora a nossa honestidade, probidade e sentimento de justiça, damos sentenças tão diferentes umas das outras, em casos, por vezes, muito, muito similares”. Por isso, continuou, “cheguei à conclusão de que havia algo errado. Não basta ser honesto, probo e ter sentimento do justo. Todos, eu, minha mãe, meus amigos, decidimos conforme nossas consciências. Só que as decisões são tão discrepantes... Por isso, fui estudar ‘teoria da decisão’⁵³⁴.

Isto porque, a partir da hermenêutica, cujas bases foram apresentadas neste trabalho, o paradigma de compreensão que deve nortear aquele que aplica o Código de Processo Civil mudou. Não há mais como se falar em uma busca de uma verdade ontológica, nos moldes da metafísica clássica ou mesmo de uma verdade que leva em conta a adequação do intelecto à coisa, corolário daquilo que se denomina de filosofia da consciência ou de sua (má) compreensão. Pode-se dizer, também com respaldo doutrinário, que a atuação de um Ministro que decide à luz de sua própria consciência, traz a reboque o transtorno adiante:

Se um Ministro está certo em decidir x por pensar x e, outro, igualmente correto em decidir y por pensar y, findou-se não só a possibilidade de controle da decisão judicial, mas, e principalmente, acabou-se com qualquer espaço para discussão ou outro ato reflexivo, eis que cada um possui a “sua verdade indiscutível”, gerada por sua própria consciência. Se assim for, podem-se fechar todas as universidades, jogando-se as chaves fora, pois nada mais faz sentido⁵³⁵.

Quando se afirma que o conhecimento é livre ou que a apreciação da prova também o é, de forma consequente, a verdade passa a ser confundida com a “coisa em si” ou mesmo por sua adequação à ideia presente no interior do sujeito, algo que não é compatível com a intersubjetividade que caracteriza o viés hermenêutico adotado pelo diploma processual de 2015. Há também a possibilidade de ser contaminada a parcialidade do julgador, o que se infere por meio de entrevista realizada por Regina Fonseca, retratada abaixo e da qual se extrai duas percepções distintas, extraídas de dois magistrados:

(...) na representação do julgador aparece claramente um tom pejorativo à inércia e a valorização da iniciativa probatória do juiz, sem qualquer alusão ao

⁵³⁴ LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial: paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. Esse trecho também foi noticiado aqui: STRECK, Lenio Luiz. Dilema de dois juízes diante do fim do livre convencimento do NCP. *Conjur*, 2015. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-npc> > . Acesso em: 15 jun. 2017.

⁵³⁵ LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial: paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, pp. 59-60.

comprometimento da imparcialidade do julgador. (...)«Pergunta do entrevistador» ‘Pelo que eu estou entendendo, você manda produzir provas?’ «Resposta do magistrado» ‘Aí eu penso assim: ‘Peraí, só porque eu mandei produzir uma prova eu sou parcial? E por que o cara [o juiz] no crime faz isso e não fica sendo parcial? Por que no crime não?’ (...). «Pergunta do entrevistador» ‘O que leva o senhor a determinar a produção de prova?’ «Resposta do magistrado» ‘O não convencimento ou a desconfiança de que aquilo ali alguma coisa não está batendo. Então entra a questão da experiência pessoal. Porque a lei permite que o juiz julgue com base nas regras de experiência⁵³⁶.

(...) o trecho demonstra claramente que além da iniciativa probatória comprometer a parcialidade do julgador, inverte a lógica do raciocínio decisório, isto é, o juiz passa a procurar as provas que confirmam sua hipótese sobre o caso. (...). «Resposta do magistrado» ‘A prática é isso. O livre convencimento é extremamente relativo. Livre convencimento até onde ele é de acordo com a lei. Eu realmente sou adepta de que, hoje em dia, o juiz deve sim produzir prova, ele deve procurar a verdade nos autos, procurar descobrir o que realmente aconteceu pra dar a sentença. Porque essa é a função do juiz. A função do juiz não é simplesmente olhar pro papel e ver qual é a melhor, quem escreveu melhor, quem é que produziu a melhor prova e dar a sentença com base nisso. É procurar a verdade dos fatos. É procurar fazer justiça. Isso, eu acho realmente, que é o papel do juiz. E se o juiz tiver que produzir uma perícia, por ordem sua, mesmo que as partes não tenham requerido; oficiar quem quer que seja; descobrir o que realmente aconteceu, acho que deve fazer. O livre convencimento aqui funciona um pouquinho além. Quando chegam os autos, às vezes até pra dar a sentença, eu leio e vejo que está faltando uma prova, mando produzir’ (...)⁵³⁷.

Se o contrário subsistisse, isto é, acaso se venha a adotar a perspectiva de que o livre convencimento não foi expungido do Novo Código, e isso a despeito da retirada do vocábulo “livremente” como antes se disse, estar-se-ia chancelando uma *discricionariedade*, consubstanciada também pela má ou falta de fundamentação, e isso também por conta da subjetiva apreciação da prova que contaminará a sobrevivência da decisão judicial. Não é difícil encontrar decisões que padecem desse vício que está sendo denunciado aqui; o cotidiano forense é repleto de exemplos.

Via de regra o que se encontra em inúmeros julgados é a genérica “fundamentação” de que, por exemplo, “em atenção ao princípio do livre convencimento motivado do julgador, a decisão recorrida foi devidamente fundamentada na legislação pertinente e nas provas coligidas aos autos”. Pronto! Algo tão genérico assim e que pode servir de

⁵³⁶ FONSECA, Regina Lúcia Teixeira Mendes da. **As representações de juízes brasileiros sobre o princípio do livre convencimento motivado**. Tese de Doutorado. Universidade Gama Filho, 2008. p. 205-206. Disponível em: < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp060431.pdf> >. Acesso em: 10/09/2017.

⁵³⁷ Idem, pp. 206-207.

fundamento para toda e qualquer uma decisão. Como exemplo disso, julgados oriundos do Tribunal de Justiça de Goiás e do Mato Grosso:

Processo TJGO - AI 02373392720168090000
Orgão Julgador 6A CAMARA CIVEL
Partes AGRAVANTE: ALESSANDRA TORRES SEVERO RAMPELOTTI,
AGRAVADO: IMOBILIARIA PARATY LTDA
Publicação DJ 2374 de 25/10/2017
Julgamento 10 de Outubro de 2017
Relator DES. NORIVAL SANTOME
AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO. PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ DA CAUSA. RECURSO SECUNDUM EVENTUM LITIS. AUSENTE ILEGALIDADE OU ABUSIVIDADE.
1 - O agravo de instrumento é um recurso secundum eventum litis, hábil a ensejar tão somente o exame do acerto ou desacerto do que foi decidido pelo juiz singular.
2 - *Não há se falar em ilegalidade ou abusividade da decisão combatida, uma vez que o julgador a quo, em seu livre convencimento motivado indeferiu a tutela de urgência requerida na exordial, ao argumento de que a discussão sobre a propriedade dos bens do casal seria objeto da ação de divórcio já em processamento.* AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Processo TJMT - 08182747820148120001 MS 0818274-78.2014.8.12.0001
Orgão Julgador 3ª Câmara Cível
Julgamento 31 de Outubro de 2017
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho
E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – REINTEGRAÇÃO DE POSSE – ÁREA PÚBLICA – INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA POSSE – MERA DETENÇÃO – PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.
1. O STJ possui entendimento pacífico de que se o particular ocupa um bem público não se pode falar em posse, mas mera detenção.
2. A ação de reintegração de posse é cabível quando a disputa possessória ocorre entre dois particulares, o que não é o caso dos autos, vez que as provas acostadas são insuficientes para comprovar a posse do requerente, ainda que indireta.
3. *A decisão foi devidamente fundamentada na legislação pertinente e nas provas coligidas aos autos, em consonância com o princípio do livre convencimento motivado do magistrado.*

E o que é pior: no Superior Tribunal de Justiça a situação não muda, pois a mais alta Corte Federal do país por vezes ratifica a possibilidade de utilização do “livre convencimento” (quadro não alterado com o CPC/15), por vezes sequer conhece do recurso, pois considera que a parte almeja promover revisão de provas e, com isso, aplica a criticável súmula 07 de sua jurisprudência consolidada. Como um bom exemplo, a transcrição de voto proferido pelo Ministro Herman Benjamin (relator), quando da análise do julgado cuja

ementa se encontra transcrita no rodapé⁵³⁸. A transcrição do trecho adiante é paradigmática e apta demonstrar o ideário que assola o STJ, que ainda julga a partir de um paradigma individualista, inconivente com a intersubjetividade presente no Novo CPC, ora defendida:

Os autos foram recebidos neste Gabinete em 4.8.2017.

A irresignação não merece prosperar.

Não se configurou a ofensa aos arts. 489, II, e 1.022, I e II, do CPC/2015, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado. Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Nesse sentido: REsp 927.216/RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13/8/2007; e REsp 855.073/SC, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28/6/2007.

Na hipótese dos autos, a parte insurgente busca a reforma do aresto impugnado, sob o argumento de que o Tribunal local não se pronunciou sobre o tema ventilado no recurso de Embargos de Declaração. Todavia, constata-se que o acórdão impugnado está bem fundamentado, inexistindo omissão ou contradição.

Registre-se, portanto, que da análise dos autos extrai-se ter a Corte recorrida examinado e decidido, fundamentadamente, todas as questões postas ao seu crivo, não cabendo falar em negativa de prestação jurisdicional.

⁵³⁸ RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. OFICIAL DE REGISTRO PÚBLICO. ANULAÇÃO DE NOMEAÇÃO. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC/2015 NÃO CONFIGURADA. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRODUÇÃO DE PROVAS. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. REEXAME PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DANO MORAL E MATERIAL. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. FUNDAMENTO NÃO IMPUGNADO. SÚMULA 283/STF. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015.

2. Ao julgador é dado apreciar o pedido formulado com base em provas que entender suficientes para a formação de seu convencimento, não havendo, portanto, indícios de nulidade processual na espécie.

3. A avaliação quanto à necessidade e à suficiência ou não das provas e a fundamentação da decisão demandam, em regra, incursão no acervo fático-probatório dos autos e encontram óbice na Súmula 7/STJ.

4. Hipótese em que o Tribunal de origem concluiu, com base na prova dos autos, que "o pedido de indenização não deve ser acolhido. O certo é que houve a anulação da delegação através de ação judicial. A consequência é que não houve a prática de ato ilícito por parte do Estado". A revisão desse entendimento implica reexame de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula 7/STJ.

5. Em relação à suposta ilegalidade de a perda da delegação ter ocorrido antes do trânsito em julgado da ação em que discutida a validade do concurso público, a Corte de origem asseverou que "não houve contradição entre o afastamento do cargo e a decisão final do processo". Os fundamentos utilizados pelo Tribunal de origem capazes de manter o acórdão hostilizado não foram atacados pelo recorrente. Incidência, por analogia, da Súmula 283/STF.

6. O STJ atua na revisão da verba honorária somente quando esta tratar de valor irrisório ou exorbitante, o que não se configura neste caso. Assim, o reexame das razões de fato que conduziram a Corte de origem a tais conclusões significaria usurpação da competência das instâncias ordinárias, atraindo o óbice da Súmula 7/STJ.

7. Recurso Especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido.

(REsp 1685854/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 23/10/2017)

Quanto ao alegado cerceamento de defesa, registro que a legislação processual civil consagra o princípio da persuasão racional, habilitando o magistrado a valer-se do seu convencimento, à luz das provas que entender aplicáveis ao caso concreto constantes dos autos.

Sendo assim, a avaliação quanto à necessidade e à suficiência ou não das provas e a fundamentação da decisão demanda, em regra, incursão no acervo fático-probatório dos autos e encontram óbice na Súmula 7/STJ. A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESFAZIMENTO NO NEGÓCIO PRIMITIVO PELO VENDEDOR. TENTATIVA DE ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DO NEGÓCIO PELO VENDEDOR. PRODUÇÃO DE NOVAS PROVAS. INDEFERIDA. CERCEAMENTO DE DEFESA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 07/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Conforme orientação deste Superior Tribunal de Justiça, a necessidade da produção de determinadas provas encontra-se submetida ao princípio do livre convencimento do juiz, segundo a necessidade de cada caso. Assim, não há falar em cerceamento de defesa quando, fundamentadamente, o juiz indefere tal produção. Rever, então, essas premissas demandaria o revolvimento do acervo probatório dos autos, o que é inviável, nesta via especial, ante a aplicação da Súmula 07 do STJ.

2. . Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 408.870/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe 26/02/2014).

PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. PRODUÇÃO DE PROVAS. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. REEXAME PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. A solução integral da controvérsia, suficientemente fundamentada, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. Ao julgador é dado apreciar o pedido formulado com base em provas que entender suficientes para a formação de seu convencimento, não havendo, portanto, indícios de nulidade processual na espécie.

3. A avaliação quanto à necessidade e à suficiência ou não das provas e a fundamentação da decisão demandam, em regra, incursão no acervo fático-probatório dos autos e encontram óbice na Súmula 7/STJ.

4. Agravo Regimental não provido. (AgRg no AREsp 429.277/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 06/03/2014).

Como diria Gadamer, é preciso deixar o texto nos dizer algo! Se se vive, atualmente, no paradigma da intersubjetividade⁵³⁹, e o Código, ao que nos parece o adotou de forma franca, não há lugar para decisões discricionárias, de maneira que a extração do livre convencimento é (ou deveria ser), acima de tudo, a confirmação disso. Mais uma vez:

⁵³⁹ Este paradigma supera a ideia de uma confiança exagerada na figura do juiz, pessoa que conduziria em caráter primordial o processo, como ocorria quando ainda em vigor o Código de Processo Civil de 1939. “(...) o futuro Código encerra uma justa demonstração de confiança na aptidão técnica, na honradez e na operosidade da magistratura brasileira”. LYRA, Roberto. **O prestígio dos juízes e a reforma do processo civil**. In *Processo Oral* (coletânea de estudos e juristas nacionais e estrangeiros). Rio de Janeiro: Forense, 1940. p. 223.

está superado o paradigma dos Códigos de 1939 e de 1973⁵⁴⁰, eis que hoje prevalece intersubjetividade.

O juiz, ao decidir, tem responsabilidade política e deve suspender seus pré-juízos no ato de julgar e a fundamentação ampla, nos termos apregoados pelo novel art. 489, CPC, confirma igualmente esta afirmação, pois repele que se apreciem questões jurídicas por meio de sentimentos de justiça individuais do julgador⁵⁴¹. Uma preocupação candente e plenamente inteligível foi manifestada pela doutrina quando diz que a utilização de conceitos abertos, desconectados da realidade processual, são utilizados para “fundamentar” decisões judiciais⁵⁴². Isto não só pode muito bem ocorrer com o termo “livre convencimento”, como bem percebeu a doutrina de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

basta a imunização da sentença com requisitos retóricos bem trabalhados e o magistrado decide da forma que quiser, sempre em nome da “segurança jurídica”, da “verdade” e tantos outros conceitos substancialmente vagos, indeterminados, que, por excelência, ao invés de perenes e intocáveis, devem ser complementados e ampliados em razão das necessidades reais da vida; só não podem servir de justificação descentrada (e ser aceitos como tal), isto é, legitimadora de uma mera aparência⁵⁴³.

⁵⁴⁰ Especificamente sobre o CPC/73, eis a demonstração de que ele foi elaborado no interior de um contexto autoritário, porquanto sequer ainda editada a Constituição de 1988. Outorgava-se, pois, grande poder aos magistrados para que, em nome do Estado, prestasse a jurisdição: “O processo civil é um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar justiça. Não se destina a simples definição de direitos na luta privada entre os contendores. Atua, como já observara BETTI, não no interesse de uma ou de outra parte, mas por meio do interesse de ambas. O interesse das partes não é senão um meio, que serve para conseguir a finalidade do processo na medida em que dá lugar àquele impulso destinado a satisfazer o interesse público da atuação da lei na composição dos conflitos. A aspiração de cada uma das partes é a de ter razão; a finalidade do processo é a de dar razão a quem efetivamente a tem. Ora, dar razão a quem a tem é, na realidade, não um interesse privado das partes, mas um interesse público de toda sociedade” (CÂNDIDO, Camila Fagundes. *Correlação entre processo civil e estrutura do poder judiciário no CPC de 1973*. In: **Comentários críticos a exposição de motivos do CPC de 1973 e os motivos para elaboração de um novo CPC**. Franca: Lemos & Cruz, 2011. p. 139).

⁵⁴¹ Nesse sentido: “Adotando o novo Código o princípio democrático da participação efetiva das partes na preparação e formação do provimento que haverá de ser editado pelo juiz para se chegar à justa composição do litígio, entendeu o legislador de suprimir a menção ao ‘livre convencimento do juiz’ na apreciação da prova. Agora está assentado, no art. 371 do NCPC, que (...)”. THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, vol. I. p. 861.

⁵⁴² Noticia-se aqui a conclusão doutrinária no sentido de que “as práticas judiciárias e as decisões judiciais são orientadas por percepções subjetivas dos operadores e por suas interpretações pessoais sobre a lei, os fatos e as provas produzidas no curso do processo judicial. (...) A prova dos autos é vista de forma pessoal dependendo do juiz que a analise. Os fatos são percebidos de forma pessoal e casuística. O mesmo processo pode ser julgado procedente ou improcedente pelo mesmo juiz. Ou por outro juiz”. (BAPTISTA, Bárbara Gomes. **Paradoxos e ambiguidades da imparcialidade judicial**. Entre “quereres” e “poderes”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2013. p. 557).

⁵⁴³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 6.

A novel processual hoje em vigor, sob o olhar hermenêutico aqui adotado, desprivilegia esta noção de autoridade judicial para abraçar a participação das partes, intersubjetivamente, na construção do provimento jurisdicional. Portanto, o CPC/2015, procedimentalizou algo que a Constituição já assegurava, os direitos e garantias constitucionais do contraditório, ampla defesa e, notadamente, da exaustiva fundamentação das decisões judiciais. Tudo com o objetivo de combater a discricionariedade deste ato de decidir quando da eleição de elementos probatórios subjetivos, que se mostrariam aptos a conferir um rótulo de racionalidade a decisões intrinsecamente já tomadas; juízos *a priori*, são inconsistentes com o caráter dialógico da legislação processual presente, ante o dever de fundamentar de forma minuciosa.

Em sendo assim, o CPC/2015 contém regras que incrementaram e potencializaram a fundamentação das decisões judiciais, regulando-a minuciosamente (vide art. 489), de forma que não é um mero acaso a subtração da palavra “livre” do art. 371, mas sim um consectário lógico da “processualização” do contraditório, extraída do artigo 10.

5.2.3. O fantasma da instrumentalidade das formas e seus consectários.

Reputa-se que este tema – sobre o qual já foram tecidas considerações transversais ao longo do trabalho – constitui ponto de alto relevo para o que vem se denominando de arbitrariedade decisória. Por meio do livre convencimento se chega a decisões judiciais autoritárias e subjetivas, de difícil, quiçá, impossível controle.

Além do que, o livre convencimento, mostra-se no cotidiano como válvula de escape para a contaminação da decisão jurídica pela moral ou mesmo por predileções políticas de juízes por intermédio não do direito, mas de suas íntimas convicções, dando forma a conteúdos e contextos fáticos, de maneira a alcançar um resultado já antevisto e que se busca apenas ratificar. Um voluntarismo exagerado, mascarado por um ornamento argumentativo que, em tese, confere legitimidade a decisões arbitrárias, dotadas de grande viés moral.

Nem mesmo o dever de motivar a decisão tem nos livrado de tal autoritarismo. Ao revés, presencia-se uma crise significativa na valoração da prova. Aliás, como bem se disse em

outro momento, há quem sustente que o livre convencimento motivado não acabou com o advento do novo Código de Processo Civil, pois, segundo se crê, a despeito de não haver no sistema no CPC/2015 uma norma expressa indicativa de ser livre o juiz para, mediante fundamentação idônea, apreciar a prova, isto não significa que tal princípio (sic) deixou de existir, mesmo porque o princípio do livre convencimento motivado jamais foi concebido como método de (não) aplicação da lei; como alforria para o juiz julgar o processo como bem entendesse; como se o ordenamento jurídico não fosse o limite⁵⁴⁴. .

Eis o ponto! Ora, sabe-se, que o “livre convencimento não deve implicar numa valoração arbitrária da prova por parte do juiz [...] faz-se imprescindível reconhecer que o princípio do livre convencimento pode ser manipulado pelo julgador, razão por que a consciência de tanto é necessário a fim de controlar-se, dando efetividade à garantia constitucional⁵⁴⁵”. Isto é curial, porquanto em regime democrático, não se pode conviver com decisões não que são fruto da vontade individual, ideológica ou subjetiva de quem deve decidir. Não se pode conviver de forma harmoniosa e pacífica com o adágio ‘cada cabeça, uma sentença’, pois isto constitui um verdadeiro retrocesso.

Por isso que a hermenêutica e sua influência no modo de se compreender e aplicar o novo CPC constitui uma proeminente “ferramenta” para coibir arbítrios como este. Isto porque, qualquer decisão, seja ela qual for, deve ser objeto de controle; há sempre uma condição hermenêutica de verificabilidade. Ou ainda, há um chão linguístico em que se encontra assentada a tradição que envolve determinado conceito ou enunciado.

A livre apreciação da prova ou o livre convencimento motivado nos conduzem a respostas inadequadas, caminho diferente do que se segue aqui, pois se crê na possibilidade de respostas constitucionalmente adequadas. Uma tarefa por certo mais trabalhosa, mas não é por isso que a teoria do Direito deve virar as costas para tal problema; cabe a ela expurgar da dogmática jurídica este discurso refém do livre convencimento, que ressuscita o sujeito autoritário e solipsista da modernidade. Por oportuno, é preciso,

⁵⁴⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O livre convencimento motivado não acabou no CPC. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/novo-cpc/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc-06042015>>. Acesso em: 8 set. 2017.

⁵⁴⁵ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Introdução aos princípios do Direito Processual Penal brasileiro. In: **Separata ITEC**, ano 1, nº 4 – jan/fev/mar 2000.

todavia lembrar o que se entende por resposta adequada, que não se confunde com resposta única. Para tanto, utilizam-se as palavras de Streck:

Resposta adequada à Constituição/resposta correta significa ter responsabilidade política e isso implica assumir uma obrigação não apenas “de resultado”, mas também “de meio”, fazendo, aqui, uma alusão à teoria geral das obrigações. E isso não se demonstrará na fundamentação do juiz. Os fundamentos expostos pelo juiz devem, necessariamente, enfrentar substancialmente todos os argumentos levantados pelas partes, de forma clara e sólida, de tal modo que a parte possa saber não apenas o que se decidiu, mas o porquê levou o juiz a decidir de tal forma (essa obrigação, aliás, está prevista no artigo 489 do Código de Processo Civil em vigor desde 2015, antes explicitado)⁵⁴⁶.

Critica-se, pois, o livre convencimento pois este acaba por prejudicar a busca por respostas constitucionalmente adequadas, conferindo por via direta um maior realce à subjetividade do intérprete, do que ao sentido que hermenêuticamente se mostra construído. Com efeito, são vários os exemplos de utilização do livre convencimento, o que se pode extrair de alguns julgados exemplificativos inseridos adiante, oriundos do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

[...] LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. UTILIZAÇÃO DE FUNDAMENTO JURÍDICO DIVERSO DOS APONTADOS PELAS PARTES PARA SOLUÇÃO DA LIDE. POSSIBILIDADE. ART. 131 DO CPC. DIFERENÇA. PEDIDO/OBJETO. FUNDAMENTAÇÃO. *O julgador pode utilizar qualquer fundamento que entenda necessário para resolver a causa, mesmo que não alegado pelas partes, desde que a decisão venha suficientemente motivada. A doutrina atribui essa idéia ao Princípio do Livre Convencimento Motivado que está consagrado no art. 131 do CPC: "o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento".* (TRF4 5017824-49.2011.404.0000, Terceira Seção, Relator p/ Acórdão Rogério Favreto, D.E. 31/10/2012).

[...] em âmbito judicial, prevalece o livre convencimento motivado do Juiz e não o sistema de tarificação legal de provas. [...] PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ. [...] Cumpre salientar que o art. 130 do CPC explicita que cabe ao Juiz, de ofício, ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, com o que se viabilizará a solução da lide. Esta situação deriva do fato de que, em nosso sistema processual, *o Juiz aprecia livremente as provas, limitado pelos fatos e circunstâncias constantes do processo e pelo princípio da necessidade de fundamentação de sua decisão.* Tal sistema de avaliação da prova tem sua diretriz básica fixada no art. 131 do nosso estatuto processual civil, impondo limites ao sistema do livre convencimento, já que este sistema na sua forma pura, como ensina Ovídio A. Baptista da Silva (Curso de Processo Civil, vol. I, p. 286-288, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1987), poderia gerar

⁵⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 73-74.

o arbítrio, o qual é combatido pela exigência de motivar, segundo critérios lógicos adequados, o resultado a que se chegou por meio da análise da prova constante dos autos. [...] (TRF4, AC 5007193-14.2010.404.7200, Sexta Turma, Relator Celso Kipper, D.E. 30/10/2012).

Ocorre que a decisão, conquanto proferida por um juiz singularmente considerado (fala-se mormente em decisão de 1º grau ou de 2º, estas em caráter monocrático), não pode ser fruto de sua individualidade; trata-se de um ato que deve ser confeccionado por meio de razões públicas, extraídas do ambiente processual como um todo (eis aqui a grande relevância de um amplo debate em contraditório e à escorreita fundamentação). Se decidir é ato de responsabilidade política, a construção das respostas, para serem constitucionalmente adequadas, devem levar em conta todo o arcabouço processual, com especial enfoque para as peculiaridades da causa, de forma a se garantir que a decisão judicial não se mostre abusiva, no sentido de arbitrária.

5.2.4. O “princípio” da proporcionalidade: sua relação com o subjetivismo decisório.

Em páginas antecedentes tratou-se, ainda que de forma resumida, ante o escopo do trabalho, da doutrina de Robert Alexy, autor que, através de sua teoria dos princípios, objetivou distinguir normas, princípios e regras. Retomando-se apenas para fins introdutórios e para mais adequada compreensão deste específico tópico, o autor afirma que norma é enunciado normativo, equivale dizer, a maneira pela qual as normas são linguisticamente expressadas. Sendo assim, os enunciados normativos podem ser normas-princípios ou normas-regras, o que realça a importância de advertir de pronto que entre tais há uma diferença que não é quantitativa, mas sim qualitativa.

Explica-se: a diferença teórico-normativa que diz respeito às regras e princípios constitui a base para tais construções. Regras são normas de comando, na medida em que traduzem uma proibição ou permissão de algo de maneira definitiva, daí porque chamadas de comandos definitivos. Elas se aplicam, então, de modo mais simples: mediante subsunção. Se uma regra é válida isto significa que seu comando deve ser cumprido tal qual ela exige, sob pena de a regra não ser devidamente cumprida. Logo, as regras são normas que, das duas uma: são cumpridas ou não.

Já os princípios são normas que comandam que algo seja realizado na maior medida possível, levando-se em conta suas possibilidades fáticas e jurídicas. Eis porque os princípios são denominados de comandos de otimização, já que caracterizados por poderem ser cumpridos em diferentes graus e também porque o comando neles contido depender de possibilidades fáticas e de possibilidades jurídicas.

Pois bem, as possibilidades jurídicas são determinadas por regras e notadamente por princípios opostos. Princípios contêm, por assim dizer, um comando *prima facie* e a determinação da medida comandada de cumprimento de um princípio em relação às exigências de um princípio oposto é a ponderação.

Mas o que é, afinal de contas, a ponderação? Trata-se de uma forma de aplicação específica do princípio, de modo que a disputa existente na teoria dos princípios é, mormente, uma disputa sobre a ponderação, a qual, por sua vez, constitui o núcleo do exame da proporcionalidade⁵⁴⁷. Então, se os princípios são mandados de otimização, possuem eles um alto grau de abstração e generalidade, graus de força normativa diversos, tudo a depender do caso em concreto.

E mais ainda: conflitos entre princípios são aparentes; se resolvem por meio (da técnica) da ponderação de valores, constituída por três submáximas: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Não há que se falar em hierarquia entre princípios muito menos em relevância maior de um em detrimento de outro; a preponderância de um sobre o outro em específico é circunstancial e depende de circunstâncias fáticas.

As normas-regras, entretanto, são, como dito, cumpridas ou não e os conflitos entre elas se resolvem no âmbito de validade, ou seja, uma regra exclui a outra. Por isso a presença de critérios para determinar qual norma se sobrepõe: o critério hierárquico, o critério cronológico e o critério da especialidade.

Até aí nenhum grande problema não fosse o fato de que o tal “princípio da proporcionalidade” é muito mal compreendido pela doutrina brasileira, que promove a repriminção da antiquada jurisprudência dos valores, em contexto histórico tão diferente.

⁵⁴⁷ ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 146.

Aliás, a *proporcionalidade*, nem de princípio se trata como se viu, mas sim de uma técnica proposta Robert Alexy e que tende à construção de uma regra de aplicação para solucionar um caso concreto complexo, quando presente o aparente choque entre princípios constitucionais.

Problema grande, além de tudo, porque o Código de Processo Civil de 2015, incorporou no § 2º do art. 489 do novo CPC uma regra no mínimo estranha: “No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

Diz-se isso pelo fato de que o dispositivo fala em “normas”, expressão que contempla (ou deveria contemplar) “regras” e “princípios”. Este deslize do legislador por muito bem gerar um problema ainda maior, pois em tese seria viável concluir que “ponderação” pode ser implementada não apenas entre princípios contrapostos, mas também entre regras, ou o que ainda é mais grave, entre regras e princípios.

Mas regras e princípios possuem funções diferentes no Direito, inclusive para Robert Alexy, para quem, como se disse, o conflito entre regras não é resolvido por ponderação, mas por exclusão de uma em relação à outra, por intermédio de critérios hierárquicos, cronológicos ou de especialidade.

Sem falar ainda que princípios e regras não se ponderam! Pela simples razão de que um princípio sempre deve prevalecer sobre uma regra, de modo que assiste razão à dourina quando diz que:

Por isso, para a hermenêutica (filosófica), o princípio da proporcionalidade não tem – e não pode ter – o mesmo significado que tem para a teoria da argumentação jurídica. Para a hermenêutica, o princípio da proporcionalidade é como uma metáfora, isto é, um modo de explicar que cada interpretação – que nunca pode ser solipsista – deve obedecer a uma reconstrução integrativa do direito, para evitar interpretações discricionárias/arbitrárias sustentadas em uma espécie de ‘grau zero de sentido’, que, sob o manto do caso concreto, tenham a estabelecer sentidos para aquém ou para além da Constituição [...] ⁵⁴⁸.

⁵⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 250.

O problema não para por aí: também o art. 8º do novo CPC faz à “proporcionalidade”. A questão é: como deve ser compreendida a proporcionalidade em questão? Compreende-se que esta *proporcionalidade* mencionada nos dispositivos do CPC mencionados, para não ser considerada inconstitucional, deve ser vista como um modo de buscar uma reconstrução da história institucional do direito, com o desiderato de combater decisões arbitrárias. Jamais pode ser vista como simples equidade ou bom senso, mas sim, repita-se, como uma decisão que busque a coerência e a integridade do Direito.

5.2.5. O sistema de precedentes à brasileira e a (in) existência de decisões íntegras, estáveis e coerentes.

Ao longo do texto, destacou-se que estamos inseridos em um “círculo hermenêutico”, na medida em que sempre se ingressa em um “modo” de compreensão com algo que nos antecipa, por isso é este círculo que propicia a antecipação de sentido que se tem acerca de algo; há uma estrutura prévia de compreensão, para nos valermos de Heidegger, já que o olhar hermenêutico pressupõe uma antecipação de sentido oriunda da tradição (Gadamer). A pré-compreensão, pois, constitui o primeiro processo de intelecção e o círculo hermenêutico o todo com que se opera; não se trata de um conceito, é bom que fique claro, mas sim de uma antítese à noção de que se interpreta por etapas, ou, trazendo isso para o Direito, que há uma cisão entre texto e norma ou entre regra e princípio. Para concluir esta parte introdutória, pode-se rememorar que o círculo hermenêutico desconstrói o esquema fundado na relação sujeito-objeto e inaugura algo mais complexo e consentâneo com a democracia: a relação sujeito-sujeito.

O Direito, como prática social que é, garante o uso da força estatal, a qual só pode ser democraticamente utilizada se forem articulados de forma conjunta todos os seus elementos estruturantes, tais como princípios, regras, precedentes, entre outros). Só assim a decisão judicial se amoldará à exigência democrática, garantindo-se a moralidade política de que fala Dworkin e a interpretação como romance em cadeia, metáfora utilizada pelo mesmo autor e já retratada.

Coerência e integridade são conceitos, respectivamente ligados à consistência lógica que cada decisão deve manter com casos semelhantes e à exigência de que os juízes construam seus argumentos de modo integrado ao Direito como um todo, numa perspectiva de ajuste

de substância⁵⁴⁹. Didier salienta que “compreender o Direito como um sistema de normas, e não um amontoado de normas. O dever de integridade é nesse sentido uma concretização do postulado da unidade do ordenamento jurídico⁵⁵⁰”.

Logo, se cada capítulo da história mantém relação com entendimentos assentados em casos, os quais servem de base casos posteriores, não se pode admitir posturas individualidades e subjetivamente arbitrárias, pois isto também conduziria a uma ruptura da almejada estabilidade e segurança das relações jurídicas, como bem alertou a doutrina ao dizer que a uma quebra como esta, antes de tudo, não quer dizer engessamento, mas sim:

estabelece a necessidade de uma *forte carga argumentativa* para aquele que pretende afastar (por distinção ou superação) o precedente diante de caso que se assemelhe àquele que ensejou sua formação, exigindo-se não apenas a fundamentação ordinária nos termos do art. 489, *caput* e § 1º, CPC, como também uma fundamentação qualificada que justifique o *overruling* ou *distinguishing* nos moldes do art. 489, § 1º, VI, CPC⁵⁵¹.

Comumente o argumento da utilização da ‘doutrina dos precedentes’ é descrito por razões de ordem prática: o excesso de processos. Sua adoção, entretanto, não pode partir desta premissa isolada. O correto, todavia, é o desenvolvimento de uma teoria cujo desígnio maior seja o fornecimento de procedimentos argumentativos que garantam a correção do raciocínio daquele que irá aplicar os precedentes. Só assim, estar-se-á preenchendo e atendendo uma garantia central dos Estados Constitucionais contemporâneos: a adequada motivação das decisões judiciais.

Em outras palavras: a partir do momento em que a fundamentação é requisito essencial da decisão, o desenvolvimento de uma teoria argumentativa que explicita os métodos de aplicação de precedentes judiciais - que cada vez mais ganham força e destaque entre nós - se mostra pertinente.

⁵⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 34.

⁵⁵⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: DIDIER, JÚNIOR et al. (coord.). **Precedentes**. Coleção grandes temas do novo CPC. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 395.

⁵⁵¹ Idem, p. 385.

Não se pode abstrair o fato de que o Direito é complexo e reduzi-lo a um *a priori* significativo⁵⁵² ou mesmo deixar sua aplicação a puro subjetivismo do intérprete - que poderia mencionar e fundar seu ato decisório em menções descontextualizadas de *supostos* precedentes - conduzirá ao renascer do positivismo⁵⁵³, até pelo fato de que não cabe, como regra, ao judiciário o papel de legislar, vocábulo aqui utilizado para a previsão de normas abstratas, reguladoras de acontecimentos fáticos.

Querer resolver o problema da lentidão, diminuindo a quantidade de processos, talvez não se mostre o melhor caminho. Afinal, seria ilusão dizer que um melhor sistema processual advirá da *desordenada* aplicação da já mencionada *teoria dos precedentes*. O Direito, como bem se sabe, é concretizado em cada caso e não pela simplória subsunção de fatos a previsões normativas pré-estabelecidas. Um *precedente*, para ser corretamente

⁵⁵² Sobre o ponto: “[...] interessa-nos conferir uma aplicação conforme a Constituição do artigo 927 do CPC e evitar que a afirmação o-ncpc-criou-um-sistema-de-precedentes seja transformado em um enunciado performativo e encubra sérios problemas judiciais contemporâneos. Alguns questionamentos mínimos: O ‘sistema de precedentes’ passa a ser o paradigma de aplicação do processo civil? O processo penal também sofre essa revolução paradigmática? Processo do trabalho? Administrativo? Tributário? Esses questionamentos se impõem porque: qual seria a justificativa de se imaginar que apenas para o direito processual civil teria havido uma mudança paradigmática? Um ‘sistema’ regionalizado? Afinal, se estamos falando de um sistema de precedentes, este não pode se limitar a apenas um segmento do ordenamento jurídico. Outra coisa: que “sistema” é esse em que a aplicação do CPC (artigo 15) é subsidiário e complementar para alguns (nem todos) os ramos do direito? Que “novo sistema” é esse em que o próprio CPC elenca, ao lado dos precedentes, coisas como súmulas vinculantes, súmulas do STJ, etc? Nossa principal objeção ao uso performativo do sistema-de-precedentes é que no Brasil, diversas vezes, sua utilização esconde o ovo da serpente. Parcela do pensamento processual civil entende que é possível resolver o problema de insegurança jurídica [...] mediante a criação de instrumentos de vinculação decisória, o que faz parecer que essa doutrina ignora que a própria Constituição e a legislação que lhe é conforme vinculam efetivamente a atuação do Judiciário antes de tudo. E não o contrário. [...] Há até quem defenda que o CPC-2015 teria proporcionado a mutação constitucional do termo causa previsto nos artigos 102 e 105 da CF. Seria uma interpretação-da-Constituição-a-luzdo-novo-CPC? No afã de implantar o tal ‘sistema’, suprimimos direitos. E aumentamos o poder do Judiciário. Simples assim. [...]”. STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto: o sistema (sic) de precedentes no CPC? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo. 13 out. 2016. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc> >. Acesso em: 20 mar. 2017.

⁵⁵³ Eis o que diz a doutrina, em caráter explicativo: “Assim, se o positivismo está ligado à discricionariedade, possibilitando, desse modo, múltiplas respostas, e se a dogmática jurídica (predominante no Brasil) continua refratária ao Constitucionalismo Contemporâneo e, de sua aderência paradigmática que alça a intersubjetividade ao lugar de condição de possibilidade, parece razoável afirmar que essa ‘delegação em favor do juízo discricionário’ (e, conseqüentemente, em favor das múltiplas respostas) não será contida ou resolvida através de regras e metarregras que, cada vez mais, contenham a ‘solução-prévia-das-várias-hipóteses-de-aplicação’. E não será assim pela singela razão de que a discricionariedade (que é um passo para a arbitrariedade, como veremos na sequência) é exatamente produto daquilo que proporcionou a sua institucionalização: o positivismo jurídico e suas diversas facetas, que sempre abstraíram a situação concreta no ato de aplicação. Este é o ponto em que a hermenêutica filosófica leva vantagem sobre as demais teorias que têm na interpretação o seu foco principal: a faticidade, o modo prático de ser-no-mundo comanda a atividade compreensiva. Daí o primeiro salto heideggeriano, superando o caráter epistemometodológico da filosofia, mostrando que a filosofia é hermenêutica; em seguida, o salto gadameriano, mostrando que a hermenêutica é filosofia, condição de ser-no-mundo”. (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 79-80).

aplicado necessita de interpretação e esta atividade precisa da definição de um método, sob pena de ser chancelada uma solução mecânica e subsuntiva, na qual a orientação pretoriana ganharia contornos gerais de norma (e texto e norma não se confundem⁵⁵⁴) cuja interpretação se mostraria desnecessária, mas, como se sabe, o melhor é dizer que não há clareza que dispense atividade interpretativa.

É antigo, aliás, o ideal de se aprisionar o Direito em conceitos. Com efeito, não é por menos que, no seio do movimento filosófico-científico do Iluminismo, advém a Escola de Exegese na França. Nela, a interpretação do direito se restringia ao desenvolvimento de um olhar passivo e mecânico do Código Napoleônico, à luz de comentários estanques (artigo a artigo) e aprisionados, sempre em busca da *voluntas legislatoris*⁵⁵⁵, como fundamento último da objetividade jurídica⁵⁵⁶.

O delineamento de uma teoria da decisão fulcrada em precedentes se mostra, portanto, essencial, sob pena de importar-se ingenuamente a alcunhada ‘doutrina dos precedentes’ do sistema *common law* sem, de fato, conhecê-la na essência, maximizando a fragmentarização de entendimentos, com o empobrecimento do discurso jurídico, olvidando ainda que o direito (e notadamente o juiz) sempre deve dar a resposta para ‘o’ caso e não fazer prognose para casos vindouros, já que isto é atividade tipicamente legislativa.

Logo, se é reservado *ao pesquisador*, ao salientar o porquê da escolha de um dado tema ou assunto, destacando as “... as relevâncias dos motivos que lhe fizeram optar pelo

⁵⁵⁴ Conforme a doutrina “a Constituição passa a ser, em toda a sua substanciabilidade, o topos hermenêutico que conformará a interpretação jurídica do restante do sistema jurídico”. (In: STRECK, Lenio Luiz. **A hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 215).

⁵⁵⁵ A tarefa do interprete reduzia-se a uma função mecânica de lógica dedutiva. A lei, enxergada como enunciado completo, era vista como a única fonte das decisões judiciais, porquanto a bem da verdade estas eram construídas a partir de uma mecânica lógico dedutiva. Eis, com efeito, a relevante passagem doutrinária: “o acentuado formalismo dogmático da Escola da Exegese torna seus princípios - insípidos e presos a uma hermenêutica bitolada - extremamente inadequados a uma abordagem tanto científica quanto filosófica do Direito, porque elaborados dentro da ingênua concepção ultra-empirista que considera a norma jurídica como um ‘dado’, ignorando o fato de que ela é ‘construída’ para atender as condições sociais específicas, intrinsecamente dinâmicas, que não pode ser ‘imobilizadas’ por qualquer legislação que seja”. (MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **Introdução ao estudo do direito**: conceito, objeto, método. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 118).

⁵⁵⁶ A doutrina chega a asseverar que o pensamento sustentado pela Escola em comento deságua no positivismo legal, cuja concepção de sistema é a de totalidade fechada e perfeita, não afetado a lacunas (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 1980, p.32-3).

assunto, quer seja pelo caráter teórico ou prático, ou pelo destaque social ou científico que poderá advir da pesquisa”⁵⁵⁷, é preciso lembrar as grandes funções de um precedente⁵⁵⁸:

- 1) configura-se como principal modalidade argumentativa na perspectiva constitucional;
- 2) é o principal preceito jurídico que possibilita a solução das controvérsias jurídicas pelas Cortes;
- 3) funciona, por vezes, como efeito vinculante persuasivo que possibilita a aplicação isonômica e coerente do direito;
- 4) tem como função a facilitação do diálogo nacional/constitucional sobre o significado e alcance da própria Constituição Federal;
- 5) forma e confere clareza para a estrutura constitucional, vale dizer, o precedente torna clara as regras do jogo que os litigantes precisam saber para se prevenir acerca das decisões de índole constitucional;
- 6) possui função primordial para a formação histórica da nação e sociedade;
- 7) é visto como forma de o judiciário educar a população a respeito do que é e o que significa a Constituição;
- 8) funciona como instrumento para a formação da própria identidade nacional;
- 9) são mecanismos para assegurar a implementação e concretização dos valores constitucionais.

⁵⁵⁷ MACEDO, Magda Helena Soares. **Manual de metodologia da pesquisa jurídica**. 2. ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Sagra Luzatto, 2001, p. 62.

⁵⁵⁸ As funções pontuadas são baseadas no pensamento encontrado na obra **The power of precedent**. New York: Oxford University Press, cuja autoria é de Michael J. Gerhardt.

De mais a mais, voltando os olhos para o direito fundamental de acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV da Constituição da República), bem como ao também fundamental direito à motivação adequada (art. 93, IX, também do Texto Magno), vê-se uma verdadeira escassez de estudos que se liguem a uma análise principiológica encarada à luz das funções reservadas à jurisdição constitucional.

Simplesmente vem sendo introduzido, por via legislativa, uma pretensa justaposição de efeitos vinculantes a pronunciamentos do judiciário, sem maiores reflexões. E isto sempre sob o superficial argumento de que se está promovendo uma aproximação entre os sistemas do *civil law* e do *common law*. A questão que passa ao largo deste acostamento por intermédio legislativo é a de que, como bem apontado:

A atribuição de efeito vinculante às decisões dos Tribunais Superiores por via legislativa não é própria do sistema do *stare decisis* do *common law*. Afinal, conforme expusemos em diversas passagens, a eficácia vinculante do precedente não está prevista nem na Constituição, nem na legislação nos sistemas do *common law*⁵⁵⁹.

Por estas circunstâncias se faz relevante abordar o tema deste tópico, até para que se observe como trabalhar com precedentes no direito pátrio. Portanto, em tom provocativo, indaga-se: qual a compreensão, à luz dos direitos e garantias fundamentais, que se revela juridicamente adequada à possibilidade de utilização da *teoria dos precedentes* e quais os limites que devem ser impostos à sua ‘importação’ do sistema *common law*?

Pois bem, não é de hoje que se observa uma inquietação no que diz respeito à redução *quantitativa* de processos. Vale para tanto lembrar que, quando ainda em trâmite, o Projeto do Novo Código de Processo Civil, sob o argumento de se preservar a segurança jurídica e proporcionar a previsibilidade do resultado das demandas submetidas ao Poder Judiciário, tinha-se a mensagem, mesmo nas entrelinhas, de que o princípio do livre convencimento motivado, proporciona distorções ao princípio da legalidade, conturbando a ordem jurídica em sua plenitude, o que não deixa de ser verdade. Porém, reputava-se à este “princípio” a característica de promoção de julgamentos justos, o que não se ratifica aqui. Todavia, pela pertinência, vale a transcrição o trecho constante da exposição de motivos do Projeto do NCPC, mormente pela relação que se fez entre o uso de

⁵⁵⁹ Georges Abboud, Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante. In: ALVIM WAMBIER, Teresa (coord), **Direito Jurisprudencial**, Revista dos Tribunais, São Paulo: 2012, p. 544.

precedentes e o descrédito do judiciário relacionado com a intranquilidade jurisprudencial:

(...) objetivo de harmonizá-lo com o espírito da Constituição Federal, sejam as que dizem respeito a regras que induzem à uniformidade e à estabilidade da jurisprudência.

O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas.

Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de “surpresas”, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta.

Se, por um lado, o princípio do livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, e neste sentido mereceu ser prestigiado pelo novo Código, por outro, compreendido em seu mais estendido alcance, acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à própria idéia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito. A dispersão excessiva da jurisprudência produz intranqüilidade social e descrédito do Poder Judiciário.

Se todos têm que agir em conformidade com a lei, ter-se-ia, ipso facto, respeitada a isonomia. Essa relação de causalidade, todavia, fica comprometida como decorrência do desvirtuamento da liberdade que tem o juiz de decidir com base em seu entendimento sobre o sentido real da norma⁵⁶⁰.

Destaque-se, ademais, que os termos *precedente* e *jurisprudência* são tidos como sinônimos, o que nos parece um equívoco e isto, inclusive por um ângulo quantitativo, já que podem haver inúmeras *jurisprudências* relativas a um mesmo tema e nenhum *precedente*, de fato, extraível deste conjunto de decisões. O precedente, analisado por este aspecto quantitativo, não se confunde com o sem-número de entendimentos jurisprudenciais. *O precedente é um único*, do qual se extrai uma lógica a ser aplicada a futuros casos similares. Este ponto foi, com efeito, bem apercebido por José Rogério Cruz e Tucci quando explanou que:

...enquanto hoje o substantivo jurisprudência indica genericamente a atividade dos tribunais no desempenho de seu mister de ‘ius dicere’, no âmbito da história do direito tem múltiplo significado, ora indicando ciência do direito, ora designando a própria atividade profissional (jurisprudência forense ou prática contraposta à teórica)⁵⁶¹.

Erroneamente confunde-se o precedente com o próprio processo, ou mesmo com o instrumento processual que o aplica, o que é verdadeiramente equivocado e isto, seja porque não é de todo processo que se extrai um precedente, seja porque, por outro lado,

⁵⁶⁰ <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>

⁵⁶¹ **Precedente judicial como fonte do direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 15.

de um único processo podem ser extraídos diversos precedentes, bastando para tanto que nele estejam contidas soluções envolvendo diversas demandas.

Como dito, basta que haja uma única decisão judicial para que, por suposto, se tenha um precedente. Esta decisão pode ou não ter efeito vinculante, a depender da eficácia que o ordenamento jurídico lhe confira. Ou seja, em uma primeira análise, o núcleo, a essência, de uma decisão judicial que se mostre capaz de servir como parâmetro para julgamentos posteriores, em casos análogos, constitui um precedente, que pode ou não gerar efeitos vinculantes, a depender isto de opção legislativa.

Em outras palavras, pode-se dizer que a pujança do precedente decorre da *ratio decidendi*, descoberta na *fundamentação* da decisão judicial. A *ratio decidendi* é uma norma jurídica geral e, por conta disso, pode ser aposta em casos assemelhados. Fredie Didier Jr. trata do tema e chega a um arremate bastante similar, valendo, pela relevância, transcrever suas palavras:

A eficácia do precedente, porém, recai sobre a *ratio decidendi*, que se encontra na fundamentação da decisão; ela é norma jurídica geral construída pelo órgão jurisdicional e da qual se extrai norma individual objeto do dispositivo; exatamente por ser geral, pode ser aplicada em outras situações semelhantes; por isso, a eficácia do precedente é sempre *erga omnes*⁵⁶².

Sistematizando, um precedente gera efeito: **(i)** persuasivo, maior ou menor, a depender do órgão que o prolatou, por exemplo, um Tribunal Superior ou não; **(ii)** impeditivo ou obstativo da revisão das decisões, valendo citar como exemplo as súmulas⁵⁶³ do STJ e do STF que obstam, *verbi gratia*, o reexame necessário; e, **(iii)** efeito vinculante, eis que devem ser obrigatoriamente observados, ostentando eficácia normativa (art. 103-A, CF), dependendo-se aqui de opção legislativa.

Não é relevante apenas que seja ponderada a solução jurídica enunciada ao caso, deparada, como se sabe, no dispositivo da sentença, mas também a base fática sobre a qual o mesmo foi editado. Adverte-se, além disso, que se o precedente é oriundo de um Tribunal Superior sua força suasória será maior. De mais a mais, o enunciado final, ou

⁵⁶² **Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida.** Salvador: Editora JusPODIVM, 2012, p. 164.

⁵⁶³ Ressalto apenas a existência de controvérsia acerca de uma súmula ser, de fato, um precedente (Vide: Lenio Luiz Streck e Georges Abboud. (2012). **O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes.** Porto Alegre: Livraria do Advogado).

melhor, a norma individualizada caracterizada pela solução dada ao caso, será de relevo. Entretanto, por qual caminho o magistrado prolator chegou àquela conclusão? Quais foram os fundamentos-base utilizados naquela decisão que, ao fim, constituiu um precedente?

O precedente é um ponto de partida que contribuirá para a decisão⁵⁶⁴, porquanto mesmo em um sistema fundado no *stare decisis* não está o operador jurídico ‘preso’ a leituras meramente exegéticas. Tem-se que percorrer uma relação dinâmica, percorrendo-se o caminho do respeito à história institucional da aplicação daquela tese extraída. Ou ainda, não se pode descurar da qualidade que detém os precedentes no *stare decisis*: “são por um lado, invocados como starting points do legal reasoning, isto é, como topoi no sentido da casuística retórica, e impõem-se, por outro lado, como concepções de tipo heurístico (não conceitualmente vinculantes) da ratio iuris - são, pois, fundamentos normativos para um pensamento problemático e de intenção teológico concreta⁵⁶⁵”. Rememore-se, com respaldo doutrinário, em especial para dar destaque à importância da base fática do caso, que não pode ser descolada do precedente, o seguinte:

E assim temos de concluir, quanto a este último sentido, que o direito não pode prescindir do facto e que o facto não pode prescindir do direito. Na verdade, se por um lado não há validade que não seja validade de algo, e de algo que relativamente a essa intenção fundamentalmente se ofereça na contingência da facticidade, também a validade jurídica não poderá de ter um contingente e material sujeito-objecto a predicar, e no qual se cumpra – o predicado não prescinde do sujeito e terá nele justamente de se afirmar predicado, uma *questio juris* é sempre a *questio facti*. Por outro lado, sendo os factos de um problema concreto de direito o objeto intencional da respectiva questão-de-fato, e por esta são determinados, não é menos certo que também eles não têm sentido sem referência à questão-de-direito, pois uma *quaestio facti* é necessariamente a *quaestio facti* de uma certa *quaestio juris*⁵⁶⁶.

Já se viu que é com Dworkin que se apreende que os Tribunais ao julgar um novo caso devem respeito à história institucional da aplicação daquele instituto e, para facilitar sua fala, o autor faz uma metáfora: a do romance em cadeia. As rupturas devem ser

⁵⁶⁴ Nas palavras da doutrina “...o precedente representa, em verdade, um ponto de partida para a análise e julgamento do caso concreto e não uma restrição ao poder de julgar...” (PORTO, Gilberto Sérgio. Sobre a *common law* e o precedente judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (org.). **Estudos de direito processual civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 766).

⁵⁶⁵ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 60.

⁵⁶⁶ NEVES, A. Castanheira. A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito. **Revista Digesta**, Coimbra, v. 1, p. 511, 1995.

devidamente fundamentadas, consoante a integridade do direito, sob pena de ser criado um quadro de ‘anarquia interpretativa’, no qual cada juiz ou cada tribunal, julgaria a partir de uma espécie de ‘marco zero’, em franco desrespeito ao contraditório. Eis as palavras do autor a respeito da integridade do direito:

...começa no presente e se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. (...) Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer. O otimismo do direito é, nesse sentido, conceitual; as declarações do direito são permanentemente construtivas, em virtude de sua própria natureza⁵⁶⁷.

Em breve resumo, a já muitas vezes citada metáfora do ‘romance em cadeia’ serve, então, para que se possa compreender que cada juiz assume o papel similar a de um *romancista* que escreve um capítulo para uma obra coletiva. Tem ele - o magistrado - que conhecer os ‘capítulos’ anteriores subscritos pelos demais para se inteirar da narrativa e, aí sim, procurar construir uma história que não se dissocie e acima de tudo preserve a linha de raciocínio já estabelecida preteritamente. Não lhe é, destarte, autorizado ignorar o que passou, tampouco transformar o ‘livro de autoria coletiva’ em um ‘conto desconectado’. Ao revés, seu capítulo tem de ter uma ligação com o passado, propiciando uma abertura com o futuro, viabilizando a evolução da história e não apenas sua repetição.

À luz de tais diretrizes, fica nítida a importância de serem estudadas as diferenças existentes entre a *ratio decidendi* e os *obiter dicta* (*obiter dictum*). A *ratio decidendi* equivale aos motivos determinantes encontráveis não só no dispositivo, mas notadamente na fundamentação. Estes motivos, que levam o julgador a concluir de uma determinada maneira, são hábeis a conduzir a solução de casos futuros, cujos pontos base coincidam com os do precedente.

A *ratio decidendi* – também conhecida como *holding* pelos norte-americanos – , está sempre localizada na fundamentação da decisão. Trata-se, a rigor, dos fundamentos

⁵⁶⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 274.

jurídicos que sustentam a decisão, sem os quais esta não teria sido proferida como foi, ou seja, os fundamentos essenciais. É uma norma geral constante da decisão que deve ser interpretada e compreendida à luz do caso concreto.

Obiter dictum, por sua vez, são os chamados argumentos ditos de passagem, fundamentos acessórios que não são coluna de sustentação do decisório. São, assim, simples opiniões proferidas pelo julgador a título de juízo, que possuem força persuasiva, mas que não são necessárias à completa solução do caso concreto. A doutrina estrangeira, enfrentando a diferenciação entre tais elementos (*ratio decidendi* ou *holding* e *obiter dicta*) leciona que:

English courts are bound only by the ratio decidendi of an earlier case on the same issue. They are not obligated to follow obiter dicta, or comments that are not directly on point. It is easy to see how a distinction between ratio and dicta would arise in a system where a reporter decides which of a judge's oral comments to memorialize for posterity.⁵⁶⁸

Do que foi dito até então, denota-se que as apreciações relativas à *ratio decidendi* e ao *obiter dictum* são bem difundidas nos países de *common law*, mesmo porque neles está enraizada a ideia de jurisprudência como fonte normativa. O que se quer deixar claro, todavia, é que a despeito de nestes países, de sistema *common law*, ter-se já difundido o ideal de jurisprudência como fonte normativa, nada obsta o transporte desta mesma ideologia para os países que adotam sistemas *civil law*. Muito ao contrário, precedentes sempre existirão. Onde se tem decisão jurisdicional será possível extrair precedentes. É a eficácia deste(s) e a relevância deste(s) para o direito constitucional e processual que irá(ão) variar, tudo a depender, ao menos no tocante aos países que adotam o *civil law*, da importância a ele(s) atribuída pelo direito positivo. Veja-se, poder-se-ia ter regra constitucional ou processual ordenando que a *ratio decidendi* de um determinado precedente seja tida como obrigatória, vinculando decisões futuras. Em contrapartida, é plenamente viável que se preveja que a *ratio decidendi* constitui mero fundamento da decisão. Insiste-se, tudo dependerá do direito positivo⁵⁶⁹.

⁵⁶⁸ TIERSMA, Peter M. The textualization of precedent. *Notre Dame Law Review*, v. 82.:3, p. 1.187-1.278. Paper n. 2007-28, abril 2007.

⁵⁶⁹ A título de menção e ante a proeminência do autor, alertamos que Peter Häberle é um severo crítico da adoção de fundamentos determinantes de força vinculante no que diz respeito às decisões da Corte Suprema. E o faz sob o fundamento de que, com tal vinculação, restarão, na opinião do autor, engessados os demais tribunais, fato comprometedor de sua força inovadora. Eis a passagem a seguir: “A mesma ideia de abertura deveria decidir o debate sobre se a eficácia vinculativa do art. 31.º da LTCFA afecta apenas o acórdão ou também a *ratio decidendi* ou fundamentos jurídicos nos quais ele se apóia. O TCFA inclina-se para essa segunda postura na medida em que ele próprio alude muitas vezes (e de forma consciente) a sua

De todo modo, obviamente, não é tarefa fácil diferenciar no bojo de uma decisão judicial em qual parte situa-se a *ratio decidendi* e em qual está o *obiter dictum*, até pelo fato de que o julgador não as separa em compartimentos estanques. Caberá ao intérprete a feitura de tal difícil diferenciação, o fazendo, por vezes mediante exclusão, separando aqueles elementos argumentativos que, se extraídos, não alterariam o comando do julgado. Tais elementos, exatamente por não alterarem o mandamento contido na decisão, seriam argumentos de força persuasiva, ditos de passagem, incapazes de serem caracterizados como a coluna de sustentação da decisão. São estes, destarte, os *obiter dicta*. Do contrário, se a extração dos argumentos vier a alterar o alicerce da decisão, estar-se-á diante da *ratio decidendi*.

Claro que há a necessidade de se promover uma análise da dinâmica dos precedentes, por meio de técnicas de confronto, casos concretos e eficácia no tempo. Modernamente, reitere-se, a jurisdição é, antes de tudo, criativa, circunstância que conduz à ideia de que o magistrado não é mais apenas a *bouche de la loi* (a boca da lei), como primordialmente se compreendia, em especial nos idos do Estado Liberal.

Rememore-se, além de tudo, o ato é que após a segunda metade do século XX a metodologia do direito foi radicalmente alterada. Em apertadíssimo resumo, (i) foi reconhecida força normativa à Carta da República; (ii) atribuiu-se dimensão objetiva e expansionista aos direitos fundamentais; (iii) foi estabelecida a importante distinção entre texto e norma, passando esta a ser compreendida como o fruto da interpretação do primeiro; e, em particular, (iv) foi reconhecido o condão criativo da interpretação jurídica, passando-se a entender que o juiz (e os demais intérpretes) atribuem sentido à lei e não apenas repetem seu enunciado.

Pois bem, tendo-se o juiz como intérprete e não como um simples “repetidor”, ganha relevo a jurisprudência. Ganham proeminência os precedentes e seus respectivos

função de "interprete determinante e guardião da Constituição" (E 40, 88[93]). Esta "canonização" da *ratio decidendi* deve ser recusada, segundo a tese aqui defendida de uma compreensão processual, dinâmica da Constituição. Caso se estenda a força vinculativa das decisões também à *ratio decidendi*, o "diálogo jurídico" seria afectado, os restantes tribunais perderiam a coragem para efetuar outras interpretações da constituição e a força inovadora dos eventuais votos dissidentes seria minimizada. A sociedade aberta dos interpretes da constituição ficaria, pelo menos em parte, "fechada" (HÄBERLE, Peter. **Recurso de Amparo no Sistema Germânico de Justiça Constitucional**. Direito Público, n. 02, out./dez. 2003).

fundamentos, surgindo a necessidade de desenvolverem-se técnicas para definir o âmbito de aplicação de cada um.

Aí entra em cena o cognominado *distinguishing*⁵⁷⁰, que não é, nada mais nada menos, do que um método de confronto a partir do qual promove-se a verificação se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo a outro. Isto se dá pela mera circunstância de que se mostra impossível aplicar um precedente sem antes analisá-lo, por meio de um método de interpretativo.

Então, pode-se falar em *distinguishing* se, eventualmente, se visualizar diferença entre o caso concreto e o paradigma, e isto, seja pelo fato de que a base-fática relevante é diversa daquela encontrada no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação, certa particularidade jurídica afastará a aplicação do precedente anterior⁵⁷¹.

É preciso dizer ainda, que se fala em duas modalidades de método distintivo: **(i)** o *restrictive distinguishing*, concebido na hipótese do magistrado perceber que há diferença entre o caso sob exame e o do precedente, e assim sendo, restringe a utilização deste, exatamente por que certas peculiaridades do caso concreto impedem aplicação do precedente; e o **(ii)** *ampliative distinguishing*, quando ocorre exatamente o contrário. Aqui, a despeito da existência de certas especialidades do caso concreto em relação ao precedente, o magistrado entende por bem estender à hipótese *sub judice* a solução naquele cristalizada.

Uma outra ponderação se faz necessária. Não se pode confundir a aplicação do *distinguishing* com o mero afastamento de precedente já firmado. O magistrado não deve simplesmente deixar de seguir o precedente dantes existente por circunstâncias jurídicas pessoais, entendendo-o, por exemplo, equivocado, em desuso ou mesmo inconstitucional. Se quiser deixar de aplicar o precedente deve analisar o alcance, o sentido da *ratio decidendi*, vindo a entender que esta não contempla o caso paradigma, porquanto revelam heterogeneidades. Ou, como salienta a doutrina, o julgador, valendo-se dessa técnica, “observa e expõe que, apesar de aparente semelhança ou analogia, a demanda apreciada

⁵⁷⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 143.

⁵⁷¹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. V. II. 6ª ed. Ed. JusPodivm, 2011. p. 402-403.

possui peculiaridades próprias aptas a afastar a incidência do precedente paradigma, mesmo que vinculante⁵⁷²”.

Por outro lado, existem também técnicas para que se supere um precedente. São elas: o *overruling* e o *overriding*. O *overruling* pode ser comparado à revogação de uma lei por outra que lhe sobrevenha. Haverá em hipótese tal a superação total do precedente. Claro que o abandono do precedente anteriormente utilizado, com a consequente criação de nova regra para os casos subsequentes, exigirá uma carga maior de motivação, talvez até com a exposição de argumentos ainda não suscitados, como justificativa para a alteração do precedente. Em outro vértice, no *overriding*, ocorre uma limitação do alcance do precedente anterior, ou seja, dá-se uma superação parcial que limita o âmbito de incidência de um entendimento até então consagrado.

Em obra específica sobre o tema, intitulada, “*Teoria do Precedente Judicial*”, Thomas da Rosa de Bustamante trata do *overruling* e do *overriding* com bastante lucidez, como se observa da seguinte passagem:

O que diferencia o *overruling* e o torna especialmente relevante é que ele não se refere a um simples problema de aplicação do precedente judicial – não se contenta com a não-ocorrência de suas consequências no caso concreto -, mas vai bem além disso, já que representa uma ‘ab-rogação da própria norma adscrita aceita como precedente. O ‘*overruling*’ apresenta-se como o resultado de um discurso de justificação em que resulta informada a própria validade da regra antes visualizada como correta. Por isso, as razões que o justificam devem ser ainda mais fortes que as que seriam suficientes para o *distinguish* (seja a interpretação restritiva ou a redução teleológica do precedente judicial)⁵⁷³.

Parece-nos, à luz dessas ponderações, que um precedente não pode ser afastado sem maiores preocupações. É preciso que haja fundamentos relevantes capazes de produzirem uma justificativa bastante persuasiva⁵⁷⁴. De outra maneira, o que dizer daquelas hipóteses em que um precedente anterior é meramente desconsiderado, sem que se diga uma linha

⁵⁷² TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedente Judicial**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 280.

⁵⁷³ **Teoria do Precedente Judicial – A Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais**, São Paulo: Editora Noeses, 2012, p. 388.

⁵⁷⁴ Assiste plena razão a Humberto Bergmann Ávila na ponderação transcrita: “Como os princípios do Estado de Direito e da Segurança Jurídica militam em favor da estabilidade das decisões judiciais, o afastamento dos precedentes depende da existência de razões suficientemente fortes. Nesses casos, o julgador até pode se afastar dos precedentes, mas o afastamento deverá ser um afastamento argumentado” (In: ÁVILA, Humberto Bergmann. **Sistema Constitucional Tributário**, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 10).

sequer acerca das razões pelas quais foi ele abandonado? Sem dúvida alguma, em hipóteses como a conjecturada, estará sendo violada a proteção da confiança dos jurisdicionados, que deixam de pautar suas condutas na expectativa criada até o momento. Teresa Arruda Alvim é claríssima apresentando posição nos termos adiante: “Temos a convicção de que o sistemático desrespeito aos precedentes, compromete o Estado de Direito, na medida em que as coisas passam a ocorrer como se houvesse várias ‘leis’ regendo a mesma conduta: um clima de integral instabilidade e ausência absoluta de previsibilidade⁵⁷⁵”.

Não se está com isso, é bom que fique claro, afirmando que os magistrados devem aplicar cegamente, sem maiores análises, precedentes anteriormente existentes. Voltamos a insistir, sempre caberá ao magistrado avaliar se é aplicável ou não um dado precedente a certo caso concreto, mesmo porque o próprio precedente será objeto de interpretação, porquanto vertido em linguagem, tal como qualquer outra lei⁵⁷⁶.

Conclui-se alertando que o abandono de um precedente exige vasta carga de argumentação, tudo em homenagem à lealdade, à motivação, à proteção da confiança legítima, etc, todos princípios protetivos do jurisdicionado, que pautam sua postura, expectativas e comportamentos, em situações jurídicas já consolidadas.

Mas e se, por ventura, for levado a cabo o *overruling*? A partir de que momento a mudança de pensamento produz efeitos? O novo precedente terá eficácia retroativa ou prospectiva?

Via de regra, no direito norte-americano e no *common law* de modo geral, os efeitos da revogação de um precedente são retroativos, de maneira que a nova orientação, concernente ao caso em julgamento, seria aplicável às situações ocorridas anteriormente, o mesmo ocorrendo quanto àquelas similares, cuja *ratio decidendi* se mostre condizente.

A tutela da confiança, entretanto, serve como justificativa para que o novel precedente possua efeitos prospectivos (o que se denomina, no *common law*, de *prospective*

⁵⁷⁵ ALVIM, Teresa Arruda. **Estabilidade e Adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. In: Revista de Processo, São Paulo: RT, ano 34, v. 172, p. 144, jun. 2009.

⁵⁷⁶ TAVARES, André Ramos. As decisões vinculantes (precedentes) da justiça constitucional. In: **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, São Paulo: Fórum, ano 3, n. 11, p. 29, jul./ago. 2009.

overruling). O complexo sempre foi entender o que era um precedente capaz de gerar a tal “confiança” no jurisdicionado.

Diz-se que a confiança tem que ser *justificável*, exatamente porque pautou a conduta de pessoas que acreditavam de forma plena na segurança das relações pautadas por aquela orientação que, a partir da mudança, se viu superada.

A revogação de um precedente causa bastante intranquilidade nas relações humanas e, portanto, acredita-se como correta a ideia de que a mudança de jurisprudência é tão prejudicial à legítima confiança, quanto a modificação abrupta da legislação. Registre-se, todavia, que se poderia entender que a mutação jurisprudencial não equivaleria à legislativa, porquanto uma norma legal, efetivamente, teria existido, ao passo que a variação de entendimentos seria, antes de tudo, uma forma de afastar uma pré-compreensão equivocada do Direito.

O argumento não se mostraria válido. Isto porque, correta ou não a compreensão antiga, que constitui o precedente superado, a alteração não deixa de causar no jurisdicionado surpresas, especialmente se não se tinha, até então, críticas acentuadas de doutrina e jurisprudência sinalizando uma futura e eventual alteração na inteligência adotada⁵⁷⁷. Isto, para nós, é mais que suficiente para que seja dada guarida à legítima confiança. Ora, no exercício das atividades profissionais, um advogado ou um parecerista, recomendam aos seus respeitantes clientes, modos de agir pautados não apenas em textos normativos. Levam eles em conta também os precedentes judiciais até então viventes. E se estes precedentes não são alvo de críticas de doutrina ou não tem sua aplicação sonogada no dia-a-dia forense, nos parece óbvio que a mudança abrupta de orientação fere, sim, a legítima confiança⁵⁷⁸. Outro não é o pensamento de Luis Roberto Barroso, para quem

⁵⁷⁷ Rodolfo Luis Vigo, salienta que a responsabilidade pela estabilização dos padrões de comportamento fincados pela ordem jurídica “pesa sobre os juízes, que não só estão obrigados pelo precedente, mas se lhes advertem como não-valiosas as mudanças jurisprudenciais”, mesmo porque “se há fragilidade e mutabilidade num direito, é muito difícil que seus destinatários estejam seguros acerca de seus direitos e deveres” (*In: Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. São Paulo: RT, 2005, p. 276).

⁵⁷⁸ Tratando de questão atinente à inconstitucionalidade, mas chegando à mesma conclusão, Valter Shuenquener de Araújo: “...o direito de um particular à proteção de suas expectativas oriundas de normas inconstitucionais fica condicionado ao seus desconhecimento do vício do dispositivo que serviu de base da confiança. Se ela já foi anunciada, por exemplo, pela imprensa, ou se tornou de alguma forma conhecida, o dever geral de cautela do homem médio exigiria que a confiança não fosse depositada no dispositivo

“também a atividade jurisdicional (...) deve ser orientar pelo princípio da segurança jurídica. Do ponto de vista prático, isso significa que as decisões do Poder Judiciário devem ser razoavelmente previsíveis⁵⁷⁹”.

Apenas para melhor exemplificar, é bastante comum que haja *substituições* de precedentes em matéria tributária. Alterações dessa ordem, em especial em ramo do direito que diz respeito a custo de produção de empresas, por exemplo, são gravíssimas. Por isso, a superação de um precedente é algo sério, que não pode impor, em tom de exclusividade aos jurisdicionados, os ônus decorrentes de uma aplicação retroativa da mudança de pensamento⁵⁸⁰.

Reitere-se, em âmbito tributário, *verbi gratia*, os precedentes interferem profundamente no patrimônio dos particulares, proporcionando insegurança aos contribuintes a sua aprumada mudança no que diz respeito ao tamanho da carga que suportarão. E a segurança do Direito depende, efetivamente, da previsibilidade e da estabilidade das posições judiciais⁵⁸¹, o que se afigura suficiente para defender-se a necessidade de a mudança do precedente ter apenas efeitos prospectivos, o que, insista-se, não significa defender a proibição pura e simples de alterações de pensamento.

É preciso deixar claro, ademais, que a eficácia prospectiva da mudança de um precedente (*prospective overruling*) não é uma grande novidade no direito pátrio. No controle

incompatível com o texto constitucional” (*In: Proteção da Confiança e os Poderes da República*, Rio de Janeiro, Impetus, 2012, p. 187).

⁵⁷⁹ Recurso Extraordinário. Violação indireta da Constituição. Ilegitimidade da alteração pontual e casuística da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *In: Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Renovar, 2005, p. 284.

⁵⁸⁰ Em análise ao princípio da confiança no âmbito do Direito Administrativo, a doutrina apresenta importantes ponderações que, *mutatis mutandis*, amoldam-se às hipóteses de *overruling*: “... o Estado, tanto quanto os administrados, deve ser probo, veraz, leal, responsável. (...) se o Estado decide extinguir um ato de sua autoria ou se convence de que uma dada orientação que estava seguindo não é mais conveniente, deve fazê-lo com estrito respeito à confiança legítima dos cidadãos. (...) a confiança legítima ampara a confiança do indivíduo de boa-fé na ação do Estado, a qual pode se traduzir em direito subjetivo invalidamente constituído ou em mera expectativa legítima gerada pelo Estado. Daí a maior abrangência deste subprincípio em relação ao direito adquirido” (*In: VALIM, Rafael, O princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 2010, p. 111-112).

⁵⁸¹ Como lembra Paulo Roberto Lyrio Pimenta, em artigo intitulado “O princípio da segurança jurídica em face da mudança da jurisprudência tributária”, a segurança jurídica impõe que “o momento da aplicação do Direito não escape à previsibilidade e calculabilidade dos administrados” (*In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). Grandes questões atuais do Direito Tributário*, volume 10, São Paulo: Dialética, 2006, p. 362). E mais adiante arremata: “a jurisprudência uniforme gera confiança e certeza para o contribuinte, incentivando-o a guiar sua conduta pelos critérios fixados pela orientação pacífica dos tribunais, na suposição de que, agindo assim, evitará futuros problemas jurídicos com o Fisco” (*Idem*, p. 366).

abstrato de constitucionalidade, o Excelso Pretório, por força de previsão legal expressa, pode modular os efeitos de suas decisões, forte no artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, *verbis*:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

No controle difuso, todavia, não há disposição normativa semelhante, mas, a despeito de tal omissão, entende-se possível a modulação, à luz da segurança jurídica⁵⁸². Ainda que com outros fundamentos. Até para que se mantenha a coerência, em razão do entendimento de que a modulação decorre, *prima facie*, da segurança jurídica, parece-nos assistir razão a Gilmar Ferreira Mendes, em lição que merece transcrição:

...embora a Lei n. 9.868, de 10-11-1999, tenha autorizado o Supremo Tribunal Federal a declarar a inconstitucionalidade com efeitos limitados, é lícito indagar sobre a admissibilidade do uso dessa técnica de decisão no âmbito do controle difuso. Ressalte-se que não se está a discutir a constitucionalidade do art. 27 da Lei n. 9.868, de 1999. Cuida-se aqui tão-somente de examinar a possibilidade de aplicação da orientação nele contida no controle incidental de constitucionalidade. [...] Ressalte-se que o modelo difuso não se mostra incompatível com a doutrina da limitação dos efeitos. [...] Não parece haver dúvida de que, tal como já exposto, a limitação de efeitos é decorrência do controle judicial de constitucionalidade, podendo ser aplicado tanto no controle direto quanto no controle incidental⁵⁸³.

Em sede jurisprudencial são muitos os precedentes nesse sentido. Por todos, cita-se a decisão proferida em 06.06.2002, em que o Supremo Tribunal Federal entendeu, no RE 197.917-8, possível tal modulação por tratar-se de “situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos *ex tunc*, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente”, e diante deste quadro, concluiu: “Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade”.

O Superior Tribunal de Justiça por vezes não entendeu deste modo. Com efeito, em meio ao julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 738.689, o referido Tribunal Superior desperdiçou grande oportunidade para passar a adotar técnica da

⁵⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: RT, 2011, p. 434.

⁵⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1096.

modulação temporal de feitos de seus precedentes⁵⁸⁴. E assim agiu, porque entendeu que o art. 27 da Lei 9.868/99 contempla apenas as decisões de constitucionalidade, olvidando-se que a razão de ser do *prospective overruling* diz respeito à segurança jurídica e ao princípio da confiança justificada nos precedentes judiciais. Todavia, reitere-se, os precedentes judiciais alicerçados em decisões dotadas de autoridade em dado momento histórico, e, por conseguinte, irradiadoras de confiança justificada, não poderiam ser simplesmente ignorados pela decisão que o revoga.

Pode-se ir ainda mais além, porquanto mesmo um precedente consolidado pelo STJ, mas ainda não submetido ao crivo do STF, pode gerar legítima confiança no jurisdicionado, impondo-se a adoção de efeitos prospectivos à nova orientação. Poder-se-ia dizer que o simples fato do STF não ter outorgado uma “palavra final” acerca do tema já seria um obstáculo ao manto do princípio da legítima confiança, na medida em que o particular deveria contar com a possibilidade de mudança de rumo no entendimento até então firmado. A ponderação, entretanto, não nos parece acertada, como se verá.

Imagine-se um caso em que o STJ tenha resolvido dada questão, editando, inclusive, súmula acerca do tema e que o STF, quando instado a se pronunciar, tenha entendido que a matéria não era de índole constitucional, deixando de conhecer, portanto, a insurgência recursal. Tempos depois a Corte Suprema, altera sua posição e passa a compreender que o tema é passível de análise, porquanto possui relevo constitucional. Isto, de fato, ocorreu.

Com efeito, havia severa discussão envolvendo o dever de as sociedades profissionais envolvendo a cobrança da Cofins. Dita pendenga chegou ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) há anos e, após reiterados julgados favoráveis aos contribuintes, no ano de 2003, a Corte editou a Súmula nº 276, consagrando a isenção.

A Suprema Corte considerava que a matéria de fundo era de índole infraconstitucional e, por isso, não lhe competia o trato da questão. Ocorre que em setembro de 2008, o STF reviu sua posição anterior e declarou viável a cobrança da contribuição.

⁵⁸⁴ Da ementa do acórdão consta o seguinte: “Salvo nas hipóteses excepcionais previstas no art. 27 da Lei 9.868/99, é incabível ao Judiciário, sob pena de usurpação da atividade legislativa, promover a ‘modulação temporal’ da suas decisões, para o efeito de dar eficácia prospectiva a preceitos normativos reconhecidamente revogados” (STJ, EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL n. 738.689, 1ª. Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 22/10/2007).

Melhor detalhando, precisamente na sessão do dia 17.09.08, o Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu decisão nos RE's 377457/PR e 381964/MG no sentido de que a COFINS deve incidir sobre as sociedades prestadoras de serviços profissionais. Uma saliente mudança jurisprudencial, que não foi bastante para que o STF entendesse pertinente a modulação temporal dos efeitos da decisão que acabara de proferir, em que pese a influência que deveria se fornecer aos princípios da proteção da confiança legítima e da boa-fé, todos corolários do sobreprincípio da segurança jurídica.

Ora, algo é indubitável que uma súmula do STJ não pode ser simplesmente desprezada, sem que, ao menos, a superação do entendimento nela contido tenha efeitos *pro futuro*. Ricardo Lodi Ribeiro diz que:

é forçoso reconhecer que a posição sumulada do STJ, acompanhada da recusa inicial do Tribunal Constitucional em conhecer da questão, em posição posteriormente reformada, despertaram no contribuinte a certeza de que a discussão estava encerrada com a prevalência do entendimento de que o tributo não era devido, em crença que não pode ser deixada de ser amparada⁵⁸⁵.

Um pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça, naturalmente, traz confiança acentuada nos jurisdicionados e, muito por isso, não nos parece aceitável que o contribuinte (tomando como base o caso sob comento) sofra os ônus decorrentes da demora de apreciação do tema por parte da Suprema Corte. Uma decisão da Corte Excela tem por fundamento, antes de tudo, promover a segurança e a pacificação, e não o inverso, ou seja, não pode a última palavra do judiciário ser veículo de frustração de expectativas legítimas dos jurisdicionados. A modulação de efeitos da nova orientação constitui decorrência lógica da guarda da Constituição, função precípua do STF, como bem lembra o Ministro Gilmar Ferreira Mendes no acórdão exarado na Medida Cautelar em Ação Cautelar nº 189-7 SP de 06/02/2004:

No direito americano, o tema poderia assumir feição delicada tendo em vista o caráter incidental ou difuso do sistema, isto é, modelo marcadamente voltado para a defesa de posições subjetivas. Todavia, ao contrário do que se poderia imaginar, não é rara a pronúncia de inconstitucionalidade sem atribuição de eficácia retroativa, especialmente nas decisões judiciais que introduzem alteração de jurisprudência (*prospective overruling*).

⁵⁸⁵ In: **Legalidade, Não-surpresa e Proteção à Confiança Legítima**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 258-259.

E vai-se mais além: a estabilidade, apesar de flexível, é meta, verdadeiro vetor do sistema jurídico; mecanismo de promoção de confiança da atuação estatal. Uma alteração, sem advertências, abrupta, destarte, altera comportamentos e gera prejuízos a um planejamento racional mínimo de condutas. Tome-se como base o que as palavras do Ministro Jorge Scartezini do STJ, em meio ao julgamento do REsp 227940/AL:

O Poder Judiciário deve ao jurisdicionado, em casos idênticos, uma resposta firme, certa e homogênea. Atinge-se, com isso, valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico material, com a correta prestação jurisdicional, como meio de certeza e segurança para a sociedade. Afasta-se, em consequência, o rigor processual técnico, no qual se estaria negando a aplicação do direito material, para alcançar-se a adequada finalidade da prestação jurisdicional, que é a segurança de um resultado uniforme para situações idênticas.

Especificamente nos autos do RE 587.60485, o Rel. Min. Celso de Mello se manifestou contrariamente aos contribuintes, mas divergiu quanto aos efeitos da nova orientação jurisprudencial:

A minha compreensão em torno desse tema apóia-se em razões de segurança jurídica, a justificar a adoção dessa medida excepcional.

Como se sabe, o E. Superior Tribunal de Justiça, após reiteradas decisões que proferiu sobre a matéria objeto do presente litígio, veio a sumular, em 2003, o entendimento jurisprudencial daquela alta Corte judiciária, fazendo-o nos termos constantes da Súmula 276/STJ, nesta reconhecendo que ‘As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da COFINS, irrelevante o regime tributário adotado’.

Essa diretriz jurisprudencial, consolidada na Súmula 276/STJ, veio a prevalecer no âmbito do Superior Tribunal de Justiça após ampla discussão sobre a controvérsia jurídica em questão.

Esse dado, a meu juízo, assume extrema importância, pois coloca em pauta a questão relevantíssima da segurança jurídica, que há de prevalecer nas relações entre o Estado e o contribuinte, em ordem a que as justas expectativas deste não sejam frustradas por atuação inesperada do Poder Público, como sucederia em situações, como a ora em exame, em que se registra clara ruptura de paradigmas, com a prolação de decisão que evidentemente onera a esfera jurídica do sujeito passivo da obrigação tributária.

Não se desconhece que, na cláusula constitucional que contempla o direito à segurança, inclui-se a positivação do direito à segurança jurídica, sob pena de se ignorar, com grave lesão aos cidadãos, o atributo da previsibilidade das ações estatais, que norteia e estimula a adoção de padrões de comportamento por parte das pessoas em geral (e dos contribuintes em particular).

Os cidadãos não podem ser vítimas da instabilidade das decisões proferidas pelas instâncias judiciárias ou das deliberações emanadas dos corpos legislativos.

Assume relevo, desse modo, a asserção segundo a qual ‘o princípio da segurança jurídica supõe que o direito seja previsível e que as situações jurídicas permaneçam relativamente estáveis’.

A instabilidade das decisões estatais, motivada pela ruptura abrupta de critérios jurisprudenciais, que, até então, pautavam o comportamento dos contribuintes – cujo planejamento fiscal na matéria em causa traduzia expressão direta do que se continha na Súmula 276/STJ -, não pode nem deve afetar ou comprometer a esfera jurídica daqueles que, confiando em diretriz firmada pelos Tribunais e agindo de acordo com esse entendimento, ajustaram, de boa-fé, a sua conduta aos pronunciamentos reiterados do Superior Tribunal de Justiça a propósito da subsistência, no caso, da isenção da Cofins.

Mais a frente, invocando a proteção à confiança:

O postulado da segurança jurídica e o princípio da confiança do cidadão nas ações do Estado representam diretrizes constitucionais a que o Supremo Tribunal Federal, em contexto como o que ora se apresenta, não pode permanecer indiferente.

Na realidade, os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, inclusive as de direito público, sempre que se registre alteração substancial de diretrizes hermenêuticas, impondo-se à observância de qualquer dos Poderes do Estado e, desse modo, permitindo preservar situações já consolidadas no passado e anteriores aos marcos temporais definidos pelo próprio Tribunal.

A ruptura de paradigma resultante de substancial revisão de padrões jurisprudenciais, por tal razão, impõe, em respeito à exigência de segurança jurídica e ao princípio da proteção da confiança dos cidadãos, que se defina o momento a partir do qual terá aplicabilidade a nova diretriz hermenêutica.

Com respaldo na orientação supra, que a modulação temporal dos efeitos de uma decisão judicial também deve encontrar guarida nas alterações jurisprudenciais, irradiando efeitos apenas no tocante aos casos futuros, mesmo porque, conforme Luis Roberto Barroso “as decisões judiciais, sejam as de interpretação ordinária do direito, sejam as que contêm juízo de inconstitucionalidade, comportam modulação de seus efeitos temporais⁵⁸⁶”.

Claro que se o dispositivo que serve de alicerce de confiança já estiver sendo combatido, por doutrina e jurisprudência, não se pode simplesmente dizer que a decisão terá, invariavelmente, efeitos prospectivos, mesmo porque não se pode defender que os tribunais fiquem a repetir *erros* de entendimento outorgados a casos pretéritos. O que se está alertando e defendendo é que, nas zonas cinzentas, nas quais se paira dúvidas acerca

⁵⁸⁶ *In*: Mudança da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em Matéria Tributária. Segurança Jurídica e Modulação dos Efeitos Temporais das Decisões Judiciais. **Revista de Direito do Estado**, nº 2, abr./jun. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 267.

da necessidade de alteração de entendimento, os Tribunais, notadamente os Superiores, devem manter sua atual orientação⁵⁸⁷.

Em síntese, decisões que encontram algum respaldo interpretativo crível, despidas de um forte e novel fator determinante de sua alteração, não devem ser modificadas, segundo a doutrina exposta, e, se o forem, quando presentes as razões supra delineadas, é preciso garantir a estabilidade, dotando a mudança de efeitos prospectivos.

Vale até mesmo ressaltar que ainda é bastante corriqueira a não aplicação das técnicas de julgamento antes mencionadas, com o advento de decisões embasadas em entendimentos pessoais e subjetivos (sem *distinguishing ou overruling*).

De tudo o que se disse, percebe-se que os problemas da aplicação do direito em terras brasileiras, desafiam mudanças relevantes, mesmo porque embora o novo CPC tenha trazido inovações de grande relevância para a temática, ainda se necessita alterar fortemente as práticas recorrentes que impedem a tão almejada estabilidade decisória legítima, na qual a coerência e a integridade se tornem pressupostos decisivos na prática jurisprudencial, de forma que se compreenda de uma vez por todas que não se pode ter uma cisão (artificial) entre questão de fato e questão de direito. Não há, também, como compreender que os precedentes judiciais são teses jurídicas universalizantes, que se bastam em si, sob pena de se encapsular a realidade, tal como alertado.

5.3. A IMPORTÂNCIA DA LITERATURA E O COMBATE AO SUBJETIVISMO JUDICIAL.

Pode-se afirmar que a Literatura promove um novo olhar sobre o homem, pois representa-o com seus anseios, problemas, angústias, sentimentos, opiniões e expectativas. Por isso, a se constitui em um espelho da sociedade, na medida em que retrata uma época e uma determinada realidade mundana, algo que nem sempre com o direito, muitas vezes distanciado da realidade. Juízes e demais atores processuais se veem como meros

⁵⁸⁷ Acredita-se que a evolução do Direito é necessária e a estabilidade e a uniformidade não são objetivos a serem perseguidos de “olhos vendados”. É viável dizer que a mudança pode ser levada a efeito se existem aspectos fáticos e/ou jurídicos autorizativos, como dito linhas atrás.

aplicadores da lei e tratam de processos como relés papéis, esquecendo-se que ali se encontra histórias de seres humanos.

A literatura, ao contrário, explora exatamente a “utilidade social” e assim denuncia os problemas do mundo, observando-se que através dela os juristas desvendam uma diversa possibilidade de interpretar a realidade, compreender o direito e, via de consequência, de superar o atual paradigma jurídico.

Assim, a Literatura assume grande relevo para o estudo das disciplinas jurídicas, até por conglobar conhecimentos de diversas áreas existentes. Assiste, pois, razão a Barthes, quando diz que: “se todas as disciplinas, exceto uma, devessem ser expulsas do ensino, essa disciplina a ser salva deveria ser a literatura, tendo em vista que todas as ciências estão presentes no monumento literário⁵⁸⁸”.

O direito como prática interpretativa, que é só tem sentido no mundo da vida de maneira que a norma é sempre obtida no e partir do caso concreto, ocasião em que o julgador, compreende, interpreta e aplica o direito à situação versada e analisada. Lembre-se que o juiz aplica o direito a partir de pressupostos por ele desde já aceitos: os pré-conceitos (no sentido Gadameriano) que constituem a sua pré-compreensão. Daí porque ao julgar, o magistrado interpreta, mas a partir da sua pré-compreensão acerca de uma dada situação mundana que lhe é posta, de forma que se faz imprescindível que ele “abandone” sua pré-compreensão, para em seguida retomá-la através da interpretação do texto, momento em que se dá sua convicção.

Mais uma vez: conquanto não se possa olvidar que o legislador, ao, por exemplo, editar a lei, detenha intenções, é igualmente estanque de dúvida que a prática do direito não se confunde com ela, mesmo porque a lei, na medida em que promulgada e inserida no mundo da vida com este convive. Torna-se, assim, independente da vontade do legislador e, ainda, correlacionada com a vida real e histórica que sempre conduz o texto a um re-texto, relido por sua historicidade e desvelado pela prática interpretativa.

⁵⁸⁸ BARTHES, Roland. **Aula**. São Paulo: Cultrix, 1980, p. 14.

O julgador, para bem aplicar o direito, não pode medir esforços no sentido de alargar sua compreensão das coisas e do mundo em que está inserido, advindo disso a ideia de que todo julgamento é histórico e datado, ou, como bem afirma Barthes em explicação voltada à literatura, mas amoldada ao sentido que se quer passar aqui:

Entendo por literatura não um corpo ou uma sequência de obras, nem mesmo um setor de comércio ou de ensino, mas o grafo complexo das pegadas de uma prática: a prática de escrever. Nela viso portanto, essencialmente, o texto, isto é, o tecido dos significantes que constitui a obra, porque o texto é o próprio aflorar da língua, e porque é no interior da língua que a língua deve ser combatida, desviada: não pela mensagem de que ela é o instrumento, mas pelo jogo das palavras de que ela é o teatro. Posso portanto dizer, indiferentemente: literatura, escritura ou texto. As forças de liberdade que residem na literatura não dependem da pessoa civil, do engajamento político do escritor que, afinal, é apenas um “senhor” entre outros, nem mesmo do conteúdo doutrinário de sua obra, mas do trabalho de deslocamento que ele exerce sobre a língua: desse ponto de vista, Céline é tão importante quanto Hugo Chateaubriand tanto quanto Zola. O que tento visar aqui é uma responsabilidade da forma: mas essa responsabilidade não pode ser avaliada em termos ideológicos e por isso as ciências da ideologia sempre tiveram tão pouco domínio sobre ela. Dessas forças da literatura, quero indicar três, que colocarei sob três conceitos gregos: *Mathesis*, *Mimesis*, *Semiosis*. A literatura assume muitos saberes. Num romance como *Robinson Crusoe*, há um saber histórico, geográfico, social (colonial), técnico, botânico, antropológico (*Robinson* passa da natureza à cultura). Se, por não sei que excesso do socialismo ou de barbárie, todas as nossas disciplinas devessem ser expulsas do ensino, exceto uma, é a disciplina literária que devia ser salva, pois todas as ciências estão presentes no monumento literário. É nesse sentido que se pode dizer que a literatura, quaisquer que sejam as escolas em nome das quais ela se declara, é absolutamente, categoricamente realista: ela é a realidade, isto é, o próprio fulgor do real. Entretanto, e nisso verdadeiramente enciclopédica, a literatura faz girar os saberes, não fixa, não fetichiza nenhum deles: ela lhes dá um lugar indireto, e esse indireto é preciso. Por um lado, ele permite designar saberes possíveis – insuspeitos, irrealizados: a literatura trabalha nos interstícios da ciência: está sempre atrasada ou adiantada com relação a esta, semelhante à pedra de Bolonha, que irradia de noite o que providenciou durante o dia, e, por esse fulgor indireto, ilumina o novo dia que chega. A ciência é grosseira, a vida é sutil, e é para corrigir essa distância que a literatura nos importa. Por outro lado, o saber que ela mobiliza nunca é inteiro nem derradeiro: a literatura não diz que sabe alguma coisa, mas que sabe de alguma coisa; ou melhor: que ela sabe algo das coisas – que sabe muito sobre os homens. O que ela conhece dos homens, é o que se poderia chamar de grande estrago da linguagem, que eles trabalham e que os trabalha, quer ela reproduza a diversidade dos socioletos, quer, a partir dessa diversidade, cuja dilaceramento ela resente, imagine e busque elaborar uma linguagem-limite, que seria seu grau zero. Porque ela encena a linguagem, em vez de, simplesmente, utilizá-la, a literatura engrena o saber no rolamento da reflexividade infinita: através da escritura, o saber reflete incessantemente sobre o saber, segundo um discurso que não é mais epistemológico ou dramático. É de bom-tom, hoje, contestar a oposição das ciências às letras, na medida em que relações cada vez mais numerosas, quer de modelo, quer de método, ligam essas duas regiões e apagam frequentemente sua fronteira; e é possível que essa oposição apareça um dia como um mito histórico. Mas, do ponto de vista da linguagem, que é o nosso aqui, essa oposição é pertinente; o que ela põe frente a frente não é aliás, forçosamente, o real e a fantasia, a objetividade e a subjetividade, o Verdadeiro e o Belo, mas somente lugares diferentes de fala. Segundo o discurso da ciência – ou segundo

certo discurso da ciência – o saber é um enunciado; na escritura, ele é uma enunciação. O enunciado, objeto habitual da lingüística, é dado como o produto de uma ausência do enunciador. A enunciação, por sua vez, expando o lugar e a energia do sujeito, quiçá sua falta (que não é sua ausência), visa o próprio real da linguagem; ela reconhece que a língua é um imenso halo de implicações, de efeitos, de repercussões, de voltas, de rodeios, de redentes; ela assume o fazer ouvir um sujeito ao mesmo tempo insistente e insituável, desconhecido e no entanto reconhecido segundo uma inquietante familiaridade: as palavras não são mais concebidas ilusoriamente como simples instrumentos, são lançadas como projeções, explosões, vibrações, maquinarias, sabores: a escritura faz do saber uma festa. O paradigma que aqui proponho não segue a partilha das funções; não visa a colocar de um lado os cientistas, os pesquisadores, e de outro os escritores, os ensaístas; ele sugere, pelo contrário, que a escritura se encontra em toda parte onde as palavras têm sabor (saber e sabor têm, em latim, a mesma etimologia). Curnonski dizia que, na culinária, é preciso que “as coisas tenham o gosto do que são”. Na ordem do saber, para que as coisas se tornem o que são, o que foram, é necessário esse ingrediente, o sal das palavras. É esse gosto das palavras que faz o saber profundo, fecundo⁵⁸⁹.

Mais uma vez: o direito é prática interpretativa e seu ambiente de trabalho é constituído na e pela linguagem. Então, a práxis judiciária tem o texto enquanto projeto, e, para bem aplica-lo, não pode se desfazer da historicidade dos fatos que o circunda. Desta forma, há uma perfeita compatibilidade entre a reflexividade que a literatura impõe ao saber e àquela que o direito – compreendido a partir da literatura - impõe às suas formas instituídas. Em outros termos, aproximar o direito da literatura dinamiza a compreensão do jurista pelo simplório, porém relevante, fato de que, com isso, resgata-se uma melhor forma de apreender o saber. A decisão não deixa de ser um “texto”, mas para bem compreendê-la e, antes de tudo, chegar-se a ela, não se pode deixar de lado o contexto, como bem alerta a doutrina, ao tratar do processo de significação:

O texto aborda-se, prova-se em relação ao signo. A obra se fecha sobre o significado. Pode-se atribuir a esse significado dois modos de significação: ou ele é tomado como aparente, e a obra então é objeto de uma ciência da letra, que é a filogenia; ou, então, esse significado é reputado secreto, último, é preciso procurá-lo, e a obra depende, nesse caso, de uma hermenêutica (marxista, psicanalítica, temática, etc); em suma, a obra funciona como um signo geral, e é normal que ela figure uma categoria institucional da civilização do Signo. O texto, pelo contrário, pratica o recuo infinito do significado, o Texto é dilatatório; o seu campo é o do significante, o significante não deve ser imaginado como ‘a primeira parte do sentido’, seu vestíbulo material, mas, sim, ao contrário, como o seu depois; da mesma forma, o infinito do significante não remete a alguma idéia de inefável (de significado inominável), mas a de jogo; a geração do significante perpétuo (à maneira de um calendário de mesmo nome) no campo do Texto (ou antes, de que no texto é o campo) não se faz segundo uma via orgânica, de maturação, ou segundo uma via hermenêutica de aprofundamento, mas antes segundo um Movimento serial de desligamentos, de cruzamentos, de variações; a lógica que regula o Texto não é compreensiva (definir ‘o que quer dizer’ a obra) mas metonímica; o trabalho

⁵⁸⁹ BARTHES, Roland. **Aula**. 12. ed. São Paulo: Cultrix, 2004. p. 16-21.

das associações, das contiguidades, das relações, coincide com uma libertação de energia simbólica (se ela lhe faltasse, o homem morreria). A obra (no melhor dos casos) é mediocrementemente simbólica (sua simbólica não consegue ir longe isto é, para); o Texto é radicalmente simbólico: uma obra de que se concebe percebe e recebe a natureza integralmente simbólica é um texto⁵⁹⁰.

Exemplificando, se a Constituição da República possui diversos bons fundamentos e objetivos (arts. 1º e 3º, respectivamente) ela é, de certo modo, literária, porquanto versa sobre um projeto de índole constitucional, o qual traduz anseios de uma dada comunidade política (Dworkin). Porém tais anseios só serão realizados por intermédio de interpretações, pois direito é, como vem se dizendo, construído por esta. A importância da hermenêutica, como condição de ser do homem, é, assim, fulcral, pois há um reconhecimento da reflexividade das palavras, com a alusão de que norma e texto da norma constituem figuras diversas⁵⁹¹.

Ora, conquanto o julgador por vezes se utilize de “métodos de interpretação” (gramatical, sistemático, teleológico, dentre outros), a bem da realidade, o significado do texto e a extração da correspondente norma, não deve e não pode se dar por meio destes, quanto mais se lembrado que a hermenêutica é condição de ser do homem. Mais uma vez, pois, mostra-se evidenciada a associação existente entre o direito e a literatura e, sobretudo, o direito como prática interpretativa que é, deve ser imunizado a discricionariedades e arbítrios decisórios e interpretativos.

Pode-se ilustrar este papel determinante da literatura a partir da conhecida obra *Vidas Secas*, do autor Graciliano Ramos. Trata-se de romance publicado em 1938 e que retrata a história de Fabiano, Sinhá Vitória e seus filhos, que, acompanhados da cachorra Baleia, mudam de região de tempos em tempos com o intuito de fugir da seca. Diversos problemas sociais, tais como miséria, fome e desigualdade de forma geral existentes nos mais diversos segmentos sociais são trabalhados na obra, que, diante disso, consegue fazer com que o leitor tenha contato com a realidade brasileira, tão sofrida. Juridicamente falando, o livro traz uma reflexão sobre a desigualdade existente nos segmentos da sociedade e mostra como a privação da palavra por parte dos personagens se contrapõe ao excesso das autoridades e da lei⁵⁹². É o Direito visto por um ângulo diverso: o literário!

⁵⁹⁰ BARTHES, Roland. **O rumor da língua**. São Paulo, SP: 1988. p.73-74.

⁵⁹¹ Cf. COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lênio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 148-151.

⁵⁹² RAMOS, Graciliano. **Vidas Secas**. 89ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.

Outra denúncia literária das mais importantes é vista na obra *Fahrenheit 451*⁵⁹³ de Ray Bradbury. Este livro foi publicado em 1953 e retrata um momento futuro no qual os bombeiros não são mais responsáveis por apagar incêndios, mas por queimar livros, bem como qualquer outro objeto que se ligue ao pensar. O protagonista, chamado Guy Montag, repensa seu trabalho no momento em que encontra uma garota que o questiona sobre o vazio de sua vida e a estrutura daquela sociedade. Daí se vê que o autor da obra antecipa diversos acontecimentos que hoje vivenciamos na sociedade, tal como o controle da informação pelos meios de comunicação que, de certa forma, tomaram parte do poder.

Outrossim, a literatura se mostrou igualmente relevante em *As Bruxas de Salém*⁵⁹⁴, cujo autor é Arthur Miller. Aqui se tem uma história real passada em 1692 na cidade de Salém, Massachussets, Estados Unidos. Ela foi retratada na forma de peça, em 1953, vindo a mostrar como a histeria coletiva provocou a punição de centenas de pessoas acusadas de atos de feitiçaria. Além de mostrar o julgamento dos acusados, a obra relata o paradoxo no modo como conduzido e finalizado os processos, já que provas e fatos se passavam em um mundo invisível, algo que só veio a ratificar como por vezes o direito não passa de um instrumento para se obter um fim já almejado, mediante decisões que, travestidas de uma pretensa legalidade e forma, escondem o arbítrio.

As obras em comento demonstram, pois, como a linguagem, que no direito encontra suas especificidades formais pode, na literatura, ser registrada de maneira mais diversa e livre. Demonstra-se mais: como a realidade não nos toca (por exemplo os julgamentos do dia a dia), mas as ficções, sim. Logo, não se pode confundir as ficções da realidade com a realidade das ficções, sob pena de um recrudescimento⁵⁹⁵. Daí porque faltam grandes narrativas no direito e a literatura pode, assim, humanizá-lo, como sempre afirma Lenio

⁵⁹³ BRADBURY, Bradbury, **Fahrenheit 451**: a temperatura na qual o papel do fogo e queira do livro pega fogo e queima. Trad. Cid Knipel. 2ª ed. São Paulo: Globo, 2012.

⁵⁹⁴ MILLER, Arthur. **As Bruxas de Salém**. Trad. de Valeria Chamon. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

⁵⁹⁵ Para Vera Karam Chueiri Direito e Literatura dizer respeito ao estudo de temas jurídicos na Literatura (é o que chama de Direito *na* Literatura); refere-se ainda à utilização de práticas da crítica literária para compreender e avaliar o Direito de uma maneira geral (a isso dá o nome de Direito *como* Literatura). Perceba-se que na primeira hipótese o que interessa ao Direito é o conteúdo da obra literária, ao passo que no segundo caso, interessa a forma narrativa da obra, cujo conteúdo serve para melhor compreender a narrativa jurídica, e, como no caso do presente trabalho, o ato de decidir. (CHUEIRI, Vera Karam. **Direito e literatura**. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). Dicionário de filosofia do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 234).

Streck em diversos trabalhos, palestras e entrevistas. De mais a mais, não por outra razão, Trindade e Gubert afirmam:

À literatura, portanto, atribui-se a difícil missão de possibilitar a reconstrução dos lugares do sentido que no direito estão dominados por senso comum teórico que amputa, castra, tolhe as possibilidades interpretativas dos juristas, na medida em que opera um conjunto de pré-conceitos, crenças, ficções, fetiches, hábitos, estereótipos, representações que, por intermédio da ,dogmática jurídica e do discurso centífico, disciplinam, anonimamente, a produção social da subjetividade dos operadores da lei e do saber do direito, cuja tradição é no sentido de que “nenhum homem pronuncia legitimamente palavras de verdade se não é (reconhecido) de uma comunidade científica, ou de um monastério de sábios⁵⁹⁶.

Acresça-se a isso, o estudo de Robert Weisberg e Guyora Binder, que também compreende o Direito como prática interpretativa (hermenêutica) e como prática narrativa (construção de histórias), bem como por ser uma atividade voltada a persuadir, decidir dialogar (retórica). Além do que, realçam que é pela e na linguagem que o Direito se mostra como prática que embora mostre a superfície da realidade escondida, esconde um lado obscuro e violento⁵⁹⁷.

Em tom conclusivo: a interdisciplinaridade entre Direito e Literatura é de extrema importância, por meio dela o estudo e a prática do Direito pode ser melhor compreendida, bem como e acima de tudo podem ser feitas reflexões sobre o mundo jurídico, em especial para fins de se cobrar e por ventura obter uma maior fundamentação nas decisões.

Tal situação evita o arbítrio decisório, mesmo porque, insiste-se mais uma vez, a pré-compreensão do direito se constrói historicamente pela tradição, sedimentada pelas variações imaginativas da lei e dos pressupostos fáticos que norteiam o caso. Direito, por consequência, não se identifica com uma decisão discricionária, que descamba para o arbítrio, porquanto isto seria desvincular este importante ato (o de decidir) das tradições jurídicas o que, ao fim e ao cabo, não é condizente com uma democracia.

⁵⁹⁶ TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; NETO, Alfredo Copetti. (org.) **Direito & Literatura: reflexões teóricas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 15-16.

⁵⁹⁷ BINDER, G.; WEISBERG, R. **Literary Criticism of Law**. Princeton: Princeton University Press, 2000, p. 25.

5.4. A PRÁXIS JUDICIÁRIA BRASILEIRA, O REALISMO E O PRAGMATISMO JURÍDICO.

Interessante lembrar a fala de Norberto Bobbio quando acrescenta que o positivismo jurídico, muito preocupado com o conceito de “validade” da norma jurídica significando “justo” (direito como “dever ser”), deu vazão ao desenvolvimento e ulterior crescimento do realismo jurídico (direito como “ser”)⁵⁹⁸.

Os realistas, tais como, Oliver Wendell Holmes, Jerome Frank e Joseph W. Bingham, compreendem o direito como um fato (por isso são chamados de positivistas fáticos); o direito, para os adeptos de tal corrente, deve ser entendido como o conjunto de regras que são efetivamente aplicadas em um caso concreto. Advém disso a preocupação maior do Direito: a criação de instrumentos que proporcionem maior eficácia, e que, possibilitem a modificação da realidade. Eis, por oportuno, o que diz Bobbio:

A diversidade entre a definição juspositivista e a realista nasce, em última análise, do modo diverso de individualizar a fonte do direito. O que significa para um realista dizer que o direito são as normas efetivamente cumpridas? Em outras palavras: que conduta se observa para estabelecer a efetividade de uma norma? Talvez a conduta dos cidadãos? Não: quando os realistas falam de eficácia do direito não se referem a comportamento dos cidadãos; não pretendem dizer que são direito as normas aplicadas por estes últimos, e isto por dois motivos: em primeiro lugar, se se devesse acolher uma semelhante definição do direito, este não existiria porque não há normas jurídicas que todos os cidadãos respeitem; em segundo lugar, é extremamente difícil (e praticamente impossível) desenvolver uma investigação sociológica para verificar se e em qual medida os cidadãos aplicam certas normas – e conseqüentemente constatar quais são as normas jurídicas. Falando de eficácia, os realistas se referem ao comportamento dos juizes, daqueles que devem fazer respeitar as regras de conduta impostas aos cidadãos. Normas jurídicas são, pois, aquelas que os juizes aplicam no exercício de suas funções, vale dizer no dirimir das controvérsias. A definição realista do direito não faz conseqüentemente tanta referência ao legislador que estabelece a norma, mas sobretudo ao juiz que a aplica; naturalmente no aplicar as normas legislativas é possível que o juiz lhes modifique o conteúdo, e portanto é possível uma divergência, uma defasagem entre o ordenamento do legislador e o dos juizes⁵⁹⁹.

As decisões judiciais, para os realistas, são a única fonte do Direito, porquanto só elas são capazes de dar concretude jurídica ao Direito, de forma que será a sentença (e sua força no plano real) quem fará existir, no plano fático e em tom efetivo, o direito entre as partes.

⁵⁹⁸ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 1995. p. 142-144.

⁵⁹⁹ Idem, p. 143.

Mas algo precisa ficar claro: os realistas não são adeptos de uma moralização do direito por parte do judiciário; ao contrário, dizem que se o juiz realizar uma crítica moral no bojo de uma decisão judicial estará fugindo da própria ciência jurídica.

O pragmatismo jurídico diz respeito à ascensão do realismo, que, como se disse, no início do século XX, passa a relacionar o Direito com a eficácia normativa e com a probabilidade associada às decisões judiciais, considerado os interesses da sociedade. Subsistem, pois, três as características fundantes do pragmatismo jurídico: (i) o contextualismo, (ii) o consequencialismo e (iii) o anti-fundacionalismo.

O primeiro destaca que toda proposição seja julgada levando-se em conta as necessidades humanas e sociais. Já o segundo demanda que uma proposição seja testada por meio da antecipação de suas consequências e resultados possíveis. Por derradeiro, o terceiro, afirma que deve ser implementada a rejeição de quaisquer espécies de entidades metafísicas, categorias apriorísticas, princípios perpétuos, conceitos abstratos e dogmas, dentre outros.

Perceba-se que o pragmatismo não é uma simples teoria do direito, mas uma teoria que fornece um instrumento acerca de como usar uma teoria. Em resumo: trata-se de uma teoria sobre a atividade judicial, porquanto olhar o direito por um viés pragmatista significa implica em compreendê-lo de maneira comportamental, já que o direito passa a ser definido através da atividade desenvolvida pelos juízes. Um contexto de significativa subjetividade, que acaba por aproximar a atividade jurisdicional da legislativa, ainda que sob a restrita perspectiva intelectual dos julgadores:

[...] Não a origem, mas a meta, é o principal elemento. [...] Dentro dos limites assim estabelecidos, na esfera de em que se move a escolha, o princípio final de seleção para os juízes, assim como para os legisladores, é o da adequação a um fim. [...] O Direito é, na verdade, um desenvolvimento histórico, pois é uma expressão da moralidade costumeira que se desenvolve, de maneira silenciosa e inconsciente, de uma era para outra. [...] Mas o direito é também uma evolução consciente ou intencionada, pois a expressão da moralidade costumeira será falsa se a mente do juiz não estiver voltada para a realização da finalidade moral e de sua materialização em formas jurídicas. [...] Os critérios ou padrões de utilidade e moral serão encontrados pelo juiz na vida da comunidade. Serão encontrados da mesma maneira pelo legislador [...]⁶⁰⁰.

⁶⁰⁰ CARDOZO. Benjamin N. **A natureza do processo judicial**: Palestras proferidas na Universidade de Yale (The Nature Of The Judicial Process). Tradução de Silvana Vieira. Revisão Técnica e da Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 74-76.

Mas a pergunta que fica é: como os juízes pragmatistas exercem seu mister? Os juízes pragmatistas fazem o direito! São criadores do direito⁶⁰¹ e não reprodutores; juiz pragmatista não interpreta então, longe disso, ele é aquele que considera consequências de decisões alternativas, as quais podem e comumente são, embasadas por diferentes fontes, sejam elas jurídicas ou não, sejam elas teóricas ou empíricas. Uma concepção de *verdade* diversa daquela sustentada pela hermenêutica, calcada na tradição e aceita neste trabalho⁶⁰². Diz-se, assim, que os magistrados pragmatistas comparam, avaliam e, por isso, são consequencialistas, eis que tentam supor consequências, e do confronto de tais, escolhem a que lhes parece mais adequada, que melhor correspondam às necessidades humanas e sociais.

O julgador pragmatista é preocupado em intervir na realidade social e por isso cria, com suas decisões, verdadeiras políticas públicas, já que não se encontra inserto ou constrangido pelo sistema jurídico. Ao contrário disso, a concepção pragmatista concebe e aceita a adição de recursos não-jurídicos, contributos de outras disciplinas, tais como a economia, a ciência política ou mesmo a ética⁶⁰³. Arrisca-se a dizer que o pragmatismo jurídico se revela uma teoria do ativismo judicial, até pela circunstância de que não se fala em um direito positivo preexistente à aplicação do juiz. Só com o direito aplicado pelo juiz, aliás, é que ele se torna positivado. Acerca da preocupação dos pragmatistas com a busca das melhores *consequências*, a doutrina:

⁶⁰¹ Observe-se que a solução encontrada pelo juiz passará, invariavelmente por suas preferências pessoais, sua ideologia ou outros fatores não estritamente jurídicos, como bem afirma Holmes: “(...) A preparação de advogados é um treinamento em lógica. Os processos de analogia, separação e dedução são aqueles nos quais o advogado se sente com maior familiaridade. A linguagem das decisões judiciais é basicamente uma linguagem lógica (...). Porém a certeza lógica é uma ilusão e certamente não é marca do destino humano. Por detrás da lógica reside um juízo de relativo valor e importância, referente a leis e teses que estão competindo, marcando com frequência um julgamento desarticulado e inconsciente (...). Pode se dar para qualquer conclusão uma forma lógica. Pode-se sempre se encontrar uma condição implícita em um determinado contrato. Mas, por que essa específica condição foi escolhida?”. (HOLMES JR., Oliver Wendell, **The Essential Holmes**. Chicago: Chicago University Press, 1992, p. 167).

⁶⁰² Por oportuno, eis o que diz William James a respeito da concepção da verdade no pragmatismo: “O “verdadeiro” (...) é somente o expediente no processo de nosso pensamento. (...) O “absolutamente” verdadeiro, significando o que nenhuma experiência posterior jamais alterará, é aquele ponto difuso ideal para o qual imaginamos que todas as nossas verdades temporárias algum dia convergirão (...). Nesse meio tempo, temos de viver hoje com a verdade que podemos ter hoje, e estarmos prontos amanhã para tachá-la de falsidade”. (JAMES, William. *Concepção da verdade no Pragmatismo*. **Pragmatismo e outros ensaios**. Trad. Jorge Caetano da Silva. Rio de Janeiro: Lidoar, 1967, p.127).

⁶⁰³ Cf. ARGUELHES, Diego Werneck. LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta]teoria normativa da decisão judicial: Caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia e Teoria Constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 171-211. p. 176; E ainda: RÊGO, George Browne. Considerações em torno do pragmatismo e da filosofia jurídico-pragmática de Oliver Wendell Holmes Jr. Disponível em: < <http://www.browne.adv.br/publicacoes/filosofia/001.html> >. Acesso em: 16 fev. 2017.

No pragmatismo jurídico a verdade é substituída pela efetividade. Com efeito, em termos de validação do conhecimento, isto é, em termos de epistemologia, pertence ao campo da intersubjetividade as condições pelas quais os homens vêm a concordar ou discordar acerca de suas asserções sobre o mundo. Mas, nesse modelo de cunho consequencialista, essas condições são relativizadas em função dos efeitos *a posteriori* das decisões⁶⁰⁴.

Existem vários rastros desta concepção no cotidiano forense brasileiro, tal como se depreende de dois específicos casos. A Lei da Ficha Limpa é um deles. Trata-se, portanto, do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 29 e 30 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4578, que versaram, como bem se sabe, sobre a famosa Lei Complementar nº 135/2010, que popularmente ficou conhecida como Lei da Ficha Limpa.

Aludida Lei Complementar forneceu nova redação à Lei Complementar nº 64/1990, que, por sua vez, trata do tema que envolve as circunstâncias de inelegibilidade para cargos políticos. Foi após a edição da Lei da Ficha Limpa, que o Supremo Tribunal Federal analisou se as novas hipóteses de inelegibilidade criadas pela Lei Complementar nº 135/10, notadamente aquelas que incluíam a expressão “ou proferida por órgão

⁶⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 225.

colegiado”⁶⁰⁵ afrontariam esse princípio constitucional, ou se estariam em conformidade com o quanto previsto no artigo 14, §9º, da Constituição Federal⁶⁰⁶.

⁶⁰⁵ Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: (...) d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes; e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: 1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; 2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência; 3. contra o meio ambiente e a saúde pública; 4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade; 5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública; 6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; 7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos; 8. de redução à condição análoga à de escravo; 9. contra a vida e a dignidade sexual; e 10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando; (...) h) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político, que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes; (...) j) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma, pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da eleição; (...) l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena; (...) p) a pessoa física e os dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais tidas por ilegais por decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão, observando-se o procedimento previsto no art. 22;

⁶⁰⁶ Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: (...) d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes; e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: 1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; 2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência; 3. contra o meio ambiente e a saúde pública; 4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade; 5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública; 6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; 7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos; 8. de redução à condição análoga à de escravo; 9. contra a vida e a dignidade sexual; e 10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando; (...) h) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político, que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes; (...) j) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma, pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da eleição; (...) l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena; (...) p) a pessoa física e os dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais tidas por ilegais por decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão, observando-se o procedimento previsto no art. 22;

A partir do dispositivo acrescentado pela Lei Complementar nº 135/10, o que se pode visualizar é que o legislador flexibilizou o princípio da presunção de inocência e passou a permitir que fosse aplicada ao cidadão uma sanção (de não poder se candidatar), antes da confirmação dessa condenação como definitiva. Uma inovação ante a jurisprudência até então presente no Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, nas ações mencionadas anteriormente, ante o apelo popular que envolveu a elaboração do Projeto da Lei da Ficha Limpa, bem como pela insatisfação da sociedade brasileira no tocante à conduta dos agentes políticos que atuam no Poder Legislativo e no Poder Executivo, por maioria de votos, decidiu pela constitucionalidade dos dispositivos comentados.

É nítida a aplicação do pragmatismo jurídico, pela consideração não dos aspectos puramente jurídicos que envolveram o caso, mas acima de tudo porque os Ministros levaram muito em conta aquilo que creem como importante para a evolução e o bem-estar da sociedade. Por todos, dá-se destaque ao voto do Ministro Joaquim Barbosa que, ao ofertar voto-vista, por meio do qual acompanhou o Ministro Relator, deu relevância à mobilização social que deu origem à Lei Complementar nº 135/10, afirmando que o movimento que subsistiu “[r]evela, sobretudo, um despertar de consciência a respeito do real significado da democracia e de um dos elementos constitutivos essenciais que é a representação política”⁶⁰⁷.

O objetivo não é concordar ou contestar a decisão do Supremo Tribunal Federal, mas sim mostrar que a aplicação do pragmatismo jurídico é sim uma realidade nas decisões judiciais, notadamente quando se encontram argumentos ligados à melhoria da realidade social que, em tese e segundo o agente decisor, possibilitam a adaptação das leis ou até mesmo sua superação. Isto é fortemente repugnado por Lenio Streck, pois, segundo o autor:

⁶⁰⁷ Em sentido similar, a Ministra Rosa Weber destacou que o Tribunal não pode se mostrar insensível às aspirações da maioria, já que, “em uma democracia pluralista, todos compõem a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”. Diante disso, concluiu que opiniões diversas devem ser sempre levadas em consideração para se construir uma interpretação consentânea com a unicidade da Constituição Federal. No mesmo sentido os votos da Ministra Cármen Lúcia, do Ministro Ricardo Lewandowski e do Ministro Carlos Ayres Britto.

O pragmatismo jurídico traduz-se, em síntese, numa teoria anti-hermenêutica e que coloca, em segundo plano, a produção democrática do Direito, colocando-o em um constante “estado de exceção hermenêutico”. O juiz sempre é o protagonista; é a ele quem cabe “resolver” os casos a partir de raciocínios e argumentos finalísticos. Daí dizer-se que em uma dimensão absolutamente pragmática, o Direito não possui “DNA”, de maneira que posturas afinadas a essa diretriz teórica são inimigas mortais da integridade e coerência do Direito – no pragmatismo jurídico, definitivamente, não faz sentido ligar Direito e tradição.

As posturas pragmaticistas acarretam um constante enfraquecimento da perspectiva interna do Direito, isso porque, compreendido exogenamente, o Direito deve servir apenas para “satisfazer”, de forma utilitária, as necessidades “sociais”, de certos grupos, deixando de lado exatamente a parcela do Direito previsto na Constituição⁶⁰⁸.

Portanto, ainda com respaldo em Streck, se “hoje, diferentemente do que no século retrasado, o Direito é construído sob as bases de uma Constituição compromissória que consagra textualmente a cooriginariedade entre Direito e moral⁶⁰⁹”, a apregoadada adaptação do Direito defendida pelos adeptos do pragmatismo, não pode ser feita de maneira indiscriminada, quanto mais se em desrespeito à Constituição Federal, sob pena de serem feridas a segurança jurídica, a previsibilidade das decisões judiciais e de se descambar para o arbítrio⁶¹⁰.

5.5. OS MODELOS DE JUIZ E O CPC/15: A POSTURA EXIGIDA NA BUSCA POR RESPOSTAS CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADAS.

Já se denunciou durante várias passagens que a crise do positivismo jurídico, nas suas mais diferentes vertentes, pressupõe debates acerca das transformações na própria concepção da lei e principalmente sobre a vinculação do juiz a ela. Outras correntes de pensamento foram, como se sabe, abordadas, dentre as quais o direito como integridade de Dworkin e a própria Crítica Hermenêutica do Direito de Streck.

⁶⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 224-225.

⁶⁰⁹ Idem, p. 226.

⁶¹⁰ Lenio Streck é incisivo ao colocar posturas realistas, tal como é o caso do pragmatismo, com adversárias da hermenêutica e da busca por respostas constitucionalmente adequadas: “Seja qual for a matriz adotada, trata-se de uma tese inquestionavelmente anti-hermenêutica e que coloca em segundo plano a produção democrática do Direito. É, ademais, um pensamento que não procede à necessária reconstrução da integridade (respeito à tradição autêntica) do Direito aplicável. Para seus adeptos, o ‘caso concreto’ acaba se transformando em alibi para prática de decisionismos e arbitrariedades por parte de juízes e tribunais, ou seja, pensa-se no caso concreto como um passaporte para um ‘mundo de natureza hermenêutica’, no qual cada um possui o seu próprio ‘território’ de sentidos”. (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 247-248).

O que fica, seja lá qual corrente for adotada, para ser clareado é: há um modelo de juiz compatível com o Estado Democrático de Direito? Esta resposta já foi por vezes fornecida, mas vale a pena clarear. As concepções fincadas na ideologia puramente da subsuntiva se mostram, à evidência, insuficientes, mesmo porque já se observou que o ideário de que o juiz encontrará na lei uma resposta unívoca é no mínimo infantil. Igualmente indefensável dizer que o juiz não está sob nenhum prisma submetido à lei, vez que decidiria a par de sensibilidade jurídica ou mesmo pela visualização de interesses, ditos, sociais.

Claro que pela complexidade social, a discussão que envolve o questionamento sobre o papel do juiz e sua relação com a lei se potencializa. Daí mais uma vez se indaga: qual o mais democrático modelo de juiz? E a partir de qual destes deve ser compreendido o Novo Código de Processo Civil de 2015?

Para responder a tais perguntas se mostra pertinente traçar algumas linhas sobre os Quais os modelos de juiz construídos ao longo da história do direito. Com efeito, François Ost e Ronald Dworkin auxiliam nisso. O primeiro autor - François Ost - identifica dois modelos de juízes com os quais a teoria do direito se depara: o juiz Júpiter e o juiz Hércules. Cada um deles diz respeito a um modelo de direito.

O primeiro resulta do positivismo jurídico de índole dedutivo⁶¹¹; a lei é considerada a principal fonte do Direito. Um Direito compreendido de maneira hierarquizada, tal qual uma estrutura piramidal⁶¹², advindo do Código a maior expressão da justiça⁶¹³. Um modelo embasado no que se denomina de monismo jurídico (lei como fonte do direito);

⁶¹¹ [...] las soluciones particulares son deducidas de reglas generales, derivadas ellas mismas de principios todavía más generales, siguiendo inferencias lineales y jerarquizadas. El argumento fuerte de la controversia jurídica no es outro que la invocación, en apoyo de la interpretación que se sostiene, de la racionalidad del legislador, garante jupiterino de la coherencia lógica e de la armonía ideológica del sistema. ((OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juiz. In: **Doxa**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 14, Alicante, 1993, p. 175).

⁶¹² Conforme Ost: “Tomemos el modelo de la pirámide o del código. Lo llamaremos el Derecho jupiterino. Siempre proferido desde arriba, de algún Sinai, este Derecho adopta la forma de ley. Se expresa en el imperativo y da preferencia a la naturaleza de lo prohibido. Intenta inscribirse en un depósito sagrado, tablas de la ley o códigos y constituciones modernas. De esse foco supremo de juridicidad emana el resto del Derecho en forma de decisiones particulares. Se dibuja una pirámide, impresionante monumento que atrae irresistiblemente la mirada hacia arriba, hacia esse punto focal de donde irradia toda justicia. Evidentemente esse Derecho jupiterino está marcado por lo sagrado y la trascendencia”. (OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juiz. In: **Doxa**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 14, Alicante, 1993, p. 170).

⁶¹³ OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juiz. In: **Doxa**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 14, Alicante, 1993, p. 170.

também no monismo político (soberania estatal); bem como na racionalidade dedutiva e linear (racionalidade do legislador). Há uma pretensão de se controlar o futuro pela lei, na medida em que esta que antecipa um estado de coisas preferíveis; a lei, pois, conduz a humanidade ao progresso da normativo.

Já o segundo modelo de Ost, em sentido oposto possui a decisão judicial como a única fonte do direito. Eis o juiz Hércules, um semideus capaz de realizar trabalhos sobre-humanos, de suportar em seus ombros o ordenamento jurídico e de resolver todo e qualquer conflito com maestria. Aqui é a decisão e não a lei o instrumento de autoridade. Em outros termos, Hércules é uma espécie de engenheiro social, responsável por dirimir os mais diversos conflitos, envolvendo os mais diferentes temas jurídicos.

As diferenças são acentuais, porquanto ao passo que Júpiter era um juiz da lei, Hércules era um engenheiro social. Há uma substituição da racionalidade dedutiva e linear do juiz Júpiter pela racionalidade indutiva de Hércules⁶¹⁴.

François Ost observa que estes modelos (do juiz Júpiter e Hércules) se encontram em crise, já que por não suprem as necessidades de um direito alinhado às demandas da pós-modernidade. Afirma: “La sociedad y el Derecho postmoderno merecen algo mejor que esse artificio teórico. Nos encontramos entonces ante la configuración de un nuevo modelo en el que conviene fijarse⁶¹⁵”.

Apresenta o juiz Hermes. Um modelo que se relaciona com o Direito na figura de uma rede, interligando uma multiplicidade de atores jurídicos e políticos: “el Derecho postmoderno, o Derecho de Hermes, es una estructura en red, que se traduce en infinitas informaciones, disponibles instantáneamente y, al mismo tiempo, difícilmente matizables, tal como puede serlo un banco de datos⁶¹⁶”. Diante disso, no modelo de Hermes, o juiz se torna um mediador e comunicador, que se mostra capaz de conectar os

⁶¹⁴ “Hércules está presente en todos los frentes, decide e incluso aplica normas hacía su predecesor, que se amparaba en la sombra del código; pero también lleva a cabo otros trabajos. En le precontencioso, aconseja, orienta, previene; en el postcontencioso sigue la evolución del dossier, adapta sus decisiones al grado de circunstancias y necesidades, controla la aplicación de las penas. El juez jupiterino era un hombre de ley; respecto a él, Hércules se desdobla en ingeniero social”. (OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juiz. In: **Doxa**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 14, Alicante, 1993, p. 177).

⁶¹⁵ (OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juiz. In: **Doxa**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 14, Alicante, 1993, p. 171).

⁶¹⁶ Idem, p. 172.

diversos discursos, esparsos e concorrentes, com vistas a promover uma construção intersubjetiva voltada à solução de casos concretos. Trata-se de um juiz prudente que vislumbra soluções levando em conta o caráter indeterminado e inacabado do direito. Ele sempre desconfia de discursos de verdade únicos e imutáveis, por isso afasta o monopólio da interpretação⁶¹⁷.

Por sua vez, Ronald Dworkin, na já citada obra *Império do Direito* traz à baila também seu juiz Hércules, mas não o mesmo indicado por François Ost. Dworkin crê que o Direito não é algo previamente dado, previsto no texto e explicitado na decisão judicial, mas deixa claro que isto por si só não conduz à construção de um juiz irremediavelmente desvinculado do texto legislativo, tal qual o juiz Hércules de Ost.

Ambos os juízes de Ost representam puro decisionismo e antidemocráticos, contrários ao Estado Democrático de Direito. Logo, as decisões judiciais são incompatíveis tanto com a passividade de Júpiter, como também com o ativismo de Hércules de Ost.

Se assim é e se o papel do juiz se mostra de tamanha importância, o processo de interpretação/compreensão do Direito, exige não uma fundamentação irresponsável da decisão judicial, mas uma fundamentação responsável, constitucionalmente adequada, capaz de enfrentar o direito atento à sua realidade histórico-concreta, sem se levar por questões ligadas à política, moral, economia, religião, etc.

O bom juiz realiza sempre um projetar, compreende o texto a partir de um projeto prévio de sentido, constantemente revisado, alicerçado na historicidade, porquanto o direito é um saber prático, que rompendo com a objetivação dos textos legais, mas não troca a legislação pela vontade do julgador.

Aqui a importância do Código de Processo Civil, cuja aprovação ocorreu no dia 16 de dezembro de 2014, para buscar ser um diploma legislativo representativo de um grande

⁶¹⁷ As palavras do referido autor envolvendo o juiz Hermes: “Si la montaña o la pirámide convenían a la majestad de Júpiter, y el embudo al pragmatismo de Hércules, em cambio, la trayectoria que dibuja Hermes adopta la forma de una red. No tanto uno pólo ni dos, ni una multitud de puntos em interrelación. Un campo jurídico que se analiza como una combinación infinita de poderes, tan pronto separados como confundidos, a menudo intercambiables; una multiplicación de los atores, una diversificación de los roles, una inversión de las réplicas”. (OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juiz. In: **Doxa**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 14, Alicante, 1993, p. 172).

avanço dogmático no campo processual brasileiro, em especial no tocante à decisões judiciais constitucionalmente adequadas.

O Código em questão busca, como neste capítulo se viu com vagar, promover um equilíbrio salutar dos papéis da magistratura e advocacia, sempre o fito de proscreever concepções de protagonismo de viés estatalista. O juiz deixa de ser o centro das atenções, dividindo-a com os demais sujeitos processuais, mormente pela presença de premissas fortes como a do contraditório, a garantia de influência e não surpresa, a ampla fundamentação estruturada das decisões, a boa fé objetiva processual, e assim por diante, tudo somado ao fato de que a novel lei inaugura um formalismo democrático no qual a forma deve possuir um conteúdo de direito fundamentais.

Claro que não se crê em milagres, pois se a nova lei não representa, por si só, uma panaceia, pode-se dizer que a mesma, em abstrato, viabiliza condições para a prolação de boas decisões. Basta que seja bem aplicada e que seja levado a sério este sistema técnico e coerente de processo, imbricado com a vertente participativa, bem como com uma aplicação dinâmica do modelo constitucional de processo (tão negligenciado no ambiente forense), algo que, à evidência, pode vir a traduzir um verdadeiro avanço para a justiça brasileira.

Isto só será possível acaso os intérpretes e aplicadores do Código tenham em mira que o modelo constitucional de processo adotado no Brasil é desenvolvido a partir do decido processo constitucional, o qual abarca amiúde o devido processo legal. Adotar a técnica de precedentes vinculantes não é algo que visa reduzir prateleiras de processos, mas antes de tudo garantir o princípio da igualdade. Equivale afirmar, a padronização decisória, na mesma tacada em que busca garantir soluções idênticas para casos idênticos, garante o direito à diferença, pois casos distintos merecem sim, solução distinta.

E isto exige enfrentamento do caso e de suas nuances! Por isso, o princípio da fundamentação deve ser visualizado como uma exigência cabal de que as decisões sejam substancialmente fundamentadas e justificadas; a decisão deve, pois, dialogar com casos pretéritos, com a história institucional do direito, de forma a demonstrar amiúde sua aplicação ou não, pois só assim se garantirá a devida efetividade aos incisos V e VI do § 1º do artigo 489, CPC.

Se as decisões continuarem a aplicar teses desconectadas de casos o *tiro sairá pela culatra*, acaso se objective uma prestação jurisdicional em tempo razoável. Isto porque, entende-se que, na maior parte das vezes, a morosidade da obtenção de uma resposta definitiva do judiciário decorre muito desta anarquia interpretativa. Em suma, a má-prestação, relacionada com respostas constitucionalmente *inadequadas*, traz a tona mais e mais recursos; transforma o contraditório em uma garantia meramente formal, porquanto não confere aos participantes uma garantia substancial de consideração dos argumentos ofertados no processo, além de ofender diretamente o art. 489, § 1º, IV, CPC.

Dá porque se considera que só com a fundamentação se pode controlar adequadamente uma decisão jurídica; mas a fundamentação não se confunde com mera justificação, exatamente porque correlacionada com o contraditório substancial e pleno, efetivo e dinâmico, em um viés participativo.

Em caráter absolutamente conclusivo: a construção de respostas constitucionalmente adequadas pressupõe ônus argumentativo! Só o irremediável respeito ao modelo constitucional de processo, com a garantia do contraditório, possibilitará isso. Se mostra imperioso que se mantenha a convicção de que os juízes possuem responsabilidade política ao interpretar, de modo a assumir o dever constitucional de enfrentar substancialmente os argumentos levados pelas partes. Apenas com tal mentalidade, será viável um caminhar caminho seguro na direção da obtenção não de qualquer resposta, mas daquela que é a melhor, a constitucionalmente adequada. Decisão não se confunde com justificação. Não é fruto de individualismos, de subjetivismos, muito menos de arbítrio estatal. Decisão deve ser fruto de um debate, amplo e público, elaborado com razões de ordem jurídica; é preciso deixar de lado razões extrajurídicas, ideológicas, etc, pois só assim se afiançará que a resposta não será fruto de uma íntima convicção; a resposta constitucionalmente adequada é, pois, não uma utopia, mas uma postura, um fim, um caminho, uma atitude, que tende ou objetiva garantir que o Direito será aplicado corretamente. Trata-se, por fim, de uma questão de princípio! Eis o que se espera, eis o que, abstratamente falando, pode-se obter com a coerente aplicação do Código de Processo Civil.

CONCLUSÃO

De tudo o que foi trabalhado na presente tese, pode-se concluir que a construção de verdades passa por, diríamos, uma evolução do pensamento filosófico, cujos pensadores foram aqui pinçados, para fim de ilustrar como se difere o modo de enxergar os fatos e obter o conhecimento.

Foi, portanto, analisado, em que medida a metafísica clássica e moderna, baseadas no dualismo sujeito-objeto, formam esta ideia de verdade, tratando-se em um primeiro instante da metafísica clássica, em especial do objetivismo platônico e o essencialismo aristotélico, para concluir que o olhar caracterizado por esta via de pensamento está ainda presente nos tempos hodiernos, tal como se observa, por exemplo, com a aplicação de súmulas vinculantes ou precedentes de modo geral, além da busca pela verdade real. Rememore-se que a aplicação de tais institutos faz com que o intérprete não volte os olhos para o caso concreto em sua plenitude, pois ele, o intérprete, pode até não observar, mas está envolto por este objetivismo, que constitui elemento marcante da metafísica clássica, cujo sentido das coisas, como dito por mais de uma vez, encontra-se nela propriamente dita (coisa em si) ou em sua essência.

Em sequência, demonstra-se a maneira como um pensamento fundado no que se dá a alcinha de “paradigma cartesiano” influencia a construção dos conceitos de ciência e de racionalidade.

Isto ocorre porque o direito sempre foi muito impregnado por esta estrutura metodológica e pela crença da utópica cientifização da sociedade, eis que se submete, não raras vezes, a uma racionalidade cognitivo-instrumental da ciência moderna e torna-se ele próprio científico. Algo que merece reparos, se a ideia é a de obter o que se chama de respostas constitucionalmente adequadas, nos moldes aqui propostos.

Já com Kant foi explicitado que este importante filósofo inaugurou uma revolução copernicana na filosofia, na medida em que transferido para o sujeito transcendental o papel regulador do conhecimento. É o conhecimento *a priori* dos objetos, que fez com que se passasse a compreender que não surgem por si mesmos os objetos do conhecimento, eis que, ao contrário, são eles trazidos à baila pelo sujeito transcendental.

Em síntese: o objeto do conhecimento é deixado de lado em prol do sujeito do conhecimento, algo igualmente impensável consideradas as premissas aqui adotadas.

Ao tratar, ainda que de modo resumido, da vontade de poder de Nietzsche, demonstrou-se que a filosofia não buscava as causas últimas do conhecimento. Ao contrário, constituiu-se em atividade que serve à ação. Os sentidos não eram conferidos *a priori*, porquanto sua construção ocorre a partir dos atos e das obras humanas. Um processo historicamente localizado e ininterrupto de determinação dos valores, tendo a subjetividade sido alçada a um patamar ainda maior, pois com o fim da metafísica tudo passa a ser relativo. Isto, obviamente, não se compatibiliza também com a busca por respostas constitucionalmente adequadas.

Passou-se a tratar denúncia comumente feita ao ceticismo filosófico como uma corrente que abarca a discricionariedade judicial, por ratificá-la, o que não é de toda verdade, pois ao menos para a corrente cética de João Maurício Adeodato, mesmo que se diga que os juízes não se abnegam de cominar coercitivamente seus valores a despeito da democracia, mostra-se insuficiente para concluir que o ceticismo valorativo, por si só, contribui para abusos ou subjetividades arbitrárias.

De todo modo, como se compreende que a tomada de decisão decorre de um problema relacionado não só, mas também, das má-compreensões de paradigmas histórico-filosóficos, os temas versados no primeiro capítulo mostraram-se relevantes, mormente porque se crê que não há um grau de zero de sentido.

Ainda, concluiu-se pela insuficiência do modelo jurídico adotado pelo ultrapassado positivismo exegético. Isto porque, esta escola de pensamento confunde a lei com o justo e por conta disso, faz dos juristas prisioneiros do texto, já que são comumente denominados de *boca da lei*.

Desta escola, como também se mencionou no texto, advieram outras, podendo-se citar como exemplo a escola histórica, a jurisprudência dos conceitos, dos interesses e valores, todas presentes no dia a dia dos juristas brasileiros, que, longe de se apegarem a uma ou outra linha, acabam por escolher a que mais lhes agrada, para tomar a decisão que é

subjetivamente tida como adequada. O caso, portanto, é moldado à individualidade interpretativa do agente que decide.

Foi também apresentado o debate marcante sobre o positivismo, o pós-positivismo, o neoconstitucionalismo e a potencialidade de decisões arbitrárias existente a partir da adoção dos pressupostos teóricos de tais escolas. E assim, evoluiu-se para o tratamento da hermenêutica de cariz filosófico, como ferramenta pertinente do combate às tomadas de decisões arbitrárias. Para tanto, evolui-se ao longo do texto com as diretrizes que fizeram com que a hermenêutica clássica fosse superada pela filosófica, a partir das contribuições de Gadamer, para, logo depois, mostrar a importância da linha de pensamento de Lenio Luiz Streck, com a criação de sua Crítica Hermenêutica do Direito, uma simbiose entre o pensamento de Gadamer e Dworkin.

No derradeiro capítulo, foi refutada a ideia de que os tribunais podem, ao seu respectivo alvedrio, dizer o que é o Direito, num franco protagonismo judicial, em detrimento dos demais participantes. É o que ocorre, por exemplo, acaso adotada de maneira irrefletida a escola da instrumentalidade do processo, pois esta deposita no julgador a capacidade de escolher quando a forma pode ser relativizada, sob o fundamento da busca de meios mais efetivos de prestação da tutela jurisdicional.

Potencializar a subjetividade do julgador, por intermédio de ponderação de valores, igualmente não se mostra adequado, daí advindo a necessidade de se pensar em um diferente caminho, que tenda a ultrapassar o esquema metafísico baseado na relação sujeito-objeto, mesmo porque é pela e na linguagem que se dá a ação, o sentido e a compreensão.

Não se pode creditar ao julgador a possibilidade de, subjetivamente, criar sua própria verdade, pois ele não está livre para atribuir qualquer significado ao objeto, já que existe toda uma comunidade de sentidos que lhe antecipa. O esquema sujeito-objeto, precisa ser substituída pela intersubjetividade, razão pela qual a hermenêutica se mostra ainda mais importante, já que para ela a norma não é uma projeção mental do sujeito individualmente considerado. Ora, se o texto é dirigido a situações concretas, é postura do hermeneuta deixar que o texto lhe diga algo. E mais ainda: a lei – seu texto - contém limites semânticos que devem ser respeitados, de modo que o julgador não pode deixar de aplica-la a partir

da alusão a princípios genéricos, tais como a proporcionalidade, com vistas a mascarar uma decisão que, embora motivada, esconde que a tomada de posição foi obtida tendo por base valores morais individuais.

Entra em cena o dever de uma boa fundamentação, uma vez que as decisões não podem comportar qualquer motivação, muito menos escolhas ou liberalidades. Eis a grande conquista do Código de Processo Civil de 2015 que é a de potencializar o contraditório em seu viés substancial, assegurando a paridade de tratamento entre as partes, em suas mais diversas nuances, garantindo ainda a não surpresa e a possibilidade real de influenciar no resultado das decisões judiciais, razão pela qual o magistrado deve sim analisar todos os argumentos relevantes deduzidos pelas partes.

Relembre-se que o art. 489 do CPC/2015 demonstra que o legislador sabe o quão relevante é a fundamentação em um Estado Democrático de Direito, já que compreende o dever de fundamentar como prestação de contas à sociedade— accountability. Não se trata, pois, de uma faculdade, mas sim de obrigação, derivada da responsabilidade política que todo juiz ou tribunal tem perante a sociedade, como mencionado. Não se admite mais que a motivação venha simplesmente indicando genericamente texto de lei, ou que seja generalista a ponto de o magistrado se utilizar de motivos que se encaixam em qualquer situação, ou mesmo abstrata, a ponto de não manter nenhuma relação com o caso em concreto ou mesmo incoerente e não-íntegra, destoando do ordenamento jurídico.

Se o magistrado possui responsabilidade democrática de (com)participar, não está ele acima das partes, mas ao lado delas. É assim, pois, que se constrói uma resposta mais adequada à Constituição. É a partir de tal premissa que a decisão passa a ser dotada de qualidade. Resposta constitucionalmente adequada, como destacado ao final do último capítulo, não é a única, tampouco a melhor, mas é fundamental que o processo tenha se desenvolvido regularmente em um ambiente de participação, respeitando as garantias fundamentais, como o contraditório e o devido processo legal. Decisão constitucionalmente adequada é, portanto, decisão que se mostra íntegra e coerente, pautada na intersubjetividade.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Discrecionariedade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Gaberllini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. (2013). **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ABEL, Henrique. A política e a sociedade do pós-guerra fria sob a ótica da modernização reflexiva e da crítica pós-colonial. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, jul./dez. 2011.

ABEL, Henrique. **Positivismo jurídico e discrecionariedade judicial**: a filosofia do direito na encruzilhada do constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

ADEODATO, João Maurício (org.) **Jhering e o direito no Brasil**. Recife: Editora Universitária, 1996.

ADEODATO, João Maurício, **A retórica constitucional** – sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2010.

ADEODATO, João Maurício. Estrutura e função da norma jurídica em Hans Kelsen e a discussão sobre a resposta correta. *In*: FARO, Julio Pinheiro; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. (orgs.) **A diversidade do pensamento de Hans Kelsen**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2012.

ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito – uma crítica à verdade na ética e na ciência**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, vol. 1, n. 2, 2004.

ADEODATO, João Maurício. **O problema da legitimidade**: no rastro do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Forense Universitária.

ADEODATO, João Maurício. O problema do conhecimento do direito e a proposta retórica realista. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, vol. 9, nº18, mai.-ago. 2017, p. 65-86. Disponível em: <

<http://faculdedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/download/607/519> >
Acesso em: 01.02.2018.

ADEODATO, João Maurício. Pirronismo, direito e senso comum: o ceticismo construtor da tolerância. In: **Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: 2006.

ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011.

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional** – sobre a tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2009.

AGUIAR, Tatiana. **A Superposição de Discursos Vencedores** – análise pragmática das transformações jurisprudenciais em matéria tributária sob uma visão da retórica realista. Noeses: São Paulo, 2017.

ALEXY, Robert. **Derecho Y Razón Práctica**. México: Fontamara.

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1997.

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ALMEIDA, Bruno Torrano Amorim de. **Democracia e respeito à lei: entre positivismo jurídico e pós-positivismo**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

ALVIM WAMBIER, Teresa (coord), **Direito Jurisprudencial**, Revista dos Tribunais, São Paulo: 2012.

ALVIM, Teresa Arruda. **Estabilidade e Adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law**. In: Revista de Processo, São Paulo: RT, ano 34, v. 172, p. 144, jun. 2009.

AMARO, Luciano da Silva. **Infrações Tributárias**. RDT nº 67, São Paulo: Malheiros.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **Proteção da Confiança e os Poderes da República**, Rio de Janeiro, Impetus, 2012.

ARGUELHES, Diego Werneck. LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta]teoria normativa da decisão judicial: Caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia e Teoria Constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ARISTÓTELES. **Metafísica** vols. I, II, III, 2ª edição. Ensaio introdutório, tradução do texto grego, sumário e comentários de Giovanni Reale. Tradução portuguesa Marcelo Perine. São Paulo. Edições Loyola. 2002.

ASSIS, Machado de. **Memórias Póstumas de Brás Cubas**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Sistema Constitucional Tributário**, São Paulo: Saraiva, 2004.

BAKHTIN, Mikhail. Epos e romance. **Questões de literatura e de estética: a teoria do romance**. Tradução de Aurora Bernardini et al. 4. Ed. São Paulo: Editora UNESP, 1988.

BAPTISTA, Bárbara Gomes. **Paradoxos e ambiguidades da imparcialidade judicial**. Entre “quereres” e “poderes”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2013.

BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo III. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARTHES, Roland. **O rumor da língua**. São Paulo, SP: 1988.

BARTHES, Roland. **Aula**. São Paulo: Cultrix, 1980.

BETTI, Emílio. **Interpretación de la ley y de los actos jurídicos**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1975.

BINDER, G.; WEISBERG, R. **Literary Criticism of Law**. Princeton: Princeton University Press, 2000.

BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução Márcio Publiesi. São Paulo: 1995.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 1995.

BOITEUX, Fernando Netto. A multa de ofício, a Lei nº 9.430/96 e o Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda. **RDDT** nº 120, São Paulo: Dialética.

BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas linguísticas**. São Paulo: USP, 1996.

BRADBURY, Bradbury, **Fahrenheit 451: a temperatura na qual o papel do fogo e queira do livro pega fogo e queima**. Trad. Cid Knipel. 2ª ed. São Paulo: Globo, 2012.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto. Brasília, DF: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2016.

BRASIL. Lei nº 13.015, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar 2015. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/-CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 17 mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1074826/SP. Rel. Min. Luiz Fux. DJ: 15.12.2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1406354/SC. Rel. Min. João Otávio de Noronha. DJ: 07.10.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 137141/SE. Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira. DJ: 15.10.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 780441 AgR. Rel. Min. Roberto Barroso. DJ: 20.11.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 834940/PE. Rel. Min. Carmen Lúcia. DJ: 09.02.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 602938 AgR / CE. Rel. Min. Roberto Barroso. DJ: 12.11.2013.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial – A Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais**, São Paulo: Editora Noeses, 2012.

CABRAL DE MONCADA, Luis. **Lições de direito civil: parte geral**. 4. Ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CALAMANDREI, Piero. **Eles os juízes, vistos por nós um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CALSAMIGLIA, Albert. **Prefácio à edição espanhola da obra de Ronald Dworkin Derechos en Serio**. Barcelona, Editora Ariel, 1984. [on line] Trad. de Patrícia Sampaio. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/patdwork.html>. Acesso em: 05.09.2017.

CÂMARA, Helder Moroni (coord.). **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Almedina, 2016.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CÂNDIDO, Camila Fagundes. Correlação entre processo civil e estrutura do poder judiciário no CPC de 1973. In: **Comentários críticos a exposição de motivos do CPC de 1973 e os motivos para elaboração de um novo CPC**. Franca: Lemos & Cruz, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPRA, Fritjo. **A Teia da Vida**. Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. 9. ed. São Paulo: Cultrix, 2004.

CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**. 13. ed. São Paulo: Cultrix, 1992.

CAPRA, Fritjof. **O tao da física**: uma exploração dos paralelos entre a física moderna e o misticismo oriental. Trad. Maria José Quelhas Dias e José Carlos Almeida. Lisboa: Presença, 1989.

CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**: Palestras proferidas na Universidade de Yale (The Nature Of The Judicial Process). Tradução de Silvana Vieira. Revisão Técnica e da Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARNEIRO, Wálber Araujo. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva**: uma teoria dialógica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de. Projeto do novo Código de Processo Civil aprovado pelo Senado – Exame técnico e constitucional. In: **Futuro do Processo Civil Brasileiro**: uma Análise Crítica ao Projeto do Novo CPC. Organizadores: Fernando Rossi, Glauco Gumerato Ramos, Jefferson Carus Guedes, Luiz Eduardo Ribeiro Mourão e Lúcio Delfino. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros de. **Curso de Direito Tributário**, 8º ed. Saraiva: 1996.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros. Coimbra Editora, 1995. vol. II.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Fontes do direito**. Digesta: escritos acerca do direito do pensamento jurídico da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Ed., 1995, vol. 2.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Questão fato e Questão de direito, o problema metodológico da juridicidade**. Coimbra, 1967.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito processual constitucional**. Interpretação como ato de conhecimento e interpretação como ato de vontade: a tese kelseniana de interpretação autêntica. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, política e filosofia**: contribuições para uma teoria discursivo da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Ronald Dworkin: de que maneira o Direito se assemelha à Literatura? In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Orgs.). **Direito & Literatura**: ensaios críticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CHUEIRI, Vera Karam. **Direito e literatura**. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). Dicionário de filosofia do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 1997.

COLEMAN, Jules. "Negative and Positive Positivism". In: **The Journal of Legal Studies**. Vol. 11, 1982.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Metas de nivelamento do poder judiciário 2009**: relatório final. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/metas-de-exercicios-antteriores/metas-2009>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lênio Luiz (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

COURA, Alexandre. **Hermenêutica Jurídica e Jurisdição (in)constitucional**: para análise crítica da 'jurisprudência' de valores à luz da teoria discursiva de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica Jurídica e(m) Debate – O Constitucionalismo Brasileiro entre a Teoria do Discurso e a Ontologia Existencial**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Hermenêutica e argumentação no direito**. Curitiba: CRV, 2014.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Direito, Estado e Filosofia**. Trad. Luiz Luigi. Rio de Janeiro: Livraria Editora Politécnica Ltda., 1952.

DELFINO, Lúcio, LOPES, Ziel Ferreira. A expulsão do Livre Convencimento Motivado do Novo CPC: porque a razão está com os hermeneutas? In: MACÊDO, Lucas Buriel de, PEIXOTO, Ravi e FREIRE, Alexandre (Org.). **Processo de Conhecimento** – Provas. Salvador: Juspodivm, 2015.

DESCARTES, René. **Discurso do método** – trad. Maria Emantina Galvão. São Paulo: Martin Fontes, 1996.

DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paulo Sarno, Oliveira, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. V. II, 10ª ed, Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V. II. 6ª ed. Ed. JusPodivm, 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: DIDIER, JÚNIOR et al. (coord.). **Precedentes**. Coleção grandes temas do novo CPC. v. 3. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012.

DILTHEY, Wilhelm. **Introduction to the Human Sciences - Selected Works**, v. I. R. A. Makkreel & F. Rodi; trad. Michael Neville. New Jersey: Princeton University Press, 1989.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico** – introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. vol. II. São Paulo: Malheiros, 2010.

DOSTOIEVSKI, Fiodor Mikhailovitch. **Crime e castigo**. Trad. Luiz Cláudio de Castro. Rio de Janeiro: Ediouro; São Paulo: Publifolha, 1998.

DUARTE, Zulmar. **Prequestionamento virtual no novo CPC**, 2016. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/novo-cpc/prequestionamento-virtual-no-novo-cpc-quem-o-que-onde-como-quando-e-por-que-17102016> />. Acesso em: 04 de abril de 2017.

DUSSEL, Enrique. 1492: **o encobrimento do outro**. Rio de Janeiro: Vozes, 1993.

DUSSEL, Enrique. Meditações Anticartesianas sobre a origem do antidiscurso filosófico da modernidade. In Santos, Boaventura S.; Menezes, Maria Paula (org.). **Epistemologias do sul**. São Paulo: Cortez, 2010.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald, “Rawls e a filosofia do Direito”, In: DWORKIN, Ronald, **Justice in robes**, Harvard University Press, Cambridge, 2006.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. 1ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Almedina: Coimbra, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Justice in robes**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Traduzido por J. Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAND, Frédérique. **Ideological background of the Constitution, Constitutional rules and Civil Procedure**. Seul: IAPL, 2014.

FERRARA, Francesco. **Como aplicar e interpretar as leis**. Belo Horizonte: Líder, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 8ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA LOPES, Ziel. Constitucionalização do processo (e processualização da Constituição): aproximação hermenêutica à estrutura do novo Código de Processo Civil sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: Lúcio Grassi de Gouveia; Celso Hiroshi Iocohama. Eloy Pereira Lemos Junior. (Orgs.). **Processo e jurisdição III**. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 191. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=63168d42036e611d>>. Acesso em: 07/08/2017).

FILGUEIRAS; Sofia Varejão; GAVIORNO, Gracimeri Vieira Soeiro de Castro; PEPINO, Elsa Maria Lopes Seco Ferreira. A importância da jurisprudência dos conceitos para a metodologia jurídica. **Depoimentos**, Vitória, 137-148, jun. 2006. Disponível em:

< <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadepoimentos/n7/6.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

FLUSSER, Vilém. **Língua e realidade**. 2. ed. São Paulo, 2004.

FONSECA, Ângela Couto Machado. Em que medida também nós ainda somos devotos: uma leitura sobre a metafísica, niilismo e direito a partir de Nietzsche. *In*: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **Crítica da modernidade: diálogos com o direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

FONSECA, Regina Lúcia Teixeira Mendes da. **As representações de juízes brasileiros sobre o princípio do livre convencimento motivado**. Tese de Doutorado. Universidade Gama Filho, 2008. p. 205-206. Disponível em: < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp060431.pdf> >. Acesso em: 10/09/2017.

FORMENT, Eduardo. **Metafísica**. Madrid: Palabras, 2009.

FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. Birmingham: The Legal Classics Library, 1985 by The John D. Lucas Printing Company. Special Edition from the first edition of 1930.

FREITAS, Juarez. A Hermenêutica Jurídica e a Ciência do Cérebro: Como Lidar com os Automatismos Mentais. **Revista Ajuris**, 130. Porto Alegre: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, 2013.

FRIEDE, Reis. **Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**, Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método II: complementos e índice**, Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

GADAMER, Hans-Georg. **A razão na época da ciência**. Trad. Ângela Dias. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**, Petrópolis, RJ: Vozes, 2007, vol I.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**. Petrópolis: Vozes, 2008, vol. II.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. 2007. Tese (doutorado em Direito) -- Faculdade de Direito, USP, 2007. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06082008-152939/pt-br.php>>. Acesso em: 13 out. 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O Livre Convencimento Motivado Não Acabou no Novo CPC. Em: <<https://jota.info/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc>>, Acesso em: 28 de Setembro de 2016.

GENY, François. **Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif**. 2ª éd., Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1954.

GIL, Antonio Hernández. **Problemas Epistemológicos de la Ciencia Jurídica**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1981.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

GOYTISOLO, Juan Vallet de. **O perigo da desumanização através do predomínio da tecnocracia**. Trad. Alfredo Augusto Rabello Leite. São Paulo: Mundo Cultural, 1977.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto Alegre: Safe, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Recurso de Amparo no Sistema Germânico de Justiça Constitucional**. Direito Público, n. 02, out./dez. 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HART, Herbert. L. A. **O Conceito de Direito**. 3. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HEGENBERG, Leônidas. **Saber de e saber que**: alicerces da racionalidade. Petrópolis: Vozes, 2002.

HEIDEGGER, Martin. **Nietzsche II**. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

HEIDEGGER, Martin. **Os conceitos fundamentais da metafísica**: Mundo-Finitude-Solidão. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Trad. revisada e apresentação de Márcia Sá Cavalcante Schubach. 7. Ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012, § 44.

HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito**: à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política. 5 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. Coleção Studium, temas filosóficos, jurídicos e sociais. António Correia (trad.) 7ª ed. Coimbra: Arménio Amado, 1976.

HOBBS, T. **El Leviatán**. Trad. Manuel Sánchez Sarto. México: Fondo de Cultura Económica, 1940.

HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**. Trad. Christian Viktor Hamm. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HOLMES JR., Oliver Wendell, **The Essential Holmes**. Chicago: Chicago University Press, 1992.

HUISMAN, Denis. **História do existencialismo**. Trad. Maria Leonor Loureiro. Bauru: EDUSC, 2001.

IHERING, Rudolf Von. **A finalidade do direito**. Campinas: Bookseller, 2002. T. I.

IHERING, Rudolf Von. **O espírito do direito romano**: nas diversas fases de seu desenvolvimento. Trad. Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943. Vol. III, § 43, I.

JAMES, William. Conceção da verdade no Pragmatismo. **Pragmatismo e outros ensaios**. Trad. Jorge Caetano da Silva. Rio de Janeiro: Lidor, 1967.

JAPIASSU, Hilton. **Interdisciplinaridade e patologia do saber**. Rio de Janeiro: Imago, 1976.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1989.

JHERING, Rudolf Von. **A finalidade do direito**. Trad. Heder K. Hoffman. Campinas: Bookseller, 2002, t. II.

JÚNIOR, Fortunato Michelon. Aceitação e objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2004.

JÚNIOR, Goffredo Telles. **Iniciação na ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

KAFKA, Franz. E-book. **Um médico rural**: pequenas narrativas. Tradução: Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

KANT DE LIMA, Roberto. **Direitos civis e direitos humanos**: Uma tradição judiciária pré-republicana? São Paulo em Perspectiva, Vol. 18, no 1, 2004.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

KANTOROWICZ, Ernest H. **The king's two bodies**. New Jersey: Princeton University Press, 1997.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. *In*: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (Org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KAUFMANN, Arthur. Hassemer, Winfried. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. trad. Marcos Keel. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 2011.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LADEUR, Karl-Heinz, Crítica da ponderação na dogmática dos direitos fundamentais – apelo para uma renovação da teoria liberal dos direitos fundamentais, *In*: CAMPOS, Ricardo (org.), **Crítica da Ponderação, Método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social** - Ensaios traduzidos, Saraiva, 2016.

LAMEGO, José. **Hermenêutica e jurisprudência**. Análise de uma recepção. Lisboa: Fragmentos, 1990.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3ª ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITER, Brian. Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis. COLEMAN, Jules L (Org.). **Hart's Postscript**: Essays on the postscript to the concept of the law, Oxford University Press, 2001.

LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. **Hermeneutica e Direito**. Curitiba: Juruá, 2005.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Famílias. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional**, Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010, Vol. I.

LOPES, Mônica Sette. **Uma metáfora**: música & direito. São Paulo: LTr, 2006.

LOSANO, Mário. **Sistema e estrutura do Direito: O século XX.** Trad. Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, volume 2, 2010.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial: paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial: paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à constituição de Lenio Streck.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

LYRA, Roberto. **O prestígio dos juízes e a reforma do processo civil.** In *Processo Oral* (coletânea de estudos e juristas nacionais e estrangeiros). Rio de Janeiro: Forense, 1940.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica.** Trad. Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea.** São Paulo: Saraiva, 2014.

MACÊDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil.** Salvador: JusPodivm, 2015.

MACEDO, Magda Helena Soares. **Manual de metodologia da pesquisa jurídica.** 2. ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Sagra Luzatto, 2001.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Uma histórica luta contra o novo CPC: parte I. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/-2015-fev-28/costa-machado-historica-luta-cpc-parte>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

MARIANO, Cynara Monteiro. **Legitimidade do Direito e do Poder Judiciário.** Neoconstitucionalismo ou Poder Constituinte Permanente? Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme (org.). **Estudos de direito processual civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios.** São Paulo: RT, 2011.

MARMOR, Andrei. **Interpretation and Legal Theory**, 2ª. Ed. Portland.

MARMOR, Andrei. **Legal Positivism-Still Descriptive and Morally Neutral.** Oxford Journal of Legal Studies, v. 26, n. 4, p. 683-704, 2006. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2569&context=facpub>> Acesso em: 20 jul. 2017.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **Introdução ao estudo do direito: conceito, objeto, método.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **Introdução ao estudo do direito**: conceito, objeto, método. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

MÁRQUEZ, Gabriel García. **Cem anos de solidão**. Eliane Zagury (trad.) 59 ed. Rio de Janeiro: Record, 2006.

MATSUURA, Lilian; VASCONCELLOS Marcos de. "Com executivo e legislativo em crise, o judiciário tomou conta de tudo" Revista Consultor Jurídico, [S.l.], 12 jul. 2016. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-jul-12/entrevista-ada-pellegrini-grinover-advogada-processualista> >. Acesso em: 19 jul. 2017).

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MILLER, Arthur. **As Bruxas de Salém**. Trad. de Valeria Chamon. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Introdução aos princípios do Direito Processual Penal brasileiro. In: **Separata ITEC**, ano 1, nº 4 – jan/fev/mar 2000.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1947.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Súmula, jurisprudência e precedente: uma escalada e seus riscos. In: **Temas de direito processual**, nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA, Nelson Camata. **O Dogma da Onipotência do Legislador e o Mito da Vontade da Lei**: A “vontade geral” como pressuposto fundante do Paradigma da Interpretação da Lei. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, n. 15, ano IV, 2004.

MOREIRA, Nelson Camata. **O Dogma da Onipotência do Legislador e o Mito da Vontade da Lei**: A “vontade geral” como pressuposto fundante do Paradigma da Interpretação da Lei. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, n. 15, ano IV, 2004.

MOREIRA, Nelson Camatta. **Direitos e garantias constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos**. São Paulo: Fórum, 2012.

MOREIRA, Nelson Camatta. **Fundamentos de uma Teoria da Constituição Dirigente**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

MOREIRA, Nelson Camatta; SOARES, Paulo Vitor Lopes Saiter. Um breve ensaio sobre a relação entre direito e moral na jurisdição constitucional brasileira à luz da obra medida por medida, de William Shakespeare. **Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales**, v. 15, 2016.

MOREIRA, Nelson Camatta; TOVAR, Leonardo Zehuri. Ativismo judicial e resposta correta: análise crítica de fundamentos consequentialistas em Direito Tributário. **Derecho y Cambio Social**, v. 41, 2015.

MORENO, José Antonio Sanz. **Ordenación jurídica y estado posliberal**: Hans Kelsen y Carl Schmitt. Granada: Comares, 2002.

MORIN, Edgar. E-book. **A cabeça bem feita**. 8.ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**. São Paulo: RT, 2011.

MULLER, Friedrich. **Métodos de trabalho de direito constitucional**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, n. III. 1.

MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. São Paulo: RT, 2008, n. 1.

NEVES, António Castanheira. As fontes do Direito e o problema da positividade jurídica. In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Volume LI (separata). Coimbra, 1975.

NEVES, António Castanheira. **Digesta: escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua metodologia e outros**. vol. 2. Coimbra: Coimbra, 1995.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 810.

NEVES, Marcelo. **Entre hidra e héracles**: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NIETZSCHE, Friedrich. **A Gaia ciência**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2006.

NIETZSCHE, Friedrich. **The will to power**. Trad. Walter Kaufmann and R.J. Hollingdale. New York: Vintage, 1968.

NIETZSCHE, Friedrich. **Vontade de potência**: parte 2. Trad. Mário D. Ferreira Santos. São Paulo: Scala, 2006.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de direito tributário**. Saraiva: 1995.

NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e policentrismo – Horizontes para a democratização processual civil**. Belo Horizonte: tese, 2008.

NUNES, Dierle, THEODORO JR, Humberto. Princípio do contraditório. **RePro** 168.

NUNES, Dierle. O princípio do contraditório, **Rev. Síntese de Dir. Civ. e Proc. Civil**. v. 5. n. 29. p. 73-85, Mai-Jun/2004.

NUNES, Dierle. **O recurso como possibilidade jurídica discursiva do contraditório e ampla defesa**. Puc-Minas, 2003.

NUNES, Dierle. Politização do judiciário no direito comparado: algumas considerações. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). **Constituição e processo**: entre o direito e a política. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NUNES, Dierle. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

NUNES, Dierle. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2001.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Interpretação como ato de conhecimento e interpretação como ato de vontade: a tese kelseniana da interpretação autêntica. In: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. **Contra o absoluto**: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra de Hans Kelsen. Curitiba: Juruá, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OMMATI, José Emílio Medauar. **A Igualdade no Paradigma do Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2004.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juiz. In: **Doxa**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 14, Alicante, 1993.

OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PEDRON, Flávio Quinaud. Reflexões sobre o “**acesso à Justiça**” **qualitativo no Estado Democrático de Direito**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3525, 24 fev. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23802/reflexoes-sobre-o-acesso-a-justica-qualitativo-no-estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 08/06/2016.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PINTO, Álvaro Vieira. **O conceito de tecnologia**. Rio de Janeiro: Contraponto: 2005. v. 1.

PLATÃO. Crátilo. In: PLATÃO. **Diálogos** (volume IX): Teeteto – Crátilo. Belém: Universidade Federal do Pará, 1973.

PLATÃO. **Crátilo**: diálogo sobre a justeza dos nomes. 2. ed. Lisboa: Sáda Costa, 1994.

PLATÃO. **Diálogos**: Volume IX: Teeteto-Crático. Trad. Carlos Alberto Nunes. Belém: Universidade Federal do Pará, 1988.

POZZOLO, Susana. Riflessioni su inclusive e soft positivismo. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (orgs.), **Analisi e Diritto. Ricerche di giurisprudenza analítica**, 1998.

PRADA, Danielle Graziani. MARCILIO, Rodrigo. **Educação e Transdisciplinaridade travessias possíveis para uma nova consciência**. Campinas: 2009. Disponível em: <http://humanitatis.com/Trabalhos/Educa%E7%E3o%20e%20>

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à filosofia do direito**. Trad. Jacy de Souza Mendonça, Disponível em: < <http://www.valorjustica.com.br/introducao.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2017.

RAMOS, Graciliano. **Vidas Secas**. 89ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.

RÁO, Vicente. **O Direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo: RT, 1999.

RAPP, Friedrich. Método. In: KRINGS, Hermann; BAUMGARTEN, Hans Michael; WILD, Christoph. **Conceptos fundamentales de filosofia**. Barcelon: Herder, 1978. T. II.

RAZ, Joseph. The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism In PAVLAKOS, George. **Law, Rights and Discourse. Themes of Legal Philosophy of Robert Alexy**. Oregon: Oxford and Portland, 2007.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de direito**. 26ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

RÊGO, George Browne. Considerações em torno do pragmatismo e da filosofia jurídico-pragmática de Oliver Wendell Holmes Jr. Disponível em: < <http://www.browne.adv.br/publicacoes/filosofia/001.html> >. Acesso em: 16 fev. 2017.

ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). **Grandes questões atuais do Direito Tributário**, volume 10, São Paulo: Dialética, 2006.

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

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** São Paulo: FGV, 2013.

SÁ-CARNEIRO, Mario. **Loucura**, São Paulo: Projecto Adamastor, 1997.

SANCHIS, Luis Pietro. Neoconstitucionalismo y ponderación. *In*: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. **Contra o absoluto**: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra de Hans Kelsen. Curitiba: Juruá, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARMENTO, Daniel. A normatividade da Constituição e a constitucionalização do direito privado. *In*: **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, 2003, pp. 278-279.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. *In* LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: RT, 2008.

SCHAUER, Frederick. Precedent. **Stanford Law Review**, v. 39, 1987.

SCHEDLER, Andreas. Conceptualizing accountability. *In*: DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F.; SCHEDLER, Andreas. **The self-restraining state**: power and accountability in new democracies. Colorado: Lynne Rienner Publishers, 1999.

SCHMITT, Carl. **La defensa de la constitución**: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución. Trad. Manuel Sánchez Sator. Madrid; Barcelona; Buenos Aires: Labor, 1931.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Compreendendo os “precedentes” no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões**. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 226, Dez. 2013.

SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de ser feliz**. Eduardo Brandão, Luiz Sérgio Repa (trad.) Obras Schopenhauer. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SEGANFREDDO, Sônia Maria S. **Como interpretar a lei**: a interpretação do direito positivo, Rio de Janeiro: Rio, 1981.

SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge, 2011.

SILVA, Jeanne. **Sob o jugo/jogo da lei**. Uberlândia: Edufu, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 91, v. 798, abr. 2002.

SIMIONI, Rafael Lazzatotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea**. Curitiba: Juruá, 2014.

SOBOTA, Katharina. **Não mencione a norma!** João Mauricio Adeodato (trad.) Recife: UFPE, 1996.

SOUZA CRUZ, Alvaro Ricardo de. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. 2ª ed. Porto Alegre: Edipu-CRS, 2010.

STEIN, Ernildo. **As Ilusões da Transparência**: Dificuldades com o conceito de mundo da vida. Ijuí: Unijuí, 2012.

STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Injuí: Unijuí, 2001.

STEIN, Ernildo. **Crítica da Ideologia e Racionalidade**, Porto Alegre: Movimento, 1996.

STEIN, Ernildo. **Diferença e metafísica**: ensaios sobre a desconstrução. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia**: limites de um paradigma. Ijuí: Unijuí, 2004.

STEIN, Ernildo. Introdução ao método fenomenológico Heideggeriano. In: HEIDEGGER, Martin. **Conferencias e escritos filosóficos**. Sobre a essência do fundamento. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

STEIN, Ernildo. **Uma breve introdução à filosofia**. Ijuí: Unijuí, 2004.

STÖRIG, Hans Joachim. **História geral da filosofia**. Petrópolis: Vozes, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. “Salvo pela lei, morto pela moral”: como devem decidir os juízes? Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-out-16/senso-incomum-salvo-lei-morto-moral-decidir-juizes>>. Acesso em 25 de ago. de 2017.

STRECK, Lênio Luiz. As Provas e o Novo CPC: a extinção do Poder de Livre Convencimento. In: FELIX JOBIM, Marco, SANTOS FERREIRA, William (org.) **Direito Probatório**. 2ª ed.,. Salvador: Juspodivm, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito**: desvelando as obviedades do discurso jurídico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo. **Constituição, economia e desenvolvimento**: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, n. 4, p. 11, jan./jun. 2011. Disponível em: Acesso em: 15 jan. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Crise de paradigmas - Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/10.pdf>. Acesso em: 27 de nov. de 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Criteriologia decisória no NCPC: com a fundamentação adequada contra a ponderação. **Revista Forense**, v. 421, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc> > Acesso em 17 de abr. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Dilema de dois juízes diante do fim do livre convencimento do NCPC. *Conjur*, 2015. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc> > . Acesso em: 15 jun. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Eis porque abandonei o “neoconstitucionalismo”**. Consultor Jurídico, São Paulo, 13 mar. 2014. Disponível em: Acesso em 15 jan. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, neoconstitucionalismo e o “problema da discricionariedade dos juízes”**. Disponível em: <[319](http://anima-</p></div><div data-bbox=)

opet.com.br/pdf/animal/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf> Acesso em: 05.10.2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014;

STRECK, Lenio Luiz. O direito de obter respostas constitucionalmente adequadas em tempos de crise do direito: a necessária concretização dos direitos humanos. Disponível em: <http://periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/viewFile/374/601>. Acesso em: 27 de nov. de 2013.

STRECK, Lenio Luiz. O juiz que fez a coisa certa! Mídia e moral não são fontes de Direito. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-19/senso-incomum-juiz-fez-coisa-certa-midia-moral-nao-sao-fontes-direito>>. Acesso em 01 de jul. de 2017.

STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de processo civil (CPC) e as inovações hermenêuticas — O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. In: **Revista de Informação Legislativa**, v. 1, p. 33-52, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. O pamprincipiologismo e a flambagem do Direito. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipiologismo-flambagem-direito>>. Acesso em 15 de mar. de 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **STJ estaria refundando um movimento do Direito Livre para o novo CPC?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-28/senso-incomum-stj-estaria-refundando-movimento-direito-livre-cpc>>. Acesso em: 03 abr. 2017.p. 69.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**, Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz: Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta!. In: **Consultor Jurídico**, São Paulo/SP, p. 1 - 1, 08 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>. Acesso em: 08/06/2016.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto: o sistema (sic) de precedentes no CPC? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo. 13 out. 2016. Disponível em: <

<https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc> >. Acesso em: 20 mar. 2017.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle. O passado ilumina o futuro – eis o novo CPC! Sanciona, presidenta!. In: **Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 fev 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-25/passado-ilumina-futuro-eis-cpc-sanciona-presidenta>. Acesso em 08/06/2016).

STRECK, Lenio. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? **Revista NEJ/UNIVALI - Eletrônica, Itajaí**, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>. Acesso em: 19 set. 2017.

STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedente Judicial**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

TARUFFO, Michele. Uma simples verdade. **O juiz e a construção dos fatos**. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial** – Limites da atuação do Judiciário (versão eletrônica). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TAVARES, André Ramos. As decisões vinculantes (precedentes) da justiça constitucional. In: **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, São Paulo: Fórum, ano 3, n. 11, p. 29, jul./ago. 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto et. al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Lei 13.105, de 16.03.2015. 2. ed. São Paulo: Gen-Forense, 2015. p. 25 “Leituras isoladas de dispositivos e institutos, alheias às premissas fundamentais, tendem a ser equivocadas e conduzir a resultados práticos inaceitáveis.”

THEODORO JUNIOR, Humberto et. al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Lei 13.105, de 16.03.2015. 2. ed. São Paulo: Gen-Forense, 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, vol. I.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle Coelho. Princípio do contraditório: tendências de mudança da sua aplicação. **Revista da faculdade de direito do sul de minas**. Pouso Alegre. ano XXV. n. 28. Jan/Jun. 2009. p. 177-206.

TIERSMA, Peter M. The textualization of precedente. **Notre Dame Law Review**, v. 82.:3, p. 1.187-1.278. Paper n. 2007-28, april 2007.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2005.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; FILHO, Ilton Norberto Robl. Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782013000100004>. Acesso em: 02 de mai. de 2017.

TORRANO, Bruno. Richard Posner em: O que (não) é o pragmatismo jurídico. Empório do Direito. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/richard-posner-em-o-que-nao-e-o-pragmatismo-juridico-por-bruno-torrano/>>. Acesso em: 12 out. 2017

TORRES, Ricardo Lobo. “Ética e Justiça Tributária”. In: SCHOUERI, Luiz Eduardo/ZILVETI, Fernando Aurélio (coord.). **Direito Tributário**. Estudos em homenagem a Brandão Machado. São Paulo: Dialética, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da tipicidade no direito tributário. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 235, p. 193-232, jan./mar., 2004.

TOVAR, Leonardo Zehuri. **Levando o planejamento tributário a sério** - não existe planejamento de prateleira: a impensável equiparação entre texto e norma, Revista Tributária e de Finanças Públicas, vol. 119/2014, Nov 2014.

TOVAR, Leonardo Zehuri. Promessas da modernidade e ativismo judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TRINDADE, André Karam. A Teoria do Direito após Auschwitz: notas a partir de “O leitor”, de B. Schlink. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Robert Magalhães; COPETTI NETO; Alfredo (orgs.). **Direito & Literatura**: discurso, imaginário e normatividade. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2010.

TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães. (2008). 20 anos de constitucionalismo democrático: avanços, retrocessos e novos desafios em “terrae brasilis”. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, 6.

TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; NETO, Alfredo Copetti. (org.) **Direito & Literatura**: reflexões teóricas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VALIM, Rafael, **O princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo Brasileiro**, São Paulo: Malheiros, 2010.

VATTIMO, Gianni. **Introdução a heidegger**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

VATTIMO, Gianni. **O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna.** Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes: 2002.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas.** São Paulo: RT, 2005.

VITA, Caio Druso de Castro Penalva. *In:* BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de filosofia do direito.** São Leopoldo: Unisinos, 2009.

WALDRAFF, Célio Horst. O mito da segurança jurídica, eficácia vinculante e eficácia persuasiva dos pré-julgados. Genesis: **Revista de Direito do Trabalho**, Curitiba, n. 128, 2003.

WALUCHOW, W. J. **The Many Faces of Legal Positivism.** *University of Toronto Law Journal*, Vol. 48, N. 3, 1998.

WALUCHOW, Wilfrid. **Inclusive Legal Positivism.** Nova Iorque: Oxford University Press, 1994.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito jurisprudencial.** São Paulo: RT, 2012.

WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia jurídica e ensino do direito.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno.** 4. ed. Trad. António Manuel Lisboa Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2010.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma história das ideias jurídicas: da antiguidade clássica à modernidade.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.