

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

HELIO DEIVID AMORIM MALDONADO

**REABILITAÇÃO DOS PRECONCEITOS CONTIDOS NAS
MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA NA VALORAÇÃO
PROBATÓRIA, E DOS CONSTRANGIMENTOS
HERMENÊUTICOS A QUE SE SUBMETEM.**

VITÓRIA

2019

HELIO DEIVID AMORIM MALDONADO

**REABILITAÇÃO DOS PRECONCEITOS CONTIDOS NAS
MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA NA VALORAÇÃO
PROBATÓRIA, E DOS CONSTRANGIMENTOS
HERMENÊUTICOS A QUE SE SUBMETEM.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de mestre em Direito.

Orientador: Prof^o Dr. Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha.

VITÓRIA

2019

HELIO DEIVID AMORIM MALDONADO

**REABILITAÇÃO DOS PRECONCEITOS CONTIDOS NAS
MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA NA VALORAÇÃO
PROBATÓRIA, E DOS CONSTRANGIMENTOS
HERMENÊUTICOS A QUE SE SUBMETEM.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovado em ____ de _____ de _____.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof^o Dr. Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha.
Faculdade de Direito de Vitória.
Orientador.

Prof^o Dr. Alexandre de Castro Coura.
Faculdade de Direito de Vitória.

Prof^o Dr. Rodolfo Viana Pereira.
Universidade Federal de Minas Gerais.

Dedicatória: Dedico a apresentação dessa dissertação à minha esposa Mônica, quem, nesse longo percurso do mestrado, abraçou juntamente comigo a abnegação de todo um esforço à sua conclusão.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, pela dádiva da vida, da saúde e da felicidade.

Agradeço, com a mesma importância, à minha esposa Mônica Dalule Pugna Maldonado e à minha filha Valentina Nali Miranda Maldonado, pela abdicação de parte temporária de nosso convívio, em favor da minha devoção ao estudo para o curso de Mestrado. Eu amo muito vocês por isso e por tudo.

Agradeço à todos os professores e alunos que tive convivência na Faculdade de Direito de Vitória, em especial à coordenadora do Mestrado, Professora Dr^a Elda Coelho de Azevedo Bussinger, e ao meu orientador, Professor Dr. Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha. A maior herança do Mestrado será o conhecimento transmitido pelos professores, e o debate empreendido com os colegas alunos em sala de aula e, principalmente, no Grupo de Pesquisa Hermenêutica e Jurisdição Constitucional.

Esse Mestrado foi uma “virada copernicana” sobre a minha vida profissional e pessoal.

“Penso, logo existo”.

René Descartes.

RESUMO

Com o advento do Estado Constitucional de Direito, sobreveio o neoconstitucionalismo como o paradigma da força normativa da Constituição. Doravante, os direitos e garantias fundamentais, retratados nos princípios constitucionais, para a consecução última de limitação de todos os poderes do Estado, passam a exercer funções normogênicas, integrativas, e hermenêuticas, promovendo a “filtragem constitucional do Direito”. Sendo assim, o neoconstitucionalismo proporciona condições de desenvolvimento do pós-positivismo, rompendo esse com a crença de associação umbilical entre texto de Lei e norma. Pela *applicatio* há a recuperação do concreto na hermenêutica. Essa passa a ser guiada pela concretização normativa. Então, no exercício da jurisdição, o ato decisório reúne um único apanhado cognitivo da interpretação, aplicação e decisão do Direito, sendo a fundamentação da decisão judicial o lugar de aferimento de sua legitimidade. Entretanto, dada fusão entre questão de Direito e questão de fato no processo, a recongnição sobre a prova assume exponencial importância para a hermenêutica jurídica. Isto pois, em referência ao arcabouço dos meios de prova, na avaliação sobre sua credibilidade ou aptidão de provar o fato probando, pelo convencimento motivado, ingressam na compreensão do juiz elementos extra-normativos. São as máximas de experiência no processo como o compartilhamento intersubjetivo dos preconceitos contidos na historicidade e existencialidade em que está mergulhado o magistrado. Todavia, os preconceitos contidos nas máximas de experiência não podem fazer véu sobre a verdade no processo. Eles são uma abertura à compreensão, e não um fechamento ideológico. Ingressa, assim, como constrangimento hermenêutico, o horizonte da Justiça ditado pela Constituição, como critério de controle axiologicamente externo da discricionariedade do enunciado declarativo sobre a prova na decisão judicial.

Palavras-chave: preconceitos – máximas de experiência – hermenêutica jurídica – Estado constitucional.

ABSTRACT

With the advent of the Constitutional State of Law, neoconstitutionalism emerged as the paradigm of the normative force of the Constitution. Henceforth, the fundamental rights and guarantees, portrayed in the constitutional principles, for the ultimate achievement of limiting all State powers, begin to exercise normogenetic, integrative, and hermeneutic functions, promoting the “constitutional filtering of the Law”. Thus, neoconstitutionalism provides conditions for the development of post-positivism, breaking this with the belief of umbilical association between the text of Law and norm. Through the application there is the recovery of concrete in hermeneutics. This starts to be guided by the normative concretization. So, in the exercise of jurisdiction, the decision-making act brings together a single cognitive element of the interpretation, application and decision of the Law, with the grounds for the judicial decision being the place for assessing its legitimacy. However, given the fusion between the question of law and the question of fact in the process, the recognition of the evidence assumes exponential importance for legal hermeneutics. This is because, in reference to the framework of the means of evidence, in assessing their credibility or ability to prove the fact by proving, by motivated convincing, extra-normative elements enter the judge's understanding. They are the maxims of experience in the process as the intersubjective sharing of prejudices contained in the historicity and existentiality in which the magistrate is immersed. However, the prejudices contained in the maxims of experience cannot veil the truth in the process. They are an opening to understanding, not an ideological closure. Thus, the horizon of Justice dictated by the Constitution enters, as a hermeneutic constraint, as a criterion of axiologically external control of the discretion of the declarative statement on the evidence in the judicial decision.

Keywords: prejudices - maxims of experience - legal hermeneutics - constitutional state.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
1 HERMENÊUTICA JURÍDICA NO PARADIGMA DO ESTADO LIBERAL E ESTADO SOCIAL DE DIREITO.....	23
1.1 NASCIMENTO DO ESTADO MODERNO, DO CONSTITUCIONALISMO E DO ESTADO LIBERAL, A PARTIR DO PENSAMENTO DOS CONTRATUALISTAS HOBBS, LOCKE, MONTESQUIEU E ROUSSEAU.....	23
1.1.1 Sistema legal de valoração da prova no Estado liberal: do critério tarifário da prova legal à íntima convicção judicial.....	28
1.2 ESTADO SOCIAL DE DIREITO: PSEUDOPROGRESSO PELA REVOLUÇÃO DA REVELAÇÃO DA MENS LEGISLATORIS PELA MENS LEGIS NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO.....	30
1.2.1 Surgimento no Estado social do critério de valoração da prova no processo por meio do livre convencimento motivado e sua submissão à racionalidade jurídica e à racionalidade em geral decorrente das máximas de experiência.....	33
1.2.2 O positivismo jurídico de Hans Kelsen e sua alocação entre os paradigmas do Estado liberal e Estado social: suficiência da verdade formal no processo sobre a avaliação probatória.....	38
2 HERMENÊUTICA JURÍDICA NO PARADIGMA DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO.....	44
2.1 SURGIMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E TRANSFERÊNCIA DA GUARDA DA CONSTITUIÇÃO PARA A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: EXIGÊNCIA DE UMA NOVA HERMENÊUTICA JURÍDICA.....	44
2.1.1 Superação do positivismo de Kelsen pelo pós-positivismo de Ronald Dworkin e de Robert Alexy: evidenciação dos princípios como critério de aferimento da Justiça da decisão judicial.....	49

2.2 DA HERMENÊUTICA CLÁSSICA À HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DE HANS-GEORG GADAMER.....	57
2.2.1 A Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller e sua compatibilização com o paradigma do Estado Constitucional de Direito: hermenêutica como concretização normativa.....	68
3 PROCESSO, PROVA E VERDADE NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	73
3.1 ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E O PROGRESSO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA COMO CONCRETIZAÇÃO NORMATIVA PARA A VALORAÇÃO DA PROVA NO PROCESSO.....	73
3.2 DA RECONSTRUÇÃO DOS FATOS NO PROCESSO NO ÂMBITO DA LINGUAGEM.....	78
3.3 AS APORIAS PARA O ENCONTRO DA VERDADE NO PROCESSO: O TEMPO E AS REGRAS PROCESSUAIS EM TORNO DA PROVA.....	84
4 REABILITAÇÃO DOS PRECONCEITOS CONTIDOS NAS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA NA VALORAÇÃO PROBATÓRIA E DOS CONSTRANGIMENTOS HERMENÊUTICOS A QUE SE SUBMETEM.....	93
4.1 A contribuição da analítica existencial do Dasein de Martin Heidegger para a percepção das máximas de experiência.....	93
4.2 DA INSUPERABILIDADE DA UTILIZAÇÃO DAS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA NA RECOGNIÇÃO SOBRE A PROVA NO PROCESSO.....	97
4.2.1 Do conceito, das espécies, das funções e das diferenciações das máximas de experiência na avaliação probatória.....	101
4.2.2 A fundamentação da decisão judicial como lugar de aferimento da legitimidade da utilização das máximas de experiência na reconginição sobre a prova no processo.....	105
4.2.3 Dos constrangimentos hermenêuticos a que se submetem as máximas de experiência: o horizonte da Justiça pela jurisdição constitucional.....	107

CONCLUSÃO.....110

REFERÊNCIAS.....119

INTRODUÇÃO.

O processo, na acepção de Francesco Carnelutti, é uma “relação jurídica processual”, estabelecida entre os sujeitos do processo, dentre os quais se incluem as partes antagônicas do litígio, e o juiz como representante do Estado (CARNELUTTI, 2001, p. 72). Por isso, uma relação jurídica de direito público, diversa daquela relação de direito material degladiada entre as partes. Logo, como método (RODRIGUES, 2010, p. 263), o direito processual prevê direitos e deveres processuais recíprocos entre os sujeitos do processo, para a prestação da tutela jurisdicional ao final almejada.

Todavia, a jurisdição, como o poder estatal de “dizer o Direito” no processo, é inerte. Ela necessita, para o seu impulso oficial, e, então, promoção de uma marcha de atos processuais concatenados e interdependentes presididos pelo juiz, do exercício do direito de ação pela parte autora (CINTRA, GRENOVER e DINAMARCO, 2001, p. 57-58). E mais, somente quando do estabelecimento do contraditório pela citação do réu é que é formalizada essa relação jurídica processual angularizada.

Deflagrado o processo, as partes deduzem no mesmo seus pedidos antagônicos e suas questões ao pedido, tanto de direito como de fato, além de seus fundamentos relevantes a respeito dessas últimas (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015, p. 320). Tudo isso compõe o objeto da cognição judicial no exercício da jurisdição (DIDIER JÚNIOR, 2012, p. 323-324).

Entretanto, por decorrer de um ponto em comum, sendo este o fato jurídico, entendido como todo fato de origem natural ou decorrente da ação humana que implique na existência, modificação ou cessação de uma dada relação jurídica de direito material (CHIOVENDA, 1969, p. 22), há no processo a fusão entre as questões de direito e as questões de fato (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 375). Sendo assim, tanto a questão de direito como a questão de fato são cooriginárias à interpretação, aplicação e decisão jurídica (CUNHA, 2007, p. 40).

Todavia, o processo padece do paradoxo de sua atemporalidade, em que o juiz decide hoje um acontecimento histórico do passado para a produção de efeitos jurídicos para o futuro (ainda que de maneira retroativa, *ex tunc*). Destarte, a reconstrução dos fatos no processo é realizada no âmbito da linguagem, documentada e escrita, como representação da realidade (WARAT, 1977, p. 14), porque o fato jurídico é inacessível em si mesmo (“em carne e osso”). Dessa

maneira, em verdade, no processo as partes apresentam enunciados descritivos como afirmações sobre as suas questões de fato, suscetíveis esses à dicotomia verdade ou falsidade segundo o juízo do enunciado declarativo do juiz em relação aos mesmos (BELTRÁN, 2017, p. 27), motivo pelo qual a decisão sobre sua ocorrência (ou não) é feita intelectivamente na consciência do juiz, e plasmada documentalmente por escrito na fundamentação da decisão judicial.

Para tanto, a reconstrução dos enunciados descritivos deduzidos pelas partes no processo necessita da produção da prova em juízo, pela instrução do processo em contraditório. Sendo assim, é a prova quem proporciona o contato mediato do juiz com o enunciado descritivo a respeito do fato jurídico deduzido pelas partes, como também viabiliza, dentro dos limites da prova que foi produzida, a formação do livre convencimento motivado do julgador e a emissão do seu enunciado declarativo sobre as questões de fato. Trata-se, essa perspectiva, do sentido objetivo e subjetivo da prova (RODRIGUES, 2010, p. 223).

Ocorre que, como a reconstrução do fato jurídico é realizada no âmbito da linguagem, certo é que a prova no processo perpassa pela relação semiótica entre signo, significante e significado, própria da filosofia da linguagem (GUIBOURG, GHIGLIANO e GUARINONI, 2013, p. 20), em que a prova produzida, como meio de prova específico alcançado, é um substrato físico representativo do signo, emanando do mesmo um plexo de significantes contidos na superestrutura da linguagem a respeito de sua pré-compreensão, sobre os quais o juiz elege discricionariamente um significado para atribuir à prova.

Exemplificando, quando produzida a prova testemunhal no processo a respeito do fato probando, o juiz valora o relato da testemunha a respeito do seu conhecimento direto sobre o enunciado descritivo, avaliando no depoimento diversos fatores tais como: a coerência interna de seu relato; a coerência externa da narrativa da testemunha em cotejo com os demais elementos de prova contidos no processo; e ainda o eventual interesse reflexo da testemunha na solução do litígio em favor da parte que pediu sua oitiva em juízo, dentre outros infinitos elementos.

Isso ocorre, posto que, afora o constrangimento hermenêutico que decorre da prova legal, entendida essa como aquela previsão contida no direito processual que estabelece de maneira apriorística a força probante de um determinado meio de prova genérico (GRECO, 2004, p.

257), como o documento público que denota, por presunção legal, prova dos fatos que o escrivão, chefe de secretaria ou o servidor público declarar que ocorreram em sua presença¹, persiste no ordenamento jurídico processual diversos meios de prova tanto nominados como inominados que não gozam dessa correspondência tarifária, como a citada prova testemunhal. Logo, o juiz, na valoração da prova, detém uma liberdade ainda maior para a sua apreciação.

Assim, quando o julgador na sua fundamentação expõe os motivos pelos quais concedeu credibilidade à prova direta e outorgou aptidão à prova indireta para, em ambos os casos, “ter como verdadeiras” as questões de fato deduzidas no processo, na luta entre as partes, serve-se ele exatamente de uma racionalidade não positivada, mas extraída de padrões extranormativos, oriundos do senso comum. Pelo que tal senso comum é transladado formalmente para o processo pela via autorizativa legal da utilização das máximas de experiência na avaliação probatória. Assim decidindo o juiz age como ser-no-mundo. Nessa senda, o magistrado se socorre de pré-compreensões contidas no mundo cognitivo intersubjetivamente compartilhado com os outros indivíduos que conhece por fazer parte, como sujeito, de um fluxo histórico e existencial.

Um diagnóstico se apresenta em decorrência dessa constatação: se a valoração da prova, pelo livre convencimento motivado, não decorre de padrões normativos prévios, certo é que a reconhecimento sobre a prova no processo vale-se de padrões extranormativos para essa valoração. Essa assertiva redundante no problema para a minha pesquisa: como é possível, sem comprometer o ideário da segurança jurídica, utilizar esses padrões extranormativos na valoração probatória?

Por isso, o objetivo da presente Dissertação é o desenvolvimento de uma metódica que proporcione a reabilitação dos preconceitos contidos nas máximas de experiência na valoração probatória, e fixe os constrangimentos hermenêuticos a que se submetem os mesmos. Essa é a solução para a conciliação entre a inflexível utilização das máximas de experiência na avaliação da prova, quando do exercício do livre convencimento motivado na reconhecimento sobre o fato jurídico, e a observância do pressuposto da jurisdição constitucional que delimita o horizonte da Justiça para o controle axiologicamente externo da discricionariedade do enunciado declarativo sobre a prova na decisão judicial.

¹ Previsão do artigo 405 do Código de Processo Civil.

Para justificar essa hipótese provisória supra é necessário o percorrimto das seguintes questões norteadoras plasmadas nos capítulos que seguirão: 1) a hermenêutica jurídica no paradigma do Estado liberal e Estado social de Direito; 2) a hermenêutica jurídica no paradigma do Estado Constitucional de Direito; e 3) a relação entre processo, prova e verdade no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Isso porque, no Capítulo 1 será descrito, a partir do pensando dos contratualistas Thomas Hobbes, John Locke, Charles Montesquieu e Jean Jacques Rousseau, o nascimento do Estado Moderno, em que pelo “contrato social” houve migração do “estado de natureza” para o “estado social” (FABRIZ, 2003, p. 164), passando o Direito a ser a panaceia, pela heterotutela, para a solução dos conflitos entre os indivíduos e entre o Estado e os indivíduos.

Entrementes, como contensão ao arbítrio estatal pelo constitucionalismo, por meio da veiculação de “direitos negativos”, irei salientar nesse capítulo inaugural que com o advento do Estado liberal ocorreu substituição do “absolutismo monárquico” pela “monarquia parlamentarista”, em que na divisão entre o poder Legislativo e o Executivo do Estado cumpria a esse último, também na atividade judicante de seus magistrados, respeitar o “Império da Lei” propalado pelo Legislativo. Por conseguinte, será evidenciado que no paradigma do Estado liberal o juiz oficiava como o “boca da Lei”, não podendo carregar na interpretação, aplicação e decisão do Direito qualquer tipo de subjetividade sua (MENDES e BRANCO, 2012, p. 52). Esse é o destaque de importância que farei no Capítulo 1 sobre o dogma da não-subjetividade, não admitindo essa visada, por segurança jurídica, no critério tarifário de valoração da prova no processo que perdurou até a Revolução Francesa ocorrida em 1789, a utilização, por padrões extranormativos, das máximas de experiência na avaliação probatória (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 541). Advertirei no item que essa hermenêutica jurídica era ultralegalista.

Outrossim, será relatado no Capítulo 1 que com a “revolução industrial” sobrevieram os “direitos sociais”, e a conseqüente revolução do Estado social de Direito, em que se impôs nas atividades estatais, dentre as quais a judicante, um novo compromisso de pacificação das relações sociais por meio da “justiça social” (CAPPELLETTI, 1999, p. 32-33). Doravante no Estado social, será diagnosticado que competia ao juiz não mais promover a revelação da *mens legislatoris*, mas sim a *mens legis*, com o auxílio de métodos hermenêuticos que proporcionavam um plexo de significantes semânticos do texto da Lei, mas que, por serem

desenvolvidos pela ciência do Direito, garantiriam a objetividade do juiz na exegese legal (DINIZ, 2007, p. 51-52). Constatarei que essa é uma hermenêutica jurídica legalista.

Em conclusão do Capítulo 1 apresentarei que serviu a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen exatamente para esse desiderato acima. Nessa perspectiva, para Kelsen a questão de direito e a questão de fato no processo são diversas e ambas são constituídas de maneira fragmentada pela decisão judicial dentro do “quadro de molduras” desenhado pela ciência jurídica (KELSEN, 1999, p. 247). Somente após essa atividade criativa, é que o juiz, na aplicação do Direito, pelo método subsuntivo, interligava ambas as questões postas à sua cognição na decisão judicial, de maneira silogística pela “dinâmica jurídica”. Face a isso, uma “teoria semântica do Direito” (COURA e AZEVEDO, 2014, p. 106).

Por conseguinte, será identificado que malgrado no paradigma do Estado social, na valoração da prova no processo, o critério da convicção íntima (vigente desde o advento da Modernidade) tenha sido substituído pelo critério do livre convencimento motivado, dada a novel necessidade de legitimação da decisão judicial pelo respeito à racionalidade jurídica e à racionalidade em geral decorrente das máximas de experiência, certo é que pelo positivismo jurídico kelseano que se desenvolveu e se alastrou no curso do Estado social, as máximas de experiência estavam circunscritas ao seu reconhecimento pela ciência do Direito e sua inclusão no quadro de molduras interpretativas. Destacaremos que, nessa intelecção, garantia-se assim a segurança jurídica.

Concluirei em relação a essa explicitação do positivismo jurídico kelseano que o mesmo forneceu substrato teórico para a admissão da verdade formal no processo (CARNELUTTI, 2002, p. 49), não havendo, pela sua pureza epistemológica e valorativa (CUNHA, 2008, p. 281), condições de possibilidade para o desenvolvimento de uma metódica que guie de maneira mais originária o reencontro da verdade no processo, pela recuperação do concreto na hermenêutica jurídica e pela fixação de um nexos instrumental de controle axiologicamente externo da (re)construção dos fatos na decisão judicial.

No Capítulo 2, para a descrição da hermenêutica jurídica no paradigma do Estado Constitucional de Direito, relatarei a vitória no tempo de Hans Kelsen em seu embate com Carl Schmitt sobre quem é o guardião da Constituição, prevalecendo o entendimento de Kelsen que, dada a alocação da Constituição no ápice da estrutura piramidal do ordenamento jurídico, e

necessidade de compatibilidade formal e material das demais normas (gerais e individuais) para com a mesma, deve ser o Tribunal Constitucional quem promove o controle de constitucionalidade das Leis e dos atos do Executivo (LORENZETTO, 2009, p. 1933). Ótica essa que proporcionou a migração paradigmática da supremacia da Lei para a supremacia da Constituição, pelo reconhecimento da força normativa da Constituição por meio do pressuposto da jurisdição constitucional (BARROSO e BARCELLOS, 2012, p. 228).

Nesse diapasão, nesse item serão utilizados para superação do positivismo jurídico kelseano os pressupostos teóricos dos pós-positivistas Ronald Dworkin e Robert Alexy. Isso porque, tendo Dworkin se engajado na luta contra o positivismo jurídico, este elegeu Hebert Hart para dirigir suas críticas, dado o exposto reconhecimento por Hart de que a interpretação jurídica dos “casos difíceis” é realizada discricionariamente por parte do juiz, em vista das aporias da linguagem (vagueza, ambiguidade e porosidade) contidas no texto da Lei (HART, 2007, p. 335). Em contrapartida, Dworkin defende que, na verdade, a interpretação judicial deve ser decidida por uma “questão de princípio” (OMMATI, 2004, p. 153-154), cumprindo ao “juiz Hércules” a onisciência da “prática social” (contida na Legislação e na jurisprudência) para dela extrair o princípio jurídico a regular o caso concreto, mas, por segurança jurídica, como um “romance em cadeia”, com coerência à história dessa prática social que antecede o ato de interpretação do magistrado. Será observado que Dworkin, diferentemente de Kelsen, acredita na presença da resposta circunstancialmente correta na hermenêutica jurídica.

Por sua vez, haja vista que Dworkin desenvolve seu conceito de Direito como integridade no seio do sistema jurídico da *common law*, para melhor compatibilidade com o sistema jurídico brasileiro da *civil law* apresentarei a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, vez que seu desenvolvimento pela análise da jurisprudência da Corte Constitucional Federal Alemã sobreveio após a edição Lei Fundamental de Bonn de 1949 (a Constituição alemã), que, tal como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é de natureza analítica, contendo, então, um extenso rol de direitos e garantias fundamentais. Por via de consequência, será identificado no Capítulo 2 que Alexy qualifica os direitos e garantias fundamentais como princípios e outorga juridicidade aos mesmos (HECK, 2000, p. 73), explicitando Alexy que na invariável colisão entre princípios não serve o método da subsunção para a sua solução, razão essa pela qual desenvolve a Lei do Balanceamento (ALEXY, 2003, p. 167-168), como uma teoria normativa “que pressupõe como válido um conceito de Direito vinculado a uma Moral

que atua com pretensão de correção de forma a impedir situações de notória injustiça” (STRECK, 2015, p. 03) na interpretação, aplicação e decisão jurídica.

E, após utilizar esses dois autores pós-positivistas, que fornecerão o fundamento teórico para o desenvolvimento de um critério axiológico de controle externo do resultado da decisão judicial no processo (incluindo-se a reconhecimento sobre a prova), qual seja, o horizonte da Justiça guiado pela Constituição, ainda no Capítulo 2 irei historiografar a evolução da própria hermenêutica como um todo (desde Schleiermacher e Dilthey até a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer), para extração de seu fundamento teórico para a recuperação do concreto na hermenêutica jurídica, sendo que me apropriarei da *applicatio* gadameriana para isso, em que interpretação, aplicação e decisão são realizados em um único apanhado cognitivo denominado compreensão, proporcionando essa visada a cooriginaridade hermenêutica entre questão de direito e de fato no processo.

Outrossim, será também incorporado ao pressuposto teórico do trabalho a crítica de Gadamer contra o mito da não-subjetividade (CUNHA, 2014, p. 220), mormente porque Gadamer crê na inserção do indivíduo na história, e, por isso, dado o sentimento de pertença à tradição que aflora desse relacionamento, os preconceitos contidos na estrutura do “horizonte histórico” são reabilitados na hermenêutica jurídica como a própria condição de possibilidade da compreensão (PEREIRA, 2006, p. 29). Desse modo, as máximas de experiência, como aquilo que conhece o juiz sobre o mundo da vida em que está inserido como sujeito, diferentemente das limitações ao seu reconhecimento nos paradigmas do Estado liberal e Estado social, passam a decorrer, necessariamente, de padrões extranormativos contidos no fluxo histórico a que pertence o magistrado. Isso, advertimos, não caracteriza violação à segurança jurídica.

Por fim, nesse tópico, será salientado que a Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller, além de promover o reconhecimento do pressuposto da jurisdição constitucional e das funções que emanam da força normativa da Constituição, reúne a linguisticidade do “programa normativo” e o “âmbito normativo” do dispositivo legal, e os intercala com o concreto, declarando a cooriginaridade de todos esses elementos para a interpretação, aplicação e decisão jurídica (MÜLLER, 2000, p. 57). Assim, irei concluir que a “concretização normativa” de Müller é apta para o desenvolvimento de uma metódica que proporcione, na valoração da prova, o encontro mais originário com a verdade pela recuperação do concreto, e pelo estabelecimento de um nexu instrumental entre a prova produzida dentro do processo e a verdade sobre o

acontecimento histórico que lhe é axiologicamente externo, segundo o horizonte da Justiça positivado na Constituição. Visada essa que proporcionará a reabilitação dos pré-conceitos contidos nas máximas de experiência na avaliação probatória, e que delimitará, ao mesmo tempo, os constrangimentos hermenêuticos a que se submetem os mesmos.

Já no Capítulo 3, na relação entre processo, prova e verdade, será explicitado que no paradigma do Estado Constitucional de Direito houve o progresso da hermenêutica jurídica como concretização normativa, se estendendo esse predicado para a valoração da prova no processo, em que as questões de fato deduzidas pelas partes no litígio, componentes do fato jurídico, são cooriginárias à interpretação, aplicação e decisão judicial.

Todavia, advertirei no item que a reconstrução dos fatos no processo dar-se-á no âmbito da linguagem (WARAT, 1977, p. 14), e que a prova produzida no litígio, como representação da realidade (LOPES JÚNIOR, 2008, p. 517), em uma relação semiótica, em vista de sua inserção em um fluxo histórico, conterà diversos significantes postos à disposição do juiz para a sua decisão sobre a reconhecimento sobre a prova no processo. Nessa perspectiva, concluirei que há o reconhecimento de um ambiente no processo para a reabilitação dos preconceitos contidos nas máximas de experiência na avaliação da prova, pelo que essa, como signo representativo do enunciado descritivo deduzido pelas partes no processo, por si mesma, já refere ao juiz intérprete um conjunto de significantes que conduzem ao enunciado declarativo sobre a prova, com o juízo de sua credibilidade ou aptidão de provar o fato probando, a partir de padrões extranormativos que proporcionam a compreensão prévia para a sua valoração.

Em arremate do Capítulo 3, serão descritas as aporias para o encontro da verdade no processo, sendo elas o tempo, a restrição probatória em relação à sua ilicitude ou ilegalidade, a tipicidade das ações judiciais, as regras processuais em torno da iniciativa probatória, e do critério da prova legal. Feito isso, no tópico irei propalar que existe “a presença no âmbito jurídico de uma importante quantidade de regras processuais que estabelecem limites à possibilidade de determinação da verdade no ocorrido mediante provas” (BELTRÁN, 2017, p. 41), de modo que imperiosa é a necessidade do abandono da procura da verdade real pela verdade provável (SILVESTRE, 2009, p. 87), como aquela proveniente da prova produzida no processo com respeito às garantias fundamentais mínimas dispostas ao jurisdicionado em geral previstas na Constituição, havendo, para outorga de legitimidade da decisão judicial em torno da valoração

da prova, o controle axiologicamente externo, à luz do horizonte da Justiça guiada pela Constituição, porque tudo isso é aferido no âmbito da linguagem.

1 HERMENÊUTICA JURÍDICA NO PARADIGMA DO ESTADO LIBERAL E ESTADO SOCIAL DE DIREITO.

1.1 NASCIMENTO DO ESTADO MODERNO, DO CONSTITUCIONALISMO E DO ESTADO LIBERAL, A PARTIR DO PENSAMENTO DOS CONTRATUALISTAS HOBBS, LOCKE, MONTESQUIEU E ROUSSEAU.

Foi a partir do desenvolvimento da filosofia política de Thomas Hobbes, em sua obra “Leviatã” (publicada em 1651), que foi germinada a ideia de Estado Moderno. Doravante, “concebe-se o Estado como um ente independente, com fins gerais, compreendendo um povo sobre certo território, dotado de uma estrutura de governo baseada em um complexo hegemônico e autossuficiente de normas” (FABRIZ, 2003, p. 164).

Para tanto, na visada de Hobbes, a falta da institucionalização do poder político sobre o Estado acarretou uma sociedade primitiva, cuja convivência se daria no que denominou de “estado de natureza”, ou seja, órfã de um ordenamento jurídico apto a regular a relação entre os indivíduos. Vivíamos sob autotutela, em permanente “guerra entre todos”. Destarte, Hobbes propõe, para a conversão ao “estado social”, a abdicação racional¹ de parte da autonomia individual de todos (súditos) em favor do “Leviatã” (soberano²), como ente ficticiamente despersonalizado, mas que incorporasse o poder político da sociedade de maneira unitária³ e absolutista⁴, e então passasse a deter o monopólio da força pela

¹ Rompendo a tradição até então vigente do fundamento místico ou teleológico do poder do Estado.

² Segundo Nelson Camatta Moreira (2010, p. 140): “Essa noção de Soberania é de suma importância para o projeto de construção do Estado moderno na medida em que pautará, com as devidas alterações ao longo da história, o controle social por meio do monopólio da produção jurídica”.

³ Para MENDES e BRANCO (2012, p. 45) Hobbes “entende que o soberano deve ser individualizado de modo claro, para se prevenir a dissolução do Estado”.

⁴ Sobre o absolutismo do poder do Soberano em Hobbes, é a lição de RIBEIRO (2003, p. 62-63):

Na tradição contratualista, às vezes se distingue contrato de associação (pelo qual se forma a sociedade) do contrato de submissão (que institui um poder político, um governo, e é firmado entre “a sociedade” e “o príncipe”). A novidade de Hobbes está em fundir os dois num só. Não existe primeiro a sociedade, e depois o poder (“o Estado”). Porque, se há governo, é justamente para que os homens possam conviver em paz: sem governo, já vimos, nós nos matamos uns aos outros. Por isso, o poder do governante tem que ser ilimitado. Pois, se ele sofrer alguma limitação, se o governante tiver de respeitar tal ou qual obrigação (por exemplo, tiver que ser justo) – então quem irá julgar se ele está sendo ou não justo? Quem julgar terá também o poder de julgar se o príncipe continua príncipe ou não – e portanto será, ele que julga, a autoridade suprema. Não há alternativa: ou o poder é absoluto, ou continuamos na condição de guerra, entre poderes que se enfrentam.

heterotutela para a solução dos conflitos intersubjetivos, a partir do conteúdo da Lei, garantindo, finalisticamente, a paz social.

Assim, Hobbes estrutura “um Estado que é condição para existir a própria sociedade” (RIBEIRO, 2003, p. 62). Todavia, como adverte Simone Goyard-Fabre (2002, p. 278), “a doutrina de Hobbes no seu contexto histórico da Inglaterra do seu tempo” (século XVII), dentre outros escopos, tinha a finalidade de legitimar o absolutismo, a concentração de todo o poder do Estado nas mãos do Monarca.

Entretanto, gradualmente, pela expansão das relações comerciais entre os povos e entre as nações (mormente pela ampliação das rotas marítimas ao redor do mundo), a burguesia, como classe social e econômica, cresceu de importância vertiginosamente, ingressando na luta contra o absolutismo monárquico, derrocado em 1689 pela Revolução Gloriosa, promulgando-se como símbolo da sua conquista o *Bill of Rights*⁵. Por conseguinte, essa Magna Carta⁶⁷ torna-se a fonte jurídica suprema do Estado, “reunindo, em um documento escrito, sua organização política, bem como a declaração dos direitos dos indivíduos” (CARVALHO, 2001, p. 129).

Fundindo a relação entre a liberdade e o capital, o também inglês John Locke personifica os ideais da classe burguesa, propalando “a ideologia da liberdade como o conjunto de garantias formais” (MÜLLER, 2004, p. 28), postulando, frente ao Estado, “direitos negativos” de proteção, ligados ao estado civil natural das pessoas em geral⁸⁹, como a vida, a autonomia individual e a propriedade privada, tudo a nível da Constituição, posto que o contratualismo

⁵ Na tradução de Mello (2003, p. 82): “A Revolução Gloriosa assinalou o triunfo do liberalismo político sobre o absolutismo e, com a aprovação do *Bill of Rights* em 1689, assegurou a supremacia legal do Parlamento sobre a realeza e instituiu na Inglaterra uma monarquia limitada”.

⁶ Na anotação de Dalmo de Abreu Dallari (2003, p. 208): “No ano de 1689 o Parlamento Britânico aprovou um documento que passou a ser conhecido como *Bill of Rights* e que para muitos teve o sentido de uma nova Magna Carta”.

⁷ Sobre a diferenciação entre Constituição e Magna Carta é a explicitação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1970, p. 08):

Os pactos, de que a história constitucional inglesa é particularmente fértil, são convenções entre o monarca e os súditos concernentes ao modo de governo e às garantias de direitos individuais. Seu fundamento é o acordo de vontades (ainda que os reis disfarcem sua transigência como a roupagem da outorga de direitos). O mais célebre desses pactos é a Magna Carta.

⁸ Na percepção de Adriano Sant’Ana Pedra (2012, p. 170): “Dessa expressão do jusnaturalismo, que afirma a limitação do poder, surge o constitucionalismo, no qual se insere a noção de respeito aos direitos individuais anteriores ao Estado e à Constituição”.

⁹ Ademais, “segundo Locke, o legislador não cria direitos, mas aperfeiçoa na sua tutela, no suposto de que esses direitos pré-existem ao Estado” (MENDES e BRANCO, 2012, p. 46).

de Locke se difere do de Hobbes, pois é um “pacto de consentimento”, e não um “pacto de submissão”, havendo na soberania popular de sua constituição da Constituição um poder delegatário ao Estado¹⁰.

Qualificando e contextualizando os “direitos negativos” como uma primeira geração de direitos e garantias fundamentais, leciona Daury César Fabríz (2003, p. 194):

Esses direitos – civis e políticos – passaram a fazer parte da matéria constitucional, obtendo reconhecimento e enriquecimento, não havendo Constituição digna desse nome conforme assegura Bonavides, que não os reconheça em toda a extensão.

Os direitos de primeira geração encontram suas raízes no pensamento iluminista e jusnaturalista do século XVII e VXIII, principalmente na obra dos autores contratualista e na obra kantiana, que fundamentalmente preconiza que a finalidade do Estado era a de assegurar e realizar a liberdade do indivíduo. O início de sua positivação ocorre com as revoluções liberais do século XVIII.

Referem-se, inicialmente, esses direitos à não intervenção estatal no âmbito da esfera da autonomia individual e, por consequência, eles são marcadamente direitos de cunho “negativo”, na medida que coíbem a interferência do Estado.

Sobre a relação entre o liberalismo econômico de Locke e a propagação do constitucionalismo moderno, tem-se o registro de Friedrich Müller (2004, p. 85-86):

Locke eclipsara mentalmente o Estado contemporâneo (até 1688) e encontrara assim a sociedade econômica e comercial burguesa, já então desenvolvida ao menos na Inglaterra. Prolongou-a intencionalmente na direção do *status* de Estado que recebeu agora, enquanto Estado Constitucional, a função de apreender em forma jurídica e estabilizar normativamente, assegurar duradouramente as conquistas da burguesia proprietária e econômica. (...)

O “poder constituinte” de Locke distancia-se um passo da soberania do príncipe absolutista e aproxima-se (apenas) um passo da soberania popular (e isso apenas para a constituição da Constituição), quer dizer, uma solução de compromisso, assim como a monarquia constitucional: em fidelidade ao objetivo imediato da política dos tempos de Locke, de consolidar o *status quo* atingido pela Gloriosa Revolução de 1688.

No Estado liberal nasceu, assim, a monarquia parlamentarista¹¹, em substituição à monarquia absolutista, figurando o Parlamento como a representação popular do poder político supremo do Estado, substituindo-se, por via de consequência, a supremacia do monarca pela supremacia do parlamento, sendo que “supremacia do Parlamento e supremacia da Lei eram aspectos de um mesmo fenômeno” (MENDES e BRANCO, 2012, p. 52).

¹⁰ Ao menos no ato de sua constituição.

¹¹ Nesse sistema de governo exige-se a “colaboração entre o monarca e o Parlamento” (CARVALHO, 2001, p. 130), por meio da escolha por parte daquele de um Primeiro-Ministro extraído da maioria legislativa ocasional, lançando-se no ofício desse Chefe de Governo a responsabilidade político-administrativa, suscetível, então, de destituição. Outrossim, em contrapartida, de maneira correspondencial, detém o Chefe de Estado (monarca) o poder de dissolver o Parlamento. Por conseguinte, na percepção de Kildare Gonçalves Carvalho (2001, p. 131): “Com isso, o Chefe de Estado refreia os excessos do controle parlamentar exercidos sobre o governo, ao submeter a eleições gerais a decisão sobre eventual conflito entre os Poderes Executivo e Legislativo”.

Seguindo com o pensamento contratualista, Charles Montesquieu deu lume em 1748 à sua obra “O Espírito das Leis”, na qual propala a luta (iniciada por Locke) pela prevalência de um regime político moderado de Governo, a partir da cisão e equilíbrio do poder estatal entre as instituições constituídas, dada a própria ontologia da natureza humana, tendente a promover o abuso do poder. Conclusivamente, Montesquieu idealiza a separação entre os poderes Legislativo e Executivo, inserindo no raio de competência deste último o poder de julgar¹². Na observação de Albuquerque (2003, p. 120), a teoria da separação dos poderes de Montesquieu sinaliza pioneiramente para “a necessidade de arranjos institucionais que impeçam que alguma força política possa *a priori* prevalecer sobre as demais”.

Por sua vez, Jean Jacques Rousseau, pensador iluminista que influenciou a Revolução Francesa de 1789 (MÜLLER, 2004, p. 90) e a edição da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão no mesmo ano, em seu livro “Contrato Social” (datado de 1762), qualifica o diagnóstico dessa invariável segregação de funções entre os poderes constituídos, sendo que, na sua compreensão, o Poder Legislativo é vocacionado à representatividade da vontade popular, detendo, por via de consequência, o monopólio da produção legiferante, e, em contrapartida, o Poder Executivo, estando submetido a um plexo de normas que lhe são postas, volta-se à execução do ordenamento jurídico (como sub-comando legal), visando à manutenção da liberdade civil dos indivíduos¹³.

No que tange à importância da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão para a ampliação dos direitos individuais e a postulação de reformas institucionais para a sua promoção, é a observação de Simone Goyard-Fabre (2002, p. 309-310):

A Declaração dos direitos do homem e do cidadão não foi somente um exercício do pensamento: marcou na história do direito político o advento triunfal das liberdades e dos direitos individuais; daí em diante, a autonomia intelectual conquistada pela razão, a um só tempo constituinte e militante, se exprimia pela proclamação solene segundo a qual “os homens nascem e permanecem livres e igual em direitos”. A função do direito político era, portanto, não somente rejeitar, por seu próprio dispositivo, o imperialismo do político, mas assegurar, por suas instituições públicas, a proteção dos direitos e das liberdades de todos os cidadãos. Assim, à medida que crescia a repercussão da idéia dos “direitos do homem” e se multiplicavam, aliás mudando de natureza, as

¹² Essa compreensão inicial de Montesquieu não traduz o pensamento contemporâneo da divisão de Poderes do Estado, eis que Montesquieu afirma que o Judiciário é um poder nulo, em que “os juízes são a boca que pronuncia as palavras da lei” (ALBUQUERQUE, 2003, p. 120).

¹³ Diferentemente de Locke, Rousseau “identifica os direitos civis, que surgem após o advento do contrato social” (PEDRA, 2012, p. 171).

reivindicações da liberdade, definiu-se, não sem dificuldades a vocação daquilo a que logo se deveria chamar de Estado DE direito.

Por isso, na perspectiva de Rousseau, o Governo assume uma “vocação decisória” (FABRE, 2002, p. 220), cabendo-lhe a atividade judicante nessa extensão para a proteção dos direitos individuais. Na tradução de Nascimento (2003, p. 197): “antes de mais nada, impõe-se definir o governo, o corpo administrativo do Estado, como funcionário do soberano, como um órgão limitado pelo poder do povo e não como um corpo autônomo ou então como o próprio poder máximo, confundindo-se neste caso com o soberano”. Por conseguinte, “por isso é importantíssimo distinguir das leis todos os decretos de magistratura: estes aplicam aquelas a casos individuais” (FABRE, 2002, p. 224). Metaforicamente, para a garantia da legitimidade perene do poder constituinte do povo¹⁴, Rousseau idealiza nesse caminho a figura orgânica do “Príncipe”, como o “corpo orgânico” intermediário entre os súditos (povo, personificado no Legislativo) e o Soberano (traduzido no Estado), sendo seu membro *stricto sensu* o magistrado.

Logo, na lógica da relação jurídica rousseauiana, empreendida é a migração da vontade geral contida na Lei para a deliberação coercitiva individual, fruto da decisão do Governo, por meio da judicatura de seus magistrados. Nessa práxis, dado o “Império da Lei”, o Executivo operacionalmente “obriga-se a governar mediante leis estabelecidas, promulgadas e conhecidas pelo povo – e não por meio de decretos extemporâneos – e mediante juízes imparciais e corretos, que terão de resolver as controvérsias conforme essas leis” (MELLO, 2003, p. 99-100). Isto é, nesse ambiente o julgador era tido como “órgão destinado a realizar a aplicação mecânica da Lei, por meio de um silogismo, no qual a premissa maior era a lei, e a menor, os fatos, daí redundando em uma conclusão única e inexorável – a decisão judicial” (MENDES e BRANCO, 2012, p. 52).

Por conseguinte, ante o pressuposto da separação entre os poderes constituídos do Estado: Legislativo e Executivo (dentro do qual se incluía a magistratura), ao aplicar a Lei o juiz não promovia nenhuma produção criativa do Direito. A interpretação da Lei era literal, com impedimento do magistrado promover a valoração do dispositivo legal, seguindo, então, a vontade onipotente do Legislador. O papel do juiz era no máximo revelar essa *mens legislatoris*.

¹⁴ Agora, não somente quando da constituição da Constituição, mas sim na sua práxis.

1.1.1 Sistema legal de valoração da prova no Estado liberal: do critério tarifário da prova legal à íntima convicção judicial.

Nesse momento histórico, impelido pela Revolução Francesa, foi editado o Código Civil Francês, o Código Napoleônico¹⁵, promulgado em 1804. Doravante, deflagrou-se a Escola da Exegese como doutrina ultralegalista que se estendeu também sobre o sistema legal da *common law*¹⁶. No pensamento de Maria Helena Diniz: “Para a escola da exegese, a totalidade do direito positivo se identifica por completo com a lei escrita; com isso a ciência jurídica se apegou à tese de que a função específica do jurista era ater-se com rigor absoluto ao texto legal e revelar seu sentido” (2007, p. 50).

É válido destacar que até esse período da Idade Moderna, entre o fim da Idade Medieval decretado em 1453 e a Revolução Francesa ocorrida em 1789¹⁷, com a finalidade de romper com a herança legada da divindade irracional na valoração da prova fornecida pelos ordálios germânicos¹⁸, e influenciada pela escolástica católica com sua metódica “de pensar e argumentar, mormente pela inclinação de raciocinar por meio de deduções de princípios pré-estabelecidos em detrimento da observação dos fatos” (COSTA e CARVALHO, 2019, p. 02), no fim do Medievo em diante a valoração da prova por parte do juiz seguia o sistema legal de provas como um método tarifário, de preponderância positivada de um dado meio de prova genérico sobre outro previsto em Lei, ou seja, uma escala hierarquizada da prova, “sem atentar para as especificidades de cada caso” (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 541).

Em outras palavras, havia primazia do abstrato e geral sobre o concreto e especial, uma vez que “o peso das provas era preestabelecido pelo titular do poder, através de regras que,

¹⁵ Houve, por essa razão, substituição do direito consuetudinário pelo direito escrito, próprio do sistema da *civil law*.

¹⁶ Notícia Maria Helena Diniz que (2007, p. 54):

A escola da exegese, da França, correspondeu ao pandectismo, da Alemanha, e à escola analítica (*analytical school*) de Austin, da Inglaterra.

Como se vê, tal orientação exegética também foi adotada em países que não cuidaram da codificação das leis, como a Alemanha e os países do *common law*, no século XIX, que apregoavam a concepção mecânica da função judicial.

¹⁷ Nesse sentido, observa Leonardo Greco (2004, p. 246): “As provas legais entraram em crise no Renascimento que, provocando uma restauração da antiguidade, voltou a prestigiar a retórica. Em 1667, uma *ordonnance* de Luís XIV cria a livre convicção, como um instrumento de liberalização, apesar de moldada no juiz burocrático da época”.

¹⁸ Na observação de Eduardo José da Fonseca Costa e Antonio Carvalho (2019, p. 01): “Fundados na crença da intervenção divina em todos os acontecimentos humanos, os ordálios ou juízos de Deus estiveram presentes entre os povos ditos bárbaros, com destaque aos germanos, sendo próprio a uma época em que tribos e/ou reinos eram dominados pela superstição”.

espelhando as crenças sociais e valores da época, prestavam-se a retrain a atuação dos juízes” (COSTA e CARVALHO, 2019, p. 02). Permitia-se, dessa maneira, a conclusão prévia legal de que, por exemplo, a confissão pela parte no litígio era a “rainha das provas”, ou que para provar determinado fato era necessário o testemunho de um número mínimo de pessoas.

Assim o era, vez que “a prova legal substituí a experiência individual e a opinião do juiz sobre o valor dos meios de prova” (SILVESTRE, 2009, p. 110). Nessa perspectiva, as máximas de experiência, como aquele produto do conhecimento do juiz por sua inserção em vida em comunidade, eram admitidas na valoração da prova apenas quando figuravam como máximas de experiência em forma de Lei. Não havia nesse período qualquer espaço para a discricionariedade judicial na interpretação e aplicação do Direito. Garantida, assim, estaria a segurança jurídica.

Entretantes, no curso da Idade Moderna, o Iluminismo lançou luzes de fé absoluta na razão humana, crendo na sua infalibilidade, motivo pelo qual o critério tarifário da prova legal foi substituído pelo critério da convicção íntima na valoração probatória, de modo que o juiz despreendeu-se das amarras legais para a revelação da verdade sobre os fatos no processo, passando a realizar essa construção fática de maneira livre. No ensinamento de Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga, e Rafael Santos Oliveira (2008, p. 43): “O juiz é livre quanto à indagação da verdade e apreciação das provas. A consciência do juiz não está vinculada a qualquer regra legal, quer no tocante à espécie de prova, quer no tocante à sua avaliação”. Por esse exposto, em uma guinada entre extremos, a máxima de experiência do julgador é habilitada na valoração da prova, podendo, inclusive, essa impressão pessoal do juiz sobre o mundo da vida, e, por via de consequência, sobre os fatos deduzidos no processo, substituir a própria prova colhida no litígio, ou mesmo autorizar o juiz a não decidir o litígio pela falta de provas para a formação de sua convicção íntima (CUNHA, 2007, p. 17-18).

Todavia, essa perspectiva de valoração livre da prova por parte do juiz instaurou uma crise de insegurança jurídica (SILVESTRE, 2009, p. 110), porque “permite a imensa monstruosidade jurídica de haver julgamento a partir de qualquer elemento” (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 542), sendo essa uma concepção irracional da prova (BELTRÁN, 2017, p. 71). Paradoxalmente, apesar de não haver espaço para a discricionariedade judicial na interpretação da Lei, na construção dos fatos para a sua aplicação o arbítrio era ilimitado. Na observação de Ricardo Guastini (2005, p. 57) isso acontecia, pois havia uma cisão entre um “reino do Direito” e o

“mundo dos fatos” (ou seja, eram questões absolutamente diversas no processo), acabando o julgador por produzir um resultado de inevitável erro judiciário (não Justiça), com violação ao Estado de Direito, cuja constituição precípua fora exatamente para a promoção da pacificação das relações sociais (entre os indivíduos e entre esses e o Estado), pela migração do “estado de natureza” para o “estado social”.

1.2 ESTADO SOCIAL DE DIREITO: PSEUDOPROGRESSO PELA REVOLUÇÃO DA REVELAÇÃO DA *MENS LEGISLATORIS* PELA *MENS LEGIS* NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO.

É importante observar que as ideias contratualistas transcritas até aqui lançaram um novo panorama sobre a relação entre sociedade e Estado, para, pelo enaltecimento do racionalismo, figurar o Direito como o fundamento primeiro do Estado Moderno. Isto é, “o Estado moderno não se distingue da ordem jurídica que o organiza” (FABRE, 2002, p. 252), interligando-se, de maneira indissociável, a concepção de legitimidade (do poder do Estado) e legalidade (dos atos do Estado). Tal é a concepção de Estado de Direito, pelo qual “o constitucionalismo objetivou estabelecer regimes constitucionais, com governos moderados, limitados em seus poderes, e submetidos a Constituições escritas” (PEDRA, 2012, p. 171).

A partir dessa perspectiva de Estado Moderno, os conflitos intersubjetivos são solvidos para a busca da paz social, pela heterotutela, delegada ao Estado-Governo, com competência fracionada ao magistrado, por meio da jurisdição. Na percepção de CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (2001, p. 37):

Mesmo na ultrapassada filosofia política do Estado liberal, extremamente restritiva quanto às funções do Estado, a jurisdição esteve sempre incluída como responsabilidade estatal, uma vez que a eliminação de conflitos concorre, e muito, para a preservação e fortalecimento dos valores humanos da personalidade.

Outrossim, com o sucesso comercial das Navegações ao redor do globo, que produziram o acúmulo de riqueza em favor da classe burguesa, viabilizado foi o processo de investimento financeiro e tecnológico para a promoção da revolução industrial. Na percepção de Luciano Picoli Gagno (2015, p. 10): “A burguesia, nova classe social dominante após a Revolução Francesa, impõe um novo modelo econômico, alicerçado na mais ampla liberdade de produção e comercialização, que associado ao avanço tecnológico e científico de época

deságua na Revolução Industrial”. Dita revolução industrial foi iniciada primeiramente na Inglaterra (a partir de 1760) e depois estendida para vários outros países da Europa Ocidental e Estados Unidos da América (até 1870). Em contrapartida, floresce uma nova classe social de mão de obra assalariada, o proletariado.

Ocorre que, acompanhando a crescente produção e o consumo correspondente que a exaure, a classe operária aumenta substancialmente em número. Consectariamente, no diagnóstico de Luiz Moreira (2007, p. 07): “Essa demanda crescente [...] faz com que às idéias de liberdade e igualdade jurídica sejam associadas a políticas sociais”. Sendo assim, para correção da desigualdade econômico-material entre a burguesia empregadora e o operário empregado¹⁹, provocou-se a necessidade de formalização de uma nova ordem jurídica²⁰ que tutelasse as relações econômicas entre os indivíduos (horizontalmente) e entre o Estado e esses (verticalmente): os “direitos prestacionais”²¹. Sobre os mesmos descreve Mauro Cappelletti (1999, p. 41):

Constitui um dado da realidade que a legislação social ou de *welfare* conduz inevitavelmente o Estado a superar limites das funções tradicionais de “proteção” e “repressão”. O papel do governo não pode mais se limitar a ser o de um “gendarme” ou “*night watchman*”; ao contrário, o estado social – “*État providence*”, como chamam, expressivamente, os franceses – deve fazer a sua técnica de controle social que os cientistas políticos chamam de *promocional*. Tal técnica consiste em prescrever programas de desenvolvimentos futuros, promovendo-lhes a execução gradual, ao invés de simplesmente escolher, como é típico da legislação clássica, entre o “certo” e o “errado”, ou seja, entre o caso “justo” e “injusto”, *right and wrong*. E mesmo quando a legislação social cria por si mesma direitos subjetivos cuida-se mais de *direitos sociais* do que meramente individuais. Tipicamente, os direitos sociais pedem para sua execução a intervenção ativa do estado, frequentemente prolongada no tempo. Diversamente dos direitos tradicionais, para cuja proteção requer-se apenas que o estado não permita sua violação, os direitos sociais – como o direito à assistência médica e social, à habitação, ao trabalho – não podem ser simplesmente “atribuídos” ao indivíduo. Exigem eles, ao contrário, permanente ação do estado, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para enfim, promover a realização dos programas sociais, fundamentos desses direitos e das expectativas por eles legitimadas.

Surge, desse modo, a ideia em torno do Estado social, “como um Estado que intervém na ordem econômica, dirigindo e ordenando o desenvolvimento, realizando atividades em setores econômicos concretos” (FABRIZ, 2003, p. 199), em antagonismo à vigência do Estado

¹⁹ No Estado liberal garantia-se somente a igualdade formal perante a Lei.

²⁰ Nessa perspectiva, segundo a lição de Simone Goyard-Fabre (2002, p. 335-336):

O legislador devia doravante admitir que, tendo os direitos do homem assumido uma conotação social e econômica, cabia ao direito não só assegurar por suas disposições, como em 1789, a proteção das “liberdade fundamentais”, de todo cidadão, mas permitir a decadência do nível de vida dos trabalhadores e, correlativamente, referir-se às condições econômicas de sua existência.

²¹ Calha dizer que os “direitos prestacionais” não substituem os “direitos negativos”, mas sim aos mesmos aderem, para garantir condições de gozo da liberdade civil pela classe majoritária e menos privilegiada financeiramente (o proletariado).

liberal, veiculando um novo paradigma do Direito: o Estado social de Direito²². A respeito dos caracteres de diferenciação entre o Estado liberal e o Estado social, é o registro de Moreira (2010, p. 144):

De um modo geral, enquanto o Estado tradicional (liberal) se sustentava na justiça comutativa, o Estado social se sustenta na justiça distributiva; enquanto o primeiro elencava direitos sem se preocupar com seu conteúdo, o segundo distribui bens jurídicos de conteúdo material; enquanto aquele era fundamentalmente um Estado legislador, este é, fundamentalmente, um Estado gestor (com predomínio de medidas legislativas de iniciativa do Poder Executivo).

Exemplo dessa nova realidade política e jurídica é a Constituição alemã de Weimar de 1919, que “foi a primeira a delinear os contornos da atuação desse Estado intervencionista, do tipo social, dualista, na consecução do seu objetivo de promover o desenvolvimento econômico e o bem-estar social” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 38), migrando, no seu conteúdo, de uma Constituição sintética para uma Constituição analítica (CARVALHO, 2001, p. 143), prescrevendo “todos os assuntos que entendam relevantes à formação, destinação e funcionamento do Estado” (MORAES, 2001, p. 38).

Nada obstante o extenso rol de direitos negativos e sociais no bojo da Constituição de Weimar de 1919, ditas normas, como proclamações dirigentes aos objetivos da atuação política, econômica e social do Estado, ainda não eram dotados de juridicidade. Ou seja, “os direitos fundamentais tinham caráter apenas programático, não sendo diretamente vinculantes e exigíveis em juízo” (RODAS, 2019, p. 02).

Cumprido destacar que a ausência de força normativa cogente da Constituição (auto-aplicabilidade) nesse paradigma do Estado social se justifica pela prevalência da concepção de Carl Schmitt sobre quem é, no ambiente institucional, o guardião da Constituição, defendendo ele que “a figura do Chefe de Estado como verdadeiro defensor da Constituição pelo fato de este ter passado pelo crivo da eleição popular, aspecto que o legitimaria a atuar com independência” (LORENZETTO, 2009, p. 1926). Ademais, a interpretação da Constituição pelo Presidente do *Reich* decorre de sua própria natureza política, voltada a “dirimir dúvidas, incertezas e divergências de opinião” (LORENZETTO, 2009, p. 1930) sobre a vagueza e ambiguidade da Constituição escrita, instauradas entre o povo e o soberano,

²² E a expectativa de entrega pelo Estado aos indivíduos das promessas da Modernidade: saúde, educação, moradia, trabalho e lazer, dentre outros, que se resumem à “solidariedade social”.

motivo pelo qual lançar tal competência sobre um Tribunal Constitucional é plantar terreno fértil para o “decisionismo”²³.

Doravante, a compreensão sobre a jurisdição do Estado, como o poder de dizer o Direito frente ao conflito em concreto, sofreu no Estado social uma mutação guiada pelo axioma da “justiça social” patrocinada pelo Estado, como intervenção sobre as relações em geral para a realização do “bem comum”²⁴, pondo “em destaque a função jurisdicional pacificadora [...] de fazer do processo um meio efetivo para a realização da justiça” (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2001, p. 37), por meio de uma hermenêutica jurídica que reclamasse “métodos mais sofisticados como as análises teleológica, sistemática e histórica capazes de emancipar o sentido da Lei da vontade subjetiva do legislador na direção da vontade objetiva da própria Lei” (NETTO, 2000, p. 09).

1.2.1 Surgimento no Estado social do critério de valoração da prova no processo por meio do livre convencimento motivado e sua submissão à racionalidade jurídica e à racionalidade em geral decorrente das máximas de experiência.

No paradigma do Estado social, na hermenêutica jurídica, o desvelamento da procura da vontade do Legislador cedeu lugar à procura da vontade da Lei, com introdução de métodos para tal atividade. Assim explicita DINIZ (2007, p. 51-52):

Inicialmente, os sequazes da escola da exegese se atinham à interpretação literal do texto legal, deduzindo o sentido oculto da lei mediante procedimentos filológicos e lógicos. Ante a ineficiência desse processo interpretativo tiveram de recorrer às fontes, isto é, aos trabalhos legislativos preparatórios, à fim de conhecer não apenas a letra da lei, mas também seu espírito. Com isso passou-se a admitir a interpretação histórica, isto é, o exame das circunstâncias que antecederam a lei. Posteriormente, essa escola veio a utilizar a interpretação lógico-sistemática, que consistia em descobrir o sentido da lei, tendo por base o lugar que ela ocupa dentro do sistema legislativo. Tal interpretação sistemática parte do princípio de que a legislação é um conjunto orgânico e que as leis têm seus lugares específicos, de modo que umas preponderam sobre outras, por isso o jurista deve sistematizá-las, dando a cada uma seu significado dentro do ordenamento jurídico.

²³ A assertiva de Carl Schmitt era corroborada pela previsão do artigo 48 da Constituição de Weimar de 1919.

²⁴ Notícia Gagno (2015, p. 10) o inflacionamento legislativo decorrente do Estado social:

Essas novas circunstâncias aos poucos geram inflação do Estado, que perfilhado ao arquétipo de “Estado de Bem Estar” instrumentaliza seu novel papel com a criação de leis e o agigantamento dos poderes legislativo e executivo; são leis trabalhistas, previdenciárias, sobre saúde, transporte, agricultura, contra os monopólios e demais fenômenos sociais deletérios ao bem comum pretendido.

Mesmo assim, não houve mudança no modo da interpretação e aplicação do Direito por parte dos juízes, vez que, como esclarece Luciano Picoli Gagno (2015, p. 10-11), “o direito continua sendo um conjunto de leis criadas pelo legislativo, que devem ser obedecida para que os desejos e as paixões individuais dos julgadores não imperem”. Ou seja, “qualquer um desses processos interpretativos era empregado com muita prudência, para evitar a substituição da intenção da Lei por uma vontade estranha” (DINIZ, 2007, p. 52).

Outrossim, obtempera Marcelo Abelha Rodrigues que “a compreensão da mudança do Estado liberal para o Estado social revela-se como imprescindível ao tema da prova, especialmente sob o ponto de vista dos instrumentos de participação e legitimação do Estado como ficção jurídica criada para alcançar a paz social” (2010, p. 211). Isso também é percebido na narrativa de Mauro Cappelletti (1999, p. 32-33):

Sublinharam essas escolas de pensamento a ilusão da ideia de que o juiz se encontra na posição de “declarar” o direito de maneira não criativa, apenas com os instrumentos da lógica dedutiva, sem envolver, assim, em tal declaração a sua valoração pessoal. E aplicaram tal crítica a todas as formas de direito, tanto ao direito consuetudinário quanto ao *case Law*, tanto ao direito legislativo quanto às codificações sistemáticas. Desnecessário acentuar que todas essas revoltas conduziram à descoberta de que, efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais.

O processo, no Estado social, tornou-se eminentemente publicista, e não mais privatista como no Estado liberal, “uma relação jurídica processual” (CARNELUTTI, 2001, p. 72) entre as partes do litígio e o juiz como representante do Estado. Um direito processual diverso do direito material debelado na ação. Migrou-se de uma cultura formalista para uma cultura racionalista. A partir desse enfoque, a jurisdição necessita da produção do axioma da Justiça (não há mais legitimidade formal pelo procedimento), somente assim sendo legítima, intrinsecamente para as parte no processo e extrinsecamente para o povo em geral²⁵. Sendo que, na percepção da Gagno, “a legitimidade traduz a aceitabilidade inexorável de um ato, decorrente de sua coerência em relação a um padrão previamente fixado, seja ele concernente a normas jurídicas o a normas exclusivamente racionais” (GAGNO, 2015, p. 151).

Logo, vem a lume, na avaliação probatória, o sistema do livre convencimento motivado, segundo a prova documentada e escrita no processo (o “continente processual”). Dessa

²⁵ O povo, na dimensão de Friedrich Müller, como instância de atribuição de legitimidade do Estado (MÜLLER, 2003, p. 55-79).

maneira, houve “superação da insegurança gerada pela íntima convicção e da imobilidade ocasionada pela tarifa legal” (COSTA e CARVALHO, 2019, p. 03). Delimita Cândido Rangel Dinamarco (2016, p. 72-74) os seguintes caracteres do livre convencimento motivado: a) a questão de fato valorada deve se submeter às questões deduzidas pelas partes no processo, isto é, as questões de fato declinadas pelo autor no ajuizamento da ação e pelo réu em sua defesa; b) a questão de fato constituída na decisão judicial deve estar adstrita ao acervo probatório produzido no processo; e c) deve haver fundamentação da decisão judicial com a exposição da justificação da avaliação probatória.

Portanto, o juiz, no livre convencimento motivado, por dever de *accountability*, assume um novo dever de prestar contas a respeito da valoração da prova, por intermédio da fundamentação da decisão judicial. Em contrapartida, a fundamentação da decisão judicial constitui-se como garantia fundamental para as partes do processo em geral e para a sociedade como um todo, para aferimento exatamente da legitimidade da decisão judicial. Consoante Cintra, Grinover e Dinamarco (2001, p. 68):

Mais modernamente, foi sendo salientada a função política da motivação das decisões judiciais, cujos destinatários não são apenas as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso, mas *quis-quis de pupulo*, com a finalidade de aferir se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões.

Ademais, o sistema do livre convencimento motivado é guiado pela persuasão racional (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 543), posto que limitado pelo critério da prova legal, como aquela em que “o legislador atribuir *ex ante* um resultado probatório determinado a um meio de prova genérico” (BELTRÁN, 2017, p. 48), como também pelas máximas de experiência, entendidas por José Carlos Barbosa Moreira como “noções que refletem o reiterado perpassar de uma série de acontecimentos semelhantes, autorizando, mediante raciocínio indutivo, a convicção de que, se assim costumam apresentar-se as coisas, também assim devem elas, em igualdade de circunstâncias, apresentar-se no futuro” (MOREIRA, 1988, p. 62).

Destarte, prostram-se a prova legal e as máximas de experiência como contensão ao arbítrio judicial na valoração da prova. Sua observância é que concede legitimidade para a decisão judicial na valoração probatória. Assim sendo, na inteligência de Eduardo José da Fonseca Costa e Antonio Carvalho (2009, p. 04): “O sistema do livre convencimento tem por premissa

a relativa liberdade do juiz ao avaliar os meios de prova à luz do caso concreto, estando limitado pelas regras da experiência, da lógica e da ciência”.

Entretanto, é importante destacar que no Estado social, dada a sua acepção legalista, eram os métodos hermenêuticos sobre a exegese legal que proporcionavam a objetividade do juiz na interpretação, aplicação e decisão sobre o Direito. Por via de consequência, apesar de não mais necessariamente positivadas como no critério tarifário da prova legal vigente no paradigma do Estado liberal, as máximas de experiência, para assim serem utilizadas pelo juiz, necessitavam, previamente, por segurança jurídica, de seu reconhecimento pela ciência do Direito. Destarte, no Estado social, as máximas de experiência decorriam de padrões normativos ainda.

Apesar de o princípio dispositivo guiar o processo na delimitação de seus limites objetivos pelas questões e pedidos apresentados pelas partes no feito, bem como seus respectivos fundamentos relevantes, como também permear o mesmo (o princípio dispositivo) a iniciativa da prática dos atos processuais probatórios pelas partes no processo, no Estado social houve a compreensão de que não basta, para a realização de Justiça, a garantia formal de igualdade entre as partes no litígio prevista na Lei, devendo o magistrado salvaguardar a presença de igualdade real entre as partes na contenda. A esse respeito doutrina Rodrigues, denotando que no Estado social a procura pela prova no processo deve ser realizada de maneira inquisitiva (2010, p. 222-223):

A posição a que chegamos é a de que a prova deve ser sempre regida pelo princípio inquisitivo, limitado apenas pelo dever de motivação. Trata-se de política máxima a ser implementada num Estado social de direito, que deve reconhecer a fragilidade dos litigantes e dos seus representantes e tratar a prova como algo que a todos beneficia, porque em última análise todos querem e clamam por uma solução justa. Deve-se deixar de ver a prova como algo privado, fruto de atividade particular, senão porque é a própria prova justa que legitima a imutabilidade das decisões.

Para tanto, o juiz está autorizado a ter “um comportamento ativo, envolvente e participativo” (RODRIGUES, 2010, p. 212) na procura da verdade sobre o acontecimento histórico deduzido pelas partes no processo, detendo poderes instrutórios independentemente da provocação das partes no litígio. Isto é, a produção de prova pode ser determinada de ofício por parte do juiz. E o julgamento do feito segundo o critério estático de dinamização do ônus da prova (quanto ao autor provar o fato alegado por si; e quanto ao réu comprovar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito autoral) somente deve ser realizado

residualmente, de maneira a não redundar o juiz no *non liquet* (não julgamento, pela falta de provas).

O problema é que essa procura da verdade real, própria do sistema inquisitorial de gestão da prova por parte do juiz, acaba por ferir a necessária imparcialidade do magistrado frente à demanda que lhe é posta para solução, posto que se o juiz se substitui na responsabilidade processual das partes acaba ele por empreender uma procura desmedida em favor da síntese ou antítese dos fatos no processo, segundo sua conveniência. O contraditório, sobre o qual se realiza e desenvolve todo o processo, é quebrado, de maneira que a legitimidade do exercício da jurisdição é colocada em cheque.

E mais, nessa visada, o juiz está impelido a realizar o encontro com a verdade real. Na observação de Aury Lopes Júnior. (2009, p. 550): “O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório”. Nessa intelecção, há primazia da certeza do juiz sobre a verdade do acontecimento histórico narrado pelas partes no processo. Trata-se da adequação do intelecto (convencimento do juiz) à coisa (prova), concepção essa própria da filosofia de René Descartes, quem, considerado o “pai da Modernidade”, depositou fé no método para o encontro do caminho seguro e definitivo para a verdade do conhecimento. Na compreensão de Descartes o método “é um caminho, um procedimento que visa garantir o sucesso de uma tentativa de conhecimento. Um método se constitui basicamente de regras e princípios que são as diretrizes desse procedimento” (MARCONDES, 2007, p. 167).

Entretanto, na observação de Leonardo Greco (2004, p. 213) não existe método “capaz de empreender uma reconstrução dos fatos absolutamente segura”. O processo é limitado no tempo, de modo que os seus atos seguem uma sequência preclusiva para em tempo razoável ser emitida a decisão satisfativa do feito. Logo, a produção de prova não retroage como que em um ciclo contínuo e inacabado (BELTRÁN, 2017, p. 61). Desse modo, o processo é finito, para a produção do resultado da segurança jurídica decorrente da solução em definitivo do litígio, e, por via de consequência, pacificação da relação social debelada no mesmo. Em contrapartida, a verdade é infinita, porque “sua fecundidade inesgotável se faz das suas múltiplas formulações históricas e pessoais” (CUNHA, 2007, p. 13). Logo, a infinitude da verdade não se compatibiliza com a finitude do processo, sendo o mito da verdade real uma tautologia.

1.2.2 O positivismo jurídico de Hans Kelsen e sua alocação entre os paradigmas do Estado liberal e Estado social: suficiência da verdade formal no processo sobre a avaliação probatória.

Hans Kelsen publicou sua “Teoria Pura do Direito” em 1934, tempo esse, ao menos historicamente, de vigência do Estado social de Direito, como exemplificativamente aquele retratado na Constituição Alemã de Weimar de 1918. Nessa teoria procurou Kelsen idealizar o afastamento do Direito do campo de incidência das demais instâncias que preordenam a conduta humana²⁶, sendo elas a Moral, a Ética, a Justiça, a Política e a Economia. Ou seja, Kelsen desenvolveu um sistema hermeticamente fechado e auto-suficiente de normas jurídicas, dada sua unidade, coerência e completude²⁷. No resumo de Cunha (2008, p. 281):

Em suma, a pureza de sua teoria se refere à ciência do Direito e consiste basicamente em excluir do seu campo de estudo tudo aquilo que não se refira a seu objeto, tudo aquilo que não seja possível determinar-se como Direito e, em última análise, tudo aquilo que não possa identificar com a norma jurídica.

Sendo assim, a concepção kelseana de Direito procurou alocar no epicentro de sua teoria a norma jurídica, tal como aquela produzida pelo Estado, por intermédio do processo legislativo ou da jurisprudência dos Tribunais, apesar de sua ambiência no sistema da *civil law*²⁸. Para tanto, Kelsen desenvolve a ideia da norma hipotética fundamental, como aquela que metafisicamente concede legitimidade ao poder estatal, logo pressuposta²⁹, e a partir dessa idealização passa o mesmo a desenvolver um ordenamento escalonado de normas jurídicas em uma estrutura piramidal, em que a Constituição é colocada em seu ápice, seguida, em hierarquia decrescente, pela Legislação infraconstitucional e pelos costumes reconhecidos na jurisprudência. Essas são a denominada norma geral. Ao fim da base da pirâmide

²⁶ Na perspectiva de Kelsen (1999, p. 04) o Direito “é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano”. Sendo que “uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica” (KELSEN, 1999, p. 21).

²⁷ Segundo Cunha (2008, p. 280): “Inspirado no êxito das ciências da natureza, pretendia Kelsen (1999) reproduzi-lo no âmbito das ciências naturais, especificadamente na ciência do Direito, o que almejava conseguir depurando-a de qualquer elemento estranho ao seu objeto, sobretudo de índole política”.

²⁸ Na observação de Coura e Azevedo (2014, p. 104):

Para Kelsen, as tarefas de julgar (conforme uma lei) ou de legislar (conforme a Constituição) são, basicamente, a mesma coisa. Julgador e legislador interpretam o Direito, aplicam norma superior e criam norma inferior. A diferença entre as atividades legislativa e jurisdicional é apenas quantitativa, conforme o grau de indeterminação das normas superiores, fundamento de validade da respectiva decisão.

²⁹ Na intelecção de Kelsen norma hipotética fundamental é uma idealização, constituindo-se como “condição sob a qual o sentido subjetivo do ato constituinte e o sentido subjetivo dos atos postos de acordo com a Constituição podem ser pensados como o seu sentido objetivo” (KELSEN, 1999, p. 143).

hierarquizada do Direito está a decisão judicial ou administrativa, como norma individual. Em ambas as hipóteses, “a norma jurídica seria um imperativo posto pela autoridade competente, um comando por ela estabelecido, uma permissão, ou ainda uma atribuição de competência” (CUNHA, 2008, p. 281).

Destarte, Kelsen propala o pressuposto da jurisdição constitucional, em que todas as demais normas jurídicas do sistema, sejam gerais ou individuais, devem prestar compatibilidade formal com as normas orgânicas da Constituição, como aquelas relacionadas à estruturação e competências dos poderes do Estado, de seus respectivos órgãos e agentes públicos. Bem como, compatibilidade material com o conteúdo dogmaticamente programático das normas constitucionais. Na observação de Alexandre de Castro Coura e Silvagner Andrade de Azevedo (2014, p.102): “A validade jurídica de uma norma dependeria de sua conformidade com o sistema jurídico”. Não havendo essa compatibilidade, quer seja nas normas gerais ou individuais, ditas normas estarão, invariavelmente, fulminadas de invalidade, sem aptidão, então, de produzir efeitos jurídicos válidos para a regulação das relações humanas.

Sendo assim, desenvolvida é por Kelsen a relação entre norma geral e norma individual, na qual a norma geral outorga procedimentalmente o fundamento de validade da norma individual. Ou seja, “normas são produzidas a partir de autorizações iniciadas por uma norma base autorizativa” (SGARBI, 2005, p. 285). Isso quer dizer que a criação do Direito pela sua aplicação acontecia por uma “dinâmica jurídica”, na qual “o que confere validade ao ato não seria propriamente o seu conteúdo, mas a autorização de produzi-lo” (CUNHA, 2008, p. 285). Nas palavras de Kelsen (1999, p. 135):

O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior.

Já na interpretação jurídica, a doutrina kelseana se afastou do ultralegalismo do Estado liberal, e de sua crença proveniente da escola da Exegese de que texto de Lei e norma se equiparavam. Segundo observam Coura e Azevedo (2014, p. 103):

A concepção de Kelsen acerca da interpretação normativa deve ser compreendida com uma crítica à tradicional Escola da Exegese, segundo a qual os métodos de interpretação revelariam uma resposta correta. Rompendo com esse paradigma, Kelsen percebeu que os métodos científicos de interpretação seriam incapazes de revelar um único sentido normativo correto; apenas indicam um rol de possibilidades.

Para Kelsen norma é o produto da atividade do juiz na interpretação do Direito. Ou seja, em Kelsen é a interpretação quem cria a norma jurídica. Desse modo, sua visada, aparentemente se distancia do Estado social, dada a preocupação desse paradigma em afastar a subjetividade do juiz na interpretação do Direito, apenas autorizando a utilização por parte do juiz de novos métodos hermenêuticos para a revelação da vontade da Lei. Todavia, o desenvolvimento de sua hermenêutica jurídica acaba por conduzir à conclusão de que Kelsen não tanto se afastou da inspiração proveniente do Estado social. Sua filosofia continua sendo legalista, pois “a norma considerada como objetivamente válida funciona como medida de valor” (KELSEN, 1999, p. 12) de Justiça. Por isso, em Kelsen, todo e qualquer conteúdo da norma jurídica plasmada na decisão judicial pode ser Direito. Na sua acepção (1999, p. 139):

Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica. A validade desta não pode ser negada pelo fato de o seu conteúdo contrariar o de uma outra norma que não pertença à ordem jurídica cuja norma fundamental é o fundamento de validade da norma em questão.

Tal é a razão pela qual o positivismo jurídico de Hans Kelsen não ter se afastado por completo do paradigma do Estado social. Muito pelo contrário, dada a legitimidade formal garantida na dinâmica jurídica do relacionamento entre a norma geral a norma individual, inadmissível é na Teoria Pura do Direito de Kelsen o aferimento do valor de Justiça da decisão judicial. Justa é a norma individual, porque veiculada por autoridade competente, segundo o percorrimto de seu procedimento formal. Por via de consequência, ao revés, o positivismo jurídico kelseano retrocede em relação ao paradigma do Estado social, que tem a missão de promover Justiça na solução de conflitos postos em litígio.

Nesse diapasão, Kelsen idealiza no seu positivismo jurídico, como Teoria Semântica do Direito, que é papel da ciência jurídica, produzida pela doutrina, interpretar o texto da Lei, e a partir do mesmo, por meio dos métodos hermenêuticos tradicionais, como o gramatical, teleológico, histórico e sistemático, promover a exploração dos limites de possibilidade do texto da Lei, de maneira abstrata. Nesse sentido, “a interpretação em Kelsen é discutida em abstrato” (COURA e AZEVEDO, 2014, p. 106). A doutrina fornece, desse modo, a proposição jurídica. Trata-se da interpretação não autêntica do Direito, de cunho, inclusive, parcial: porque procura em vários significantes concorrentes, produzidos pelos teóricos, revelar o sentido da Lei. Logo, além da pureza epistemológica da teoria kelseana, em

decorrência do sistema hermeticamente fechado que propala, detém a mesma pureza valorativa, razão pela qual a interpretação não autêntica do Direito não está suscetível de valoração sobre sua “validade ou invalidade da proposição” (CUNHA, 2008, p. 282).

Por sua vez, a partir do conhecimento desse plexo de limites semânticos do texto legal ofertados pela doutrina, como um “quadro de molduras”, em ato de vontade, competente ao juiz, como intérprete autêntico do Direito, segundo seu livre arbítrio, eleger como significado do texto legal algum daqueles possíveis significantes contidos no “quadro de molduras”. Adverte-se que, na concepção kelseana, do “quadro de molduras” não pode se afastar o julgador (KELSEN, 1999, p. 246). Para melhor entendimento da relação entre a interpretação não-autêntica do Direito promovida pela doutrina, como fonte de integração, e a interpretação autêntica promovida pelo juiz, como ato de vontade, e, então, dotado de decisionismo, é a elucidação de Kelsen (1999, p. 247):

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.

Promovendo tal eleição de sentido e alcance do texto da Lei, o juiz, em ato de cognição fracionária, aplica posteriormente o mesmo, utilizando-se, para tanto, do método da subsunção, próprio do silogismo (KELSEN, 1999, p. 142), em que a premissa maior será essa eleição de sentido e alcance do texto da Lei, a premissa menor os fatos deduzidos pelas partes no processo, e a conclusão retratada na decisão judicial. Por isso, a teoria kelseana no Direito se situa no raio paradigmático do Estado social.

Todavia, “para individualizar a norma geral por ele aplicada, o tribunal tem de verificar se, no caso que se lhe apresenta, existem *in concreto* os pressupostos de uma consequência do ilícito determinados *in abstracto* por uma norma geral” (KELSEN, 1999, p. 166). Isto é, compete ao juiz, na interpretação e aplicação do Direito, como atos fracionados pelo método da subsunção, solver individual e sucessivamente tanto a questão de direito quanto a questão de fato objeto da cognição judicial, veiculando seu poder constitutivo em ambos os casos.

Destacamos: a questão de direito e de fato no processo não são fundidas no fato jurídico, no entendimento do positivismo jurídico kelseano, vez que o antecedente normativo é somente constituído quando da decisão judicial, autorizando a incidência do conseqüente normativo.

Não há, nessa toada, reconhecimento sobre a prova no processo. Em verdade, na norma individual, o magistrado cria também o fato por decisão, posto que “a verificação do fato condicionante pelo tribunal é, portanto, em todo sentido, constitutivo” (KELSEN, 1999, p. 167). Dessa maneira, “no pensamento jurídico, o fato processualmente verificado ocupa o lugar do fato em si” (KELSEN, 1999, p. 168). Exemplifica Kelsen em sua Teoria Pura do Direito a imputação do crime de homicídio contra determinado indivíduo, em que esse fato natural somente se tornar um fato jurídico após a sua constituição pela decisão judicial (KELSEN, 1999, p. 167):

Se uma norma jurídica geral liga uma determinada pena ao crime de homicídio, este fato não é corretamente descrito se se apresenta o fato de alguém ter cometido um homicídio como o pressuposto da sanção. Não é o fato em si de alguém ter cometido um homicídio que constitui o pressuposto estatuído pela ordem jurídica, mas o fato de um órgão competente segundo a ordem jurídica ter verificado, num processo determinado pela mesma ordem jurídica, que um indivíduo praticou um homicídio.

Conseqüentemente, no entendimento de Beltrán, ao constituir o fato de maneira decisória no processo, e não por declaração recongnitiva, Kelsen acabava por defender a produção de efeitos jurídicos desse, “independentemente da veracidade de seus enunciados” (BELTRÁN, 2017, p. 23).

Por conseguinte, a teoria kelseana forneceu um novo ambiente teórico para, na procura da verdade sobre o acontecimento histórico apresentado pelas partes no processo, a busca pela verdade real ser substituída pela fixação da verdade formal, como “aquela que se obtém no processo, como resultado na atividade probatória” (BELTRÁN, 2017, p. 66). Uma vez assim fixada a verdade no processo sobre as questões de fato, e ocorrido o trânsito em julgado pelo exaurimento das vias recursais por aquele que seja sucumbente no processo, em definitivo será a decisão quem cria os fatos “a única verdade que interessa para o direito” (BELTRÁN, 2017, p. 66).

Procede a assertiva, pois especificadamente na seara do direito processual, Francesco Carnelutti, na vigência do positivismo jurídico kelseano e sob sua influência, primeiramente compreendia que entre a questão de direito e de fato no processo há uma cisão, razão pela

qual ambas, por ato decisório fracionado, são constituídas pelo juiz no processo em momentos distintos e individuais, para que depois que assim fixadas serem interligadas por meio da subsunção. No magistério de Carnelutti (2002, p. 30-31):

A sentença realiza o processo de transformação da norma jurídica do mandato abstrato em mandato concreto; mediante a sentença, o mandato toma forma, se individualiza e se define.

[...]

De aí que a estrutura da sentença se explique mediante a conhecida fórmula lógica de um silogismo, cuja premissa maior está constituída pela afirmação da situação suposta pela norma; cuja premissa menor a está pela afirmação da situação suposta na lide, e cuja conclusão a está por afirmação ou negação da aplicação da norma jurídica à situação suposta na lide (com base na comprovada identidade ou diferença na situação suposta pela norma e a situação suposta na lide).

À duplicidade das premissas corresponde o duplo tema da atividade do juiz; posição da norma jurídica e posição da situação de fato; ou como se diz na linguagem usual: questão de direito (*rechtsfrag*) e questão de fato (*thatfrage*).

Nesse diapasão, tal como para Kelsen, para Carnelutti “a prova é a fixação formal do fato controvertido, condicionada por percepções obtidas e deduções extraídas de acordo com o ordenamento jurídico” (GRECO, 2004, p. 223). Logo, na acepção carneluttiana a fixação dos fatos dar-se-á independentemente de sua relação com o ocorrido, bastando, para tanto, que o juiz esteja convencido sobre os fatos, posto que lhe importa, precipuamente, um critério formal de autoridade de competência do julgador (jurisdição) para essa determinação. Ou seja, nessa visada a verdade é convencional, resultado de uma procura regulada pelo direito processual, em que “a atividade do juiz encaminha-se não ao conhecimento do fato controvertido, ou seja, a sua posição conforme a realidade, senão à sua determinação ou fixação formal” (CARNELUTTI, 2002, p. 49).

A aporia que decorre dessa perspectiva é que “o conceito de verdade formal identifica-se muito mais como uma ficção da verdade” (MARINONI e ARENHART, 2010, p. 31). Ela admite a não Justiça. Necessário é, por via de consequência, o desenvolvimento de metódica que guie de maneira mais originária o reencontro da verdade no processo, pela recuperação do concreto na hermenêutica jurídica e pela fixação de um nexu instrumental de controle axiologicamente externo da (re)construção dos fatos na decisão judicial.

2 HERMENÊUTICA JURÍDICA NO PARADIGMA DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO.

2.1 SURGIMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E TRANSFERÊNCIA DA GUARDA DA CONSTITUIÇÃO PARA A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: EXIGÊNCIA DE UMA NOVA HERMENÊUTICA JURÍDICA.

Com o advento da ideia de Estado Moderno difundiu-se pelos contratualistas a percepção que o Direito é a panaceia para os males decorrentes da vivência em comunidade. Onde há sociedade, há Direito (*ubi societas ibi ius*). Como fenômeno decorrente desse paradigma se originou o constitucionalismo, com sua vocação perene de delimitar e limitar os poderes do Estado.

Entretanto, ao curso de vigência tanto do Estado liberal, como do Estado social, o conteúdo da Constituição afigurava-se como uma “proclamação solene” de um projeto político e normativo a ser perseguido pelo Estado. Em outras palavras, as normas constitucionais não eram dotadas de juridicidade, como a aptidão de serem protegidas e reclamadas em juízo. Nessa visada, havia a impermeabilidade do controle axiológico do conteúdo da norma geral produzida pelo Legislativo, sendo que a norma individual, como produto da ação concreta do Estado através da atividade judicante, dava apenas aplicabilidade subsuntiva da Lei ao caso em litígio. Tal é a razão pela qual a legitimidade da atuação do Estado era pautada no atendimento ao princípio da legalidade, em que “uma norma jurídica era válida não por ser justa, mas sim, exclusivamente, por haver sido posta por uma autoridade dotada de competência normativa” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 39). O juiz, nesse ambiente, mantém-se neutramente como o “boca da Lei” (NETTO, 2000, p. 07) revelando ou a *mens legislatoris* ou a *mens legis*.

Todavia, decerto é que, como no entendimento de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, “a supremacia do parlamento não se concilia com a ideia de supremacia da Constituição” (2012, p. 51), não havendo, até então, no Estado liberal e Estado social, “meio institucional de defesa da Constituição apto para controlar o respeito efetivo dos princípios dispostos na carta” (2012, p. 51).

Contramajoritário e pioneiramente nos Estados Unidos, ainda no curso da vigência do paradigma do Estado liberal, em 1803, a Suprema Corte americana desenvolveu a doutrina do *judicial review*, quando do julgamento do caso *Marbury versus Madison*. Em síntese, no antecedente histórico ao referido julgado, haja vista a tensão existente entre o Parlamento inglês e os colonos americanos, em decorrência das leis de taxaço de impostos que sufocavam a prosperidade econômica desses, houve a proclamação da independência americana em 1776, e continuamente a promulgação da sua Constituição em 1787. De agora em diante, na visada americana, a Constituição qualifica-se como “instrumento de submissão dos poderes a limites” (MENDES e BRANCO, 2012, p. 54), introduzindo “a ideia da supremacia da Constituição sobre as leis” (MENDES e BRANCO, 2012, p. 54), e então lançando “condições necessárias para que se admitisse aos juizes a função de controlar a legitimidade constitucional das leis” (MENDES e BRANCO, 2012, p. 55).

Nesse diapasão, ante a derrota eleitoral dos federalistas nas eleições de 1800, que culminou com a formação de um Congresso hegemonicamente republicano, sendo também eleito para o Executivo Thomas Jefferson, aqueles (os federalistas) aprovaram abruptamente uma Lei do Judiciário, desenhando uma nova estrutura organizacional dos Tribunais Federais (em substituição ao trabalho da Suprema Corte), nomeando ao mesmo tempo juizes diversos para ocupação de tais competências. Em contrapartida, nada obstante *Marbury* ter sido nomeado para o cargo de juiz federal, ao tomar posse o novo Secretário de Estado, Madison, rejeitou o direito de *Marbury* assumir suas funções. Assim, Madison impetrou um *writ of mandamus* perante a Suprema Corte, que, ao final do seu julgamento, proclamou “o seu poder de declarar a inconstitucionalidade de leis do Congresso Nacional e a superioridade da sua interpretação da Constituição” (MENDES e BRANCO, 2012, p. 58). Sobre os novéis caracteres da doutrina do controle judicial é o registro de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2012, p. 59):

A doutrina judicial articula, portanto, três assertivas básicas:

- a) a Constituição é concebida para ser a lei principal do país;
- b) cabe ao judiciário a função de interpretar e aplicar a Constituição nos casos trazidos à sua apreciação, podendo recusar valia ao ato que infringe a Constituição;
- c) a interpretação judicial é final e prepondera sobre a avaliação dos demais Poderes.

Paralela e posteriormente na Alemanha, quando da edição da Constituição de Weimar de 1919 no curso de vigência do Estado social, também a supremacia do Parlamento foi colocada em cheque, triunfando nesse ambiente o pensamento de Carl Schmitt sobre quem deveria ser

o guardião da Constituição, eis que aquela positivou, em seu artigo 48, que tal incumbência é do Presidente do *Reich*, dada a sua legitimidade democrática, em decorrência da conquista do seu mandato pelo sufrágio do povo, exercendo esse seu *mister* por meio de “atribuições tanto plebiscitárias como neutralizadoras ante a política dos partidos” (LORENZETTO, 2009, p. 1933).

Sobre a diferenciação do controle de constitucionalidade de leis no modelo americano do *judicial review* e no sistema alemão do guardião da Constituição como Presidente do *Reich* é a doutrina de Bruno Menezes Lorenzetto (2009, p.1928):

Sobre a questão do controle judicial do Tribunal Supremo da Alemanha expõe Schmitt: “diferença que separa do direito de controle exercido pelo poder judicial norte-americano se funda essencialmente na circunstância de que este último defende os princípios gerais e, portanto, erige o Tribunal em protetor e defensor da ordem social e econômica existente. Ao contrário, o Tribunal Supremo do Reich, dadas as limitações já mencionadas, que restringem seu direito de controle, não ocupa nem de longe uma posição semelhante ao do norte-americano.

Somente após o resultado catastrófico da Segunda Guerra Mundial (finda em 1945) é que a consciência jurídica ocidental se debruçou melhor sobre a imperiosa necessidade da constitucionalização do Direito, permitindo a infiltração de valores diversos na interpretação e aplicação do Direito, voltada à incolumidade, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana. A partir da fórmula Gustav Radbruch difundiu-se a percepção que nem todo Direito é Direito. Somente é Direito a decisão que corresponda à Justiça, porque esse é o valor principal a ser perquirido pelo Direito.

Para então dar garantia da incolumidade institucional da supremacia da Constituição, a principal referência inicial desse modelo de Estado foi retratada na Lei Fundamental de Bonn, a Constituição alemã de 1949, com conteúdo analítico de alargada posituação de direitos e garantias fundamentais. Implementou-se, a partir de então, a compreensão de Hans Kelsen em torno de ser a Corte Constitucional a guardiã da Constituição¹², fundamentando Kelsen que a função da Corte Constitucional “seria a de estabelecer limites jurídicos ao exercício de poder e, que uma Constituição que não possuísse a possibilidade de anular os atos inconstitucional

¹ Insta salientar que Kelsen já havia contribuído com a redação da Constituição da Áustria de 1920, estruturando no seu conteúdo o Tribunal Constitucional.

² Lembramos que o embate entre Kelsen e Schmitt redundou sobre a acusação deste último do Tribunal Constitucional acabar por ter poder político de dizer o conteúdo da Constituição, rebatido por Kelsen sob o entendimento de que invariavelmente a decisão judicial, no conflito entre possíveis interpretações jurídicas, implica numa própria decisão política do julgador.

que viessem a ser praticados, não teria sua obrigatoriedade, seu cumprimento garantido” (LORENZETTO, 2009, p. 1934).

Destarte, na escala hierarquizada do Direito de Kelsen, são objeto do controle de constitucionalidade tanto a Lei editada pelo Parlamento como o ato administrativo expedido pelo Executivo, devendo estes terem como parâmetro a compatibilidade quanto à forma de sua produção, como também materialmente não colidirem com o conteúdo dogmático da Constituição. Na descrição do próprio Kelsen, além da Constituição caracterizar-se como uma “regra de procedimento”, é também uma “regra de fundo”, “por conseguinte, uma lei pode ser, então, inconstitucional, seja por causa de uma irregularidade de procedimento em sua elaboração, seja em decorrência da contrariedade de seu conteúdo aos princípios ou diretivas formulados na Constituição” (KELSEN, 2007, p.132). Acaso inconstitucional for a Lei ou o ato administrativo (princípio da constitucionalidade, em substituição ao princípio da legalidade), lança-se a possibilidade de sua “invalidade” pela jurisdição constitucional, e então, a extinção dos efeitos jurídicos diretamente decorrente deles.

Migrou-se, assim, do *status quo* da supremacia da Lei (e, conseqüentemente, do Parlamento) para a supremacia da Constituição, florescendo um novo paradigma jurídico: o Estado Constitucional de Direito (ou Estado Democrático de Direito). Por conseguinte, a Lei e os atos do Poder Público em geral submetem-se a uma compatibilidade com os ditames da Constituição. Dirley da Cunha Júnior bem sintetiza essa migração de paradigmas (2012, p. 39):

O neoconstitucionalismo representa o constitucionalismo atual, contemporâneo, que emergiu como uma reação às atrocidades cometidas na segunda guerra mundial, e tem ensejado um conjunto de transformações responsável pela definição de um novo direito constitucional, fundado na dignidade da pessoa humana. O neoconstitucionalismo destaca-se, nesse contexto, como uma nova teoria jurídica a justificar mudança de paradigma, de Estado Legislativo de Direito, para Estado Constitucional de Direito, consolidando a passagem da Lei e do Princípio da Legalidade para a periferia do sistema jurídico e o transito da Constituição e do Princípio da Constitucionalidade para o centro de todo o sistema, em face do reconhecimento da força normativa da Constituição, com eficácia jurídica vinculante e obrigatória, dotada de supremacia material e intensa carga valorativa.

Delimitando Daniel Sarmiento os novos caracteres desse paradigma do Estado Constitucional de Direito (2006, p. 177):

Enfim, a conjugação dos diversos fenômenos acima mencionados catalizou o processo de constitucionalização do Direito, que, a rigor, envolve duas facetas distintas: a) a Constituição passa

a tratar, em maior ou menor detalhe, de temas que antes eram disciplinados pelo legislador, retirando uma série de decisões do alcance das maiorias legislativas de cada momento; b) os princípios e valores da Constituição penetram em todo ordenamento jurídico, impondo uma filtragem Constitucional do ordenamento, vale dizer, a leitura dos conceitos e institutos dos mais diversos ramos do Direito à luz da Constituição.

Destarte, somente quando da revolução decorrente do Estado Constitucional de Direito é que a Constituição passou a veicular sua “força normativa”, por meio do pressuposto da jurisdição constitucional³. Para tanto, como elemento estruturante de uma sociedade fundada nos valores da liberdade, igualdade e solidariedade⁴, o conteúdo dogmático da Constituição, positivado em direitos e garantias fundamentais, passou a refletir os princípios constitucionais, que exercem funções: nomogenética, inspirando o processo legislativo; hermenêutica, influenciando a interpretação, aplicação e decisão jurídica; e integrativa, dotando a Constituição de eficácia cogente diante da lacuna legal (BARROSO e BARCELLOS, 2003, p. 03-04).

Desse modo, segundo Humberto Ávila, em sua função hermenêutica, os princípios constitucionais positivados nos direitos e garantias fundamentais, dentre vários critérios de eficácia, “abrange apenas parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não tem a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões, para a tomada de decisão” (ÁVILA, 2007, p. 76).

Por via de consequência, a Constituição passa a ser o eixo gravitacional de todo o ordenamento jurídico, e sobrevêm nessa perspectiva a “filtragem constitucional do Direito”, pelo que, doravante, exige-se o compromisso democrático do magistrado de, ante a textura aberta dos princípios constitucionais e de sua eficácia cogente, no percorrimto da inevitável trajetória entre texto da Lei e norma (como o produto da atividade interpretativa do juiz), dar interpretação aos dispositivos normativos conforme a Constituição, em detrimento das múltiplas possibilidades de realização de sentido e alcance do dispositivo legal. Esse é um *accountability* permanente da função jurisdicional, em que o juiz se submete à uma responsabilidade política de explicitar seus vínculos com a “compreensão de um contexto composto de textos doutrinários, de precedentes, de leis e da compatibilidade destes para com

³ Como também de maneira difusa a juízes em geral, para diante a inconstitucionalidade da Lei ser a mesma afastada na sua incidência ao caso concreto reclamado.

⁴ Na análise de Menelick de Carvalho Netto (2000, p. 09): “Liberdade e igualdade são retomados como direitos que expressam a possibilidade de uma comunidade de princípios, integrada por membros que reciprocamente se reconhecem pessoas livres e iguais, co-autores das leis que regem sua vida em comum”.

a Constituição” (STRECK, 2014, p. 85). A esse respeito também propalam Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2012, p. 288):

A interpretação conforme a Constituição pode ser apreciada como um princípio de interpretação e como uma técnica de controle de constitucionalidade dos dois princípios anteriores: o da supremacia da Constituição e o da presunção de constitucionalidade. Com base na interpretação conforme a Constituição, o aplicador da norma infraconstitucional, dentre mais de uma interpretação possível, deverá buscar aquela que a compatibilize com a Constituição, ainda que não seja a que mais obviamente decorra do seu texto. Como técnica de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição consiste na expressa exclusão de uma determinada interpretação da norma, uma ação “corretiva” que importa em declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Em qualquer de suas aplicações, o princípio tem por limite as possibilidades semânticas do texto, para que o intérprete não se converta indevidamente em um legislador positivo.

Esse novel paradigma do Estado Democrático de Direito conduz a um neoconstitucionalismo, “desenvolvido em uma cultura filosófica pós-positivista, marcado pela força normativa da Constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e por uma nova hermenêutica” (BARROSO, 2015, p. 300). Na percepção de Menelick de Carvalho Netto (2000, p. 09):

Desse modo, no paradigma do Estado Democrático de Direito, é de se requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto.

Consectariamente, essa nova hermenêutica jurídica perpassa pela superação do modelo do positivismo jurídico kelseano, para se compreender que o texto da Lei não carrega um plexo de significantes sobre seu significado, semanticamente desenhados em uma ontologia. Em verdade, dada a unidade do ordenamento proveniente da Constituição, a interpretação jurídica necessariamente é sistematicamente realizada a partir do pressuposto da Constituição, e da coerência interna no ordenamento jurídico. E mais, o caso concreto assume relevante importância, para ser cooriginário com o dispositivo legal na produção da interpretação, aplicação e decisão do Direito. Esse caminho é a novel garantia de equidade, como justa aplicação do Direito frente ao caso concreto.

2.1.1 Superação do positivismo de Kelsen pelo pós-positivismo de Ronald Dworkin e de Robert Alexy: evidenciação dos princípios como critério de aferimento da Justiça da decisão judicial.

Malgrado sua grande contribuição na idealização do pressuposto da jurisdição constitucional, a doutrina de Hans Kelsen, mormente sua “Teoria Pura do Direito”, acabava, ainda, por fixar no pensamento da interpretação e aplicação do Direito uma barreira de ingresso dos valores morais contidos na Constituição, quando da produção da norma jurídica individual.

Dessa maneira, pouco importa o resultado axiológico de aferimento de justiça sobre a decisão judicial, porque o seu caminho é percorrido num âmbito de um sistema hermeticamente fechado “de separação de Direito e Moral, Direito e Justiça” (KELSEN, 1999, p. 15). Portanto, a legitimidade do resultado da produção jurídica pela norma individual decorre diretamente da competência de seu órgão emissor. Em outras palavras: “A partir de um suposto poder judicante fundamentado no livre-arbítrio que se legitima no fato de autoridade estar investida em um cargo” (ZANOTTI e COURA, 2014, p. 36).

Procede a assertiva, vez que por intermédio do processo dinâmico e escalonado da relação entre norma geral e norma individual, em um ato de natureza política, o intérprete do Direito escolhe, dentro de um quadro de molduras, como limites metafisicamente semânticos de possíveis interpretações do texto legal, aquele que melhor lhe aprouver (CUNHA, 2008, p. 286), permitindo-se discricionariamente uma multiplicidade de respostas corretas na interpretação e aplicação do Direito. O positivismo jurídico kelseano, por via de consequência, proporciona a arbitrariedade judicial. Dado isso, instala-se sua crise, tal como mencionam Coura e Azevedo (2014, p. 106): “Kelsen destacou o caráter normativo de um modelo fechado de regras que acabou por reduzir a questão da legitimidade do emprego da força estatal à autoridade conferida pelo direito ao órgão responsável pela decisão”.

Em contrapartida, Ronald Dworkin, em seu livro “Levando os Direitos a Sério” (produzido em 1977), lança um ataque contra o positivismo jurídico (até então imperante), apresentando uma proposta de desconstrução de seus pressupostos fundamentais. Nessa senda, inicialmente Dworkin debruçou suas críticas contra o positivismo de Herbert Hart. A esse respeito deve ser elucidado que em seu “O conceito de Direito” (divulgado em 1961) Hart admitiu a discricionabilidade judicial quando da análise de casos difíceis, em que o caso concreto cotejado, dada a própria “ignorância de fato do Legislador”⁵, possui ou despossui dados

⁵ Na sua intelecção, inspirado na filosofia da linguagem, impossível é ao legislador, de maneira apriorística, prever e condensar no texto normativo todas as possíveis hipóteses de ocorrência do mundo fenomênico. Logo, dada a indeterminabilidade natural da linguagem e do texto legal que a quer reproduzir, invariavelmente este é

fáticos que não estão descritos na hipótese normativa (imprecisos, então). Ou seja, “Hart admite que o juiz, em função da textura aberta do Direito, goza de poder discricionário para solucionar os casos situados em uma zona obscura de incerteza” (COURA e AZEVEDO, 2014, p. 115). Senão vejamos a correlação de Hart sobre a discricionariedade judicial como o resultado da indeterminação do Direito (HART, 2007, p. 335):

O conflito direito mais agudo entre a teoria jurídica deste livro e a teoria de Dworkin é suscitado pela minha afirmação de que, em qualquer sistema jurídico, haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. Se, em tais casos, o juiz tiver de proferir uma decisão em vez de, como Bentham chegou a advogar em tempos, se declarar privado de jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo, então deve exercer o seu poder discricionário e criar direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido preexistente.

Para a contenção da discricionariedade judicial em um “sentido forte” (DWORKIN, 2007, p. 52) na interpretação e aplicação do Direito, Dworkin propõe que a solução judicial dos casos difíceis se dê a partir da aplicação dos direitos fundamentais como “trunfos políticos” à arbitrariedade judicial⁶, abandonando a ideia “que busca, nos casos limítrofes, um fundamento externo ao direito” (ZANOTTI e COURA, 2014, p.31). Ditos direitos fundamentais são plasmados nos princípios jurídicos (institucionalização da moral). Então, a discricionariedade judicial na solução dos *hard cases* é resolvida como uma “questão de princípio”. Conseqüentemente, Dworkin elabora no seu pensamento a diferenciação qualitativa entre regras e princípios, em que aqueles ofertam solução *a priori* eleita pelo Legislador para o exercício da jurisdição; e estes lançam solução *a posteriori*, a ser preenchida finalisticamente no exercício da jurisdição. Face a isso, Dworkin elabora uma “Teoria da Decisão Judicial” calcada nessa distinção:

Para Dworkin, o juiz não possui discricionariedade judicial exatamente porque o ordenamento jurídico é formado não apenas por regras jurídicas, como acreditava Hart, mas também por princípios. A diferença entre eles não é a importância, mas sim a qualidade. Assim, quando há o conflito de regras, uma deve desaparecer do ordenamento jurídico: as regras funcionam no

dotado das aporias da vagueza, ambigüidade e porosidade. Senão vejamos o arrazoado de Herbert Hart (HART, 2007, p. 139):

Em todos os campos de experiência, e não só no das regras, há um limite, inerente à natureza da linguagem, quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer. Haverá na verdade casos simples que estão sempre a ocorrer em contextos semelhantes, aos quais as expressões gerais são claramente aplicáveis (Se existir algo qualificável como um veículo, um automóvel é o certame), mas haverá também casos em que não é claro se se aplicam ou não (a expressão “veículo” usada aqui inclui bicicletas, aviões e patins?). Estes últimos são situações de facto, continuamente lançadas pela natureza ou pela invenção humana, que possuem apenas alguns dos aspectos dos casos simples, mas que lhes faltam outros.

⁶ Por isso a teoria de Dworkin é taxada como uma “Teoria Liberal do Direito”.

esquema do tudo ou nada. Já os princípios, quando entram em colisão, não há a revogação de um deles, mas a forma de solução de conflito é na esfera da aplicação: em outras palavras, a aplicação de um princípio e o afastamento do outro não gera a revogação do princípio afastado; apenas ele não era adequado para regular a situação específica (OMMATI, 2004, p. 153-154).

Metaforicamente, nesse intento, Dworkin descreve o “juiz Hércules” como um magistrado dotado de poderes divinos, com capacidade então de onisciência sobre a “prática social” da “comunidade personificada” em que está inserido (plasmado, igualmente, no Direito legislativo e Direito jurisprudencial), extraíndo dessa os princípios regentes à solução da interpretação e aplicação do Direito.

Em contrapartida, para não viabilizar o solipsismo de seu juiz Hércules, sofisticando seu pensamento, Dworkin, em seu livro “O Império do Direito” (publicado em 1986), lança sua proposta do “Direito como integridade”, servindo-se novamente da figura de linguagem (da metáfora) do “romance em cadeia”, em que, como em uma “teia inconsútil”, o juiz insere-se construtivamente numa história prévia, na qual o capítulo de sua decisão judicial deve estar em coerência com o romance que lhe antecede e que lhe sucede, evitando-se, assim, “rupturas”, dando isonomia entre todos perante a Lei, e garantindo segurança jurídica, como legítima expectativa dos jurisdicionados em geral⁷.

Em conclusão, diferentemente do juiz positivista Herbert, o juiz Hércules, que se abre aos princípios na sua atividade judicante, está voltado ao encontro da resposta circunstancialmente correta na interpretação e aplicação do Direito (DWORKING, 2005, p. 180), não como a única verdadeira, mas sim como a “única que pode convencer todas as partes envolvidas na tomada da decisão” (OMMATI, 2004, p. 163). Ademais, o reconhecimento da resposta correta não se legitima exclusivamente por seu conteúdo, mas sim pela observância de um método na interpretação jurídica, que respeite a dignidade da Legislação e que seja coerente com a integridade da história da jurisprudência. Em outras palavras: “O que se quer do juiz é essa postura integradora, uma argumentação convincente, detalhada, não uma mera cópia de casos passados ou do texto da norma, enfim uma argumentação na qual o caso concreto é levado a sério” (COURA e FREIRE JÚNIOR, 2013, p. 686).

⁷ Revertendo, dessa maneira, a insegurança jurídica decorrente do positivismo, pois como sua compreensão entende que a decisão judicial cria Direito, esse somente é produzido ao final do processo decisório.

Cumpra destacar que nessa perspectiva Ronald Dworkin inseriu-se na doutrina pós-positivista, pois “procura empreender uma leitura moral da Constituição e das Leis” (BARROSO, 2015, p. 283), estabelecendo a diferenciação qualitativa entre regras e princípios para desenvolver uma argumentação jurídica em torno desses últimos e dar estruturação a uma nova “teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana” (BARROSO, 2015, p. 283), reaproximando Direito, Moral e Justiça. Nessa esteira é a síntese de Coura e Azevedo (2014, p. 116):

Portanto Dworking não mais apresentará uma teoria descritiva do Direito vigente, isenta de um conteúdo moral, como pretendeu Hart, mas uma interpretação de prática jurídica “[...] que pretende não apenas descrevê-la, mas justificá-la – mostrar porque a prática é valiosa e como deve ser conduzida de modo a proteger e enfatizar esse valor” (DWORKIN, 2010, p. 200). E a justificação da prática jurídica envolve um conteúdo moral que se insere no direito por meio do uso e argumentação dos princípios jurídicos, notadamente no momento de aplicação normativa característico da atividade desenvolvida pelos juízes.

Ocorre que Dworkin tem os contornos de seu pensamento lançado sobre o sistema da *common law*, e vigente, territorialmente, no âmbito da Constituição dos Estados Unidos, que, sabidamente, pela prevalência rígida de seus sete artigos (e vinte e sete emendas) ao longo de aproximadamente dois séculos, tem conteúdo sintético, pelo que, principalmente, a extração dos direitos fundamentais retratados nos princípios jurídicos é feita sobre o direito consuetudinário institucionalizado nos precedentes judiciais⁸. Exemplo dessa assertiva é a premissa paradigmática de Dworkin em torno do *case Riggs versus Palmer*, julgado em 1889 pelo Tribunal de Nova Iorque. Alexandre Castro Coura e Silvagner Andrade de Azevedo (2014, p. 123-124) descrevem o contorno do precedente em questão, e a correspondência do pensamento de Dworkin sobre o mesmo:

Para ilustrar a distinção entre regras e princípios, Dworkin utiliza como exemplo o estudo de um caso ocorrido nos Estados Unidos em 1889: o caso *Riggs vs Palmer*, em que “[...] um tribunal de Nova York teve de decidir se um herdeiro nomeado no testamento de seu avô poderia herdar o disposto naquele testamento, muito embora ele tivesse assassinado seu avô com esse objetivo” (DWORKIN, 2007a, p. 37). As leis que regiam a feitura de testamentos e transferências de propriedades, se interpretadas literalmente, concediam a herança ao assassino, pois nada falava acerca da situação fática em análise. Todavia, o tribunal argumentou que, em respeito ao “direito costumeiro” (*common law*), é possível identificar o princípio segundo o qual “[...] a ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime” (DWORKIN, 2007a, p. 37). Ao final do processo, a herança não foi entregue ao assassino.

⁸ Da mesma maneira dizem Laurence Tribe e Michael Dorf que dado conteúdo sintético da Constituição norte-americana, necessário é “o recurso a um sistema de valores que seja parcialmente externo ao texto da Constituição” (2007, p. 26).

Já no âmbito do sistema da *civil Law* em curso na vigência da Lei Fundamental de Bonn, na sequência do pensamento pós-positivista, em 1985, Robert Alexy publicou sua “Teoria dos Direitos Fundamentais”, defendendo que as normas de direitos fundamentais previstas na Constituição são “justiciáveis”. Isto é, “a vinculatividade dos direitos fundamentais, ao fim e ao cabo, está em poderem ser apresentados no plano jurídico quando violados” (HECK, 2000, p. 73), dando garantia, dessa maneira, à força normativa do conteúdo analítico da Constituição alemã de 1949, que previa um alargado rol de direitos e garantias fundamentais, tal como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁹.

E mais, na sua tessitura normativa, ditas normas de direitos fundamentais, apesar de garantirem direitos subjetivos, têm estrutura semanticamente aberta. Ou seja, fornecem mandamentos com caráter *prima facie*, pois “exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes” (ALEXY, 2006, p. 103), eis que “representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contra-razão não é algo determinado pelo próprio princípio” (ALEXY, 2006, p. 104).

Destarte, conclui Alexy que, invariavelmente, as normas de direitos fundamentais são suscetíveis de colisão. Desse modo, Alexy promove um recorte epistemológico das normas de Direito para divisar regras, que ofertam um mandamento definitivo diante dos pressupostos de fato e de direito que contém, aplicáveis de maneira subsuntiva pelo binômio validade ou invalidade no eventual conflito entre regras, solúvel esse por cláusula de exceção dentro da própria regra ou pelos critérios ortodoxos de solução de antinomias (HECK, 2000, p. 75). E princípios, como “mandamentos de otimização”. Tal diferenciação entre regras e princípios de natureza qualitativa é (também como Dworkin) a questão angular da própria teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. Sobre essa diferenciação segue o magistério do mesmo:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contém, portanto,

⁹ Que contém no seu conteúdo orgânico e dogmático duzentos e cinquenta artigos.

determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio (ALEXY, 2006, p. 90-91).

Todavia, haja vista a justiciabilidade intermediária dos direitos fundamentais (aplicam-se na medida do possível), e sua inflexível colisão entre princípios (aplicam-se de acordo com os limites fáticos e jurídicos dos princípios outros colidentes), o método ordinário da subsunção na aplicação das regras não lhe serve, porque, conforme observa Luís Afonso Heck, tanto “o emprego do meio da inserção da cláusula de exceção ocorre sem a ponderação dessa exceção” (2000, p. 76), como os critérios ortodoxos de solução de antinomia (hierárquico, especial e temporal) são insuficientes, vez que a colisão de direitos fundamentais sempre dar-se-á no âmbito interno de uma mesma Constituição.

Então, para a solução da colisão entre direitos fundamentais, e, por conseguinte, entre princípios, Alexy desenvolve a Lei do Balanceamento (subprincípio do princípio da proporcionalidade) nos seguintes moldes:

Essa regra expressa uma lei que vale para todos os tipos de sopesamento de princípios e pode ser chamada de lei do sopesamento. Segundo a lei do sopesamento, a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro. Na própria definição do conceito de princípio, com a cláusula ‘dentro das possibilidades jurídicas’, aquilo que é exigido por um princípio foi inserido em uma relação com aquilo que é exigido pelo princípio colidente. A lei de colisão expressa em que essa relação consiste. Ela faz com que fique claro que o peso dos princípios não é determinado em si mesmo ou de forma absoluta e que só é possível falar em pesos relativos (ALEXY, 2006, p. 167-168).

Por via de consequência, Alexy proporciona pela Lei do Balanceamento a racionalidade na ponderação quando da colisão entre princípios, a partir do percorrido formal da argumentação jurídica ao curso das etapas da Lei do Balanceamento¹⁰. É de se dizer que Robert Alexy desenvolveu a Lei do Balanceamento a partir da análise do acervo de

¹⁰ A Lei do Balanceamento perpassa pelas etapas sequenciadas e sucessivas da: a) adequação, ligada às possibilidades fáticas, de aferimento da idoneidade da eleição de sacrifício do princípio colidente como meio de proteção do princípio prevalente; b) necessidade, relacionada às possibilidades fáticas, de identificação da existência de outros meios a garantirem a proteção do princípio prevalente sem o sacrifício do princípio colidente (como expressão própria da “optimal de Pareto”), isto é, “uma posição pode ser melhorada sem ser em detrimento da outra” (ALEXY, 2003, p. 135); c) proporcionalidade em sentido estrito, referente às possibilidades jurídicas, como a relação entre a idoneidade do sacrifício do princípio colidente para a proteção do princípio prevalente, e inexistência de meios outros para salvaguarda desta proteção. Essa metarregra final “estabelece que quanto maior o grau de não-satisfação ou de detrimento de um princípio, maior a importância de se satisfazer o outro” (ALEXY, 2003, p. 136), a evidenciar na Lei do Balanceamento a presença de “curvas de indiferença” como meio de representação gráfica da precedência de princípios, autorizando a aplicação da “lei da taxa marginal decrescente de substituição”, em que no âmbito da argumentação jurídica são justificadas as dimensões de peso concretamente atribuídas (nos diferentes graus “leve”, “moderada” e “séria”) na relação de precedência condicionada entre os princípios postos, associando Alexy ao cabo de tudo a Lei do Balanceamento à Teoria da Argumentação Jurídica em torno de princípios.

jurisprudência da Corte Constitucional Federal Alemã. Paradigmaticamente, tomou em consideração o caso Lüth, decidido em 1958. Dito precedente dá conta que a pessoa de Lüth passou a promover campanha pública contra o filme do cineasta Veith Harlan, pois esse no regime nazista foi diretor de maior destaque na produção da propaganda nacional-socialista. No litígio o Tribunal Distrital de Hamburgo decidiu, haja vista a previsão do artigo 826 do Código Civil Alemão, que o comportamento de Lüth era ilegal, eis que sua ação era contra a “*public policy*, pois visava evitar o ressurgimento de Harlan como grande diretor de cinema, não obstante o fato de ele não somente haver passado pelo processo de desnazificação, mas de também não haver sido condenado em uma ação penal por crime de guerra” (ALEXY, 2003, p. 132).

Irresignado, Lüth apresentou queixa à Corte Constitucional Federal Alemã, decidindo a mesma, diante da colisão entre a liberdade de expressão protegida pela primeira seção do artigo 5º da Lei Fundamental Alemã, e a proteção da personalidade alheia a autorizar a restrição daquela na segunda seção do mesmo artigo por “lei geral”, a Corte promoveu um balanceamento para diante das circunstâncias do caso concreto dar prevalência à liberdade de expressão. Na conclusão de Alexy (2003, p. 133):

A corte constitucional argumentou que não seria suficiente observar esses dois supostos lados isolados. Ao contrário, a Corte requereu que houvesse um balanceamento ou um sopesamento dos princípios colidentes em que a aplicação de regras do Direito Civil poderia limitar um direito constitucional. O resultado do seu balanceamento foi que ao princípio da liberdade de expressão deveria ser dado prioridade sobre considerações constitucionais concorrentes. Ele exigiu que o dispositivo “contra a *public policy*” do art. 826 do Código Civil Alemão fosse interpretado de acordo com essa prioridade, ou seja, em uma palavra, Lüth ganhou.

Outrossim, a Lei do Balanceamento de Alexy veicula, além de uma teoria analítica, também uma teoria normativa, “uma vez que não se restringe à uma análise formal da estrutura lógica das proposições em questão, marchando em direção da busca por critérios da racionalidade do discurso” (STRECK, 2015, p. 03), sendo que na sua perspectiva a racionalidade da argumentação jurídica decorre da sua realização dentro dos “limites no âmbito de um ordenamento jurídico que pressupõe como válido um conceito de direito vinculado a uma Moral que atua com pretensão de correção de forma a impedir situações de notória injustiça” (STRECK, 2015, p. 03).

A contribuição do pós-positivismo de Dworkin e Alexy decorre da habilitação do valor da dignidade da pessoa humana na interpretação e na aplicação do Direito, como fonte moral

direta de construção dos outros direitos fundamentais. A esse respeito registra Luís Roberto Barroso (2015, p. 285) que: “Como valor e como princípio, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais”. E do cotejamento do postulado da proporcionalidade como medida referencial de Justiça dos atos do Estado em geral. Nesse sentido é a doutrina de Barroso (2015, p. 295):

Em resumo, o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade permite ao judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: (a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menos ônus a um direito individual (vedação do excesso); (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha.

Introduziu-se, nessa perspectiva, uma nova hermenêutica jurídica compatibilizada com o Estado Constitucional de Direito, na qual, de maneira comprometida, deve ser “a postura do juiz em uma tutela jurisdicional constitucionalmente adequada” (NETTO, 2000, p. 03). Abandonada é, dessa maneira, a compreensão de entificação do texto signo da Lei, como se ela portasse as possibilidades de significantes à interpretação e aplicação do Direito, eleito o seu significado discricionariamente pelo juiz, e aplicado subsuntivamente ao caso. Por via de consequência, os princípios jurídicos exsurtem como critério para o aferimento da Justiça da decisão judicial. Há, desse modo, o controle axiológico do resultado da decisão judicial pela Constituição.

Nessa visada nova, pelo entrelaço entre Direito, Moral e Justiça, e perquirição de decisões constitucionalmente adequadas, há a aceitação da inevitável trajetória entre o texto de Lei e a norma, como produto da atividade interpretativa do intérprete do Direito, em que, sinalagmaticamente, deve o caso concreto fornecer referenciais para essa empreitada. Ou seja, sobressai a exigência da “postura do juiz não somente em face dos textos jurídicos dos quais este hauria a norma, mas inclusive diante do caso concreto, dos elementos fáticos que são igualmente interpretados e que, na realidade, integram necessariamente o processo de densificação normativa” (NETTO, 2000, p. 10). Pelo exposto, é necessária a apropriação de um novo pressuposto filosófico para a hermenêutica jurídica que proporcione o seu reencontro com o concreto.

2.2 DA HERMENÊUTICA CLÁSSICA À HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DE HANS-GEORG GADAMER.

É de ser dito que essa compreensão do Estado Constitucional e seu reflexo sobre o Direito não se realiza sob as condições de possibilidade da “hermenêutica clássica”. Esta remonta à Grécia antiga e ao mito de Hermes, responsável por interpretar e transmitir pela linguagem humana as mensagens provenientes dos pensamentos dos Deuses (ABBOUD, CARNIO e OLIVEIRA, 2014, p. 392).

Ocorre que na Modernidade, desde René Descartes e a introdução de sua “dúvida metódica”, a verdade contida na crença em relação ao mito (teocentrismo) foi substituída pela verdade decorrente da razão proveniente do homem (antropocentrismo). Por via de consequência, no mesmo diapasão da incorporação matematizada dos métodos das “ciências da natureza” para as “ciências humanas”, a hermenêutica clássica passou a veicular, primordialmente, preocupação em torno do desenvolvimento de métodos voltados a garantir a veracidade e a objetividade na interpretação de textos em geral, evitando-se, assim, a subjetividade e sua consequente arbitrariedade. Por isso, nesse período, na observação de Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha, persistia a ideia de uma hermenêutica setorial: “a) uma hermenêutica bíblica, para interpretar os textos religiosos; b) uma hermenêutica jurídica; e c) uma hermenêutica vulgar ou filológica, que se debruçaria sobre os textos literários” (2014, p. 214).

Entretanto, inspirado pela compreensão de que o desacordo é a regra constante na interpretação de textos, pois existe “um distanciamento temporal entre aquele que emitiu a mensagem, registrando-a, e aquele que vai interpretá-la” (CUNHA, 2014, p. 215), foi o padre alemão Friedrich Schleiermacher quem, no nascedouro do século XIX, deu novo sentido à hermenêutica, propalando que ela deve veicular um método universal, consistente no estabelecimento de “regras que permitissem a compreensão objetiva não só de textos setorizados (religiosos, literários, jurídicos etc.), mas de quaisquer pensamentos postos ao entendimento através de palavras” (PEREIRA, 2006, p. 10). Segundo traduzem Georges Abboud, Henrique Garbellini Carnio e Rafael Tomaz de Oliveira (2014, p. 393):

O que estava na linha de frente de Schleiermacher era o problema dos mal-entendidos que poderiam surgir na compreensão de um texto. Mal-entendidos estes que poderiam levar a uma interpretação completamente distinta do sentido que o autor do texto imprimiu. Era preciso então criar algo que permitisse que a interpretação preservasse o sentido correto, tal qual o autor determinou ao texto.

Dada a ênfase no “sentido do autor”, a hermenêutica de Schleiermacher é qualificada como uma “hermenêutica psicológica”, em que seu método é estruturado em um “círculo hermenêutico”, pois circular, “através do qual o interprete se movimentaria do todo para a parte e da parte para o todo, de modo a apurar sua compreensão a cada movimentação efetuada” (ABBOUD, CARNIO, OLIVEIRA, 2014, p. 393), alcançando ao final desse procedimento o resultado do encontro com o sentido original do texto, que o seu próprio autor imprimiu.

Seguindo nessa historiografia da hermenêutica¹¹, ainda no início do século XIX, sua fase subsequente do “período da escola histórica” se projeta, principalmente, também sobre o alemão Wilhelm Dilthey, procurando este “desenvolver uma metodologia própria para a hermenêutica que a destacasse do âmbito das ciências da natureza” (CUNHA, 2014, p. 215). Dilthey fundamenta sua pretensão no pressuposto de que existe uma diversidade entre o escopo das ciências da natureza e do espírito, porque aquelas estão ligadas à intenção explicativa dos fenômenos naturais por meio da estipulação de leis de regularidade entre causa e efeito, e estas miram “compreender uma individualidade histórica a partir de suas manifestações exteriores” (CUNHA, 2014, p. 215), motivo pelo qual necessitam estas últimas de um método próprio de rigor em torno de sua cientificidade. Destarte, o mérito dessa elucubração de Dilthey foi erigir a “compreensão” “como um marco fundante para a construção de um método próprio das ciências do espírito” (CUNHA, 2014, p. 216), além de situar a possibilidade da compreensão “dentro da História e não fora dela” (PEREIRA, 2006, p. 16). Em resumo:

DILTHEY, ao fazer a referenciada distinção entre as Ciências Naturais e as Ciências Humanas (do Espírito, em sua terminologia) com base na dicotomia explicar/compreender, pretendeu, então, criar uma disciplina que tivesse por finalidade proporcionar a interpretação objetivamente válida dos objetos de estudo da Humanidade, definidos como expressão da vida, entendendo-se esta como experiência humana conhecida a partir de seu interior, portanto dentro do mundo histórico (PEREIRA, 2006, p. 14).

¹¹Conforme anuncia Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha (2014, p. 211) a história da hermenêutica, que vai desde o entendimento da mesma como método próprio ao “encontro da verdade daquilo que se põe como objeto da interpretação” (CUNHA, 2014, p. 211), ao “giro ontológico” acometido no seu entendimento, em que “a compreensão passa a ser assumida como uma característica imanente e própria ao homem, independentemente de qualquer técnica que venha ele a lançar mão” (CUNHA, 2014, p. 211), é marcada por três momentos marcantes e distintos: “o primeiro, que aqui denominei de período clássico; o segundo, notabilizado pela influência do historicismo alemão; e o terceiro, que se dá com o advento da hermenêutica filosófica de Gadamer” (CUNHA, 2014, p. 211).

De toda forma, a interpretação de textos, na estrutura do conhecimento, perpassava entre a relação sujeito-objeto, sendo que o sentido objetivo do texto é revelado subjetivamente pelo seu intérprete. Garante-se, dessa forma, a revelação do significado do texto interpretado, que lhe é anterior e apartado do processo de sua aplicação.

Esse modo de ser, principalmente da escola histórica, e seu projeto de uma “hermenêutica universal”, acabou por ser transportado para a hermenêutica jurídica, na qual “toda preocupação está voltada para que seja garantida a objetividade da interpretação ou um caráter de neutralidade do intérprete em relação à lei (ou à vontade do legislador)” (ABBOUD, CARNIO, OLIVEIRA, 2014, p. 394). Por via de consequência, nessa visada, a interpretação jurídica qualifica-se como um ato de vontade voltado a produzir o significado do signo do texto normativo, a partir de um plexo de significantes abstratamente já construídos em relação àquele e disponíveis à interpretação.

Por isso é que a hermenêutica jurídica tradicional, reflexo da hermenêutica clássica e da escola histórica, procurava estabelecer métodos para a apreensão da realidade por meio da linguagem. Exemplo paradigmático a esse respeito é o quadro de molduras de Kelsen, no qual competia à doutrina, como intérprete não autêntico do Direito, e de maneira parcial, estabelecer os limites de possibilidade de sentido do texto normativo, segregando-os da realidade do mundo da vida, que pela jurisdição os mesmos irão conformar. Em contrapartida, na hermenêutica jurídica de Kelsen, como intérprete autêntico do Direito, e de maneira imparcial, cumpre ao juiz, por um ato político de vontade, eleger para interpretação e aplicação do Direito o sentido prévio do texto normativo que mais lhe aprouver (STRECK, 2014, p. 77).

Dita teoria semântica, como consequência da hermenêutica jurídica tradicional, também influenciou a doutrina brasileira. Seu expoente foi Carlos Maximiliano Pereira dos Santos, quem, em 1924, escreveu a obra “Hermenêutica e Aplicação no Direito”, estabelecendo metarregras sobre a interpretação jurídica, que se complementam reciprocamente, voltadas à revelação do sentido verdadeiro da norma, variando entre a interpretação gramatical (que delimita os limites semânticos do texto normativo), histórica (que procura contextualizar a evolução histórica da Lei), sistemática (com a pretensão de harmonizar o dispositivo submetido à exegese com o arcabouço do ordenamento jurídico) e teleológica (em que a

interpretação deve atender os fins a que a Lei se direciona). Em síntese, escreve Carlos Maximiliano (1980, p. 10):

Incumbe ao intérprete aquela difícil tarefa. Procede à análise e também à reconstrução ou síntese. Examina o texto em si, o seu sentido, o significado de cada vocábulo. Faz depois obra de conjunto; compara-o com outros dispositivos da mesma lei, e com os de leis diversas, do país ou de fora. Inquire o qual o fim da inclusão da regra no texto, e examina este tendo em vista o objetivo da lei toda e do Direito em geral. Determina por este processo o alcance da norma jurídica, e, assim, realiza, de modo completo, a obra moderna do hermeneuta.

Por conseguinte, segundo a hermenêutica jurídica tradicional, a interpretação e aplicação do Direito são fracionadas em seu momento cognitivo, sendo que nesse seu método equacionado o sujeito (intérprete) lança-se sobre o objeto (do texto) a ser interpretado, de forma que “primeiro ele conhece (*subtilitas intelligendi*) – utilizando-se dos cânones hermenêuticos disponíveis, depois compreende (*subtilitas explicandi*) e só então aplica-o à situação concreta que lhe foi submetida (*subtilitas applicandi*)” (ABBOUD, CARNIO, OLIVEIRA, 2014, p. 399).

Haja vista esse pressuposto filosófico da hermenêutica histórica refletir-se sobre a hermenêutica jurídica difundida no positivismo jurídico, havia substrato teórico para que a admissibilidade das máximas de experiência na valoração da prova decorressem exclusivamente de seu prévio reconhecimento pela ciência do Direito. Apesar de na sua natureza as máximas de experiência decorrerem da vivência humana, a habilitação de sua utilização no processo pressupunha a sua enunciação objetiva, garantindo-se, dessa maneira, o afastamento da subjetividade do juiz na interpretação, aplicação e decisão jurídica. Ou seja, as máximas de experiência não estavam contidas na subjetividade do juiz, mas sim na objetividade de seu reconhecimento pela ciência do Direito. Uma vez assim reconhecidas, o juiz, na sua livre eleição dentro do quadro de molduras abstratas, posteriormente as aplicava e decidia fundamentadamente nesse sentido. Em benefício da segurança jurídica, anulada é a “humanidade do indivíduo”.

Ocorre que tal sistemática remete ao problema da interpretação e aplicação do Direito no plano da “abstração”, posto que, de maneira metafísica, ao haver a cisão entre interpretação e aplicação, a hermenêutica jurídica acaba por se “despojar do concreto” na sua consecução. Nessa perspectiva, o caso concreto não é cooriginário à interpretação jurídica, eis que esta é realizada de maneira prévia, veiculando o texto legal o sentido unívoco a ser revelado pelo

intérprete do Direito. Consequentemente, a hermenêutica jurídica recai naquilo que quer combater: o risco da subjetividade, vez que há uma livre escolha dentre os significantes possíveis.

Procede a crítica, uma vez que ao o significado do texto normativo ser eleito pelo intérprete a partir do conjunto de suas significações possíveis, definidas e conhecidas previamente, acaba por haver discricionariedade do juiz nessa preleção. Se assim ocorre, a Constituição e sua força normativa, viabilizada a partir das funções dos princípios decorrentes dos direitos e garantias fundamentais, acaba por não ser realizada na hermenêutica jurídica, que é setorizada: uma hermenêutica própria constitucional e outra hermenêutica para a legislação extravagante. Em contrapartida, na interpretação da Lei, há o ambiente de desprendimento da procura de interpretações conforme a Constituição, como a compatibilidade entre a interpretação adotada e o núcleo de sentido subjacente que quer realizar o dispositivo normativo aplicado¹².

Introjetando uma “virada copernicana” em relação à escola histórica, Hans-Georg Gadamer, em seu livro “Verdade e Método”, publicado em 1960, opôs-se à crença de que a verdade alcançada na hermenêutica dava-se pelo método, “pois compreensão e interpretação já não seriam o resultado de um processo metódico que lhe assegurasse o encontro com a verdade” (CUNHA, 2014, p. 217). Ou seja, sua inteligência é, de certa forma, contra-metódica¹³ (em contraposição à Dilthey), partindo ela da crítica à consciência estética, em que Gadamer, exemplificativamente, expõe que quando um observador se coloca frente a uma obra de arte e realiza sua valoração, essa cognição não é feita de maneira apartada, segundo exclusivamente os caracteres formais da obra de arte visualizados pelo observador.

Na tradução de Rodolfo Viana Pereira (2006, p. 22) sobre a crítica à consciência estética: “É equivocada qualquer pretensão de considerar a obra de arte uma realidade dissociada do observador, atingível em sua verdade estética pelo procedimento metódico”. Portanto, assaca Gadamer que, em verdade, para o observador, a obra de arte “abre um mundo de significações para nossa própria vida, com isso nos colocando diante de possíveis sentidos para ela e, em

¹² No que pertence à essa relação de finalidade subjacente entre a Constituição e a legislação infraconstitucional, que lhe restringe ou conforma, observa Streck (2014, p. 78): “Princípios funcionam, assim, como *Leitmotiv* do processo interpretativo, como que a mostrar que em cada enunciado jurídico possui uma motivação”.

¹³ Gadamer se opõe ao método paradigmático da Ciência Moderna até então em curso.

última instância, a própria ideia de compreensão do mundo, tudo isso sem que houvesse a intervenção de qualquer comportamento metódico” (CUNHA, 2014, p. 220).

Nesse ínterim, a doutrina de Gadamer lança a “apologia ao preconceito”, vez que o mito da não-subjetividade, decorreria da herança legada na filosofia desde o Iluminismo, “que teria elegido a razão como um marco legitimador de qualquer verdade, contra qualquer tipo de preconceito” (CUNHA, 2014, p. 134). Como então há uma pertença do indivíduo à história que lhe circunda, a razão instrumental não pode suplantar o papel de importância da tradição na compreensão¹⁴. Na explicitação de Rodolfo Viana Pereira (2006, p. 28) a esse respeito:

Assim sendo, o homem, ao interpretar qualquer fenômeno, já possui antecipadamente uma pré-compreensão difusa do mesmo, um pré-conceito, uma antecipação prévia de seu sentido, influenciada pela tradição em que se insere (suas experiências, seu modo de vida, sua situação hermenêutica etc).

Assim, ingressa na hermenêutica filosófica gadameriana a estrutura do “horizonte histórico”, pois toda compreensão é histórica, ou seja, na interpretação o intérprete já se localiza desde sempre em uma “situação hermenêutica”, fruto do horizonte histórico em que está inserido, e que lhe proporciona, algo como uma abertura, ainda que inconscientemente, um conjunto de experiências que produzem preconceitos, os quais influenciam, como sentimento de pertença à tradição¹⁵, a interação do intérprete com o fenômeno que lhe é apresentado. Por conseguinte, pela estrutura do horizonte histórico, Gadamer reabilita os preconceitos na compreensão, pois “a eliminação do preconceito seria a eliminação da História” (PEREIRA, 2006, p. 29).

Nada obstante a tradição contida na historicidade deter uma autoridade sobre a definição da visão-prévia do intérprete sobre o objeto interpretado, o horizonte histórico faz apenas e tão somente por introduzir uma abertura a esse conjunto de significantes como haver-prévio. Na percepção de Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha (2014, p. 136): “a tradição e o sentido não são algo que possam ser tomados em absoluto e acabado, mas algo que se projeta em um perene desenvolvimento”. Autoridade da tradição significa, na filosofia gadameriana, o

¹⁴ Na descrição de Abboud, Carnio e Oliveira (2014, p. 421):

Em Gadamer, a tradição assume especial relevo na medida em que há uma preocupação do filósofo em encontrar um caminho da consciência histórica para mostrar como a razão deve ser recuperada na historicidade do sentido, e essa tarefa se constitui na autocompreensão que o ser humano alcança como participante e intérprete da tradição histórica.

¹⁵ Conceitualmente, Cunha (2014, p. 135) qualifica a tradição como: “Conjunto de normas e vivências que nos são transmitidas” pelo passado e que, sem negar o futuro, se projeta sobre ele, sustentando a própria historicidade humana, o que faz dela (a tradição) a expressão de uma continuidade”.

(re)conhecimento da mesma, e não sua incorporação compulsória à interpretação. Acaso de maneira diversa fosse, a compreensão seria marcada pela esterilização ideológica. Por via de consequência, o desvelamento do significado do objeto por parte do sujeito intérprete pressupõe algo mais originário do que a compleição da força da tradição.

Nessa senda, ingressa a estrutura da “distância temporal”, como aquela entre o sujeito que interpreta o objeto no presente, e o fluxo histórico que predetermina (no âmbito do círculo hermenêutico) o haver-prévio (preconceito) do sentido do objeto posto à interpretação, proporcionando este último a visão-prévia significativa do sujeito cognoscente a respeito do objeto interpretado.

Isso implica o entendimento de que a compreensão perpassa, inexoravelmente, por essa “fusão de horizontes” (entre passado e presente)¹⁶, pois “a tradição e a consciência dos efeitos da história nos aproximam dos objetos” (ABBOUD, CARNIO, OLIVEIRA, 2014, p. 424). Ela é (a fusão de horizontes) uma instância de controle dos preconceitos. Esse é o papel da “consciência histórico-efetual”, como o “desenvolvimento que deriva da nossa situação hermenêutica e faz com que ela sempre se determine no decorrer de uma fusão de horizontes, em que a tradição atua no presente” (CUNHA, 2014, p. 139).

A tradição, nesse percurso, reveste-se de condição de possibilidade ao “acontecer da compreensão”. Tal é a razão pela qual, no pensamento de Gadamer, “toda atividade interpretativa é reconhecimento (conhecer novamente) e por isso carrega sempre uma parcela de criação” (PEREIRA, 2006, p. 45). Melhor elucidando isso, dissertam Abboud, Carnio e Oliveira (2014, p. 422):

Com Heidegger e Gadamer, então, a hermenêutica deixa de ser normativa/metodológica, constituída a partir de metafísicos esquemas dedutivos-subsumtivos em que o objeto é construído pelo cogito ou refletido na consciência; e passa a ser filosófica, na medida em que está estruturada na antecipação de sentido presente na base do círculo hermenêutico acima descrito. Desta forma, o caráter da interpretação será sempre produtivo. É impossível reproduzir um sentido. A atividade criativa/produtiva do intérprete no trabalho hermenêutico é parte inexorável do sentido da compreensão e de sua estrutura prévia.

¹⁶ Pereira descreve a fusão de horizontes no âmbito do círculo hermenêutico, da seguinte forma (2006, p. 41): “Não se pode dizer que haja uma apropriação intelectual direta e imediata das coisas, já que levamos sempre nossa carga de pré-compreensões, trazidas, no fluir de nossa experiência histórica, pela tradição da qual fazemos parte, bem como deve-se ressaltar que o evento da compreensão ocorre pela fusão dos respectivos horizontes históricos”.

Logo, na hermenêutica filosófica, o sujeito cognoscente, inserido na historicidade, acaba por ser coautor na interpretação, haja vista que, sendo dotado de pré-compreensão, outorga ele de maneira volitiva, sentido ao objeto interpretado, em um movimento de “espiral hermenêutica”¹⁷, na qual “o movimento de compreensão formado por dita relação vai, ao longo do processo, estabelecendo patamares mais corretos de interpretação, os quais, por sua vez, lançarão novas luzes sobre os preconceitos e assim seguidamente rumo a um entendimento mais adequado (PEREIRA, 2006, p. 35). Essa é a alteridade e dialética do “jogo de perguntas e respostas” que metaforicamente Gadamer identifica na compreensão, entre o mundo do indivíduo que interpreta (pergunta) e o mundo do objeto que é interpretado (resposta). Assim, no registro de Pereira (2006, p. 48) o processo de compreensão “demanda o reconhecimento de que aquilo que se quer conhecer já está implícito, mesmo difusamente, naquele que conhece, sendo o interrogar – a pergunta feita ao se dar ao conhecimento – o caminho a ser trilhado pelo homem rumo ao entendimento”.

Entrementes, adverte Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha (2014, p. 232) que “a proposta de Gadamer de uma hermenêutica filosófica, ao reabilitar os pré-conceitos, jamais pretendeu outorgar à hermenêutica aquilo que ela nunca quis ser, uma estrutura que desse respaldo a arbitrariedade ou opções aleatórias decorrentes do mero subjetivismo”¹⁸.

Ao revés, na “linguisticidade” da hermenêutica filosófica de Gadamer, na hermenêutica jurídica, quando da interpretação de textos jurídicos, como o texto é construído sob os caracteres da linguagem, o dispositivo legal veicula um “teto hermenêutico”, falando por si mesmo ao intérprete. Isto pois, “todo pensamento e toda reflexão se dá já na base da linguagem, posto que o homem é um ser vivo que se peculiariza exatamente por ser dotado de linguagem” (CUNHA, 2014, p. 147)¹⁹. Nessa esteira, na interpretação jurídica, é o próprio texto legal quem se comunica com o intérprete. Ele (o texto) faz a mediação com o objeto interpretado, que não é alcançado em sua plenitude.

¹⁷ E não círculo hermenêutico, posto que é no âmbito desse que os preconceitos se encontram, mas não é o mesmo o ambiente do resultado final da interpretação.

¹⁸ Nem o texto carrega o sentido da norma, nem tampouco o juiz intérprete está livre para atribuir esse sentido.

¹⁹ Sobre a relação entre linguagem em conhecimento disserta Pereira (2006, p. 50):

Não se pode esquecer que o meio pelo qual ocorre a compreensão é a linguagem. Tanto o pensamento como a comunicação só são realizados linguisticamente, eis que ela represente o nosso acesso aos fenômenos, a nossa possibilidade de conhecimento. É a linguagem que nos abre o mundo, é através dela que o vivenciamos e nada existe, para o homem, que ela seja exterior.

Desse modo, “a compreensão, então, ocorre sempre através dessa mediação em que o fenômeno nunca é visto em sua presença, mas sempre representado” (PEREIRA, 2006, p. 41) no âmbito da linguagem. Logo, na hermenêutica jurídica, segundo Gadamer, não existe aquela conexão forte entre o autor do texto e seu intérprete, sendo sem razão a hermenêutica psicológica apresentada por Schleiermacher, que proporcionou métodos de interpretação jurídica como a procura da vontade do Legislador (*mens legislatoris*). Ao assim ocorrer, do dispositivo legal brota convencionalmente²⁰ sua pré-compreensão. Por isso, o texto legal não é uma “tábula rasa” despida de prévios significantes, sendo transformada e formada a compreensão através da exegese legal, no ato aplicativo do texto, importando-lhe a facticidade do seu contexto e a historicidade em que está inserido o intérprete.

Outrossim, a compreensão do sujeito não se realiza em abstrato, mas sim em conexão direta com o objeto interpretado. “Daí porque todo aquele que deseja efetivamente interpretar algo deve estar disposto a ouvir o que esse algo tem a lhe dizer” (CUNHA, 2014, p. 226). Nesse diapasão, tal como a ligação entre compreensão e interpretação, compreensão e aplicação são incidíveis na hermenêutica filosófica de Gadamer. Por via de consequência, rompendo com a tradição filosófica que lhe era anterior, e que entendia que compreensão, interpretação e aplicação realizavam-se em momentos cognitivos distintos e fracionados, Gadamer preconiza que todos esses realizam-se ao curso de um único apanhado cognitivo: a compreensão. No mesmo sentido é a conclusão de Pereira (2006, p. 37):

Para GADAMER, a interpretação nada mais é do que a forma explícita da compreensão e não um momento distinto desta. Igualmente, a aplicação não se realiza posteriormente a essas, mas integra o próprio ato de compreender. Desse modo, não se compreende primeiramente para depois aplicar o compreendido a algo, mas compreende-se aplicando.

Gadamer, nesse seu percurso de “Verdade e Método”, propõe, a partir de todos esses pressupostos, uma “hermenêutica como concretização normativa”, porque, “quando o juiz pretende adequar a lei às necessidade do presente, tem claramente a intenção de resolver uma tarefa prática” (STRECK, 2014, p. 81). Por esse exposto, “a interpretação da Lei consiste em sua concretização em cada caso concreto, ou seja, ela se realiza em sua aplicação, o que pressupõe uma atividade produtiva por parte do juiz, vez que esse deve adequar a

²⁰ Segundo Pereira (2006, p. 51):

Urge perceber que toda linguagem é convencional. Isto é, se o nosso acesso aos fenômenos é sempre mediado e por isso nunca os enxergamos em suas totalidades compreensivas, mas sempre decotados por nossa visão (que, ao compreender aplicando à nossa situação, os vemos como algo), as palavras que os designam são, então, convenção e não propriedade intrínseca aos mesmos.

especificidade dos fatos com a generalidade da norma” (PEREIRA, 2006, p. 41). Nesse diapasão, apesar da norma ser fruto da atividade interpretativa do intérprete do Direito, o caso concreto coloca-se de maneira cooriginária à hermenêutica jurídica. Assim pontificam Ribeiro e Braga (2008, p. 278):

Por sua vez, o processo interpretativo do Direito não decorre da descoberta o unívoco ou do correto sentido, mas, ao contrário, tende a uma interpretação produtiva originada de um processo de compreensão em que a situação hermenêutica do jurista funde-se com o texto jurídico expressando algo que não é nem somente as pré-compreensões do intérprete nem apenas o texto, é nesse sentido algo novo.

Essa visada gadameriana de traslado da hermenêutica filosófica para o Direito acaba por suplantar o pensamento do positivismo jurídico (personificado, dentre outros, em Kelsen) de que a Lei, como uma entidade metafísica, carrega consigo um sentido unívoco, motivo pelo qual, primeiro o juiz a interpreta, utilizando-se dos métodos da hermenêutica clássica (tal como propalados por Carlos Maximiliano - gramatical, histórico, sistemático e teleológico); e depois aplica esse sentido unívoco de maneira dedutiva pelo processo subsuntivo de enquadramento da norma ao fato. Isso porque, essa metódica não respeita a infinitude das circunstâncias que o concreto detém, uma vez que os fatos da vida são únicos e irrepetíveis, não sendo possível os apreender de antemão na interpretação prévia do texto legal.

De mais a mais, pela superação do mito da não-subjetividade e reabilitação dos preconceitos contidos no horizonte histórico, como elemento de pertença do indivíduo à tradição que lhe circunda, no ato da compreensão para a interpretação, aplicação e decisão sobre a reconhecimento da prova no processo, por o sujeito intérprete já carregar consigo essas pré-compreensões, as máximas de experiência, como aquilo que conhece o juiz sobre o mundo da vida em que está inserido como sujeito, diferentemente das limitações ao seu reconhecimento nos paradigmas do Estado liberal e Estado social, passam a decorrer necessariamente de padrões extranormativos contidos no fluxo histórico do conhecimento privado do magistrado.

Nessa esteira, a hermenêutica filosófica de Gadamer fixa condições filosóficas de possibilidade à consecução do pós-positivismo, no qual texto de Lei e norma não se confundem, ingressando na interação da hermenêutica jurídica o respeito às especificidades do caso concreto. Na projeção de Ribeiro e Braga (2008, p. 277): “Exige-se no contexto do Estado Democrático de Direito, um pensar problematizador, no qual a ideia de um sistema

fechado, rigoroso e prévio seja afastada em prol de uma reconstrução dialógica que reivindica o caso concreto”. E assim, o juiz encontrar um resultado “constitucionalmente justo”.

E mais, por Gadamer habilitar os preconceitos na hermenêutica filosófica, rompendo com o mito da não-subjetividade e sua crença no método para revelação do conhecimento de modo geral, ante a inserção do sujeito intérprete no fluxo da história, em que a força da tradição lhe constrange não compulsoriamente, mas sim como sentimento de pertença, é de se reconhecer por esse pressuposto filosófico que não podem as máximas de experiência na valoração da prova no processo estar contidas exclusivamente na razão instrumental oriunda da ciência do Direito, como no positivismo jurídico.

Sendo assim, por essa visada, pode-se concluir que as máximas de experiência subsistem independentemente de seu padrão normativo, decorrendo as mesmas do horizonte histórico, em que no ambiente do processo a prova produzida e submetida à reconhecimento como um signo da realidade desde sempre na historicidade já significa algo previamente ao próprio intérprete. São assim, padrões extranormativos, contidos na tradição histórica. Em que no momento da interpretação, aplicação e decisão do Direito em relação à reconhecimento sobre a prova no processo, proporcionará, pela prova concreta produzida, a fusão de horizontes, com a procura de uma interpretação aplicativa adequada. Isso não implica em violação à segurança jurídica. Ao revés, proporciona a recuperação da “humanidade” na valoração da prova no processo, de acordo com a recuperação do concreto, e não sua virtualização, como no positivismo jurídico.

2.2.1 A Teoria Estruturante do Direito de Friedrich Müller e sua compatibilização com o paradigma do Estado Constitucional de Direito: hermenêutica como concretização normativa.

O jurista Friedrich Müller, em seu livro “Métodos de Trabalho do Direito Constitucional”, desenvolve a sua “Teoria Estruturante do Direito”, com o escopo de estruturar uma “metódica jurídica”²¹ pós-positivista que, contrametodicamente, deslocasse “o foco da relação da perfeição do método em si para a relação do *modus operandi* que o aplicador do direito pode ter em relação ao texto normativo” (LARANJA, 2018, p. 17), isto é, “desloca a ênfase da

²¹ Na percepção de Anselmo Laghi Laranja (2018, p. 20) a metódica é “o gênero que engloba todo o trabalho intelectual possível do operador do direito em relação ao ordenamento jurídico”.

análise do resultado do processo de interpretação para a análise das formas de trabalho dos operadores jurídicos” (LARANJA, 2018, p. 20). Por isso, uma metódica jurídica e não um método hermenêutico voltado por si mesmo ao descobrimento da *mens legis* ou *mens legislatoris*.

Para tanto, de antemão, na esteira do paradigma do Estado Constitucional de Direito, Müller crê na força normativa da Constituição e na função nomogenética, hermenêutica e integrativa de seu conteúdo. Isto é, preconiza Müller (2000, p. 87) a “efetividade dos direitos fundamentais, como princípio de interpretação”. Então, inflexivelmente, subsiste um critério de controle de legitimidade da hermenêutica jurídica: a valoração axiológica pela Constituição, porque essa reflete, de maneira histórico-político, “o ordenamento fundante de determinada sociedade, incluídas as suas forças divergentes” (MÜLLER, 2000, p. 67)²². Na sua percepção (MÜLLER, 2000, p. 52):

A tarefa da práxis do Direito constitucional é a concretização da constituição por meio da instituição configuradora de normas jurídicas e da atualização de normas jurídicas no Poder Legislativo, na administração e no governo; ela é a concretização da constituição que primacialmente controla, mas simultaneamente aperfeiçoa o direito na jurisprudência, dentro dos espaços normativos.

Então, partindo da não-identidade entre texto de Lei e norma²³, Müller define que o teor literal do dispositivo normativo serve único e tão somente à elaboração do “programa normativo”, cujo seu conteúdo semântico²⁴ é preenchido por sua “normatividade” dogmática que resulta da força da tradição contida no horizonte histórico do círculo hermenêutico (apropriado da hermenêutica filosófica gadameriana²⁵) a respeito de seu sentido e alcance, proveniente de todo o aparato que circunda a ciência jurídica²⁶: a legislação, a doutrina e a jurisprudência. Sendo que são extraídas essas pré-compreensões do programa normativo segundo os métodos

²² Para Laranja (2018, p. 19): “Em relação ao engajamento político, Müller aponta, em diversos trechos de sua obra, que sua teoria foi construída para as democracias modernas que adotam o sistema conhecido como *statute Law* e se consideram Estados Democrático de Direito”.

²³ Segundo Müller (2000, p. 109): “Normas jurídicas não são idênticas aos seus textos de normas. O teor literal não é a lei. Ele é a forma da lei”.

²⁴ Para Müller (2000, p. 91): “Essas fontes do conhecimento jurídico são estruturadas linguisticamente”.

²⁵ Obtempera Friedrich Müller sobre a apropriação da hermenêutica filosófica gadameriana o seguinte (2000, p. 70): “A metódica estruturante é uma metódica jurídica. Ela não transfere a hermenêutica filosófica à ciência jurídica, mesmo se na primeira, sob o ponto de vista da aplicação e da pré-compreensão que inclui o intérprete, a ciência jurídica possa ser compreendida como um paradigma”.

²⁶ Esse é o senso comum teórico dos juristas diagnosticado por Luís Alberto Warat (1977, p. 13):

De uma maneira geral, a expressão senso comum teórico dos juristas designa as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito. Trata-se de um neologismo proposto para que se possa contar com um conceito operacional que sirva para mencionar a dimensão ideológica das verdades jurídicas.

tradicionais da hermenêutica jurídica: “gramatical, histórica, genética, sistemática e teleológica, além disso os princípios aqui discutidos da interpretação da constituição e os problemas da lógica formal e da axiomatização no direito constitucional” (MÜLLER, 2000, p. 71). Em outras palavras: “O texto da norma não contém a normatividade e sua estrutura material concreta. Ele dirige e limita as possibilidades legítimas legais da concretização materialmente determinadas do direito no âmbito do seu quadro” (Müller, 2000, p. 56). Dessa maneira, em Müller o dispositivo legal é a “ponta do *iceberg*” para a metódica jurídica, não se encerrando no mesmo.

Entrementes, para a Teoria Estruturante do Direito de Müller, ao lado igual do programa normativo, e de sua normatividade linguística, presente está o “âmbito da norma”, como “o recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma escolheu para si ou em parte criou para si como seu âmbito de regulamentação” (MÜLLER, 2000, p. 57), quer seja formado por descrições normativas (definidas pelo próprio Direito) ou extranormativas (definidas pela realidade social), ou ainda vice-versa. Na advertência de Laranja a respeito dessa vinculação material (2018, p. 24): “A norma jurídica precisa de dados da realidade que coconstituem o conteúdo de sua prescrição”.

Sendo assim, na perspectiva de Müller, tanto o programa normativo (dados linguísticos) como o âmbito normativo (dados da realidade) são cooriginários à interpretação, aplicação e decisão do Direito. E mais, a hermenêutica pressupõe uma atividade prática voltada à conformação da realidade. Nesse diapasão, ao invés da interpretação jurídica, Müller propõe a concretização normativa, em que é exatamente tarefa do jurista, segundo a regra que lhe atribui competência, promover essa densificação do Direito no exercício da jurisdição, motivo pelo qual também Müller tomou para si a visada da *applicatio* gadameriana.

Apesar da pré-compreensão brotar da própria práxis, na práxis a mesma não pode ser autossuficiente para a concretização normativa. Dessa maneira, a metódica jurídica de Müller necessita da recuperação do concreto quando da concretização normativa, posto que, apesar de aos mesmos se referirem, o âmbito da norma não se equivale às questões de fato deduzidas pelas partes no processo, porque “é parte integrante material da própria prescrição jurídica” (MÜLLER, 2000, p. 58). Destarte, a facticidade ingressa na metódica jurídica de maneira indagativa, ou seja, perquirindo-se no litígio a presença do conteúdo da realidade posta à prova. É o concreto quem, na concretização normativa, saneia as aporias decorrentes da

linguagem em geral também retratada no texto normativo: a vagueza, ambiguidade e porosidade. Melhor explicita Müller (2000, p. 63):

Não é possível descolar a norma jurídica do caso jurídico por ela regulamentando nem o caso da norma. Ambos fornecem de modo distinto, mas complementar os elementos necessários à decisão jurídica. Cada questão jurídica entra em cena na forma de um caso fictício. Toda e qualquer norma somente faz sentido com vistas a um caso a ser (co)solucionado por ela.

Outrossim, também se preocupa a metódica jurídica de Müller em estabelecer na concretização normativa uma via de controle racional das pré-compreensões que afloram do círculo hermenêutico linguístico tanto do programa normativo como do âmbito normativo do dispositivo legal. Dessa maneira, a concretização normativa não autoriza a reelaboração do Texto da Lei (MÜLLER, 2000, p. 66), quer seja pela subjetividade do juiz ou mesmo por sua preleção política. Na observação de Anselmo Laghi Laranja (2018, p. 20):

[...] o ordenamento jurídico apresenta o mínimo de força normativa própria, que pode ser observada como elemento constrangedor que impõe um exercício mais refinado de argumentação e, na pior das hipóteses, exige que os interesses defendidos em uma decisão tenham o mínimo de concordância com uma compreensão plausível perante o ordenamento jurídico.

Esse é o sentido do axioma da segurança jurídica na Teoria Estruturante do Direito de Müller, por sua racionalidade decorrente da observância do sentido e alcance linguístico do programa e âmbito normativo do texto da Lei, e transparência para esse aferimento (LARANJA, 2018, p. 26). Nessa senda, Müller erige a fundamentação da decisão judicial como o ambiente desse controle. Dessa forma, é a fundamentação da decisão judicial quem “permite representar e verificar racionalmente a relevância de critérios normativos de aferição para a decisão, a relevância dos elementos do caso afetados por esses critérios de aferição e a sustentabilidade da decisão” (MÜLLER, 2000, p. 53).

Por via de consequência, “o controle dessa atribuição de sentido e da garantia mínima da objetividade na interpretação dos textos, passa a ser tematizada no âmbito de uma teoria da decisão” (ABBOUD, CARNIO, OLIVEIRA, 2014, p. 425), em que a fundamentação da decisão judicial coloca-se como o “elemento hermenêutico pelo qual se manifesta a compreensão do fenômeno jurídico” (STRECK, 2014, p. 84). Na observação de Ribeiro e Braga (2008, p. 279): “para uma hermenêutica jurídica de viés gadameriano, o juiz só decide porque encontrou fundamento”. Destarte, interpretação, aplicação e decisão são fundidos em um único ato cognitivo compreendido na compreensão, havendo influência do eixo

gravitacional da Constituição na exegese legal, e cooriginariedade do caso concreto no resultado da decisão judicial, tudo isso controlável por meio da fundamentação da decisão judicial. Essa metódica proporciona, na valoração da prova no processo, um encontro mais originário com a verdade, pela recuperação do concreto, e pela presença de um nexo instrumental entre a prova produzida dentro do processo e a verdade sobre o acontecimento histórico que lhe é axiologicamente externo, conforme o pressuposto da jurisdição constitucional.

E essa perspectiva teórica, no âmbito do paradigma do Estado Democrático de Direito, também é propícia à reabilitação dos preconceitos contidos nas máximas de experiência na avaliação probatória. Isso porque, em vista da hermenêutica como concretização normativa de Müller promover a recuperação do concreto, e o aliar, de maneira cooriginária, à linguisticidade do programa normativo, é do signo (substrato físico) da prova produzida em juízo, com função de âmbito normativo para a hermenêutica jurídica, que brotam as pré-compreensão contidas no fluxo histórico em que está inserido o juiz.

Entretanto, dado o reconhecimento da força normativa da Constituição por Müller, serve o pressuposto da jurisdição constitucional, na Teoria Estruturante do Direito, como limite à hermenêutica como concretização normativa, em que a fundamentação da decisão judicial aloca-se como o ambiente de controle do resultado final de legitimidade da norma decisão proferida pelo juiz no processo sobre a reconhecimento da prova, segundo a compatibilidade de suas razões de decidir com o horizonte da Justiça ditado pela função hermenêutica dos direitos e garantias fundamentais, plasmados nos princípios positivados na Constituição.

3 PROCESSO, PROVA E VERDADE NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

3.1 ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E O PROGRESSO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA COMO CONCRETIZAÇÃO NORMATIVA PARA A VALORAÇÃO DA PROVA NO PROCESSO.

O processo estabelece, na perspectiva de Francesco Carnelutti, uma “relação jurídica processual”¹ entre as partes antagônicas do litígio e o juiz como representante do Estado. Destarte, o direito processual se difere do “resto da ordem jurídica, ao qual, por contraposição, se dá o nome de direito material” (CARNELUTTI, 2001, p. 72).

Dessa maneira, como que em uma “angularização”, o direito processual prevê uma reciprocidade de “deveres e poderes” entre os sujeitos do processo². Nas palavras do próprio Carnelutti (2001, p. 73): “Tanto a jurisdição com a ação são um sistema de poderes e de direitos subjetivos, aos quais correspondem deveres e inclusive poderes recíprocos de outras pessoas, juízes, auxiliares, partes, defensores, terceiros, que operam de modo diferente no processo”. Sendo assim, as normas adjetivas impõem “a sujeição a esses imperativos através de direitos, ônus e obrigações; e quando a parte tem o poder de tornar eficazes, em seu próprio interesse, os imperativos jurídico-processuais, surge, então, para ela, um direito processual subjetivo” (MARQUES, 2001, p. 139).

Assim se desenvolve a relação jurídica processual, porque na explicitação de Giuseppe Chiovenda o processo subsiste de maneira apartada da relação jurídica material que é almejada pela entrega da prestação jurisdicional. Sendo assim, instaurada a ação, no curso de seu estado de pendência³, as partes no processo detém o direito processual de, pelo

¹ Da mesma maneira, anuncia Aury Lopes Júnior (2009, p. 38) que foi “a noção de processo como relação jurídica de Oskar Von Bulow a que teve (e tem) a maior aceitação, até os dias de hoje”.

² Sendo estes: a) as partes, como sujeito parcial; b) o juiz, ministério público e peritos, como sujeitos imparciais; c) o terceiro, que nada obstante não seja parte no processo, suporta direta ou indiretamente os efeitos do mesmo decorrente.

³ Conforme Chiovenda sobre a pendência do processo (1969, p. 78): “É a ideia expressa incientemente pela doutrina e pela prática por meio da palavra litispendência, significando a pendência de uma lide na plenitude de seus efeitos jurídicos. Litispendência e relação jurídica processual são expressões não equivalentes, mas coincidentes”.

contraditório, gozar de direitos e suportar deveres, tudo com o desiderato de “fazer valer suas possíveis razões” (CHIOVENDA, 1969, p. 78). Ademais, a própria entrega da prestação jurisdicional é a razão e o direito primordial das partes no processo, dela não podendo o juiz se olvidar (proibição do *non liquet*). Em resumo disso tudo diz Chiovenda (1969, p. 79):

A relação processual é uma relação autônoma e complexa, pertencente ao direito público. Autônoma, porque tem vida e condições próprias, independentes da existência de vontade concreta de lei afirmada pelas partes, visto fundar-se sobre outra vontade de lei, quer dizer, sobre a norma que obriga o juiz a pronunciar-se em referencia a pedidos das partes, quaisquer que sejam.

[...]

Complexa, por não inserir um só direito ou obrigação, mas um conjunto indefinido de direitos, como veremos ocorrer com muitas relações mesmo de direito civil (por exemplo, a sociedade, supra, nº2); todos, porém, direitos coordenados a um objetivo comum, que enfeixa numa unidade todos os atos processuais. Por isso mesmo, a importância jurídica de todos os atos processuais acima analisados, está em função de pertencerem a essa relação; por isso ainda a nulidade inicial da relação inquina os atos posteriores; por isso, enfim, é possível a sucessão no processo... Pertence ao direito público, porque deriva de normas reguladoras de uma atividade pública.

O processo é, nessa visada, um método legal disponível ao “jurisdicionado para ir ao encontro da tutela jurisdicional solicitada por intermédio da demanda” (RODRIGUES, 2010, p. 263), de modo que o mesmo “deve seguir exatamente a trilha prevista pelo legislador” (RODRIGUES, 2010, p. 263). Entrementes, no paradigma do Estado Constitucional de Direito também as normas processuais recebem um influxo do pressuposto da jurisdição constitucional: a sua filtragem constitucional. Logo, na inteligência de Marcelo Abelha Rodrigues (2010, p. 264): “Esses valores se vêm presentes nas normas por intermédio dos princípios previstos na Constituição Federal e que determinam a carga axiológica imperativa sobre determinada norma processual”.

Logo, dado o princípio da inércia da jurisdição (que garante a equidistância de imparcialidade do magistrado para com o interesse jurídico degladiado no litígio), a promoção do impulso oficial do processo pelo juiz necessita da deflagração da propositura do direito de ação, que torna o processo uma marcha de atos concatenados voltados a um ato decisório final. Nas palavras de Cintra, Grinover e Dinamarco (2001, p. 66-67) em referência ao princípio do impulso oficial: “É o princípio pelo qual compete ao juiz, uma vez instaurada a relação processual, mover o procedimento de fase em fase, até exaurir a função jurisdicional”.

E é exatamente no exercício do direito de ação que a parte reclama o seu direito subjetivo em juízo, postulando a obtenção de uma decisão declaratória, condenatória ou mandamental contra outrem em seu favor, ou ainda constitutiva ou desconstitutiva de uma dada relação

jurídica de direito material⁴. Sobre o exercício do direito de ação doutrinam Cintra, Grinover e Dinamarco (2001, p. 57-58):

Princípio da ação, ou princípio da demanda indica a atribuição à parte da iniciativa de provocar o exercício da função jurisdicional. Como veremos, denomina-se ação o direito (ou poder) de ativar os órgãos jurisdicionais, visando à satisfação de uma pretensão. A jurisdição é inerte e, para sua movimentação, exige a provocação do interessado. É a isto que se denomina princípio da ação: *nemo iudex sine actore*.

Todavia, o processo não se formaliza exclusivamente pelo exercício do direito de ação. É pressuposto processual de existência da própria relação jurídica processual a citação, entendida essa como “o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender” (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 233), para somente assim ser formalizado o contraditório com a parte ré no processo. Isto pois, “a preparação do pronunciamento do juiz forma-se normalmente por meio das atividades contrastadas das partes, cujos interesses se acham em oposição” (CHIOVENDA, 1969, p. 81).

Nesse percurso, para fundamentar o seu pedido, a parte autora apresenta suas questões de fato e suas questões de direito. Em contrapartida, a parte ré, no exercício da amplitude de seu contraditório, lança, sobre o aspecto da questão de mérito do processo, uma defesa direta, contradizendo com veemência as questões de fato articuladas pelo autor da ação, ou ainda defesa indireta, confirmando a narrativa autoral, mas apresentando questões outras de fato (ampliando os limites objetivos da lide) que impeçam, extingam ou modifiquem a pretensão do pedido inaugural. De mais a mais, nesse embate entre síntese e antítese, dialogicamente, as partes no processo apresentam, além de suas questões, seus fundamentos relevantes sobre suas questões postas para a apreciação pelo juiz na sua decisão (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015, p. 320). Tudo isso, pedido, questões de direito e de fato, e seus respectivos fundamentos relevantes, deduzidos no processo pelas partes, compõem a cognição judicial a ser realizada na decisão do processo pelo magistrado (DIDIER JÚNIOR, 2012, p. 323-324).

Ocorre que, a partir do advento do paradigma hermenêutico pós-positivista no Estado Constitucional, mesmo que deduzidas individualmente as questões de fato e de direito pelas partes no processo elas se ligam indissociavelmente, tal como destaca Humberto Theodoro

⁴ Vide nesse sentido a classificação das sentenças segundo a natureza do procedimento jurisdicional feita por Rodrigo Klippel e Antônio Adonias Bastos (2011, p. 422-424).

Júnior: “todos os pretensos direitos subjetivos que podem figurar nos litígios a serem solucionados no processo se originam de fatos” (2003, p. 375). Há, nessa esteira, uma simbiose entre a questão de fato e a questão de direito. Nessa inteligência, a fusão entre questão de direito e questão de fato no processo é lançada no fato jurídico, entendido esse, na inteligência de Giuseppe Chiovenda, como todo fato de origem natural ou decorrente da ação humana, que “derive a existência, a modificação ou a cessação de uma vontade concreta da lei” (CHIOVENDA, 1969, p. 22).

Em crítica à visada destacada entre questão de fato e questão de direito no processo, é a doutrina de Ricardos Almagro Vitoriano Cunha (2007, p. 40):

Daí porque a divisão entre “questão de direito” e “questão de fato” não se sustenta, já que para o juiz o cerne do problema não um fato bruto, mas um fato jurídico, devidamente qualificado por uma norma, norma essa que não nos é dada previamente, mas evidenciada caso a caso. Questão de fato no processo, serão sempre questões de direito e vice-versa, uma vez que é impossível a cisão do direito com a “realidade”.

Cumprido destacar que a cisão entre a questão de direito e a questão de fato no processo é uma herança do positivismo jurídico (personificado em Kelsen), em que se acreditava que a interpretação, aplicação e decisão judicial eram realizadas em atos cognitivos fracionários, não interdependentes entre si. A interpretação, pelos métodos da hermenêutica jurídica tradicional, era realizada de maneira abstrata de acordo com os limites de possibilidades semânticas do sentido e alcance do texto legal. Posteriormente, pela via da subsunção, promovia-se a aplicação do Direito, de maneira silogística, tanto para a questão de direito, como para a questão de fato.

De mais a mais, no positivismo jurídico havia discricionariedade judicial na interpretação do Direito dentro do quadro de molduras kelseano, em que o juiz detinha livre arbítrio para eleger o sentido e alcance do texto legal que melhor lhe aprouver. No paradigma do Estado liberal e do Estado social, nos quais transitava a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, com a perspectiva do Império da Lei o resultado da legitimidade dessa eleição discricionária da interpretação judicial era formal, bastando-lhe o percorrimto do procedimento legal para a sua produção.

Essa visada do positivismo jurídico acabou por fornecer fundamento teórico à admissão da verdade formal no processo, como aquela alcançada pela obediência de todo o rito processual

para a produção da decisão judicial que põe termo final ao processo. Apesar de já no Estado social a valoração da prova no processo estar submetida à racionalidade jurídica proveniente da prova legal, e à racionalidade em geral encontrada na lógica e nas máximas de experiência, não havia no positivismo jurídico controle axiológico do livre convencimento motivado. Em crítica a esse respeito, Jordir Ferrer Beltrán (2017, p. 23) assaca que “no que concerne aos fatos do caso, produzem efeitos jurídicos, independentemente da veracidade de seus enunciados”. Isso quer dizer que no positivismo jurídico não havia um nexo instrumental entre a prova produzida no processo e a verdade sobre o acontecimento histórico que lhe é externo.

Entretanto, o pós-positivismo (representado por Friedrich Müller) no diapasão do Estado Constitucional de Direito forneceu condições de possibilidade para o entendimento de que no processo as questões de direito e de fato são cooriginárias à hermenêutica jurídica. Nesse viés, direito e fato são um único elemento: o fato jurídico. E a interpretação, aplicação e decisão jurídica são realizadas no processo em um único ato cognitivo denominado de compreensão. Nessa visada pós-positivista o juiz fundamenta decidindo por meio da interrogação da prova do processo, como que em uma “espiral hermenêutica”, e não decide para depois fundamentar sua decisão como na subsunção que proporciona a abstração no Direito. Essa é a explicitação de Leonardo Greco (2004, p. 236):

A aquisição das provas pelo juiz dá-se através de sucessivos episódios, que denomina de estados epistêmicos, que vão gerando fluxos de conhecimento, ora conduzindo o julgador a acreditar na ocorrência de certo fatos, ora transportando-o em contrária direção, para no final se apresentarem como peças de um verdadeiro quebra-cabeças, que precisam ser conciliadas numa reconstrução verossímil.

Sendo procedente essa constatação da incindibilidade entre questão de fato e questão de direito no processo, a questão de fato acaba por ser cooriginária à questão de direito para a produção da norma-decisão que põe termo final ao caso concreto, susceptível, então, também de valoração jurídica. Nesse sentido, ambas as questões de fato e de direito são lançadas conjuntamente pelo fato jurídico na hermenêutica jurídica realizada pelo juiz no processo. No magistério de Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha (2007, p. 38):

Depreende-se daí que não só a norma (premissa maior) não pode ser confundida com o seu texto, sendo imprescindível um ato de revelação de cunho hermenêutico, inseparável do contexto de referência, portanto, um ato atributivo de sentido (o que acaba por levar à falência a concepção da norma como um dado pelo órgão elaborador do seu texto); mas também o fato jurídico (premissa menor) não é fruto de um juízo de mera constatação, contemplativo, mas carregado de sentido, por

um processo dialético de compreensão, em simbiose com a própria norma, daí porque nos permitimos qualificá-lo de hermenêutico.

Apesar de a Teoria Estruturante do Direito de Müller propalar a apologia ao pré-conceito sobre o sentido e alcance do fato jurídico deduzido pelas partes no processo, dada a inserção do horizonte histórico contido no círculo hermenêutico produzido pela ciência jurídica (legislação, doutrina e jurisprudência) a respeito de seu programa e âmbito normativo. E malgrado ainda Müller declarar a força constrangedora da tradição na fusão de horizontes a respeito da exegese do dispositivo normativo. Reconhece Müller que somente pela *applicatio* se perfaz a hermenêutica como concretização normativa. Ou seja, apesar da pré-compreensão brotar da própria práxis, na práxis a mesma não pode ser autossuficiente para a concretização normativa. Por isso, a facticidade é elemento especialíssimo na hermenêutica jurídica pós-positivista.

Com essa recuperação do concreto sobressai o encontro com a equidade, em que “a equidade pressupõe um marco legal que deve ser ajustado” (CUNHA, 2015, p. 159) para que a decisão judicial direcione o seu resultado para o horizonte da Justiça, pela sua compatibilidade axiológica com a entrega de uma resposta constitucionalmente adequada. Para esse desiderato serve o recorte metodológico promovido por Dworking e Alexy, divisando regras e princípios qualitativamente, editando que o juiz, inflexivelmente, decide por “princípios”, dada a juridicidade dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição. Há, por essa visada, o controle do resultado de legitimidade da decisão judicial.

Para Leonardo Greco (2004, p. 239): “Se a verdade no processo tem essa relevância humanitária e política, ela não pode ser uma outra verdade senão aquela que resulta do mais qualificado método de investigação acessível ao conhecimento humano”. Desse modo, o paradigma hermenêutico do Estado Democrático de Direito fornece subsídio para o encontro da verdade no processo de maneira mais originária que a verdade formal autossuficiente do positivismo jurídico, havendo, nessa perspectiva, em vista da recuperação do concreto, ambiente para o desenvolvimento de um nexu instrumental entre a prova produzida no processo e a verdade sobre o acontecimento histórico que lhe é axiologicamente externo.

3.2 DA RECONSTRUÇÃO DOS FATOS NO PROCESSO NO ÂMBITO DA LINGUAGEM.

Ocorre que, toda essa descrição das questões de fato pelas partes no processo é atemporal, de modo que o processo veicula um paradoxo, em que o juiz procura decidir hoje um acontecimento do passado para a produção de efeitos jurídicos direcionados ao futuro por meio de sua decisão. Da mesma maneira é o pensamento de Aury Lopes Júnior (2009, p. 515): “Isso decorre do paradoxo temporal ínsito ao ritual judiciário: um juiz julgando no presente (hoje), um homem em seu fato ocorrido num passado distante (anteontem), com base na prova colhida num passado próximo (ontem) e projetando efeitos (pena) para o futuro (amanhã)”.

Assim, pode-se dizer que a reconstrução dos fatos (deduzidos e contraditados) no processo realiza-se no âmbito da linguagem, documentada e escrita no processo (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2001, p. 325), como representação da realidade (WARAT, 1977, p. 14). Na observação de Osvaldo Lucas Andrade (2009, p. 228) não há no processo a reconstrução das questões de fato propriamente ditas. Ao revés, no processo há a reconstrução do fato jurídico deduzido pelas partes no âmbito da linguagem.

Dessa inferência, sucessivamente, percebe-se que no processo as partes lançam, em verdade, enunciados descritivos como afirmações sobre as questões de fato pelas mesmas deduzidas, submetidos esses enunciados descritivos⁵ à dicotomia verdade ou falsidade segundo o juízo da decisão judicial, porque nesse entendimento os fatos são inalcançáveis em si mesmos (em “carne e osso”), motivo pelo qual a decisão sobre a sua ocorrência (ou não) é feita intelectivamente na consciência do juiz, no seu ato de compreensão, quando de sua interpretação, aplicação, e decisão jurídica do litígio, e plasmada documentalmente por escrito na fundamentação da decisão judicial.

Mas como existe uma imbricação entre as questões de fato e as questões de direito, posto que elas são cooriginárias para a hermenêutica jurídica (decorrem de um mesmo ponto em comum, o fato jurídico), é a reconstrução das primeiras pela prova no processo que dá justificativa à sua instrução⁶ para a produção da prova em juízo. Sendo que o direito

⁵ Os enunciado descritivos, na sintaxe, são figuras privilegiadas, pois transmitem um acontecimento histórico ou natural por meio de palavras e orações.

⁶ Segundo Carnelutti (2001, p. 219) a instrução processual é o “desenvolvimento do processo entre a introdução, que é o seu início, e a decisão, que é o seu fim”.

fundamental à produção da prova pelas partes no processo decorre diretamente e respectivamente do direito fundamental de acesso à justiça (direito de ação) e do direito fundamental ao contraditório (DIDIER JÚNIOR, BRAGA, e OLIVEIRA, 2008, p. 24).

Dizem Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 260) que: “A prova não se destina a mostrar fatos, mas sim afirmações de fato”. E é a prova quem permite o contato mediato do juiz com as questões de fato deduzidas no processo, percepção essa, no magistério de Rodrigues (2010, p. 223), que preenche ao mesmo tempo o sentido objetivo (meio hábil à demonstração do fato) e subjetivo da prova (para formação da convicção do julgador)⁷, mormente porque “toda cognição probatória, em qualquer área do conhecimento humano se destina a preparar um julgamento conclusivo sobre a existência de certos fatos” (GRECO, 2004, p. 229). Segundo Beltrán (2017, p. 74-75):

Se o objeto da prova são os enunciados formulados pelas partes sobre os fatos, parece claro que a convicção, a certeza, ou qualquer outra atitude mental do juiz que se queira sustentar como finalidade da prova deverá refletir-se a esses enunciados. Desse modo, não vejo outra possibilidade senão a de sustentar que a certeza ou a convicção verse sobre a verdade do enunciado.

Nessa via, a atividade do julgador sobre a prova é recognitiva⁸ (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 516), posto que não cria em si o fato, mas sim o reconstrói no âmbito da linguagem, sendo esse seu ambiente de manifestação, pois documentada e escrita na fundamentação da decisão judicial (repito). Por via de consequência, na expressão de Jordi Ferrer Beltrán, na recognição da prova no processo, em relação à sua força cogente, o juiz emite um enunciado declarativo “acerca da ocorrência de determinado fato em uma realidade externa ao processo” (2017, p. 27).

Por esse exposto tem razão Aury Lopes Júnior quanto translada a semiótica para a teoria geral da prova e defende que (2009, p. 517): “As provas são signos do fato que se quer conhecer, isto é, uma relação semiótica configurável de diversos modos”. Sobre a semiótica, como aparato cognitivo da filosofia da linguagem registra Luís Alberto Warat (1977, p. 31):

⁷ Doutrina Cunha que (2007, p. 04):

De maneira geral, portanto, têm-se se a prova sob duas vertentes, comumente designadas de aspectos subjetivo e objetivo. Pela primeira, seria ela a convicção firmada na consciência do seu destinatário acerca da correspondência entre o fato afirmado e o evento real a que se refere, convicção da verdade ou da probabilidade, como que MALATESTA; ao passo que, pela segunda, a expressão acaba por equiparar-se aos meios de prova, vale dizer, instrumentos pelos quais os fatos são inseridos no processo e levam o sujeito àquele estado de convicção.

⁸ Diversa da constitutiva dos fatos do positivismo kelseano.

De um modo geral, pode-se dizer que o instrumental semiológico (principalmente decorrente da filosofia da linguagem ordinária) serviu, na década de 60 para a renovação dos campos teóricos das práticas jurídicas como outro método da interpretação. Isto porque a semiologia deve ser vista como uma metodologia crítica dos próprios métodos de interpretação. A análise semiológica coloca os métodos de interpretação como códigos ideológicos para a produção dos significados normativos. Semiologicamente falando, os métodos seriam recursos para a produção de redefinições indiretas das palavras da lei.

E sobre a relação entre signo, significante e significado na semiótica doutrinam Ricardo Guibourg, Alejandro Ghigliani e Ricardo Guarinoni (2013, p. 20):

La significación es la relación entre el signo y el fenómeno cuya representación el signo trae a nuestra mente. Em um sentido amplio todo acto humano es, o puede ser, vehículo transmisor de una significación: las expresiones del rostro, por ejemplo, pueden reflejar (aun sin quererlo) nuestras reacciones emocionales. Pero lo que caracteriza al lenguaje es su intencionalidad; los signos que lo componen son más o menos deliberados (es decir, *símbolos*), y así el lenguaje tiene por objeto la comunicación a través del significado.

Nesse ínterim, no âmbito da linguagem, a prova como signo que representa a realidade detém caracteres essenciais que proporcionam sua definição classificatória exatamente por meio de palavras. Para Guibourg, Ghigliani e Guarinoni (2013, p. 34): “La relación entre una palabra y su significado suele presentarse a nuestros ojos como algo que nos es dado, um vínculo natural que conocemos como cualquier elemento de la realidad”. Isto pois, a ciência é inexoravelmente conceitual, permitindo assim a comunicação de seu conhecimento, em que a relação entre o objeto e a sua definição classificatória é realizada no nível da linguagem. Especificadamente, “la ciencia del derecho aparece, pues, como un metalenguaje descriptivo de normas” (GUIBOURG, GHIGLIANI e GUARINONI, 2013, p. 28). Motivo esse pelo qual Andrade (2009, p. 228) qualifica que: “Cada prova é um fenômeno; é, pois, uma representação de uma dada realidade”.

Servirão os meios de prova, nominados e inominados, como ferramentas dessa busca da verdade dos fatos no processo. Assim, são estruturados os meios de prova em sentido genérico, como a: prova documental, pericial, inspeção judicial, testemunhal, e de interrogatório da parte. Esses representam um fato do mundo da vida⁹, pois “são pontes através dos quais os fatos passam para chegar, primeiro, aos sentidos, depois à mente do juiz” (DIDIER JÚNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, 2008, p. 48), quer seja de maneira direta ou

⁹ Apesar de científica, não é artificial.

indireta¹⁰. E no processo a instrução probatória guiada pelas partes à luz do princípio dispositivo é “um lugar privilegiado para a produção de definições persuasivas. É que a verdade processual funciona como valioso argumento para a construção de tais definições” (WARAT, 1977, p. 34).

Assim, o juiz na valoração da prova produzida no processo redefine seu significado, reclassificando-a, por meio de uma definição explicativa contida na fundamentação da decisão judicial, eliminando a vagueza, ambiguidade e porosidade própria da imprecisão lingüística embutida no meio de prova. Essa é a relação entre o meio de prova genérico, como aquele previamente disponível no direito processual, e o meio de prova específico, como aquele produzido na instrução probatória (BELTRÁN, 2017, p. 30).

Dessa maneira, sendo a prova um signo de representação da realidade, no âmbito da estrutura do conhecimento contida na filosofia da linguagem, o juiz, que detém o poder da jurisdição, pelo livre convencimento motivado, faz a valoração da prova dentro do âmbito de significantes que o signo da prova produzida pode transportar à sua consciência, de modo que, com subjetividade invariável, elege o magistrado o significado que quer atribuir ao signo da prova posta à sua apreciação.

Entrementes, para a contenção da discricionariedade judicial na valoração da prova, e por via de consequência evitar-se arbitrariedade nessa atividade, inadvertidamente, na valoração da prova no processo deve o juiz tomar em consideração a presença de um controle público prudencial da linguagem a respeito dos meios de prova. A eficácia do controle público da linguagem sobre o arbítrio judicial decorre de que esse, no pensamento de João Maurício Adeodato (2011, p. 132), constitui-se como uma ferramenta contra o individualismo na percepção de mundo. Esse controle público prudencial da linguagem se equipara à linguisticidade gadameriana.

¹⁰ Sobre a diversidade da fonte de prova direta ou indireta ensinam Didier Júnior., Braga e Oliveira (2008, p. 49): Para ele, as fontes de prova podem ser classificadas em duas categorias: a) há as fontes de prova em sentido estrito, assim entendidos os “fatos que servem para a dedução do fato a provas e que estão constituídos pela representação deste”, ou seja, os fatos representativos que demonstram diretamente a ocorrência de um outro fato (o fato representado ou o fato probando); exemplo disso são o documento, o depoimento da testemunha etc.; b) há ainda as fontes de presunção, assim entendidos os “fatos que servem para a dedução do fato a provar e que não estão constituídos pela representação deste”, isto é, os fatos secundários ou circunstanciais que apenas indiretamente apontam para a possível ocorrência de um outro fato (o fato representado ou o fato probando); exemplo disso são os indícios.

Nesse ínterim, vez que os significantes desses signos, intersubjetivamente compartilhados, desde sempre estão presentes no horizonte histórico da linguagem, em que também está inserido o juiz como ser-no-mundo, de modo que tudo isso compele o juiz à extração do significado do meio de prova produzido pela força da tradição. Sobre isso, diagnostica Warat (1977, p. 15):

As significações não deixam de ser um instrumento de poder. Aceitando-se que o Direito é uma técnica de controle social não podemos deixar de reconhecer que seu poder só pode se manter estabelecendo-se certos hábitos de significação. Existe portanto um saber acumulado difusamente presente nas redes dos sistemas institucionais – que é condição necessária para o exercício do controle jurídico da sociedade. Com isto, estamos ressaltando as dimensões políticas dos sistemas de enunciação.

Dito isso, é possível concluir que a pré-compreensão é uma condição de possibilidade da própria valoração da prova no processo, devendo ser afastado o dogma da não-subjetividade nessa empreitada, que quer tratar o juiz como uma “folha em branco” despida de preconceitos. Admite-se, nessa visada, a apologia ao preconceito de matriz gadameriana e admitido por Müller na hermenêutica jurídica da reconhecimento sobre a prova no processo.

E mais, nessa eleição o contexto delimitado pelo concreto alcançado pela prova produzida no processo, ainda que no sentido dessa relação semiótica, é essencial à atribuição de significado à mesma. Isto é, a prova documental, testemunhal, de interrogatório das partes, de inspeção judicial, pericial, ou ainda inominada, é o signo que lança ao juiz os possíveis significantes a respeito da verdade ou falsidade do enunciado descritivo deduzido pelas partes no processo e objeto da cognição judicial. A *aplicatio* gadameriana aqui também se incorpora, como também a concretização normativa de Müller, tudo isso no âmbito da linguagem documentada e escrita na decisão judicial em referência a reconhecimento sobre a prova no processo. Nesse diapasão, o significado é uma relação entre o signo e a realidade. Consoante Guibourg, Ghigliani e Guarinoni (2013, p. 72):

En resumen, la intención de hacer cumplir al lenguaje una determinada función no se exhibe sino algunas veces a través de la forma gramatical utilizada. Por lo general, para interpretar cuál es intención habrá que recurrir al contexto y a las circunstancias que rodearon la emisión del mensaje cuestión

Nesse perspectiva, há o reconhecimento de um ambiente no processo para a reabilitação dos preconceitos contidos nas máximas de experiência na avaliação da prova, pelo que essa, como signo representativo do enunciado descritivo deduzido pelas partes no processo, por si

mesma, já refere ao juiz intérprete um conjunto de significantes que conduzem ao enunciado declarativo sobre a prova, com o juízo de sua credibilidade ou aptidão de provar o fato probando, a partir de padrões extranormativos que proporcionam a compreensão prévia para a sua valoração.

Por isso, a recuperação do concreto por meio da prova produzida no processo é cooriginária à hermenêutica jurídica para a valoração da prova. Somente assim é que é possível o encontro com a verdade no processo de maneira mais genuína. É o acervo probatório no processo, como o conjunto da prova produzida e submetida à reconhecimento, que delimita a verdade correlacional do enunciado declarativo sobre a prova. Para Beltrán (2017, p. 30): “uma proposição está provada se os meios de prova portados permitem demonstrar sua veracidade”. A prova no processo, então, delimita de maneira formal o encontro da verdade em juízo, ainda que no ambiente da estrutura da linguagem. Essa maneira formal de se alcançar a verdade no processo não é como aquela verdade formal suficiente ao processo no âmbito do Estado social e que é insusceptível de controle axiológico em relação à sua legitimidade, mas como uma verdade alcançada no processo dentro dos limites da prova que lá foi aportada, e sobre o que é possível enunciar a respeito da mesma no âmbito da linguagem.

Nessa toada, defende Aury Lopes Júnior (2009, p. 545) que “a decisão de um juiz somente é legítima quando calcada na prova produzida no processo. Significa uma limitação ao que está nos autos e que lá tenha regularmente ingressado”. Atitude diversa provoca decisão extra ou ultra petita, como aquela que viole os limites objetivos delimitados pelo pedido, sua causa de pedir e os fundamentos relevantes a respeito dessa, deduzidos pelas partes no processo (o objeto litigioso), quebrantando o contraditório sobre o qual se desenvolve a dialógica processual (RODRIGUES, 2010, p. 507). Nessa perspectiva, não há autorização para a convicção íntima na avaliação probatória, própria do modelo paradigmático do Estado liberal. No Estado Constitucional de Direito o juiz não está autorizado na valoração da prova a substituir suas preleções pessoais pelo conteúdo do acervo probatório produzido no processo. Para isso não servem as máximas de experiência, sob consequência de ultraje à segurança jurídica.

3.3 AS APORIAS PARA O ENCONTRO DA VERDADE NO PROCESSO: O TEMPO E AS REGRAS PROCESSUAIS EM TORNO DA PROVA.

É certo que existe uma invariável tensão entre processo, verdade e prova. Isto pois, primeiro, dados os limites do processo no tempo, em que os seus atos seguem uma sequência preclusiva¹¹ para em tempo razoável ser emitida a decisão satisfativa do feito, a produção de prova não retroage como que em um ciclo contínuo e inacabado. Nas palavras de Beltrán (2017, p. 61): “a atividade probatória deve ser circunscrever em um lapso temporal determinado e que, finalizada essa atividade probatória o juiz tem que decidir sobre os fatos do caso aos quais será aplicado o direito”.

O processo tem fim, em benefício da segurança jurídica, compreendida aqui como a resolução da demanda em definitivo. Segundo Theodoro Júnior (2003, p. 378): “O juiz não pode eternizar a pesquisa da verdade, sob pena de inutilizar o processo”. Assim, estabelecido o trânsito em julgado, opera-se os efeitos negativos da coisa julgada, tornando indiscutível novamente no futuro as questões já dirimidas no processo pela decisão que lhe pôs fim. Sobre a extensão dos efeitos da coisa julgada em relação às questões de fato e de direito do processo submetidas à cognição pela decisão judicial é a doutrina de Jordi Ferrer Beltrán (2017, p. 63):

Em segundo lugar, resta claro que a coisa julgada possui alcance mais amplo do que o da determinação dos fatos provados, pois não se aplica somente aos aspectos referentes à determinação dos fatos do caso, mas também, e, inclusive, principalmente, à decisão sobre a interpretação e a aplicação do direito a tais fatos.

Segundo, sobre os meios de prova não são admissíveis no processo a prova ilícita, como aquela proveniente de violação de uma dada garantia fundamental dos indivíduos em geral e prevista na Constituição Federal, assim como é inadmitida no processo a prova ilegal, como aquela que viole as regras processuais da Legislação Infraconstitucional sobre o tempo, lugar e o modo da produção da prova. Sendo inadmissíveis no processo as provas ilícitas ou ilegais, padecem as mesmas de prestabilidade para a reconhecimento judicial sobre a prova no processo (DIDIER JÚNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, 2008, p. 36). Ou seja, mesmo que existentes as provas ilícitas ou ilegais, e que sejam aptas as mesmas à comprovação do fato probando no processo, são as mesmas decotadas da cognição judicial.

¹¹ Na lição de Fredie Didier Júnior (2012, p. 306): “A preclusão é definida como a perda de uma situação jurídica ativa processual: seja a perda do poder processual das partes, seja a perda de um poder do juiz”.

Além do mais, subsiste restrição probatória no universo dos procedimentos especiais que materializem uma determinada tipicidade de ação judicial¹² em correspondência com o direito material reclamado na mesma. Como, por exemplo, aquela contida no rito das ações constitucionais do *habeas corpus*¹³ e do mandado de segurança¹⁴, que inadmitem dilação probatória, exigindo da parte impetrante a apresentação de prova documental pré-constituída, que tenha eficácia probatória suficiente a demonstrar de plano os fatos probando. A respeito desse último limite dos meios de prova em relação aos ritos processuais é a observação de Jordi Ferrer Beltrán (2017, p. 45):

O segundo tipo de regras jurídica sobre a prova é composto pelas normas sobre meios de prova. Algumas dessas declaram admissíveis determinados (ou todos) os meios de prova de forma geral ou específica, para algum tipo de procedimento; outras excluem um ou diversos meios de prova; outras simplesmente os definem; finalmente, algumas regras processuais estabelecem expressamente o dever de produzir determinados meios de prova em alguns processos específicos etc.

Terceiro, as regras processuais em torno da prova concretizam o ambiente de tensão entre processo, verdade e prova. Ditas regras processuais encerram, a uma, prescrições sobre a iniciativa probatória, marcada pelo princípio dispositivo como ato de disposição de vontade das partes no processo a elegerem os atos processuais aptos a comprovarem os relatos linguísticos contidos nos seus enunciados descritivos. Destarte, o princípio dispositivo se irradia desde a constituição do processo (quando do exercício do direito de ação), tramitando pela instrução do feito, com reflexo inevitavelmente direto dessa sobre a decisão judicial (KLIPPEL e BASTOS, 2011, p. 84).

Ante isso, porque a iniciativa probatória depende primordialmente da parte interessada, certo é que no processo as partes lançam mão de estratégias probatórias com recortes essenciais

¹² Na acepção de Guilherme Madeira Dezem (2008, p. 19) a tipicidade equipara-se à noção de modelo, em que “o processo e o procedimento que nele se contêm – pensados como instrumentos para o exercício da jurisdição e obtenção dos resultados desejados pela ordem material – submetem-se a modelos e, nessa medida, revestem-se de tipicidade”.

¹³ [...] Logo, para alterar essa conclusão ou, até mesmo, para verificar a gravidade da lesão que acomete o acusado, seria necessária ampla dilação probatória, incompatível com a via estreita do *habeas corpus*. [...] (STJ, RHC 117.000/PA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019).

¹⁴ [...] Na via estreita do mandado de segurança, é incabível o exame da suficiência das provas apuradas em processo administrativo disciplinar, porquanto necessária a dilação probatória. Precedentes. [...] (STJ, MS 17.807/DF, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/12/2019, DJe 13/12/2019).

sobre a verdade dos fatos¹⁵, pela “manipulação do material probatório” (BELTRÁN, 2017, p. 61) ou “omissão da apresentação dos meios de prova potencialmente prejudiciais aos interesses subjetivos da parte” (BELTRÁN, 2017, p. 61), acabando por reduzir holisticamente a ciência e a cognição do juiz (destinatário final da prova para a reconstrução dos fatos) sobre as questões de fato deduzidas pelas partes no processo. Em resumo é a advertência de Leonardo Greco (2004, p. 256):

Também é preciso equacionar de que modo a busca da verdade objetiva pode conciliar-se com o respeito ao princípio dispositivo, que reserva às partes a iniciativa em matéria de fatos e provas. As partes somente alegam os fatos ou as circunstâncias fáticas que podem favorecer as suas pretensões, propondo apenas aquelas provas que lhes parecem úteis a demonstrar esses fatos.

Outrossim, a duas, dado o ônus probatório, como metarregra processual de julgamento, que aprioristicamente é lançado sobre as partes no processo (quanto ao autor provar o fato alegado por si; e quanto ao réu comprovar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito autoral), pode ele (o ônus probatório) oscilar entre a sua manutenção estática, conservado o *status quo* ordinário dessa distribuição legal, ou ser fixado ele de maneira dinâmica, quando do saneamento do feito pelo juiz, de acordo com a “maior facilidade na obtenção da prova por um ou outro sujeito processual” (MARINONI, ARENHART e MITDIERO, 2015, p. 266), ou quando sobrevier a “impossibilidade ou excessiva dificuldade de uma das partes em trazer a prova para o processo” (MARINONI, ARENHART e MITDIERO, 2015, p. 266).

E mais, além da iniciativa probatória das partes no processo, subsiste de maneira residual a iniciativa probatória do juiz como o destinatário da prova, com o fim de formar sua convicção, pelo que ele pode, de ofício, determinar a produção de prova no processo de maneira complementar à atitude processual das partes, a fim de abalizar “a igualdade substancial dentro da relação jurídica processual” (CABRAL, 2012, p. 13), “equilibrando eventual descompasso entre as condições processuais das partes, que nem sempre se encontram em paridade de armas” (CABRAL, 2012, p. 13), mirando, a toda evidência, na procura da verdade para a produção de Justiça, mas sem “desnaturar o modelo garantístico do processo” (CUNHA, 2007, p. 12). Assim sendo, o julgador não se corrompe pela tentação de agir de maneira inquisitorial, e assumir o papel de protagonista da gestão da prova, rompendo sua necessária imparcialidade frente à demanda que lhe é posta para solução, posto que se o

¹⁵ Acentua Aury Lopes Júnior (2009, p. 557) que perceptível é que as partes tragam “para o processo a parte da história do delito que lhes interessa”.

juiz se substitui na responsabilidade processual das partes acaba ele por empreender uma procura desmedida em favor da síntese ou antítese dos fatos no processo.

Finalmente, a três, sobressai a eficácia probatória dos meios de prova, em que “mediante as regras de prova legal¹⁶ o legislador atribuiu *ex ante* um resultado probatório determinado a um meio de prova genérico” (BELTRÁN, 2017, p. 48). Isto é, de acordo com a tipicidade do meio de prova genérico, previsto está na Lei adjetiva a predeterminação de sua força probante pré-constituída, acaso produzido no processo o meio de prova específico. Sobre a relação entre as presunções veiculadas pelas provas legais e sua cristalização daquilo que ocorre no cotidiano como juízo de probabilidade observa Marcelo Abelha Rodrigues (2010, p. 219):

Como se vê, essas presunções foram estabelecidas em lei porque o legislador, tomando como parâmetro as situações da vida comum e atendendo a anseios políticos, sociais, culturais, histórias, anteviram circunstâncias que só deixam de existir se forem contrapostas e se for demonstrado que, em casos específicos, elas não se aplicam. Assim, as presunções partem da ideia de proximidade da verdade fazendo ver que uma determinada situação da vida é presumida em virtude de uma normalidade de casos enumerados pelo legislador.

Exemplos paradigmáticos dessa assertiva estão no Código de Processo Civil¹⁷ como: a) a declaração de hipossuficiência da parte no processo para o gozo da assistência judiciária gratuita; b) a ata notarial lavrada por tabelião sobre fato testemunhado diretamente pelo mesmo, ou sobre fato representado por imagem ou som gravado que lhe seja apresentado; c) o documento público que denota prova dos fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença; d) o livro empresarial que documenta fato a favor ou contra seu autor nos litígios empresariais; e e) a reprodução mecânica (seja fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie) que faz prova dos fatos que representa. Ou seja, todos esses meios de prova nominados gozam de eficácia probatória prévia e legal para provar o fato probando no processo.

Sendo assim, a prova legal acaba por lançar uma fonte de presunção positivada à reconhecimento da prova no processo “baseada na ficção da correção da inferência probatória” (BELTRÁN, 2017, p. 50). Em outras palavras, a presunção legal decorrente da prova legal impõe por parte

¹⁶ Sobre a diferença entre a prova legal e a legalidade da prova, registra Beltrán (2017, p. 47) que: “Nesse caso, pois, a legalidade refere-se ao meio de prova como tal. Por outro lado, o sistema de prova legal tem relação com uma forma determinada de estabelecer o resultado probatório de um ou mais meios de prova”.

¹⁷ Respectivamente, artigos 99, §3º, 384, 405, 416, 417 e 422.

do juiz uma “atitude proposicional” (CUNHA, 2007, p. 19), que liga um fato-base plasmado no meio de prova genérico ao fato presumido objeto da prova específica produzida.

Nada obstante a prova legal implicar o tarifamento (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 542) prévio do meio de prova típico, dita presunção nunca pode ser absoluta¹⁸, sob pena de descompromisso com a verdade no processo dado o apego à sua virtualização contida na presunção, devendo haver espaço na decisão judicial para a avaliação do meio de prova específico, quando de sua reconhecimento no convencimento motivado, para permitir a negação de sua força probante e, então, viabilizar a conclusão sobre sua inidoneidade de comprovar o fato probando. No pensamento de Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga, e Rafael Oliveira (2008, p. 43): “O magistrado deve levá-los em consideração, refutando-os apenas nos casos em que escancaradamente a sua aplicação resulte em manifesta injustiça ou impropriedade”.

Por via de consequência, todo esse acervo de regras processuais, apesar de lançarem prescrições sobre as atividades das partes e do juiz no processo, não encerram um modelo de tarifamento da prova legal, com preponderância de um meio de prova genérico sobre outro. Ao revés, a reconhecimento sobre a prova no processo realiza-se pelo sistema do livre convencimento motivado, em que o juiz, remetendo-se às afirmações sobre os fatos deduzidas no processo, e respeitando a prova contida e produzida nos autos, lança sua interpretação, aplicação e decisão sobre o Direito, no meio caminho, pela fundamentação da decisão judicial, entre o critério tarifário, no qual “o juiz não passa de mero aplicador da norma, preso ao formalismo e ao valor tarifado das provas” (BRAGA, DIDIER JÚNIOR e OLIVEIRA, 2008, p. 41), e o critério da convicção íntima, no qual “o juiz não precisa fundamentar sua decisão e, muito menos, obedecer critérios de avaliação das provas” (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 542).

Conclui-se que existe “a presença no âmbito jurídico de uma importante quantidade de regras processuais que estabelecem limites à possibilidade de determinação da verdade no ocorrido mediante provas” (BELTRÁN, 2017, p. 41), influenciando tudo isso diretamente sobre a decisão do juiz em relação à reconhecimento sobre a prova no processo. Por isso James Goldschmidt requalifica a natureza jurídica do processo para propalar que o mesmo, ao invés de se

¹⁸ Não podemos crer no dogma de diferenciação entre presunções relativas e absolutas. As presunções, de modo geral, sempre serão a estigmatização da verdade sobre a prova, sendo necessária a admissão de prova nominada ou inominada em sentido contrário, abalizadas todas no ato racional do convencimento motivado.

constituir como uma relação jurídica processual como que na percepção carneluttiana, é, ao revés, uma “situação jurídica” em que: “A maior parte dos direitos processuais são possibilidades. Entende-se por possibilidade a situação que permite obter uma vantagem processual pela execução de um ato no processo” (GOLDSCHIMIDT, 2003, p.168). Logo, nessa via, a expectativa em torno do convencimento do juiz irá depender da realização e do êxito da prática do ato probatório pela parte interessada, evitando-se o prejuízo processual direto de sua omissão ou sua frustração. Assacam nesse sentido Marinoni, Arenhart e Mitidiero a afirmação de que (2015, p. 265):

Se é verdade que esta regra se dirige ao juiz, é possível também dizer que, indiretamente, ela se destina às partes. Afinal, ciente a parte de que a ausência de prova sobre certa afirmação de fato poderá vir em seu prejuízo, terá ela motivação suficiente para empenhar-se em produzir prova sobre aquele fato, de forma a evitar a superveniência do gravame, caso os demais sujeitos do processo não tragam a prova ao processo.

A verdade no processo é, por conseguinte, contingencial. Não existe verdade real no processo pela contraposição entre a infinitude da verdade¹⁹ e a finitude do processo. Isto pois, como constata Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha na crítica da verdade metafísica entre sujeito e objeto como correspondência da adequação do intelecto à coisa (2007, p. 06): “se a verdade como correlação ideológica do fato com a sua representação não pode prosperar; a certeza, como convicção dessa correlação também não se sustenta”.

Destarte, consciente da inalcançabilidade dos fatos do mundo da vida em si mesmos no processo, e concluindo-se pela sua reconstrução no âmbito da linguagem, a perspectiva sobre a procura da verdade real é substituída pela verdade provável (SILVESTRE, 2009, p. 87) que é fruto da emissão de um enunciado declarativo emitido pelo juiz na reconhecimento da prova no processo, teleologicamente como “aquela que aparenta ser, segundo os elementos do processo, a realidade” (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 378), e formalmente alcançada pela prova produzida no processo segundo o “respeito aos procedimentos e garantias” (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 551) processuais das partes. Nessa perspectiva, o devido processo legal é erigido à condição fundamente para a verdade provável encontrada no processo. Essa é a lição de Lopes Júnior (2009, p. 560-561):

Então, é fundamental destacar que as regras do devido processo penal, fundantes da instrumentalidade constitucional por nós defendida, impõem os limites que devem impedir o

¹⁹ Segundo Cunha a verdade é infinita, porque “sua fecundidade inesgotável se faz das suas múltiplas formulações históricas e pessoais” (CUNHA, 2007, p. 13).

decisionismo e o substancialismo. Esse respeito às regras do jogo cria condições de possibilidade para o equilíbrio entre o relativismo cético e a mitológica verdade real.

Nesse sentido, válida também é a defesa de Alexandre Freitas Câmara em relação à garantia fundamental do contraditório ser a pedra angular do processo no Estado Democrático de Direito. Isto pois, no entendimento veiculado desde o paradigma do Estado social, absorveu-se a compreensão de que o processo é uma relação jurídica processual de direito público, em que no epicentro do mesmo estava alocado o juiz para, acima de tudo, prestar a tutela jurisdicional, equidistante da atividade das partes no processo. Por isso, fomentado era ao juiz produzir prova de ofício, de maneira inquisitiva, para que heroicamente o mesmo encontrasse a verdade real no processo. Destarte, na acepção de Câmara, no Estado Constitucional, doravante, “impõe-se conceituar processo como procedimento em contraditório” (CÂMARA, 2017, p. 26), não como um contraditório virtual, mas sim como um contraditório efetivamente presente e que, a partir da alocação das partes no epicentro do processo, haja condições de possibilidade para que as mesmas influam dialogicamente na decisão judicial.

Por via de consequência, no Estado Constitucional de Direito, o garantismo processual serve como uma barreira à discricionariedade judicial no convencimento motivado sobre a prova. Isto pois, se entendido é que o processo contém uma “epistemologia da incerteza”, como destaca Goldschmidt, a certeza sobre seu resultado, e logo segurança decorrente de uma legítima expectativa sobre isso, perpassa pela pauta mínima de garantias formais.

Nesse ínterim, o fetichismo do encontro da verdade no processo é substituído pela compreensão do juiz que, na sua decisão, ao revés, “tem como verdadeiras” as afirmações de fatos postas no processo pelas partes. Dessa maneira equilibra-se “o relativismo cético e a mitologia da verdade” (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 560) no processo. Na expressão de Jordi Ferrer Beltrán (2017, p. 79):

Quando os meios de prova específicos incorporados ao processo aportam elementos de juízo suficientes a favor da verdade de uma proposição (o que não deve ser confundido com que a proposição seja verdadeira), então se pode considerar que a proposição está provada. Nesse caso, o juiz deve incorporá-la a seu raciocínio decisório e tê-la por verdadeira.

Essa noção de “aceitabilidade” do enunciado descritivo feito pelas partes, e assim admitido por um enunciado declarativo do juiz, resulta de uma “atitude voluntária” desse último, e não

de “crença”²⁰, vez que a crença é involuntária e anterior à interpretação, aplicação e decisão sobre o Direito, então, independente do contexto da prova (BELTRÁN, 2017, p. 91-96). Sendo assim, ter como provadas as proposições de fato apresentadas pelas partes no processo caminha pela decisão motivada a esse respeito. Reflexamente, presumem-se ditas afirmações. Somente assim é viabilizada a tomada de uma decisão prática por parte do julgador, pondo fim ao processo, e produzindo segurança jurídica.

Mas no paradigma do Estado Democrático de Direito há, pelo pressuposto da jurisdição constitucional, procura de legitimidade da decisão judicial sobre a reconhecimento da prova no processo em correspondência com o axioma de Justiça de seu resultado. É esse o legado do pós-positivismo de Dworkin e de Alexy. Nessa visada, dada a consciência da falibilidade da verdade que se alcança no processo sobre o fato jurídico deduzido pelas partes, a verdade formal como aquela alcançada segundo o rito processual não é suficiente à legitimação da decisão judicial. É necessário, pela insuscetibilidade de valoração da prova no processo, o estabelecimento de um critério que proporcione um nexo instrumental entre a prova produzida dentro do processo e a verdade do acontecimento histórico que lhe é axiologicamente externo, sendo esse critério a reabilitação dos preconceitos contidos nas máximas de experiência na avaliação probatória, à luz do horizonte da Justiça dada pela Constituição Federal, porque tudo isso é aferido no ambiente da linguagem.

²⁰ Ou “fé” para Lopes Júnior (2009, p. 518), como ato emocional e subjetivo.

4 REABILITAÇÃO DOS PRECONCEITOS CONTIDOS NAS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA NA VALORAÇÃO PROBATÓRIA E DOS CONSTRANGIMENTOS HERMENÊUTICOS A QUE SE SUBMETEM.

4.1 A CONTRIBUIÇÃO DA ANALÍTICA EXISTENCIAL DO DASEIN DE MARTIN HEIDEGGER PARA A PERCEPÇÃO DAS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA.

Afora o constrangimento hermenêutico lançado sobre o convencimento motivado em decorrência do critério da prova legal, certo é que, por outro lado, persiste no ordenamento jurídico processual um arcabouço de meios de prova nominados que, entretanto, não gozam dessa correspondência tarifária. Por exemplo: a prova testemunhal. Além do mais, existem os meios de prova inominados, como aqueles não tipificados previamente pela Lei adjetiva, mas admitidos em Direito por não serem ilícitos ou ilegais, não recaindo sobre eles também o antecedente valor tarifário. Por tal razão, no convencimento motivado sobre esses meios de prova que não estão abarcados pelo critério da prova legal subsiste ainda maior liberdade valorativa por parte do juiz na produção do enunciado declarativo sobre o fato jurídico do processo. Destaca Leonardo Greco que, em todos os casos, a valoração da prova por parte do juiz contém inflexível grau de subjetividade, vez que “por mais que a lei lhe imponha exclusões probatórias, critérios predeterminados de avaliação ou a exigência de motivação, há sempre uma enorme margem ineliminável de arbítrio” (2004, p. 231).

Então, na valoração probatória, se vale o julgador de padrões extranormativos, sendo estes, segundo a observação de Greco, os “fatores históricos, sociais e culturais” (GRECO, 2004, p. 226), para a promoção dessas valorações, porque não positivados no ordenamento jurídico. Assim decidindo o juiz age como ser-no-mundo. Nessa senda, o magistrado se socorre de pré-compreensões contidas no mundo cognitivo intersubjetivamente compartilhado com os outros indivíduos que conhece por fazer parte, como sujeito, de um fluxo histórico e existencial. Nesse sentido, doutrinam Didier Júnior, Braga, e Oliveira (2008, p. 54) que: “O juiz como homem culto, no decidir e aplicar o direito, necessariamente usa de uma porção de noções extrajudiciais, fruto de sua cultura, colhida de seus conhecimentos sociais, científicos e artísticos ou práticos, do mais aperfeiçoados aos mais rudimentares”.

Logo, na reconhecimento da prova no processo, para a construção de uma metódica epistemológica que proporcione o entendimento sobre o modo como o juiz decide sobre a prova no processo de maneira geral, é necessário que essa ferramenta esteja voltada não aos métodos hermenêuticos de interpretação do Direito, mas sim ao próprio juiz, com investigação de sua analítica existencial como ser-no-mundo. A filosofia servirá bem a isso, como destaca Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha (2007, p. 01):

O tema da prova processual é intrincado, recebendo de MICHELI TARUFFO a qualificação de um dos mais complicados da teoria do processo. E assim o é porque seus domínios não se limitam ao âmbito exclusivamente processual, mas se projetam para a seara da filosofia, porquanto, a par da problemática propriamente processual que envolve, mantém íntima conexão com o conceito de verdade e questões a ela conexas, como a própria possibilidade de alcançá-la, deslocando-nos para o âmbito da teoria do conhecimento.

Para isso, utilizarei o pressuposto filosófico propalado por Martin Heidegger, quem, em seu livro “Ser e Tempo”, datado de 1927, veicula a pergunta fundamental sobre o sentido do ser (CUNHA, 2014, p. 74). A esse respeito, é de ser dito que Heidegger, promovendo um “giro ontológico-hermenêutico”, rompeu “com as preocupações objetivistas de Schleiermacher e Dilthey” (PEREIRA, 2006, p. 16), substituindo “a ontologia da coisa pela ontologia da compreensão” (ABBOUD, CARNIO, OLIVEIRA, 2014, p. 409), porque fixou a compreensão na analítica existencial do Dasein (o homem²¹), deixando de caracterizar a mesma (a compreensão) como uma propriedade do processo hermenêutico, para radicá-la (a compreensão) como um próprio existencial humano. Melhor explicitando essa mudança paradigmática, escreve Cunha (2014, p. 125-126):

Assim, haverá na hermenêutica heideggeriana uma inversão radical do papel da interpretação tradicional, que nos permite falar em um giro hermenêutico. É que ordinariamente vemos a necessidade de interpretação quando estamos diante do não compreendido, a fim de que a compreensão se instale sobre ele. É o caso, por exemplo, da tradição herdada de Schleiermacher quando, afirmando a universalização do não compreendido no discurso, assevera que daí decorre a necessidade de interpretação. É, pois, a interpretação algo que permite a compreensão. Em Heidegger teremos exatamente o contrário, já que o Dasein, sendo-no-mundo, já está sempre em certa abertura que o põe na compreensão, cabendo à interpretação explicitá-la, tornando, o útil transparente em seu “para” (isso ou aquilo).

Isso significa dizer que na filosofia heideggeriana o indivíduo é representado pelo Dasein, como um ente privilegiado, já que é o único que tem “existência”, e dotado da capacidade de transcender os demais entes intramundanos e desvelar seus respectivos sentidos²². Trata-se,

²¹ Correlação ratificada por Rodolfo Viana Pereira (2006, p. 16).

²² Heidegger, intencionado a promover uma alteração substancial na filosofia que lhe antecedia, no desenvolvimento de sua teoria acabou por eliminar os referenciais linguísticos até então vigentes sobre o sujeito

para Heidegger, do “privilégio ôntico-ontológico”, pois “um privilégio ôntico – entre todos os entes apenas nós existimos; e um privilégio ontológico – de todos os entes somos os únicos que, em seu modo-de-ser, compreendem o ser” (ABBOUD, CARNIO, OLIVEIRA, 2014, p. 414).

Por isso é que Heidegger nega a verdade proposicional na relação entre sujeito-objeto, como correspondência da adequação do intelecto à coisa, própria da tradição filosófica desde Descartes, substituindo ela, a verdade proposicional, por um entendimento de que sujeito e objeto, no momento cognitivo da compreensão, se fundem, eis que inexistente uma ponte metafísica na consciência que ligue os mesmos. Assim, o desvelar do sentido do ser do ente pressupõe o Dasein “estar-junto-a”, como se fossem somente um. Nas palavras de Cunha (2014, p. 77):

Retomando no rumo em direção à verdade, percebemos que a relação sujeito-objeto, conquanto não possa ser suprimida, deve ser revista, no sentido de que ela não poderia ser assumida como a origem da verdade, mas como derivação dela. A verdade deve ser buscada em algo mais originário, posto que, como vimos, para que algum enunciado seja feito em relação a um objeto, necessário primeiro que o sujeito já o tenha tocado por estar junto a ele. Somente assim poderíamos fazer alguma predicação adequada em relação a ele.

Ademais, nessa relação do Dasein com os entes intramundanos, esses não são diagnosticados como “simples presença”. Muito pelo contrário. Na relação entre sujeito e objeto, a possibilidade de compreensão do Dasein acerca do ente sempre se antecipa ao desvelamento do seu ser. E mais, tal busca é marcada por uma instrumentalidade, pela utilidade do ente à vida humana. Descreve Cunha (2014, p. 221) que: “Heidegger tem algo muito interessante em sua filosofia, que é uma visão de mundo em que os entes comparecem não apenas como entidades simplesmente presentes e que podem ser descritas, mas, sobretudo, no modo de úteis, de entes que são para alguma coisa”. Exemplifico a partir da facticidade: quando o indivíduo se defronta a um rio, esse objeto, lhe denota várias possibilidades, segundo sua preleção. Serve ao jovem nadar. Serve à lavadeira para lavar suas roupas sujas. Serve à criança para se banhar. E serve ao homem sedento para saciar sua sede.

Destarte, o Dasein detém nessa empreitada heideggeriana uma “abertura existencial”. Ele é “ser-no-mundo”. Ou seja, na procura do sentido do ser do ente o Dasein dispõe de intimidade

e sobre o objeto, para apresentar o seu conceito de ente, diferenciando o homem como o Dasein, e todos os outros objetos, ainda que imaginários, como entes intramundanos, sobre os quais se debruça o Dasein para desvelar o sentido de seu ser.

com uma totalidade de significantes (“haver prévio”), proporcionando essas possibilidades uma certa compreensão (“visão prévia”), sobre as quais a interpretação irá se desenvolver (“conceituação prévia”). Logo, a estrutura da compreensão para a interpretação constitui um “círculo hermenêutico”²³, eis que “toda compreensão de algo se dá dentro de uma estrutura prévia em que eu já tenho certa intimidade com aquele ente que pretendo conhecer, isso conectado a uma visão prévia e a uma conceituação prévia” (CUNHA, 2014, p. 223).

Face a isso, a compreensão do Dasein assume um caráter hermenêutico, porque se coloca como condição de possibilidade para toda e qualquer interpretação. Nesse diapasão, a compreensão não é o produto da interpretação. Ao revés, a compreensão antecede a interpretação, sendo aquela quem fornece as condições de possibilidade para essa. No arremate de Cunha (2014, p. 218): “Esse salto da visão da compreensão como resultado de um método para uma estrutura ontológica do próprio ser humano propiciou o desenvolvimento da denominada hermenêutica filosófica”.

É por essa razão que Gadamer, no desenvolvimento de sua hermenêutica filosófica, se apropriou da compreensão heideggeriana como um existencial humano, e do círculo hermenêutico heideggeriano decorrente da inserção do indivíduo em uma historicidade. Entrementes, Gadamer continuou seu projeto de desenvolvimento das estruturas fundamentais e indissociáveis da compreensão, as interligando ao concreto, dando lume à *applicatio*. Consectariamente, a *applicatio* gadameriana, por sua vez, foi incorporada por Müller para a defesa da hermenêutica como concretização normativa. Direito e fato são assim cooriginários à interpretação, aplicação e decisão judicial.

Com o pressuposto filosófico da analítica existencial do Dasein de Heidegger, a reabilitação dos preconceitos contidos nas máximas de experiência na valoração probatória interliga o fluxo histórico que é compartilhado intersubjetivamente pela força da tradição sobre as pré-compreensões de uma maneira geral de tudo aquilo que é posto à interpretação, incluindo, no Direito, a prova no processo, ao fluxo existencial do juiz como ser-no-mundo, que tudo isso conhece, independentemente de qualquer tipo de padrão normativo prévio.

²³ Não como aquele idealizado por Schleiermacher e traduzido em um movimento sistematicamente concêntrico (da parte para o todo e vice-versa) de revelação do sentido da intenção do autor do texto.

Por ser um elemento componente próprio do existencial humano, a utilização das máximas de experiência na valoração probatória, pelo uso de padrões extranormativos, não viola em nada a segurança jurídica. Procede a assertiva, posto que se conhecidos são os preconceitos reabilitados pelas máximas de experiência, dada a sua presença no fluxo histórico em que todos estão incluídos, sendo sua percepção decorrente da existencialidade do juiz, pelo livre convencimento motivado haverá espaço hermenêutico para a sua utilização na reconhecimento sobre a prova no processo.

4.2 DA INSUPERABILIDADE DA UTILIZAÇÃO DAS MÁXIMAS DE EXPERIÊNCIA NA RECOGNIÇÃO SOBRE A PROVA NO PROCESSO.

Com essas afirmações alhures pode-se denotar que falacioso é o dogma da subjetividade quando da reconhecimento sobre a prova no processo, que implica no entendimento de que quando o juiz valora a prova deve ele se abster de seus pré-conceitos, porque não pode carregar consigo sua subjetividade nesse ato decisório. Isto porque, é impossível o julgador se fragmentar de suas pré-compreensões no ato da interpretação, aplicação e decisão jurídica do litígio. Isto pois, toda interpretação é realizada no curso de uma tradição, motivo pelo qual, ao revés, as pré-compreensões plasmadas nos preconceitos se apresentam como condição de possibilidade para a hermenêutica jurídica na reconhecimento sobre a prova no processo.

É assim quando no processo o juiz se defronta com a hipótese de valoração de uma prova direta, como aquela frontalmente relacionada com o fato probando, dando-lhe credibilidade para suficientemente comprovar o enunciado descritivo afirmado no litígio pela parte. Ou ainda na valoração de uma prova indireta, referente não ao fato probando em si, mas a um fato circunstancial ligado àquele, e assim o julgador poder concluir pela aptidão dessa prova indireta para comprovar o fato principal, segundo a sua confiabilidade ou concordância com outros elementos de prova assessórios contidos no processo. Sobre a diferenciação entre prova direta e indireta, ensina Humberto Theodoro Júnior (2003, p. 377):

Com relação aos fatos, a prova pode ser direta ou indireta. Direta é aquela que demonstra a existência do próprio fato narrado nos autos. Indireta, a que evidencia um outro fato, do qual, o raciocínio lógico se chega a uma conclusão a respeito dos fatos dos autos. É o que se denomina também prova indiciária ou por presunção.

Isso ocorre em todas as searas do Direito. Com essa assertiva quero chamar a atenção à pretensão de universalidade processual e constitucional da Dissertação aqui apresentada. Por exemplo, no crime do artigo 129, §9º, do Código Penal, que trata da lesão corporal qualificada pela circunstância de sua prática no ambiente das relações domésticas, há muito tempo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entoa²⁴ que “nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica, a palavra da vítima possui especial relevância, uma vez que são cometidos, em sua grande maioria, às escondidas, sem a presença de testemunhas”²⁵.

Porque compartilhamos todos a compreensão nesse mundo de que o crime de violência doméstica é cometido entre “quatro paredes”, e que a rigor, não existe testemunha ocular da sua prática, como também compartilhamos todos a compreensão que existe superioridade física do homem em relação à mulher, também aceitamos a preconceção de que “a palavra da vítima” como prova direta do fato criminoso detém credibilidade para a sua comprovação.

Da mesma maneira, na área do Direito Civil, em demandas que revolvam a responsabilidade civil proveniente de colisão entre veículos no trânsito, em que está determinado no artigo 927 do Código Civil que “aquele que, por ato ilícito [...], causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, a jurisprudência nacional pré-compreende que o depoimento pessoal dos condutores no processo a respeito da culpa pelo acidente deve ser valorado com reservas, porque oriundo de partes parciais, com interesse no desfecho do litígio em seu favor²⁶.

Já em relação à prova indireta e sua aptidão para comprovar o fato probando, no âmbito do Direito do Trabalho está previsto no artigo 74, §2º, da Consolidação das Leis Trabalhistas que: “Para os estabelecimentos com mais de 20 (vinte) trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico”. Destarte, empresas com mais de vinte empregados têm obrigação jurídica de manter “controle de ponto” do horário de ingresso e de término da jornada de serviço de seus empregados.

²⁴ E, dada a plenipotenciariade de seu status institucional de uniformização da jurisprudência infraconstitucional nacional (artigo 105, inciso III, alínea “c”, da Constituição Federal), assim, se repetindo nos demais juízos e tribunais pátrios.

²⁵ AgRg no HC 496.973/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 13/05/2019.

²⁶ TJES, Classe: Apelação, 003060016403, Relator: JOSENER VAREJÃO TAVARES - Relator Substituto Designado: ELISABETH LORDES, Órgão julgador: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 27/01/2009, Data da Publicação no Diário: 17/02/2009.

Em face disso, em demandas trabalhistas cujo pedido revolve o pagamento de “horas extras” trabalhadas, como aquelas em quantitativo superior à jornada de serviço contratada do empregado pelo empregador, haja vista a repetibilidade maciça desses processos que refletem a dinâmica da relação de emprego nas empresas de médio e grande porte, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula nº 338 de sua jurisprudência, com a seguinte redação:

JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 234 e 306 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula nº 338 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex-OJ nº 234 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir. (ex-OJ nº 306 da SBDI-1 - DJ 11.08.2003)

Pelo conteúdo da Súmula nº 338: a) a não apresentação em juízo do controle de ponto implica a presunção da prestação de horas extras; b) a uniformidade do preenchimento de entrada e saída do empregado do serviço no controle de ponto provoca a presunção da prestação de horas extras. Sendo assim, pelo fato indiciário ligado ao controle de ponto, dedutivamente é concluído o fato principal, relacionado ao trabalho em horas extras.

Na mesma trilha, na seara Previdenciária, o Superior Tribunal de Justiça reiteradamente reproduz o mantra de que:

[...] Deve se ter em mente que a condição de rurícola da mulher funciona como extensão da qualidade de segurado especial do marido. Se o marido desempenhava trabalho no meio rural, em regime de economia domiciliar, há a presunção de que a mulher também o fez, em razão das características da atividade - trabalho em família, em prol de sua subsistência. [...]

(AR 4.060/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/09/2016, DJe 04/10/2016)

Destarte, nas contendas de aposentadoria rural, na exegese do artigo 48 da Lei nº 8.213/91, para fins de comprovação de tempo de carência de trabalho no campo, pela prova indireta da condição de rurícola do cônjuge consorte, e em decorrência do conhecimento geral do funcionamento da economia domiciliar no campo, infere-se também a condição de rurícola do cônjuge virago. Isto é solvido pelo aforismo: Mulher de rurícola, rurícola é.

Assim, quando o julgador na sua fundamentação expõe os motivos pelos quais concedeu credibilidade à prova direta e outorgou aptidão à prova indireta para, em ambos os casos, “ter como verdadeiras” as questões de fato deduzidas no processo, na luta entre as partes, serve-se ele exatamente de uma racionalidade não positivada, mas extraída de padrões extranormativos, oriundos do senso comum, entendido esse por Luciano Picoli Gagno, na contextualização do juiz como ser-no-mundo, como o “patrimônio cultural médio e os costumes da sociedade em que ele exerce a sua atividade jurisdicional, que irão variar conforme o local e o tempo em que se dê esse exercício” (GAGNO, 2015, p. 166).

Pelo que tal senso comum é transladado formalmente para o processo pela via autorizativa legal da utilização das máximas de experiência na avaliação probatória. Ou seja, a habilitação das máximas de experiência no processo é uma via de racionalização do senso comum (SILVESTRE, 2009, p. 28). Nesse sentido, diz Gilberto Fachetti Silvestre (2009, p. 75) “que as máximas de experiência são empregadas como um instrumento oferecido pelo direito” para a reconhecimento sobre a prova no processo. Pelo que, “pensar em máximas de experiência é pensar em justiça no caso concreto a partir de uma verdade processual provável” (SILVESTRE, 2009, p. 75).

Dita disposição normativa encontra-se atualmente cristalizada no artigo 375 do Código de Processo Civil, com a seguinte redação: “O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial”. Além de já estar positivada na Consolidação das Leis do Trabalho²⁷, no Código de Defesa do Consumidor²⁸ e na Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais²⁹. Logo, admissão da utilização das máximas de experiência na reconhecimento sobre a prova no processo aplica-se a todas as áreas do direito processual.

²⁷ Decreto-Lei nº 5.452/43:

Art. 852-D. O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.

²⁸ Lei nº 8.078/90:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

²⁹ Lei nº 9.099/95:

Art. 5º O Juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.

4.2.1 Do conceito, das espécies, das funções e das diferenciações das máximas de experiência na avaliação probatória.

Por conseguinte, com o limite no tempo e lugar, eis que contingenciais, conceitualmente as máximas de experiência “refletem o reiterado perpassar de uma série de acontecimentos semelhantes, autorizando, mediante raciocínio indutivo, a convicção de que, se assim costumam apresentar-se as coisas, também assim, devem elas, em igualdade de circunstâncias, apresentar-se no futuro” (DIDIER JÚNIOR, BRAGA, e OLIVEIRA, 2008, p. 54). Nessa toada, pelas máximas de experiência, o juiz, por meio de um raciocínio indutivo, acaba por estabelecer uma presunção judicial em torno da provável ocorrência do fato probando, que tem produto final igual à presunção legal, somente se diversificando dessa em relação à sua fonte de origem. Desse modo, pelas máximas de experiência dar-se-á lume à “prova *prima facie*”. Sobre esse conceito, pontificam Didier Júnior, Braga, e Oliveira (2008, p. 65-66):

Prova *prima facie*, também chamada de prova de primeira aparência ou por verossimilhança, é o resultado de uma presunção judicial (atividade mental) que se constrói a partir da experiência de vida, à do que normalmente acontece. É aquela que se constrói a partir de um raciocínio judicial arrimado em regras de experiência.

Por isso, “toda prova, ainda que direta, exige a elaboração de uma máxima experiência, que permita chegar a uma conclusão presumida” (GAGNO, 2015, p. 161). Exemplificando essa metódica para valoração da prova testemunhal como prova não tarifária obtempera Greco (2004, p. 238):

Na avaliação dessas provas quando contraditórias, o julgador faz muitas escolhas, dando mais crédito ao depoimento deste ou daquele, por exemplo. Essas escolhas, embora racionais, são também indutivas, baseadas fundamentalmente nas máximas de experiência e no senso comum.

A presunção é o resultado (no caso, judicial) decorrente da utilização da máxima de experiência na valoração probatória, para aferir em cognição se a prova tem credibilidade ou aptidão para comprovar o enunciado descritivo deduzido pelas partes no processo. Logo, a utilização das máximas de experiência na valoração da prova incidem tanto sobre a prova diretamente relacionada ao fato probando, como sobre aquela indiretamente referenciada ao mesmo. E é somente nessa última hipótese, da prova indireta, naturalmente indiciária como “toda circunstância de fato de qual se extrai a convicção do fato principal” (RODRIGUES,

2010, p. 237), que há a valoração por presunção do próprio indício. Dita afirmação autoriza na recongnição sobre a prova no processo a utilização da “presunção da presunção”, porque o indício proveniente da prova indireta permite a presunção por dedução da ocorrência do fato principal (sendo o indício o substrato físico dessa presunção), e essa decisão a esse respeito perpassa pelo reconhecimento da aptidão do indício para provar o fato principal, extraída indutivamente das máximas de experiência (sendo o mundo cognitivo contido na linguagem o fundamento dessa presunção). Bem explicita essa questão específica Gagno (2015, p. 163-164):

Tal entendimento, também compartilhado por Taruffo, parece racional, todavia, o mesmo deve considerar a seguinte constatação: a utilização de máximas de experiência se dá de uma forma no caso de provas diretas, onde ela funciona apenas para concluir sobre a credibilidade da prova, que a partir daí, demonstra por si só a ocorrência do fato principal, ou seja, a causa de pedir, e de outra forma no caso de prova indireta, onde o seu emprego serve não para se concluir sobre a credibilidade da prova, mas sobre a ocorrência do principal, através do fato secundário comprova. Por isso é que, na primeira hipótese, tanto a máxima de experiência utilizada, como a premissa menor do silogismo elaborado, ou seja, a proposição sintetizada do caso concreto, focam-se na idoneidade da prova que se julga crível ou não, enquanto na segunda hipótese, a regra de experiência e a premissa menor têm sua atenção voltada para o fato demonstrado (premissa menor) e àquele que se pretende demonstrar (regra de experiência), conforme dito no tópico acima.

Assim sendo, o fato das provas diretas também demandarem a realização de um exame sobre a sua credibilidade, fundado numa máxima de experiência, não permite que se afirme ser a testemunha indiciária uma provedora de presunções, por demandar uma presunção sobre a sua credibilidade e outra sobre a ocorrência do fato principal a partir do fato secundário por ela presenciado, pois isto seria admitir uma completa identidade entre provas diretas e indiretas, bem como entre estas e os indícios de segundo grau, o que retiraria toda utilidade da dicotomia traçada entre estas espécies de prova, sendo certo ainda, que até provas periciais e documentais devem ser submetidas a exames de atendibilidade fundado em regras de experiência, sem que se possa denominá-las de indícios de segundo grau.

Em resumo, tudo o que se quer dizer é que a presunção da presunção, ou o indício de segundo grau, não se dá quando o magistrado se utiliza de máxima de experiência, para aceitar a idoneidade de uma prova e para presumir a ocorrência do fato principal, com base na demonstração do secundário, mas sim quando o magistrado se utiliza do senso comum, para aceitar a informação velada pela prova, presumir a ocorrência de um fato secundário por ela não demonstrado e, em seguida, desta presunção alcançar outra, relativa ao fato principal, pois em caso contrário, insistisse, toda prova direta seria na verdade indireta, na medida em que exigisse uma presunção sobre fatos secundários relativos à sua credibilidade, e toda prova indireta seria um indício de segundo grau.

Insta salientar que a utilização dos preconceitos contidos nas máximas de experiência na avaliação da prova no processo somente pode incidir sobre aquelas provas concretamente produzidas em juízo. Na observação de Rodrigues (2010, p. 237): “As máximas de experiência só podem ser utilizadas com referência aos fatos e provas constantes dos autos”. Ou seja, não pode o juiz decidir segundo o seu conhecimento privado apartado da prova do processo. Nessa toada, na conclusão de Theodoro Júnior (2003, p. 379):

Embora seja livre o exame das provas, não há arbitrariedade, porque a conclusão deve ligar-se logicamente a apreciação daquilo que restou demonstrado nos autos. E o juiz não pode fugir dos meios científicos que regulam as provas e sua produção, nem tampouco às regras da lógica e da experiência.

Por essa razão, apesar das máximas de experiência e do fato notório decorrerem do conhecimento privado do juiz (SILVESTRE, 2009, p 62), haja vista as máximas de experiência se reportarem à prova do processo, essas não se confundem com os fatos notórios, que independem de prova, eis que “esses são fatos que ocorreram, e de cuja existência têm acesso, de maneira geral, as pessoas que vivem num ambiente sócio-cultural em que se acha inserido o juiz” (DIDIER JÚNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, 2008, p. 55). Para Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes e Leonardo Carneiro da Cunha (2017, p. 562): “Não deve haver confusão com os fatos notórios. Enquanto o fato notório consiste em um fato concreto específico, que é de conhecimento geral, a regra de experiência trata-se de um critério cognitivo. É uma forma de se extrair uma regra geral da experiência e não um fato”.

É fato notório que com o desastre ambiental (rompimento de barragem) que ocorreu na cidade de Brumadinho em Minas Gerais, a empresa Vale interrompeu sua atividade de exploração minerária. Assim, também por fato notório é consabido que houve a demissão de inúmeros empregados que trabalhavam na empresa Samarco, que sendo de propriedade também da Vale, manufaturava o minério de ferro extraído de Brumadinho, entre outros lugares. Conseqüentemente, por fato notório o balneário de Anchieta sofreu êxodo de moradores. Essas razões são suficientes a se deduzir em juízo ação visando reajuste do valor de aluguel de restaurante na cidade de Anchieta, visando seu reequilíbrio econômico-financeiro, posto que houve por fato notório brusca queda de potenciais consumidores. Todos esses fatos são notórios, independendo de prova no processo, porque amplamente noticiados por todos os veículos de comunicação social. Não são fatos denotativos de regularidade de acontecimentos de fatos que assim se repetem, mas sim fatos excepcionais e individuais.

De toda forma, as máximas de experiência subdividem-se em regras de experiência comum e regras de experiência técnica. Sendo aquela referente à “observação do cotidiano” (DIDIER JÚNIOR, 2008, p. 56), e essa relacionada aos “conhecimentos técnicos de acesso generalizado” (DIDIER JÚNIOR, 2008, p. 56), como os atinentes à matemática, história, geografia, artes, física, química e biologia, dentre outras disciplinas, que o juiz aprende através de sua formação educacional regular. É de conhecimento geral: que quatro dividido por

dois são dois; que o holocausto foi uma das maiores atrocidades contra os direitos humanos na história; que o globo é composto por seis continentes; que a obra Monalisa foi produzida por Leonardo Da Vinci; que a água evapora quando elevada a sua temperatura a cem graus celsius no nível do mar; que o álcool é um agente químico inflamável; e que a gestação humana perdura por nove meses.

Entretanto, dita experiência técnica, posto que não especializada, não pode substituir a produção de prova pericial, própria e necessária para o desiderato de exame, vistoria ou avaliação. Sobre a definição de prova pericial elucida Theodoro Júnior (2003, p. 428-429):

Consiste o exame na inspeção sobre coisas, pessoas ou documentos, para verificação de qualquer fato ou circunstância que tenha interessa para a solução do litígio. Vistoria é a mesma inspeção, quando realizada sobre bens imóveis. E a avaliação ou arbitramento é a apuração de valor, em dinheiro, de coisas, direitos ou obrigações em litígio.

Procede a assertiva, pois “as máximas de experiência estão num nível de objetividade, segurança e racionalidade abaixo da ciência. Por esta razão, prima-se pela prova pericial (científica) em relação ao conhecimento cultural” (SILVESTRE, 2009, p. 54). Em precedente paradigmático que ocorreu na Justiça Federal do Estado do Espírito Santo um determinado candidato em concurso público impetrou Mandado de Segurança deduzindo que na prova que realizou existia uma questão complexa de matemática sem opção para a sua resposta correta. Por ter formação em ciências exatas o Juiz Federal resolveu a questão complexa de matemática e também concluiu que, dentre as opções do item da prova, não existia resposta correta. Isto é, houve a substituição da prova pericial pela experiência técnica do juiz. Em recurso, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região anulou a sentença para determinar a realização de prova pericial, vez que na apropriação do entendimento de Didier Júnior, Braga, e Oliveira (2008, p. 65-66):

As regras da experiência técnicas devem ser de conhecimento de todos, principalmente das partes, exatamente porque são vulgarizadas; se se trata de regra de experiência técnica, de conhecimento exclusivo do magistrado, que por qualquer razão a tenha (o magistrado também tem formação em engenharia, por exemplo), torna-se indispensável a realização da perícia.

Por fim, ingressam as máximas de experiência no auxílio à revelação do significado dos conceitos jurídicos indeterminados, como aquelas palavras contidas usualmente³⁰ na Lei, de

³⁰A técnica legislativa de inclusão na lei de conceitos jurídicos indeterminados é extremamente saudável, pois não há como o legislador antever todas as possíveis ocorrências do cotidiano, aptas a ingressarem no correspondente normativo trazido pela regra, de modo que, para acompanhamento da constante mudança da

sentido e alcance altamente vagos, relacionadas ao seu âmbito normativo, implicando sua presença no texto legal em lacuna ontológica do Direito (DIDIER JÚNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, 2008, p. 55). Assim, por ser a incompletude do Direito resolvida de maneira concreta, a lacuna é apenas sanada no exercício da jurisdição, valendo-se o julgador daquilo que conhece do mundo da vida, para extrair dele o significado do conceito jurídico indeterminado, dentro do plexo de pré-compreensões pré-definidas pela ciência jurídica (legislação, doutrina e jurisprudência) e pelo senso comum a seu respeito.

Hipotética e exemplificativamente é a definição do sentido e alcance do conceito jurídico indeterminado de “preço vil”, em que em uma demanda executiva, como questão incidental, é deduzida a ocorrência de fraude à execução, haja vista o executado ter promovido a venda de patrimônio seu que lhe provocou estado de insolvência civil. Vendido o bem a “preço vil”, conclui o juiz, na valoração da prova do processo, que houve fraude à execução por simulação do executado com terceiro.

Entretanto, dada a sua referência à valoração da prova, as máximas de experiência, nessa sua função metodológica, servem ao auxílio da compreensão daquilo que se refere ao mundo da vida e está contido no fato jurídico degladiado em juízo. Advertem Streck, Nunes e Cunha (2017, p. 562) que: “Especificadamente em relação ao texto normativo, este não parece fazer referência à função de preenchimento de enunciados normativos das máximas de experiência, mas tão somente aos raciocínios relativos às questões fáticas”. Ou seja, a colaboração das máximas de experiência para o preenchimento do conteúdo semântico dos conceitos jurídicos indeterminados visa prestar auxílio ao âmbito normativo, e não ao programa normativo do texto legal, porque esses últimos conceitos são criados pelo próprio Direito, eis que artificiais (não naturais).

4.2.2 A fundamentação da decisão judicial como lugar de aferimento da legitimidade da utilização das máximas de experiência na reconhecimento sobre a prova no processo.

A problemática que se instaura em decorrência da habilitação dos pré-conceitos contidos nas máximas de experiência para a avaliação probatória no processo é que, dada a proliferação do mito da não-subjetividade, que propaga que quando o juiz decide no livre convencimento

realidade social, o conceito jurídico indeterminado entra em ação como mecanismos de atualização e modulação da norma, para incidência diante de casos concretos.

motivado sobre a prova não pode o mesmo carregar suas pré-concepções nessa atividade, sob pecha de ser imparcial, acaba por redundar no “problema do não dito”. Isto é, as pré-compreensões sobre o mundo da vida que guiaram o juiz na valoração da prova no processo acabam por ser ocultadas da fundamentação judicial. Na percepção de Gagno (2015, p. 162): “[...] o uso das máximas de experiência é ignorado em diversos casos”.

Esse cenário descrito acima é um resquício da presença do positivismo jurídico kelseano na atual práxis judiciária. Todavia, o positivismo jurídico kelseano tramitava na sua formulação teórica entre os paradigmas do Estado liberal e Estado social. De certo, com a revolução paradigmática do Estado Democrático de Direito, e incorporação dos pressupostos filosóficos de Gadamer e de Heidegger, bem como da hermenêutica constitucional de Dworkin e de Alexy, e da concretização normativa de Müller, imperiosa é a necessidade da reabilitação dos preconceitos contidos nas máximas de experiência na valoração probatória. Os preconceitos são a condição de possibilidade para a própria compreensão da recongnição da prova no processo. As máximas de experiência são um elemento invariável para a submissão do livre convencimento motivado à racionalidade em geral.

Para tanto, também no rastro paradigmático do Estado Constitucional, dada a veiculação do dever de *accountability* por parte do juiz, é na fundamentação da decisão judicial que é plasmada a utilização das máximas de experiência na recongnição sob a prova no processo. Tal é uma via de legitimação intrínseca para as partes do processo, para identificação da apreciação por parte do juiz de todos os fundamentos relevantes deduzidos pelas partes a respeito do fato jurídico perquirido na ação. Bem como meio de legitimação extrínseca, para o controle público da linguagem utilizada pelo juiz em referência a essa utilização das máximas de experiência na valoração probatória. Dizem Streck, Nunes e Cunha (2017, p. 562):

O controle da aplicação das máximas de experiências é feito por meio da fundamentação do magistrado, que deve sempre indicar, na medida do possível, as razões pelas quais se utilizou de determinado conhecimento para julgar, além da validade da regra de experiência a que fez referência.

No paradigma do Estado Democrático de Direito, a fundamentação da decisão judicial assume o papel não somente de dar legitimidade formal ao decisum, como também serve para evidenciar sua legitimidade material. Sobre a relação entre a fundamentação da decisão

judicial e a denotação de sua legitimidade, professam Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 321):

A necessidade de a decisão estar apoiada em razões jurídicas responde à necessidade de racionalidade do discurso jurídico. Além disso, responde à finalidade de controle intersubjetivo do exercício do poder estatal pelas partes e pela sociedade em geral – e, portanto, para que exista uma administração democrática da Justiça Civil para além de um simples slogan sempre invocado e nunca explicado. Em um Estado Constitucional, a atividade interpretativa e o resultado da interpretação que têm lugar na sentença devem ser racionais. A racionalidade da sentença, porque permite o seu controle intersubjetivo, é uma das mais fundas garantias de uma Justiça Civil preocupada em fazer valer para além do simples discurso valores genuinamente democráticos e fundados na necessidade de fidelidade ao Direito.

4.2.3 Dos constrangimentos hermenêuticos a que se submetem as máximas de experiência: o horizonte da Justiça pela jurisdição constitucional.

Para que não “reapareça o perigo de que se mantenha o fechamento em uma concepção irracional e subjetiva da prova” (BELTRÁN, 2017, p. 82), imprescindível é a fixação de condições de aceitabilidade da verdade no processo. Em outras palavras, o objetivo da teoria geral da prova é “oferecer critérios para analisar a motivação das decisões judiciais em matéria de fato” (MARINONI, ARENHART e MITIEDRO, 2015, p. 260).

A esse respeito, antes de tudo, deve ser visto que o paradigma do Estado Democrático de Direito, a Constituição passa a ser o eixo gravitacional de todo o ordenamento jurídico, e sobrevêm nessa perspectiva a “filtragem constitucional do Direito”, pelo que, doravante, exige-se o compromisso democrático do magistrado de, ante a textura aberta dos princípios constitucionais e de sua eficácia cogente, no percorrimento da inevitável trajetória entre texto da Lei e norma (como o produto da atividade interpretativa do juiz), dar interpretação aos dispositivos normativos conforme a Constituição, em detrimento das múltiplas possibilidades de realização de sentido e alcance do dispositivo legal.

A contribuição do pós-positivismo de Dworkin e Alexy é nessa esteira e decorre da habilitação do valor da dignidade da pessoa humana na interpretação e na aplicação do Direito, como fonte moral direta de construção dos outros direitos fundamentais. E do cotejamento do postulado da proporcionalidade como medida referencial de Justiça dos atos do Estado em geral. Introduziu-se, nessa perspectiva, uma nova hermenêutica jurídica compatibilizada com o Estado Constitucional de Direito. Por via de consequência, os

princípios jurídicos exsurtem como critério para o aferimento da Justiça da decisão judicial. Há, desse modo, o controle axiologicamente externo do resultado da decisão judicial pela Constituição.

Por essa razão, apesar dos preconceitos contidos nas máximas de experiência estarem habilitados na valoração probatória, certo é que o juiz não pode imprimir sobre a prova suas visões irrazoáveis e desproporcionais sobre o mundo da vida, como fundamentar que, na exegese do crime de lesão corporal no âmbito das relações domésticas, tipificado no artigo 129, §9º, do Código Penal, a palavra da vítima sobre sua agressão sofrida não tem valor probatório nenhum para diretamente comprovar o fato probando, pois “mulheres não são dignas de fé de verdade no seu depoimento”. Seria esse um descrimem vedado pelos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dispostos no artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988³¹: uma exegese que viola a necessidade de interpretação conforme a Constituição.

Ou mesmo declarar sobre a prova em uma lide trabalhista que as horas extras trabalhadas por empregado em empresa que tenha no seu quadro mais de vinte trabalhadores, mas não detenha controle de ponto, não se confirmam indiretamente pela falta desse último, porque “o controle de ponto é o único meio de prova das horas extras, de modo que o trabalhador suporta o ônus de sua inexistência”, deixando de promover, ao mais que possível, a proteção de direitos sociais do trabalhador, conforme o programa normativo disposto no artigo 7º da Constituição³².

Assim, denota-se que no convencimento motivado na interpretação, aplicação e decisão do Direito a respeito da reconição sobre a prova no processo, necessária é a observância, pelo predicado da jurisdição constitucional, da realização das garantias fundamentais das partes no

³¹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

³² Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;

processo, bem como, principalmente, a atenção sobre a racionalidade decorrente do horizonte da Justiça contido na Constituição na avaliação de credibilidade da prova direta para comprovar o fato probando, ou da prova indireta ter aptidão para esse desiderato. Somente assim é que haverá harmonia entre o livre convencimento motivado e o ideário de segurança jurídica.

CONCLUSÃO.

A partir do nascimento do Estado Moderno e do constitucionalismo, na perspectiva do paradigma inicial do Estado liberal, na lógica da relação jurídica, empreendida é a migração da vontade geral contida na Lei para a deliberação coercitiva individual, fruto da decisão do Governo, por meio da judicatura de seus magistrados. Nessa práxis, dado o “Império da Lei”, o julgador era tido como o “boca da Lei”. Por conseguinte, ante o pressuposto da separação entre os poderes constituídos do Estado - Legislativo e Executivo, ao aplicar a Lei o juiz não promovia nenhuma interpretação do Direito. O papel do juiz era no máximo revelar a *mens legislatoris*.

É válido destacar que até o período da Idade Moderna, entre o fim da Idade Medieval decretado em 1453 e a Revolução Francesa ocorrida em 1789, no fim do Medievo em diante a valoração da prova por parte do juiz seguia o sistema legal de provas, como um método tarifário, de preponderância positivada de um dado meio de prova genérico sobre outro previsto em Lei, ou seja, uma escala hierarquizada da prova.

Nessa perspectiva, as máximas de experiência, como aquele produto do conhecimento do juiz por sua inserção em vida em comunidade, eram admitidas na valoração da prova apenas quando figuravam como máximas de experiência em forma de Lei. Não havia nesse período qualquer espaço para a discricionariedade judicial na interpretação e aplicação do Direito. Garantida, assim, estaria a segurança jurídica, como legítima expectativa de aplicação da Lei editada pelo Parlamento: o representante supremo do povo.

Entrementes, no curso da Idade Moderna, o Iluminismo lançou luzes de fé absoluta na razão humana, crendo na sua infalibilidade, motivo pelo qual o critério tarifário da prova legal foi substituído pelo critério da convicção íntima na valoração probatória, de modo que o juiz despreendeu-se das amarras legais para a revelação da verdade sobre os fatos no processo, passando a realizar essa construção fática de maneira livre.

Por esse exposto, em uma guinada entre extremos, as máximas de experiência do julgador é habilitada na valoração da prova, podendo, inclusive, essa impressão pessoal do juiz sobre o mundo da vida, e, por via de consequência, sobre os fatos deduzidos no processo, substituir a

própria prova colhida no litígio. Todavia, essa perspectiva de valoração livre da prova por parte do juiz instaurou uma crise de insegurança jurídica.

Insta salientar que, com o advento do Estado social de Direito a compreensão sobre a jurisdição do Estado, como o poder de dizer o Direito frente ao conflito em concreto, sofreu uma mutação guiada pelo axioma da “justiça social” patrocinada pelo Estado. Destarte, sobrevém a carência de uma nova hermenêutica jurídica, que se serve de métodos semânticos voltados à extração do sentido e alcance da *mens legis*. Migrou-se, agora, de uma cultura formalista para uma cultura racionalista. A partir desse enfoque, a jurisdição necessita da produção do axioma da Justiça. Logo, vem a lume, na avaliação probatória, o sistema do livre convencimento motivado, segundo a prova documentada no processo. Por via de consequência, o sistema do livre convencimento motivado é guiado pela persuasão racional, posto que limitado pelo critério da prova legal, como também pelas máximas de experiência.

Outrossim, no Estado social, dada a sua acepção legalista, eram os métodos hermenêuticos sobre a exegese legal que proporcionavam a objetividade do juiz na interpretação, aplicação e decisão sobre o Direito. Logo, apesar de não mais necessariamente positivadas como no critério tarifário da prova legal vigente no paradigma do Estado liberal, as máximas de experiência, para assim serem utilizadas pelo juiz, necessitavam, previamente, por segurança jurídica, de seu reconhecimento pela ciência do Direito. Destarte, no Estado social, as máximas de experiência decorriam de padrões normativos ainda.

Cumprе mencionar que a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen se afigurou como modelo normativo sintonizado com o paradigma do Estado social. Isto pois, na sua interpretação jurídica, a doutrina kelseana se afastou do ultralegalismo do Estado liberal, e de sua crença proveniente da escola da Exegese de que texto de Lei e norma se equiparavam. Para Kelsen norma é o produto da atividade do juiz na interpretação do Direito. É o juiz quem constitui, individualmente, tanto o Direito quanto o fato na hermenêutica jurídica. Nesse diapasão, Kelsen idealiza no seu positivismo jurídico, como teoria semântica do Direito, que é papel da ciência jurídica, interpretar o texto da Lei, e a partir do mesmo, por meio dos métodos hermenêuticos tradicionais, como o gramatical, teleológico, histórico e sistemático, promover a exploração dos limites de possibilidade do texto da Lei, de maneira abstrata.

Por sua vez, a partir do conhecimento desse plexo de limites semânticos do texto legal ofertados pela doutrina, como um “quadro de molduras”, em ato de vontade, competente ao juiz, como intérprete autêntico do Direito, segundo seu livre arbítrio, eger como significado do texto legal algum daqueles possíveis significantes contidos no “quadro de molduras”. Promovendo tal eleição de sentido e alcance do texto da Lei, de maneira abstrata, o juiz, em ato de cognição fracionária, aplica posteriormente o mesmo, utilizando-se, para tanto, do método da subsunção. Por isso, a teoria kelseana no Direito se situa no raio paradigmático do Estado social. Eis que é uma doutrina legalista.

Nesse ínterim, no Estado social houve a compreensão de que não basta, para a realização de Justiça, a garantia formal de igualdade entre as partes no litígio prevista na Lei, devendo o magistrado salvaguardar a presença de igualdade real entre as partes na contenda. Nessa visada, o juiz está impelido a realizar o encontro com a verdade real. Para isso pode produzir prova de ofício. Ocorre que, o processo é limitado no tempo. Logo, a produção de prova não retroage como que em um ciclo contínuo e inacabado. Em contrapartida, a verdade é infinita. Consequentemente, a infinitude da verdade não se compatibiliza com a finitude do processo, sendo o mito da verdade real uma tautologia.

Consciente dessa aporia acima, no positivismo jurídico kelseano é o magistrado quem cria o fato por decisão. Ele o fixa formalmente. Nessa esteira, formou-se um novo ambiente teórico para, na procura da verdade sobre o acontecimento histórico apresentado pelas partes no processo, a busca pela verdade real ser substituída pela fixação da verdade formal. Entretanto, a verdade formal acaba por ser uma “ficção da verdade”. Essa é a razão pela qual é necessária uma nova revolução paradigmática, que guie de maneira mais originária o reencontro da verdade no processo, com a recuperação do concreto na hermenêutica jurídica, e pela fixação de um nexu instrumental de controle axiologicamente externo da (re)construção dos fatos na decisão judicial.

Somente após o resultado catastrófico da Segunda Guerra Mundial (finda em 1945) é que a consciência jurídica ocidental se debruçou melhor sobre a imperiosa necessidade da constitucionalização do Direito, permitindo a infiltração de valores diversos na interpretação e aplicação do Direito, voltada à incolumidade, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana. Implementou-se, a partir de então, a compreensão de Hans Kelsen em torno de ser a Corte Constitucional a guardiã da Constituição. Acaso inconstitucional for a Lei ou o ato

administrativo, lança-se a possibilidade de sua “invalidade” pela jurisdição constitucional, e então, a extinção dos efeitos jurídicos diretamente decorrente deles.

Migrou-se, assim, do *status quo* da supremacia da Lei para a supremacia da Constituição, florescendo um novo paradigma jurídico: o Estado Constitucional de Direito. Por via de consequência, a Constituição passa a ser o eixo gravitacional de todo o ordenamento jurídico, e sobrevêm nessa perspectiva a “filtragem constitucional do Direito”, pelo que, doravante, exige-se o compromisso democrático do magistrado de, ante a textura aberta dos princípios constitucionais e de sua eficácia cogente, no percorrimto da inevitável trajetória entre texto da Lei e norma (como o produto da atividade interpretativa do juiz), dar interpretação aos dispositivos normativos conforme a Constituição, em detrimento das múltiplas possibilidades de realização de sentido e alcance do dispositivo legal.

Consectariamente, exige-se no Estado Democrático de Direito uma nova hermenêutica jurídica que perpassa pela superação do modelo do positivismo jurídico kelseano. Nesse diapasão, servem os pressupostos teóricos dos pós-positivistas Ronald Dworkin e Robert Alexy. Isso porque, tendo Dworkin se engajado na luta contra o positivismo jurídico, este elegeu Hebert Hart para dirigir suas críticas, dado o expreso reconhecimento por Hart de que a interpretação jurídica dos “casos difíceis” é realizada discricionariamente por parte do juiz, em vista das aporias da linguagem (vagueza, ambiguidade e porosidade) contidas no texto da Lei. Se discricionária é a interpretação jurídica, e o Direito é produzido somente após a decisão judicial, Dworkin diagnostica que essa constatação implica em um estado de insegurança jurídica.

Em contrapartida, Dworkin defende que, na verdade, a interpretação judicial deve ser decidida por uma “questão de princípio”, cumprindo ao “juiz Hércules” a onisciência da “prática social” (contida na Legislação e na jurisprudência) para dela extrair o princípio jurídico a regular o caso concreto, mas, por segurança jurídica, como um “romance em cadeia”, com coerência à história dessa prática social que antecede o ato de interpretação do magistrado. Diferentemente de Kelsen, Dworkin acredita na presença da resposta circunstancialmente correta na hermenêutica jurídica.

Por sua vez, haja vista que Dworkin desenvolve seu conceito de Direito como integridade no seio do sistema jurídico da *common law*, para melhor compatibilidade com o sistema jurídico brasileiro da *civil law*, é que os fundamentos da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert

Alexy são mais férteis, vez que seu desenvolvimento pela análise da jurisprudência da Corte Constitucional Federal Alemã sobreveio após a edição Lei Fundamental de Bonn de 1949 (a Constituição alemã) que, tal como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é de natureza analítica, continua, então, um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, dotados todos de juridicidade, não somente como a capacidade de serem reclamados no juízo, mas também por exercer suas funções diversificadas para a hermenêutica jurídica.

Por via de consequência, Alexy qualifica os direitos e garantias fundamentais como princípios, e os difere das regras, dada a sua diferença qualitativa, em que os princípios são “mandados de otimização” que se realizam ao mais que possível de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas dos princípios outros que lhe são inflexivelmente colidentes. Nessa esteira, Alexy adverte que não serve o método da subsunção para a sua solução da colisão entre princípios, seja de que natureza for, razão essa pela qual desenvolve a Lei do Balanceamento, como uma teoria normativa que veicula o conceito de Direito à Moral, com pretensão de correção por essa para a promoção de Justiça no exercício da jurisdição.

A contribuição do pós-positivismo de Dworkin e Alexy decorre da habilitação do valor da dignidade da pessoa humana na interpretação e na aplicação do Direito, como fonte moral direta de construção dos outros direitos fundamentais. E do cotejamento do postulado da proporcionalidade como medida referencial de Justiça dos atos do Estado em geral. Introduziu-se, nessa perspectiva, uma nova hermenêutica jurídica compatibilizada com o Estado Constitucional de Direito. Por via de consequência, os princípios jurídicos exsurgem como critério para o aferimento da Justiça da decisão judicial. Há, desse modo, o controle axiologicamente externo do resultado da decisão judicial pela Constituição.

Em contrapartida, ainda persiste nessa senda a necessidade de um novo pressuposto filosófico para a hermenêutica jurídica que proporcione o seu reencontro com o concreto. Esse será a hermenêutica filosófica de Gadamer, posto essa tem a potencialidade de suplantar o pensamento do positivismo jurídico de que a Lei, como uma entidade metafísica, carrega consigo um sentido unívoco, motivo pelo qual, primeiro o juiz a interpreta, utilizando-se dos métodos semânticos; e depois aplica esse sentido unívoco de maneira dedutiva pelo processo subsuntivo de enquadramento da norma ao fato, exorcizando a diversidade do caso concreto.

Para Gadamer, interpretação, aplicação e decisão no Direito perpassam por um ato cognitivo único denominado “compreensão”, em que o concreto, no exercício da jurisdição, passa a ser cooriginário ao texto da Lei, interligando-se ao mesmo os preconceitos contidos no horizonte histórico em que está inserido o intérprete, desenhados no âmbito da “linguisticidade” pela ciência do Direito, compelindo estes o juiz na “fusão de horizontes”, na relação entre os preconceitos como “haver prévio” e da subjetividade do juiz como a “visão prévia”, proporcionar o concreto a interrogação do juiz sobre o verdadeiro sentido e alcance da Lei como em uma “espiral hermenêutica”.

E mais, por Gadamer habilitar os preconceitos na hermenêutica filosófica, rompendo com o mito da não-subjetividade e sua crença no método para revelação do conhecimento de modo geral, ante a inserção do sujeito intérprete no fluxo da história, em que a força da tradição lhe constrange não compulsoriamente, mas sim como sentimento de pertença, é de se reconhecer por esse pressuposto filosófico que não podem as máximas de experiência na valoração da prova no processo estar contidas exclusivamente na razão instrumental oriunda da ciência do Direito, como no positivismo jurídico.

Sendo assim, por essa visada, pode-se concluir que as máximas de experiência subsistem independentemente de seu padrão normativo, decorrendo as mesmas do horizonte histórico, em que no ambiente do processo a prova produzida e submetida à reconhecimento como um signo da realidade desde sempre já significa algo ao juiz intérprete. São, assim, padrões extranormativos, contidos na tradição histórica. Isso não implica em violação à segurança jurídica. Ao revés, proporciona a recuperação da “humanidade” na valoração da prova no processo, de acordo com a recuperação do concreto, e não sua virtualização, como no positivismo jurídico.

Por se apropriar da *applicatio* gadameriana no desenvolvimento de sua Teoria Estruturante do Direito, Friedrich Müller, além de promover o reconhecimento do pressuposto da jurisdição constitucional e das funções que emanam da força normativa da Constituição, reúne a linguisticidade do “programa normativo” e do “âmbito normativo” do dispositivo legal, e os intercala com o concreto, declarando a cooriginaridade de todos esses elementos para a interpretação, aplicação e decisão jurídica (MÜLLER, 2000, p. 57). Assim, a “concretização normativa” de Müller é apta para o desenvolvimento de uma metódica que proporcione, na valoração da prova, o encontro mais originário com a verdade, pelo estabelecimento de um

nexo instrumental entre a prova produzida dentro do processo e a verdade sobre o acontecimento histórico que lhe é axiologicamente externo.

Sendo assim, o pós-positivismo (representado por Friedrich Müller) no diapasão do Estado Constitucional de Direito forneceu condições de possibilidade para o entendimento de que no processo as questões de direito e de fato são cooriginárias à hermenêutica jurídica. Nesse viés, direito e fato são um único elemento: o fato jurídico. E a interpretação, aplicação e decisão jurídica são realizadas no processo em um único ato cognitivo denominado de compreensão. Nessa visada pós-positivista o juiz fundamenta decidindo por meio da interrogação da prova do processo, como que em uma “espiral hermenêutica”, e não decide para depois fundamentar sua decisão como na subsunção que proporciona a abstração no Direito.

Com essa recuperação do concreto sobressai o encontro com a equidade para que a decisão judicial direcione o seu resultado para o horizonte da Justiça, pela sua compatibilidade axiológica com a entrega de uma resposta constitucionalmente adequada. Para esse desiderato serve o recorte metodológico promovido por Dworking e Alexy, divisando regras e princípios qualitativamente, editando que o juiz, inflexivelmente, decide por “princípios”, dada a juridicidade dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição. Há, por essa visada, o controle do resultado de legitimidade da decisão judicial.

Dessa maneira, considerando que a reconstrução do fato jurídico descrito no enunciado descritivo deduzido pelas partes no processo e assim reconhecido pelo juiz por meio de um enunciado declarativo em referência a prova a esse respeito é realizado no âmbito da linguagem, a prova acaba por ser um signo de representação da realidade, no âmbito da estrutura do conhecimento contida na filosofia da linguagem, onde o juiz, que detém o poder da jurisdição, pelo livre convencimento motivado, faz a valoração da prova dentro do âmbito de significantes que o signo da prova produzida pode transportar à sua consciência, de modo que, com subjetividade invariável, elege o magistrado o significado que quer atribuir ao signo da prova posta à sua apreciação.

Nessa perspectiva, há o reconhecimento de um ambiente no processo para a reabilitação dos preconceitos contidos nas máximas de experiência na avaliação da prova, pelo que essa, como signo representativo do enunciado descritivo, por si mesma, já refere ao juiz intérprete um conjunto de significantes que conduzem ao enunciado declarativo sobre a prova, com o juízo

de sua credibilidade ou aptidão de provar o fato probando, a partir de padrões extranormativos que proporcionam a compreensão prévia para a sua valoração.

Por isso, a recuperação do concreto por meio da prova produzida no processo é cooriginária à hermenêutica jurídica para a valoração da prova. Somente assim é que é possível o encontro com a verdade no processo de maneira mais genuína. A prova no processo, então, delimita de maneira formal o encontro da verdade em juízo, ainda que no ambiente da estrutura da linguagem. Essa maneira formal de se alcançar a verdade no processo não é como aquela verdade formal suficiente ao processo no âmbito do Estado social e que é insusceptível de controle axiológico em relação à sua legitimidade, mas como uma verdade alcançada no processo dentro dos limites da prova que lá foi aportada, e sobre o que é possível enunciar a respeito da mesma no âmbito da linguagem.

Logo, na reconhecimento da prova no processo, para a construção de uma metódica epistemológica que proporcione o entendimento sobre o modo como o juiz decide sobre a prova no processo de maneira geral, é necessário que essa ferramenta esteja voltada não aos métodos hermenêuticos de interpretação do Direito, mas sim ao próprio juiz, com investigação de sua analítica existencial como ser-no-mundo, motivo pelo qual existe a adequabilidade na apropriação teórica da filosofia de Heidegger.

Com o pressuposto filosófico da analítica existencial do Dasein de Heidegger, a reabilitação dos preconceitos contidos nas máximas de experiência na valoração probatória interliga o fluxo histórico que é compartilhado intersubjetivamente pela força da tradição sobre as pré-compreensões de uma maneira geral de tudo aquilo que é posto à interpretação, incluindo, no Direito, a prova no processo, ao fluxo existencial do juiz como ser-no-mundo, que tudo isso conhece, independentemente de qualquer tipo de padrão normativo prévio.

Por ser um elemento componente próprio do existencial humano, a utilização das máximas de experiência na valoração probatória, pelo uso de padrões extranormativos, não viola em nada a segurança jurídica. Procede a assertiva, posto que se conhecidos são os preconceitos reabilitados pelas máximas de experiência, dada a sua presença no fluxo histórico em que todos estão incluídos, sendo sua percepção decorrente da existencialidade do juiz, pelo livre convencimento motivado haverá espaço hermenêutico para a sua utilização na reconhecimento sobre a prova no processo.

Entretanto, para a contenção da discricionariedade judicial na valoração da prova, e por via de consequência evitar-se arbitrariedade nessa atividade, inadvertidamente, na valoração da prova no processo deve o juiz tomar em consideração a presença de um controle público prudencial da linguagem a respeito dos meios de prova, cujo aferimento será realizado por meio da fundamentação da decisão judicial, pressupondo seu dever de ser o mais exaustivo possível no enfrentamento das questões postas pelas partes no processo e principalmente seus fundamentos relevantes a respeito da prova.

Destarte, necessário é, pela insuscetibilidade de valoração da prova no processo, o estabelecimento de um critério que proporcione um nexo instrumental entre a prova produzida dentro do processo e a verdade do acontecimento histórico que lhe é axiologicamente externo, sendo esse critério a reabilitação dos preconceitos contidos nas máximas de experiência na avaliação probatória, à luz do horizonte da Justiça dada pela Constituição Federal, porque tudo isso é aferido no ambiente da linguagem.

REFERÊNCIAS.

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; Rafael Thomaz; OLIVIEIRA. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ADEODATO, João Maurício. **Uma Teoria Retórica da Norma Jurídica e do Direito Subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011.

ALEXY, Robert; SILVA, Virgílio Afonso da (trad). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

ANDRADE, Osvaldo Lucas (comp.). **Processo, Verdade e Justiça**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon (comp.). **Os clássicos da política**. 13. ed. São Paulo: Ática.2003.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v.6, n. 23, 2003.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prova e verdade no Direito**. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil: **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, mar 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> . Acesso em 13 jan. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal: **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, dez 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> . Acesso em 10 jan. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Institui a Consolidação das Leis do Trabalho: **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, maio 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 10 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Institui o Código de Defesa do Consumidor: **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, set 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm> . Acesso em 03 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Institui a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais: **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, set 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm> . Acesso em 03 jan. 2020.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CARNELUTTI, Francesco. AMADOR, Júlia Jimenes (trad). **Direito e Processo**. Campinas: Péritas, 2001.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Didático**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. GUIMARÃES, J. Menegale (trad). **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

COSTA, Eduardo José da Fonseca; CARVALHO, Antonio. **O Caráter Mítico do Livre Convencimento Motivado: Em Defesa da Intersubjetividade na Reconstrução Fático-Jurídica**. 08/07/2019. Disponível em: <<https://emporiadodireito.com.br/leitura/20-o-carater-mitico-do-livre-convencimento-motivado-segunda-parte-em-defesa-da-intersubjetividade-na-re-construcao-fatico-juridica>> . Acesso em 14/01/2020. 2019.

COURA, Alexandre de Castro; DE AZEVEDO, Silvagner Andrade. **Indeterminação do direito e discricionariedade judicial: pensando a crise do positivismo jurídico a partir de Kelsen, Hart e Dworkin.** In Direito, Política e Constituição – reflexões acerca da tensão entre constitucionalismo e democracia à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito. Org. Alexandre de Castro Coura e Elda Coelho de Azevedo Bussinguer. Curitiba: Editora CRV, 2014.

_____; FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **Existe uma resposta correta sobre o problema da resposta correta no direito?** In Revista de Derecho de la Pontificia Católica de Valparaíso XLV, Valparaíso, Chile, 2013, 2º semestre.

DA CUNHA JÚNIOR, DIRLEY. **Curso de Direito Constitucional.** 6ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Hermenêutica e argumentação no direito.** 1. ed. Curitiba: CRV, 2014.

_____. **Hermenêutica e prova.** 2008. 49 f. Monografia (Pós-graduação em Direito Processual Público) - Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2008.

_____. **Ética e Decisão Judicial: o papel da prudência da concretização do Direito.** 1. ed. Curitiba: CRV, 2015.

_____. **Hermenêutica em três momentos.** In CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano (Org.). Hermenêutica e jurisdição. Vitória: JFES, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado.** 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DE MORAES, Alexandre. **Direito constitucional.** 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Da prova penal.** 1. ed. Campinas: Millennium, 2008.

DIDIER JÚNIOR, FREDIE. **Curso de Direito Processual Civil – Volume 1.** 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

_____ ; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Santos. **Curso de Direito Processual Civil – Volume 2**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FABRE, Simone Goyard. **Os princípios filosóficos do Direito político moderno**. Trad. Irene Paternot. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FABRIZ, Daury Cesar **Bioética e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Comentários à Constituição Brasileira**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1970.

GAGNO, Luciano Picoli. **A prova no processo civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

GOLDSCHIMIDT, James. GAMA, Ricardo Rodrigues (trad). **Direito Processual Civil**. Curitiba: Juruá, 2003.

GRECO, Leonardo. **O Conceito de Prova**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos, ano 4, n. 4, p. 213-267, 2004.

GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo. **Introducción Al Conocimiento Científico**. Buenos Aires: Universitária de Buenos Aires, 2013.

HART, Hebert; Mendes, A. Ribeiro (trad). **O Conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HECK, Luís Afonso. O Modelo das Regras e o Modelo dos Princípios na Colisão dos Direitos Fundamentais. **Revista dos Tribunais**, ano 1912, v. 89, p. 71–78, nov., 2000.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KLIPPEL, Rodrigo. **Teoria geral do processo civil**. Niterói: Impetus, 2007.

_____; BASTOS, Antonio Adonias. **Manual de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LARANJA, Anselmo Laghi. **Fundamentos constitucionais da desjudicialização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen juris, 2009.

LORENZETTO, Bruno Meneses. **O debate entre Kelsen e Schmitt sobre o guardião da Constituição**. in Anais do XVIII congresso Nacional do CONPEDI, São Paulo, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. **O Novo Processo Civil**. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à História da Filosofia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Millenium, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida (comp.). **Os clássicos da política**. 13. ed. São Paulo: Ática, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOREIRA, Luiz. **A Constituição como simulacro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MOREIRA, Nelson Camatta. **Fundamentos de Uma Teoria da Constituição Dirigente**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

MÜLLER, Friedrich. **Fragmentos (sobre) o poder constituinte do povo**. Trad. Peter Nauman. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NASCIMENTO, Milton Moreira do (comp.). **Os clássicos da política**. 13. ed. São Paulo: Ática. 2003.

NETTO, Menelick de Carvalho. **A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. In Revista de Direito Comparado, vol. 03. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

OMMATI, José Emílio Medauar. **A teoria jurídica de Ronald Dworking: o direito como integridade**. In: CATTONI, Marcelo (Org.). **jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A Constituição viva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

RIBEIRO, Renato Janine (comp.). **Os clássicos da política**. 13. ed. São Paulo: Ática. 2003.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RODAS, Sérgio. **Constituição Alemã de Weimar Inovou ao Estabelecer Direitos Sociais**. 06/08/2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-ago-06/constituicao-weimar-inovou-estabelecer-direitos-sociais>>. Acesso em: 13/12/2019.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SGARBI, Adrian. **Introdução à Teoria do Direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2005.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti (comp.). **Processo, Verdade e Justiça**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STJ. Recurso em *Habeas Corpus*: 117.000. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. DJe 19/12/2019. **STJ**, 2019. Acesso em 06 jan. 2020.

STJ. Mandado de Segurança nº 17.807/DF, Relatora: Ministra REGINA HELENA COSTA. DJe 13/12/2019. **STJ**, 2019. Acesso 08 jan. 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito processual civil**. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WARAT, Luís Alberto. **Introdução Geral ao Direito**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1977.

ZANOTTI, Bruno Taufner; COURA, Alexandre de Castro. **(Pós) positivismo jurídico e a teoria do direito como integridade de Ronald Dworking**. In *Direito, Política e Constituição – reflexões acerca da tensão entre constitucionalismo e democracia à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito*. Org. Alexandre de Castro Coura e Elda Coelho de Azevedo Bussinguer. Curitiba: Editora CRV, 2014.