

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**O ABANDONO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO
NO PROCESSO CIVIL E O SENSO COMUM TEÓRICO DA
PRÁTICA JURÍDICA: limites e possibilidades para uma
virada Hermenêutica na teoria da decisão judicial**

DOUGLAS ROBERTO MARTINS

Itajaí-SC, julho de 2017

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**O ABANDONO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO
NO PROCESSO CIVIL E O SENSO COMUM TEÓRICO DA
PRÁTICA JURÍDICA: limites e possibilidades para uma
virada Hermenêutica na teoria da decisão judicial**

DOUGLAS ROBERTO MARTINS

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título
de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Paulo de Tarso Brandão

Itajaí-SC, julho de 2017

AGRADECIMENTOS

A tradição e a linguagem estão para os sentidos assim como as pessoas com as quais convivemos estão para os sentimentos. São condição de possibilidade, constituindo-os e sendo por eles constituídas. Os sentimentos nos são transmitidos primeiro pela família, que de pronto nos acolhe e nos insere em uma genealogia que traz consigo, além das características físicas, histórias, de vidas, de sentimentos. Os amigos, professores, colegas que vão surgindo durante o caminho vão somando, construindo e se deixando construir. O que ganhamos – e também o que perdemos – nesse trajeto são novas experiências e sentimentos, que vão construindo o que somos e os projetos do que poderemos ser.

Sem nominar, pois cada um sabe da importância que teve e tem, agradeço aos amigos, que me incentivaram ao longo dos 2 anos de mestrado e compreenderam a minha ausência quase constante durante esse período.

Aos colegas de mestrado e aos professores do PPCJ da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, que contribuíram para a construção dessa dissertação e, mais do que isso, para experiências, reflexões, abrindo novos horizontes de possibilidades.

Ao Ministério Público de Santa Catarina, que me possibilitou cursar o mestrado e aliar, à prática diária, a atividade acadêmica que me faz um Promotor de Justiça melhor e mais comprometido com a sociedade catarinense.

Às colegas de Ministério Público, às equipes das Promotorias de Justiça e aos Magistrados das Comarcas de Ituporanga e Braço do Norte, que ao longo de todo o mestrado auxiliaram nas dificuldades diárias do trabalho e compreenderam as ausências necessárias, contribuindo para que a conclusão fosse possível.

Agradeço ao meu orientador e amigo, professor doutor Paulo de Tarso Brandão, que desde os tempos de funcionário terceirizado do Ministério Público acreditou que a minha determinação em seguir a carreira que tanto admiro não se tratava de mera vontade, mas projeto concreto e, assim, contribuiu imensamente para que fosse concretizado e continua, ainda hoje, sendo a grande referência que tenho, de Promotor de Justiça, de professor, de amigo.

Aos meus familiares, em especial aos meus pais, pelo carinho, pela compreensão, pelas lições que me passam, às vezes sem o saber, nas mais singelas atitudes de convívio, que me lembram sempre quem sou e qual o meu propósito.

Por fim, um agradecimento especial a minha noiva Renata, maior entusiasta e incentivadora do mestrado, mesmo ciente de que isso importaria inúmeras ausências. Agradeço por me dar a dádiva do convívio diário, do amor sincero, por me obrigar a melhorar, a crescer, a me construir e reconstruir diariamente.

DEDICATÓRIA

Ao meu avô, saudade
constante; à Renata, morada
dos meus sonhos.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, 10 de julho de 2017.

Douglas Roberto Martins
Mestrando

PÁGINA DE APROVAÇÃO
(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPCJ/UNIVALI)

ROL DE CATEGORIAS¹

Campo Jurídico: conceito operacional adotado de Pierre Bourdieu que se refere a um universo relativamente independente das forças externas no interior do qual se produz e se exerce a autoridade jurídica, cujas práticas e discursos são fruto de uma lógica duplamente determinada: de um lado pelas relações de força que conferem sua estrutura e definem sua competência; de outro, por uma lógica interna da produção dos sentidos jurídicos que delimitam o alcance e as respostas a serem oferecidas pelo Direito, para que se possa qualificá-las de jurídicas.²

Coerência: a coerência exige que preceitos e princípios aplicados em determinado caso o sejam aos demais casos idênticos que forem julgados, com isso assegurando-se a igualdade entre os jurisdicionados.

Discrecionalidade: é utilizada no sentido de Discrecionalidade judicial. Trata-se de possibilidade aberta pela Dogmática Jurídica positivista para o agir da subjetividade, do arbítrio, do julgador na aplicação do Direito, quando, considerando as noções de moldura da norma, textura aberta da norma e casos difíceis, goza de liberdade para escolher como solucionar determinado problema jurídico.

Dogmática Jurídica: adota-se, no presente trabalho, o conceito de Dogmática Jurídica fornecido por Luis Alberto Warat, no sentido de que se apresenta como a “tentativa de construir uma teoria sistemática do Direito positivo, sem formular nenhum juízo de valor sobre o mesmo, convertendo-a em uma mera ciência formal”³, uma elaboração conceitual do Direito vigente sem qualquer referência às

¹ A fim de tornar a comunicação empreendida no presente trabalho mais eficiente, é oportuno estabelecer-se, na expressão de Cesar Luiz Pasold, um “Acordo Semântico”. Como bem leciona Pasold, “uma comunicação será tanto mais eficiente e eficaz para os nela envolvidos, quanto estas pessoas partilhem entre si os significados para as palavras e expressões que estão escrevendo ou falando, vale dizer, sempre que estabelecem previamente um **Acordo Semântico**” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. 13. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 25).

Por essa razão são ora apresentadas as principais categorias [“palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. p. 27)] utilizadas ao longo do trabalho e os conceitos operacionais [“Quando nós estabelecemos ou propomos uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos, estamos fixando um conceito operacional” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. p. 39)] adotados.

² BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. p. 211.

³ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II:** a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002. p. 16.

relações políticas ou ideológicas que a engendram.

Hermenêutica: Hermenêutico é como se denomina, no presente trabalho, o paradigma filosófico sustentado na Filosofia Hermenêutica de Martin Heidegger e na Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer. É utilizada com base em dois dos sentidos identificados por Ernildo Stein. No primeiro desses sentidos, a Hermenêutica é filosófica, designando uma compreensão histórica para além dos Positivismos, a busca por “uma experiência da verdade que, além dos enunciados verdadeiros e falsos, se dá no contexto de uma historicidade cujo sentido jamais recuperamos inteiramente”⁴. No segundo sentido, liga-se a um “como” hermenêutico, que “se refere sempre ao modo de ser do próprio ser humano enquanto ser no mundo que já sempre se compreende e explicita em seu modo de ser”⁵.

Integridade: A Integridade, extraída da teoria de Ronald Dworkin, exige que as decisões reflitam a integralidade do conjunto do Direito, de modo que, tanto quanto possível, seja visto como harmônico e coerente.

Livre Convencimento Motivado: ancorado em uma visão metafísica e instrumentalista do processo, a partir da relação sujeito-objeto, cindindo *questão de fato* e *questão de direito*, o Livre Convencimento Motivado surge como método ou sistema de valoração da prova. Anteriormente previsto no artigo 131 do Código de Processo Civil de 1973, serve, porém, para justificar decisões subjetivistas e solipsistas adotadas pelos magistrados.

Norma Jurídica: a Norma é “a *construção Hermenêutica do sentido do texto*”⁶, o que se manifesta na *applicatio*, ou seja, em razão de um caso concreto. A norma não se confunde com o texto, tampouco está dele cindida.

Positivismo Jurídico: o Positivismo Jurídico, sob uma leitura a partir da Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck, é paradigma teórico do Direito assentado nos paradigmas filosóficos Aristotélico-Tomista e da Filosofia da Consciência, tendo sofrido adaptações constantes ao longo do tempo, iniciando com sua vertente exegética ou clássica e passando pelo Positivismo normativista de Kelsen e Hart.

⁴ STEIN, Ernildo. **Exercício de fenomenologia:** limites de um paradigma. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 152.

⁵ STEIN, Ernildo. **Exercício de fenomenologia:** limites de um paradigma. p. 152.

⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 354.

Três características básicas podem ser apontadas no Positivismo Jurídico, apesar de diferentes tratamentos que lhes conferem os diversos autores positivistas: o Direito como fato social; a separação entre Direito e Moral; a Discricionariedade na aplicação. Para os fins deste trabalho, importa a característica ligada à Discricionariedade, razão pela qual o termo será utilizado designando “um discurso que submete o texto e a ele se submete, fundindo-se coisas, essências e a consciência de si do pensamento pensante”⁷, fundado no dualismo sujeito-objeto, que sustenta os subjetivismos e Discricionariedades da prática judicial, potencializados pela instrumentalização que a Dogmática Jurídica faz do Positivismo Jurídico.

Preconceito: na Hermenêutica filosófica a palavra Preconceito (e também prejuízo) não significa nada mais do que “‘precompreensão’ historicamente transmitida e ainda cientificamente irrefletida”⁸. Nos dizeres de Gadamer, trata-se de “um juízo (*Urteil*) que se forma antes do exame definitivo de todos os momentos determinantes segundo a coisa em questão”⁹. Trata-se da compreensão prévia a partir da qual o sujeito se lança para a compreensão da coisa, o que não significa, portanto, falso juízo, pois poderá ser confirmado ou infirmado quando confrontado com a coisa mesma.

Senso Comum Teórico dos Juristas ou Senso Comum Teórico: Warat define o “Senso Comum Teórico dos Juristas” como a expressão que “designa as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura”¹⁰, um neologismo por ele cunhado para representar a dimensão ideológica implícita nas verdades da Dogmática Jurídica tradicional. Designa as práticas cotidianas, as crenças, os hábitos, as ficções, os discursos anônimos que são reproduzidos pelos juristas como verdades de princípios.

Solipsismo: na definição de Nicola Abbagnano, o Solipsismo é a “tese de que só eu

⁷ STRECK, Lenio Luiz. Superando os diversos tipos de positivismo: porque Hermenêutica é *applicatio*? In: **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**. Ceará. v. 34.2, jul./dez. 2014. p. 294. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1224>. Acesso em: 2 de julho de 2017.

⁸ CORETH, Emerich. **Questões fundamentais de Hermenêutica**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1973. p. 24-25.

⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Volume 1. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 360.

¹⁰ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I: interpretação da lei: temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994. p. 13.

existem e de que todos os outros entes (homens e coisas) são apenas ideias minhas”¹¹. Da perspectiva solipsista, o mundo é medido e dominado pelo homem, por sua consciência, é assujeitado por sua racionalidade.

Virada ou Viragem Ontológico-Linguística: é a superação dos paradigmas metafísicos Aristotélico-Tomista e da Filosofia da Consciência, fundados na relação sujeito-objeto, pela Filosofia Hermenêutica de Martin Heidegger, em especial com a obra *Ser e Tempo*, e pela Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer, principalmente com *Verdade e Método*. A Virada Ontológico-Linguística, de cunho pragmatista-ontológico, instaura-se na relação sujeito-sujeito. Como consequência, a linguagem não pode mais ser encarada como uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, como um veículo condutor de essências, mas como condição de possibilidade de todo compreender.¹²

¹¹ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 919.

¹² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011. p. 69-71.

SUMÁRIO

RESUMO	p. 14
ABSTRACT	p. 15
INTRODUÇÃO	p. 16
1 TEORIA DA DECISÃO JURÍDICA, FILOSOFIA NO DIREITO E A PROPOSTA DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO DE LENIO STRECK: A NECESSÁRIA INVASÃO DO DIREITO PELA FILOSOFIA HERMENÊUTICA E PELA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA	p. 22
1.1 O POSITIVISMO JURÍDICO E SUA FUNDAMENTAÇÃO NOS PARADIGMAS METAFÍSICOS ARISTOTÉLICO-TOMISTA E DA FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA	p. 24
1.2 A FILOSOFIA HERMENÊUTICA E A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA COMO STANDARDS DE RACIONALIDADE NECESSÁRIOS À SUPERAÇÃO DO SUBJETIVISMO DA DECISÃO JUDICIAL	p. 35
1.3 A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO DE LENIO LUIZ STRECK: INVASÃO DO DIREITO PELA FILOSOFIA DA LINGUAGEM	p. 74
1.3.1 Necessidade de preservar a autonomia do Direito	p. 81
1.3.2 O controle hermenêutico da interpretação constitucional	p. 84
1.3.3 O efetivo respeito à Integridade e à Coerência do Direito	p. 92
1.3.4 O dever fundamental de justificar as decisões ou de como a motivação não é igual à justificação	p. 94
1.3.5 O Direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada	p. 95
2 O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO NO DIREITO BRASILEIRO	p. 99
2.1 SOBRE O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO: ORIGEM, JUSTIFICATIVA TEÓRICA E TRANSFORMAÇÃO EM PRINCÍPIO	p. 100
2.2 CRÍTICA AO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO A PARTIR DA FILOSOFIA HERMENÊUTICA E DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA	p. 125
3 NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI N. 13.105/2015): A PORTA PARA UMA VIRADA HERMENÊUTICA NO DIREITO	p. 158

3.1 O ABANDONO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: REFLEXOS PARA A TEORIA DA DECISÃO JURÍDICA COM BASE NA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA.....	p. 159
3.2 REFLEXOS DA MUDANÇA PARADIGMÁTICA POSSIBILITADA PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NA DOUTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA: LIMITES E POSSIBILIDADES IMPOSTOS AO NOVO.....	p. 174
3.3 O SENSO COMUM TEÓRICO E A VIRADA HERMENÊUTICA: ENTRAVES E POSSIBILIDADES OBSERVADOS NA TENTATIVA DE CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA HERMENÊUTICA JURÍDICA.....	p. 198

CONSIDERAÇÕES FINAIS

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

RESUMO

A presente Dissertação, inserida na linha de pesquisa “Direito e Jurisdição”, tem por objetivo analisar os reflexos do abandono do Livre Convencimento Motivado pelo Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) na Teoria da Decisão Jurídica. Parte-se de uma análise da decisão judicial como construída pela Dogmática Jurídica Positivista, centrada na discricionariedade do juiz, a fim de identificar o paradigma filosófico no qual está assentada, um sincretismo entre a Metafísica clássica, Aristotélico-Tomista, e moderna, da Filosofia da Consciência, e demonstrar como é incompatível com o Estado Democrático de Direito. A crítica é realizada adotando-se a Filosofia Hermenêutica de Martin Heidegger e a Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer como *standard* de racionalidade, trazidas para o Direito por Lenio Streck com sua Crítica Hermenêutica do Direito. No segundo capítulo faz-se uma análise do Livre Convencimento Motivado, sua justificativa teórica, origem e a forma como a prática judicial da Dogmática Jurídica Positivista utiliza o instituto para justificar decisões subjetivistas, seguindo-se com a crítica a partir da Hermenêutica. No terceiro capítulo demonstra-se como o Novo Código de Processo Civil, ao expungir o Livre Convencimento Motivado, fixar o dever de motivação das decisões e exigir respeito à Coerência e à Integridade do Direito adota e possibilita o ingresso da Virada Ontológico-Linguística promovida pela Fenomenologia Hermenêutica no Direito brasileiro, superando as Discricionariedades e Solipsismos da decisão judicial. A partir desse novo olhar é realizado levantamento de doutrinas e julgados posteriores à entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, com o intuito de avaliar os reflexos imediatos dessa mudança, constatando-se que permanecem refratários a ela. Por fim, com base nos conceitos de Campo Jurídico, de Pierre Bourdieu, senso comum, de Clifford Geertz, e Senso Comum Teórico, de Luis Alberto Warat, pondera-se que o novo sofrerá grande resistência pelo *habitus* estabelecido da Dogmática Jurídica Positivista, o que exige da comunidade jurídica a construção intersubjetiva dos sentidos autênticos do Código de Processo Civil de 2015, de uma linguagem que permita que o novo seja visto e dito como tal, que possibilite o seu acontecer. Conclui-se que o paradigma hermenêutico foi adotado pela Lei n. 13.105/2015, possibilitando uma Virada Ontológico-Linguística no Direito, que não ocorrerá, porém, sem resistência imposta pelo Senso Comum Teórico dos Juristas, cujos Preconceitos devem ser suspensos, abrindo-se clareiras que permitam o acontecer do ser do Direito. O método utilizado na fase de investigação foi o hermenêutico; na fase de tratamento dos dados foi o cartesiano; e no relatório da pesquisa foi novamente empregado o método hermenêutico.

Palavras-chave: Hermenêutica; Teoria da Decisão; Livre Convencimento Motivado; Discricionariedade; Senso Comum Teórico.

ABSTRACT

This dissertation, which is part of the line of research "Law and Jurisdiction", analyzes the impacts of the withdrawal of the principle of Free Motivated Conviction by the New Code of Civil Procedure (Law no. 13.105/2015) in the Theory of Legal Decision. It begins by analyzing the legal decision, as constructed by the Positivist Legal Dogmatic, centered on the discretion of the Judge, in order to identify the philosophical paradigm in which it is located - a syncretism between the classical Metaphysics, Aristotelian-Thomist, and modern Metaphysics, of the Philosophy of - and to demonstrate how it is incompatible with the Democratic State of Law. The critique adopts the Hermeneutical Philosophy of Martin Heidegger and the Philosophical hermeneutics of Hans-Georg Gadamer as the standard of rationality, brought to the field of Law by Lenio Streck with his Hermeneutical Critique of Law. Chapter 2 analyzes free motivated conviction its theoretical justification, its origin, and the way in which the legal practice of the Positivist Legal Dogmatic uses this institute to justify subjective decisions. This is followed by a hermeneutical critique. Chapter 3 demonstrates how the New Code of Civil Procedure, by withdrawing the institute of free motivated conviction, establishes the duty of motivation of decisions and demands respect for the coherence and integrity of the Law to adopt and enable the entry of the Ontological-Linguistic Turn promoted by Hermeneutics Phenomenology in the Brazilian Law, overcoming the discretions and solipsisms of the Judgment. Based on this new perspective, a survey was conducted of doctrines and judgments following the coming into force of the New Code of Civil Procedure, seeking to assess the immediate effects of this change, and noting that they remain resistant to it. Finally, based on Pierre Bourdieu's concepts of Legal field, Clifford Geertz's common sense, and Luis Alberto Warat's Theoretical Common Sense, the idea is considered that the new institute will suffer great resistance by the established *habitus* of Positivist Legal Dogmatics, which requires, of the legal community, the intersubjective construction of the authentic meanings of the Code of Civil Procedure of 2015, in a language that allows the new institute to be seen and proclaimed as such, enabling it to become effective. It is concluded that the hermeneutics paradigm was adopted by Law no. 13.105/2015, allowing an Ontological-Linguistic turnabout in the Law. However, this will not happen without resistance imposed by the Theoretical Common Sense of the Jurists, whose prejudices must be suspended, opening the way to enable the being of the Law to happen. The hermeneutic method was used in the investigation phase; the Cartesian method in the data treatment phase; and the hermeneutic method was again used in the research report.

Keywords: Hermeneutics; Decision Theory; Free Motivated Conviction; Discretionary; Theoretical Common Sense.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação, inserida na linha de pesquisa “Direito e Jurisdição”, é a obtenção do Título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica – CMCJ vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica (CPCJ) da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

A decisão jurídica está no cerne da atuação prática de todo jurista, o Advogado ou o Promotor de Justiça ao decidirem pelo ajuizamento de uma ação e pela tese que será nela sustentada ou o magistrado ao entregar a prestação jurisdicional no exercício do poder-dever estatal. O suporte de toda decisão é a compreensão, a interpretação que a precede. O acontecer do Direito se dá na sua concretização, no que Gadamer denomina de *applicatio*, razão pela qual se pode afirmar que os sentidos do Direito somente surgem nas práticas jurídicas, diante dos casos concretos; é aquilo que se constrói na sua faticidade e historicidade, o que, evidentemente, não significa que se pode dizer que qualquer coisa é Direito. Nesse sentido é que assume absoluta relevância a discussão sobre as dicotomias questão de fato e questão de direito, texto e norma, real e ideal.

Essa complexidade será melhor explorada ao longo do presente trabalho, mas fornece uma clara dimensão da importância que a Teoria da Decisão e, por consequência, a interpretação têm para o Direito. Gustavo Zagrebelsky analisa que a ciência jurídica é constantemente chamada a definir-se, em suas tarefas e seus sentidos, o que faz com que “se sitúa frente a la responsabilidad de dar respuestas históricamente adecuadas – lo que signifique esta expresión es otra cuestión – a los problemas que le van surgiendo”¹³. É preciso pensar o Direito em seu horizonte histórico, o que se procura fazer no presente trabalho com a análise dos reflexos do abandono do Livre Convencimento Motivado pelo processo civil brasileiro para a Teoria da Decisão.

Pesquisar em que medida a alteração paradigmática promovida no

¹³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia e Constitución**. Madrid: Trotta, 2005. p. 29.

processo civil pela Lei n. 13.105/2015¹⁴ (Novo Código de Processo Civil), ao abandonar o Livre Convencimento Motivado e prever obrigação de rigorosa motivação da decisão e a necessidade de que a jurisprudência se mantenha íntegra e coerente, tem o potencial de modificar a prática interpretativa da comunidade jurídica. Ainda, analisar os entraves e as condições de possibilidade para realização de uma nova interpretação/concretização do Direito à luz da Filosofia Hermenêutica de Martin Heidegger e da Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer.

A prática interpretativa da comunidade jurídica ainda está fortemente sustentada em paradigmas filosóficos já superados, conferindo ao intérprete grande Discricionariedade. As decisões judiciais são carregadas de subjetivismos, sob a crença de que se buscam os sentidos imanentes aos textos ou uma mítica vontade do legislador, o que leva a soluções completamente distintas em casos deveras semelhantes. A insegurança jurídica e a incerteza do Direito, notadamente em razão da complexidade das relações sociais e da velocidade com que as informações circulam, conduz ao que Lenio Luiz Streck tem chamado de “crise de paradigma de dupla face”¹⁵.

Explica Lenio Streck que o Direito no Brasil se insere no contexto da “crise do modelo de Direito de cunho liberal-individualista” e da “crise dos paradigmas Aristotélico-Tomista e da filosofia da consciência”.¹⁶ O modelo interpretativo dominante, de inspiração positivista, permite ampla Discricionariedade e estimula decisionismos, o que é incompatível com uma leitura do sistema jurídico a partir da Hermenêutica Filosófica, superadora do esquema sujeito-objeto. O Livre Convencimento Motivado é fruto desse subjetivismo que precisa ser superado.

O Novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/2015, que entrou em vigor em março de 2016, ao expurgar de seu texto a referência ao “Livre Convencimento Motivado”, caminha em direção à superação da denunciada crise de

¹⁴ BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 24 de junho de 2017.

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 20.

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 18-19.

dupla face. A modificação textual, associada ao dever de enfrentar todos os argumentos deduzidos na ação (artigo 489) e ao dever de manter a Integridade e a Coerência da jurisprudência (artigo 926), tem a finalidade de reduzir o subjetivismo do julgador, levar o direito a sério e promover maior certeza e segurança jurídica.

Muito embora a alteração legislativa seja importante na superação do subjetivismo judicial, para que de fato represente um avanço em direção à construção de uma nova Teoria da Decisão Judicial, quiçá uma teoria Hermenêutica, é preciso que esteja associada a uma mudança mais ampla das práticas jurídicas.

É preciso, em outras palavras, superar o “Senso Comum Teórico” dos juristas. Luis Alberto Warat, que cunhou a expressão “Senso Comum Teórico”, analisa essa dificuldade de superação das práticas estabelecidas:

[...]. Na verdade, existe uma ilusão de univocidade fornecida pela inalterabilidade da instância sintática dos textos legais. Por desconhecer tal fato, produz-se no direito uma febre legislativa, decorrente da falsa crença de que produzindo-se uma alteração nas palavras da lei, transforma-se mecanicamente as práticas sociais e os sentidos normativos. Ocultam, assim, o fato de que se a ideologia dos intérpretes das normas continua inalterada, a transformação legislativa é uma ilusão e, rapidamente, os novos significantes voltarão a adquirir as velhas significações. [...].¹⁷

A presente dissertação propõe-se justamente a avaliar se a modificação no processo civil tem as condições de possibilidade suficientes para promover uma mudança das práticas jurídicas e quais entraves o Senso Comum Teórico dos Juristas impõe ao seu acontecer, ao impor aos novos significantes as velhas significações, como ressaltado por Warat.

Formula-se, portanto, os seguintes problemas aos quais tentar-se-á propor respostas ao longo do presente trabalho: a mudança promovida no Processo Civil pelo Novo Código de processo civil, ao expurgar do texto qualquer menção ao Livre Convencimento Motivado, será suficiente para superar o Senso Comum Teórico da comunidade jurídica e promover uma mudança paradigmática na interpretação/aplicação do Direito, com o abandono dos decisionismos e

¹⁷ WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Colaboração de Leonel Severo Rocha. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995. p. 68.

subjetivismos da crise de paradigmas denunciada por Lenio Luiz Streck e efetiva utilização da Hermenêutica filosófica nesse processo? Quais os entraves e as condições de possibilidade para que tal mudança ocorra efetivamente?

A análise teórica do processo civil a partir das mudanças promovidas pelo Novo Código de Processo Civil em comparação às práticas jurídicas estabelecidas, com referência a alguns exemplos doutrinários e jurisprudenciais produzidos antes e após sua entrada em vigor, permitirá avaliar se a mudança paradigmática promovida no texto legal será suficiente para impulsionar uma modificação na prática interpretativa ou se o Senso Comum Teórico seguirá como obstáculo de difícil transposição para uma virada Hermenêutica, permanecendo abertas as hipóteses de solução do problema posto.

Com o objetivo de explorar as respostas possíveis ao problema, a dissertação está estruturada em três capítulos, como segue.

Principia-se, no Capítulo 1, com a análise do Positivismo Jurídico e da Dogmática Jurídica que o instrumentaliza, o que se faz com base em seus dois maiores expoentes, Hans Kelsen e Herbert Lionel Adolphus Hart. O objetivo é destacar o papel da Teoria da Decisão nas construções teóricas dos referidos autores, a influência que isso exerce sobre as práticas jurídicas atuais e o paradigma filosófico que serve de suporte ao Positivismo Jurídico.

Na sequência, em contraponto ao paradigma vigente, são apresentados de forma sucinta os fundamentos da Filosofia Hermenêutica de Martin Heidegger e da Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer, que servem de *standard* de racionalidade para o estudo que será desenvolvido.

Por fim, apresentam-se, ainda no primeiro capítulo, as características de uma proposta de Teoria da Decisão construída a partir de referido paradigma filosófico, a Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Luiz Streck. A proposta Hermenêutica de Streck servirá de suporte teórico ao estudo empreendido.

O Capítulo 2 trata de analisar o Livre Convencimento Motivado. De início, reúne aportes doutrinários sobre o surgimento e evolução do Livre Convencimento

Motivado como sistema de análise de provas e, posteriormente, “princípio” do processo civil brasileiro. Na sequência, busca-se, na jurisprudência, identificar o tratamento que tem sido dado ao Livre Convencimento Motivado pelos Tribunais, sua aplicação e as consequências de seu emprego para a Teoria da Decisão.

Na segunda parte do Capítulo 2 faz-se a crítica ao Livre Convencimento Motivado a partir de um olhar hermenêutico do instituto e suas consequências para o enfraquecimento do Direito. O objetivo é verificar em que medida o Livre Convencimento Motivado está vinculado ao superado paradigma filosófico metafísico da Filosofia da Consciência, sustentado na relação sujeito-objeto e que aposta na subjetividade do sujeito solipsista para construção dos sentidos do Direito.

Já o Capítulo 3 dedica-se a expor, inicialmente, as modificações promovidas no processo civil brasileiro pelo Novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105/2015, em especial ao expungir toda e qualquer referência ao Livre Convencimento Motivado. São explorados os reflexos dessa opção legislativa para a Teoria da Decisão e as possibilidades que abre a uma Virada Ontológico-Linguística no Direito.

Em seguida será realizado estudo de doutrinas escritas a partir das mudanças promovidas pela Lei n. 13.105/2015 e de julgados proferidos após 17 de março de 2016, quando da entrada em vigor, comparando-os com os aportes doutrinários e jurisprudenciais citados no Capítulo 2. O Objetivo é verificar como os reflexos das alterações textuais foram recebidos pela comunidade jurídica.

Por fim, no último trecho do Capítulo 3 far-se-á uma análise dos impactos do paradigma interpretativo adotado pelo Novo Código de Processo Civil na prática jurídica a partir dos conceitos de campo teórico de Pierre Bourdieu, senso comum de Clifford Geertz e Senso Comum Teórico de Luis Alberto Warat. Serão confrontadas as possibilidades do novo com os limites impostos pelo Sentido Comum Teórico do Campo Jurídico, com o objetivo de avaliar as possibilidades de uma nova Teoria da Decisão, baseada na Hermenêutica e que possibilite o abrir de clareiras para o acontecer do ser do Direito no que possui de transformador.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados de forma sintética os aspectos destacados da criatividade e da originalidade na investigação e/ou no relato, e das fundamentadas contribuições que traz à comunidade científica e jurídica quanto ao Tema, seguidos das reflexões sobre a Teoria da Decisão que tem a Hermenêutica como *standard* de racionalidade.

O método a utilizado na fase de investigação foi o “fenomenológico-hermenêutico”; na fase de tratamento dos dados foi o cartesiano; e no relatório da pesquisa foi novamente empregado o método “fenomenológico-hermenêutico”. Utilizaram-se as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica em conjunto com a técnica do fichamento.¹⁸

Por fim, nesta Dissertação as categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula e os seus conceitos operacionais são apresentados em glossário inicial.

¹⁸ O presente trabalho toma como base os conceitos e recomendações extraídos da obra: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13. ed. Florianópolis: Conceito editorial, 2015.

CAPÍTULO 1

TEORIA DA DECISÃO JURÍDICA, FILOSOFIA NO DIREITO E A PROPOSTA DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO DE LENIO STRECK: A NECESSÁRIA INVASÃO DO DIREITO PELA FILOSOFIA HERMENÊUTICA E PELA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

Toda pesquisa jurídica está, deliberadamente ou não, comprometida com algum paradigma da Ciência Jurídica que, por sua vez, encontra fundamento em alguma Filosofia. A Filosofia, no Direito, serve ao estabelecimento de um limite e uma fundamentação, fornecendo elementos de racionalidade para conformação intersubjetiva. Na lição de Ernildo Stein, “o estado de coisas que designamos como uma espécie de encontro entre Direito e Filosofia pode ser descrito como um vetor ou um *standard* de racionalidade”¹⁹. Esse vetor de racionalidade não está inserido no discurso jurídico; o Direito encontra nele uma visão de mundo que orienta a análise da realidade.

É necessário, portanto, neste primeiro capítulo, estabelecer as bases do paradigma da Ciência Jurídica a partir das quais será realizada a análise do problema, do questionamento, que se propõe, bem como a Filosofia que serve de sustentação a esse paradigma, como *standard* de racionalidade.

Importa observar que uma proposta teórica que sirva como paradigma para a Ciência Jurídica deve atentar-se a quatro plataformas elementares, segundo leciona Orlando Luiz Zanon Júnior: uma teoria das normas, uma teoria das fontes, uma teoria do ordenamento e uma teoria da decisão²⁰. O foco do presente estudo está na Teoria da Decisão, mais precisamente na Hermenêutica jurídica.

Em função disso, far-se-á, inicialmente, uma breve análise da Teoria da Decisão segundo o paradigma da Ciência Jurídica que se observa na prática do Direito brasileiro, o Positivismo Jurídico, identificando os traços característicos da

¹⁹ STEIN, Ernildo. **Exercício de fenomenologia**: limites de um paradigma. p. 156.

²⁰ ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito**. 2. ed. Curitiba: Editora Prismas, 2015. p. 17.

Filosofia que lhe serve de suporte.

Toda pesquisa guarda um certo grau de discricionariedade na seleção dos cortes históricos, teóricos e metodológicos utilizados pelo pesquisador. É impossível esgotar, principalmente nos limites de uma dissertação de mestrado, a infinidade de autores que sustentam diversificadas visões sobre o Positivismo Jurídico, tampouco seria tal hercúlea tarefa útil à análise que ora se pretende. Evidentemente cabe ao pesquisador, na realização desse corte metodológico, explicitar suas escolhas e justificá-las.

Nesse sentido, a análise do Positivismo Jurídico, cuja crítica será feita posteriormente, limitar-se-á a seus dois maiores e mais renomados expoentes, Hans Kelsen e Herbert L. A. Hart. Os autores foram escolhidos justamente por serem apontados como os principais positivistas da Modernidade, bem como por ter o primeiro, com sua obra, superado o Positivismo primitivo ou exegético^{21 22}, sobre o qual, justamente em razão dessa superação, pouco se falará.

Além disso, no estudo de suas obras também se enfocará a pesquisa no que tange à teoria da decisão, mais especificamente à interpretação, pois tema central do presente estudo, e se evidenciará a inspiração metafísica característica do Positivismo Jurídico, ainda vivo nas práticas jurídicas brasileiras, e que precisa ser superado.

A escolha do direcionamento da análise à teoria da decisão decorre da notória centralidade que a jurisdição ocupa no seio do Estado Democrático de Direito. Deslocou-se para a jurisdição constitucional a tarefa primordial de fornecer respostas, principalmente no Brasil, país de modernidade tardia dotado de uma

²¹ Lenio Streck denomina esse primeiro quadro do Positivismo Jurídico como exegético ou legalista, observando que “a principal característica desse ‘primeiro momento’ do Positivismo Jurídico, no que tange ao problema da interpretação do Direito, será a realização de uma análise que, nos termos propostos por Rudolf Carnap, poderíamos chamar de sintático. Neste caso, a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõem a ‘obra sagrada’ (Código) seria o suficiente para resolver o problema da interpretação do Direito”. (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011. p. 120).

²² A despeito de afirmar-se que o Positivismo Normativista superou o Positivismo Exegético, é preciso observar que ainda é frequentemente identificado na Dogmática Jurídica brasileira, quando, por exemplo, limita a interpretação a uma análise meramente sintática, de mero descobrimento dos significados inerentes aos textos, como verdades *a priori*.

Constituição compromissória que resgata as promessas da modernidade, porém permanece esquecida nas práticas jurídicas e políticas. Nesse cenário, Lenio Streck observa que é necessário definir o espaço que o Judiciário não alcança, a fim de que não se caia em uma “juristocracia”, com grave perda de representatividade democrática, motivo pelo qual “uma teoria da decisão é importante para nos assegurar dos *limites desse espaço* não alcançado pelo Judiciário; um espaço democraticamente garantido”²³.

Na sequência, serão expostas as bases da Filosofia e do paradigma da Ciência Jurídica que fornecem os fundamentos da análise que se desenvolverá, respectivamente, a Filosofia Hermenêutica de Martin Heidegger, com os aportes da Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer, e a Crítica Hermenêutica do Direito desenvolvida por Lenio Luiz Streck.

1.1 O POSITIVISMO JURÍDICO E SUA FUNDAMENTAÇÃO NOS PARADIGMAS METAFÍSICOS ARISTOTÉLICO-TOMISTA E DA FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA

O Positivismo Jurídico ainda habita as práticas jurídicas brasileiras, principalmente no que toca à teoria da decisão, a despeito de sua superação como paradigma da ciência jurídica a partir da crítica desenvolvida por Ronald Dworkin.

Conforme leciona Orlando Luiz Zanon Júnior, entre os aspectos marcantes do Positivismo²⁴ são destacados a separação rígida entre Direito e Moral, a centralidade das regras positivadas na formação do Ordenamento Jurídico, o reconhecimento de um sistema escalonado pelo critério de validade formal, a aplicação do Direito por subsunção e “a Discrecionalidade judicial para a resolução dos chamados casos difíceis (*hard cases*)”²⁵.

Quando se fala em Positivismo Jurídico, na definição de seus fundamentos, principalmente considerando o papel que relega à teoria da decisão, é

²³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 66-67.

²⁴ Esclarece-se ao leitor que, na esteira do corte metodológico anunciado anteriormente, o Positivismo de que se está tratando é o chamado normativista, de que são principais expoentes Hans Kelsen e H. L. A. Hart, sendo que as características apontadas podem não ser, todas, identificadas em vertentes modernas do Positivismo.

²⁵ ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito**. p. 68.

possível identificar dois momentos teóricos distintos.

Em sua origem, o Positivismo Jurídico centrava-se na crença de completude do Direito escrito, uma positivação tão perfeita que dispensaria qualquer interferência pessoal ou subjetiva no momento de sua aplicação. O juiz, “boca da lei”, realizaria uma simples interpretação gramatical ou mecânica, um silogismo lógico a partir de uma análise meramente sintática do texto codificado. É o antes referido Positivismo Exegético (primitivo, legalista), que surge com a *école de l'exégèse* na primeira metade do século XIX.

Esse Positivismo primitivo não se sustentou pela fragilidade de suas premissas filosóficas, centradas na existência de conceitos inatos, fixados desde sempre nos textos e que seriam apenas descobertos pelo intérprete. Percebeu-se, de início, que os textos legais eram ambíguos e o ordenamento possuía incompletudes, o que impossibilitaria a existência de um juiz “boca da lei”, motivando o abandono, ao menos teórico, dessa primeira concepção do Positivismo Jurídico.²⁶

A superação desse Positivismo Exegético é creditada a Hans Kelsen, principalmente com sua conhecida Teoria Pura do Direito, inaugurando o chamado Positivismo Normativista, que posteriormente recebeu contribuições de Herbert L. A. Hart e Norberto Bobbio. Reconhecendo que as regras jurídicas não são sempre claras, que podem ser contraditórias e que não há regras prevendo um dever ser em relação a toda e qualquer situação fática, o Positivismo Normativista delega ao “intérprete autêntico”, o juiz, a Discricionariedade para criação da norma jurídica, como se legislador fosse, nos casos de ambiguidade, lacuna ou antinomia.²⁷

No conhecido capítulo VIII da Teoria Pura do Direito, Kelsen inclusive critica a postura teórica do Positivismo Exegético ao pressupor que existe sempre uma resposta correta (ajustada) para qualquer hipótese, previamente fixada no Direito Positivo, encarando o processo de interpretação “como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão”, fruto unicamente

²⁶ ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito**. p. 69.

²⁷ ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito**. p. 69.

do entendimento do aplicador, subtraído o atuar de sua vontade.²⁸

A interpretação recebe pouca atenção na Teoria Pura do Direito de Kelsen, é relegada a um segundo plano. O breve capítulo VIII é dedicado a ela, limitando-se o Jusfilósofo a transferir a responsabilidade da interpretação e aplicação do Direito ao juiz, mantendo, assim, a pureza metodológica de sua tese. A Discricionariedade não é encarada como uma solução proposta pela teoria do Direito, mas como uma fatalidade.²⁹

Importa observar que se ocupa o autor da interpretação realizada pelo que chama de “intérprete autêntico”, que é a feita pelo sujeito que a aplica, o juiz.³⁰

Dentro do sistema escalonado de normas concebido por Kelsen, as normas do escalão superior determinam e vinculam as do escalão inferior, até que se chegue à norma individual que será aplicada, subsumida, ao caso concreto. Essa determinação, porém, nunca é completa, resta sempre uma certa margem de livre apreciação do intérprete. A norma jurídica, portanto, tem o “caráter de um quadro ou moldura a preencher” pelo ato de interpretação, uma “moldura semântica” dentro da qual se conforma um número indeterminado de respostas corretas.³¹

Assim, a aplicação do Direito é um ato em parte determinado pelas normas superiores, em parte indeterminado. Essa indeterminação pode ser proposital, quando é deliberadamente atribuída ao intérprete a tarefa de colmatação da ordem jurídica, ou pode também ser consequência da “pluralidade de significações de uma palavra” ou expressão ou, ainda, da colisão de duas regras que pretendem valer simultaneamente. Uma quarta possibilidade surge quando o intérprete acredita haver discrepância entre “a expressão verbal da norma e a vontade da autoridade legisladora”.³²

Kelsen não faz distinção entre texto e norma. As normas jurídicas são

²⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 247-248.

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito**. p. 77.

³⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. p. 245.

³¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. p. 246.

³² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. p. 246-247.

exclusivamente as regras jurídicas positivadas. Direito é sinônimo de lei.

Dentro dessa moldura a partir da qual a norma jurídica apresenta variadas hipóteses de conformação está o juiz livre para escolher, para decidir e aplicar a norma conforme sua Discricionariedade. O ato de aplicação pode corresponder a qualquer das “significações verbais” que correspondam à “vontade do legislador”, mantendo-se, assim, dentro do Direito. Kelsen afirma que:

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.³³

Não existe, sob o ponto de vista do Direito positivo, qualquer critério que defina uma preferência entre as diversas possibilidades de respostas conformadas à moldura da norma. Nem sequer existe, para Kelsen, um critério de preferência entre uma presumida vontade do legislador e uma pretensa observação estrita do teor verbal da norma. A definição da resposta correta dentre as possíveis não é tida como um problema de política do Direito, mas sim da Teoria Política, pois Kelsen toma a indeterminação semântica da norma como algo que lhe é intrínseco, inevitável, uma fatalidade. Cabe, portanto, ao juiz realizar uma “interpretação cognoscitiva”, que lhe fornecerá a “moldura semântica” da norma e, na sequência, de forma voluntária, discricionária, dentro da liberdade que a norma lhe confere, realizar essa escolha.³⁴

A interpretação realizada pelo órgão aplicador, ou seja, por um juiz ou tribunal, é tida por Kelsen como autêntica, pois cria Direito, cria a norma individual para o caso concreto. Nesse proceder criativo o órgão aplicador não só realiza uma das possibilidades evidenciadas pela interpretação cognoscitiva da moldura da norma, como pode, inclusive, produzir uma norma que se situe completamente fora

³³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. p. 247.

³⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. p. 248-249.

da moldura.³⁵

Em resumo, Kelsen entende a existência de lacunas, antinomias e ambiguidades como uma fatalidade do sistema jurídico e relega a tarefa interpretativa a um segundo plano, como uma questão menor, atribuindo ao intérprete, na aplicação, a função de resolver essa indeterminação. Divide o ato interpretativo em dois momentos: o primeiro, cognoscitivo, no qual o juiz ou tribunal exerce um ato de conhecimento da norma, estabelecendo os limites semânticos da “moldura”, e um segundo, volitivo, no qual exerce um ato de vontade, escolhendo discricionariamente dentre as respostas possíveis a que lhe pareça mais adequada. Dessa escolha surge a norma individual, abstrata, que será aplicada, subsumida, ao caso concreto.

Dessa forma, com o objetivo de garantir a pureza metodológica de sua tese, considerando a para ele inevitável discricionariedade na aplicação do Direito, Kelsen distingue a Ciência do Direito do Direito, cindindo a aquela da moral e transformando o segundo em política jurídica.³⁶

Porém, o projeto Kelseniano, por não dar a necessária atenção à tarefa de aplicação do Direito, fracassa na tentativa de maior certeza e segurança jurídica, pois não há limites intersubjetivos que conformem a definição do que está ou não abrangido pela “moldura da norma”. A própria definição da “moldura” é entregue à discricionariedade do intérprete, de modo que tem seus contornos definidos subjetivamente.

Herbert Lionel Adolphus Hart³⁷ é apontado, ao lado de Kelsen, como um

³⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. p. 250.

³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017. p. 177.

³⁷ É preciso considerar que existe uma significativa diferença de cultura jurídica entre Hart e Kelsen. Enquanto Kelsen escreve a partir de uma tradição de *civil law*, Hart realiza uma leitura do sistema da *common law*. Como consequência, a legislação codificada não tem, em Hart, a mesma fundamentalidade que tem em Kelsen. Da perspectiva de Hart os precedentes, com *status* de Norma Jurídica, ganham especial importância, ou seja, desloca-se a centralidade da análise do Direito legislado para o Direito aplicado. As teorias são unidas, porém, pelas características apontadas anteriormente, quais sejam, separação entre Direito e Moral, formação do ordenamento jurídico por regras postas por uma autoridade, sistema jurídico escalonado por um critério de validade formal, aplicação do Direito mediante subsunção e aposta na Discricionariedade para

dos principais expoentes da corrente do Positivismo Jurídico, chamada Positivismo Normativista, que serve ainda de base à Dogmática Jurídica que informa a práxis no Brasil.

A teoria da decisão também recebe de Hart pouca atenção. É trabalhada a partir da aceitação de uma Discricionariedade judicial. A Discricionariedade surge, na teoria do Direito de Hart, inicialmente, em decorrência do que denomina “textura aberta das normas jurídicas”. O autor sustenta que “mesmo quando se utilizam normas gerais formuladas verbalmente, podem surgir, em casos concretos específicos, incertezas quanto ao tipo de comportamento por elas exigido”³⁸.

As situações fáticas não vêm rotuladas conforme as normas gerais; tampouco essas conseguem ser detalhadamente precisas a ponto de prever todos os acontecimentos da vida. Há casos limítrofes nos quais a norma é nitidamente aplicável ou indubitavelmente não aplicável. Porém, entre um extremo e outro, interpõem-se infinitos casos para os quais não está claro se ela se aplica ou não. Essa limitação, afirma o jusfilósofo, é inerente aos signos linguísticos.

Em tais casos, segundo Hart, cabe ao intérprete a escolha entre as alternativas abertas, pautado, por semelhança, aos casos para os quais a norma é nitidamente aplicável ou indubitavelmente não aplicável. A textura aberta do Direito decorre da necessidade de o intérprete poder levar em consideração as circunstâncias e buscar um equilíbrio entre os interesses conflitantes no momento da aplicação, usando sua Discricionariedade “no sentido de tornar mais precisos os padrões inicialmente vagos”, dirimir as incertezas da lei ou manejar a aplicação dos precedentes.³⁹

A segunda limitação que a busca por previsibilidade e certeza jurídica do Positivismo Jurídico de Hart encontra está relacionada às falhas na completude (lacunas) e na Coerência (antinomias) do Ordenamento Jurídico, que permeiam os

resolução dos casos nos quais a mera subsunção não seja suficiente. Essa significativa aproximação permite que as teorias desenvolvidas por Kelsen e Hart sejam classificadas como juspositivistas e tratadas sob uma mesma perspectiva a despeito de falarem a partir de culturas jurídicas bastante diversas.

³⁸ HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 163.

³⁹ HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. p. 175-176.

chamados “casos difíceis”.

Afirma Hart que os “casos difíceis” são aqueles nos quais “juristas sensatos e bem-informados podem discordar sobre qual a resposta juridicamente correta”⁴⁰. Nesses casos, não se trata de problema relacionado à textura aberta das normas, mas de situação na qual o Direito apresenta-se incompleto, não oferece nenhuma resposta ao problema. Nesses casos, o juiz exerce a Discricionariedade, conceituada por Hart como “função legislativa limitada”⁴¹:

[...] sempre haverá, em qualquer sistema jurídico, casos não regulamentados juridicamente sobre os quais, em certos momentos, o Direito não pode fundamentar uma decisão em nenhum sentido, mostrando-se o Direito, portanto, parcialmente indeterminado ou incompleto. Para que possa proferir uma decisão em tais casos, o juiz não deverá declarar-se incompetente nem remeter os pontos não regulamentados ao poder legislativo para que este decida, como outrora defendia Betham, mas terá de exercer sua Discricionariedade e criar o Direito referente àquele caso, em vez de simplesmente aplicar o Direito estabelecido já existente. Assim, nesses casos não regulamentados juridicamente, o juiz ao mesmo tempo cria Direito novo e aplica o Direito estabelecido, o qual simultaneamente lhe outorga o poder de legislar e restringe esse poder.⁴²

O autor diferencia esse poder criativo do juiz do poder legislativo, tendo em vista que o julgador está sujeito a limitações que restringem a sua escolha. A inovação deve estar vinculada ao caso concreto, não é ampla e irrestrita como ocorre com o poder legislativo, que detém atribuição para criar reformas amplas ou novos códigos legais.

Além disso, Hart observa que, nesses casos, o juiz deve ser capaz de justificar suas decisões mediante argumentos gerais e “deve atuar como faria um legislador consciencioso, decidindo de acordo com suas próprias convicções e valores”⁴³.

Norberto Bobbio sintetiza a concepção juspositivista da tarefa interpretativa voltada para *reproduzir* o Direito, para “explicitar com meios puramente

⁴⁰ HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. p. 326.

⁴¹ HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. p. 326.

⁴² HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. p. 351.

⁴³ HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. p. 352.

lógico-rationais o conteúdo de normas jurídicas já dadas”⁴⁴, extraíndo dos signos linguísticos contidos nos textos legislativos a vontade do legislador, e não para *produzir* o Direito. A linguagem é pensada, como observa Luiz Alberto Warat, como “uma estrutura textual auto-suficiente”⁴⁵, que encontra o significado no próprio texto, inato a ele, ignorando os demais elementos de significação, anteriores ao próprio texto. O significado das palavras reflete as características da essência da coisa designada, ou seja, a vontade do legislador, que deve ser reconstruída pelo intérprete, a partir de uma análise meramente semântica dos textos legais. Interpretar é, assim, encontrar o real significado das palavras da lei.

Da perspectiva positivista, que forma a Dogmática Jurídica brasileira, o mundo é abarcado pela linguagem. O Direito “deposita na regra as universalidades conceituais que pretendem esgotar a descrição da realidade”⁴⁶. Do ponto em que a regra não alcança surge a subjetividade do intérprete, o sujeito solipsista que descobre no texto a resposta que já estava dada, o sentido imanente, a resposta que já estava na lei desde sempre, antes mesmo das perguntas terem sido feitas.

Conforme leciona Lenio Streck, as diferentes tentativas de superar o Positivismo primitivo, exegético, de abandonar o paradigma Aristotélico-Tomista, foram sedimentadas em teses voluntaristas-axiologistas, passando da razão, que captura os significados das próprias coisas, para a vontade, subjetividade atribuidora de sentido.⁴⁷

Não obstante a superação teórica do Positivismo exegético por Kelsen, Hart, Bobbio, dentre outros, a prática jurídica ainda vive um sincretismo anacrônico das posturas objetivistas e subjetivistas, sintáticas e semânticas, todas calcadas na relação sujeito-objeto. A subsunção, o processo de aplicação lógico-dedutivo da norma jurídica, cindindo *questão de fato* e *questão de direito*, é prevalecente na Dogmática Jurídica e, quando se quer superá-la, apela-se a alguma corrente

⁴⁴ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 212.

⁴⁵ WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem**. p. 15.

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 441.

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 121-122.

voluntarista, apostando-se no Solipsismo do intérprete.

Buscando os fundamentos Filosóficos do Positivismo Jurídico fica mais fácil compreender suas limitações e os motivos pelos quais é necessária a superação a partir da Filosofia Hermenêutica de Heidegger e da Hermenêutica Filosófica de Gadamer. O Positivismo está calcado em uma visão metafísica da realidade, nas suas vertentes clássica, Aristotélico-Tomista, e da modernidade, denominada Filosofia da Consciência.

A Metafísica, que nasce com Aristóteles, apresenta-se como ciência primeira que serve de base, fornece os fundamentos e princípios a todas as outras. A Metafísica busca um ponto de apoio absoluto a partir do qual produz todo o conhecimento, o fundamento da ciência e limite da técnica. Na modernidade, adquire a feição de Metafísica da subjetividade, da Filosofia da Consciência. A Metafísica da subjetividade é a que inverte a relação sujeito-objeto, de modo que o sujeito é o homem que procura a essência das coisas, objetificando o ser, ou assujeita o ser a partir da “consciência de si do pensamento pensante”⁴⁸.

A Metafísica distingue o sensível e o suprassensível, o corpóreo e o espiritual, o animal e o racional⁴⁹. Instaura uma dicotomia que a caracteriza e que coloca a razão como fundamento do conhecimento. A busca por essências, por significados universais, que conferem sentido às coisas, é o cerne do pensamento metafísico. A linguagem é apenas uma reprodutora desses sentidos, dessas essências, é uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível.

O conhecimento metafísico está sempre em busca de um fundamento absoluto para o conhecimento, percorrendo e formando épocas da história Metafísica ocidental. Segundo Stein, com suporte em Heidegger, nessa busca acaba sempre “caindo na armadilha inevitável de pensar o ser por intermédio de um ente”, entificando o ser, escondendo-o.⁵⁰ Na Metafísica clássica os sentidos estavam nas

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 441.

⁴⁹ STEIN, Ernildo. **Exercício de fenomenologia**: limites de um paradigma. p. 108-109.

⁵⁰ STEIN, Ernildo. **Exercício de fenomenologia**: limites de um paradigma. p. 109.

coisas, nas essências identificáveis pelo sujeito cognoscente. A partir da idade média, principalmente com Guilherme de Ockham, até a modernidade, mantendo-se a dualidade sensível/suprassensível, instaura-se uma subjetividade assujeitadora do objeto. A verdade não está mais em essências universais, mas nos objetos individuais, que são os que existem. Essa descoberta da subjetividade, a centralidade da verdade, vai caracterizar a Metafísica da modernidade, em especial com a Filosofia da Consciência.⁵¹

Ernildo Stein, a partir dos “epocais” de Heidegger, faz um resumo da evolução histórica da Metafísica:

[...] Heidegger nos diz que a tradição da metafísica ocidental é marcada por certos modos de entificação do ser, isto é, em que o ser é confundido com um ente. Temos, assim, a ideia em Platão, em Aristóteles, o conceito de substância, na Idade Média, o conceito de Deus como ser supremo. Depois vem o *cogito* de Descartes no começo da modernidade. Kant inicia explicitamente o problema dos *standards* de racionalidade com o *eu penso*. Em seguida, teríamos Hegel, superando as antinomias de Kant e expondo, assim, o sistema do saber absoluto. Heidegger apresenta como último *standard* de racionalidade da era metafísica a *vontade de poder* de Nietzsche. Chegados ao fim dos princípios epocais com *standards* de racionalidade baseados na entificação, teríamos terminado da metafísica objetivista e entificadora. Teríamos, então, entrado numa época em que desaparece o *standard* de racionalidade incorporado a uma forma de ente.⁵²

Essa dualidade metafísica é incorporada pela linguagem, vista como mero instrumento que comunica, que faz a ponte entre o objeto e o conceito, o mundo sensível e o suprassensível, caracterizando-se a verdade pela perfeita correspondência entre o objeto e o pensamento. Segundo Stein, essa constatação traz consigo duas consequências:

[...] de um lado, ganhamos a vantagem de podermos dilatar nosso esforço de significação de modo praticamente infinito; de outro, criamos uma dependência dessa possibilidade que passa a viciar qualquer esforço de linguagem em direção à superação do mundo concreto, para nos movermos num contexto apenas conceitual. [...].⁵³

⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 166-167.

⁵² STEIN, Ernildo. **Exercício de fenomenologia**: limites de um paradigma. p. 108-160.

⁵³ STEIN, Ernildo. **Exercício de fenomenologia**: limites de um paradigma. p. 113.

Não importam mais as coisas, mas os conceitos, o que se diz sobre as coisas, o significado das expressões linguísticas reproduzidas apartadas daquilo que designam.⁵⁴ No paradigma Metafísico, a linguagem é mera condutora de essências, pensamentos concebidos anteriores a ela. A realidade, as essências, são apreendidas pela razão, pelo intelecto e transmitidas conceitualmente pela linguagem. Porém, a linguagem não está na construção dessa concepção de mundo, surge posteriormente, quando o conhecimento já aconteceu.⁵⁵

O Positivismo Jurídico, que informa as práticas jurídicas da dogmática brasileira da atualidade, inegavelmente encontra fundamento na Metafísica, realizando um sincretismo entre as vertentes clássica, adequacionista, e moderna, da Filosofia da Consciência. Assenta-se nas dualidades lei e norma, questão jurídica e questão fática. Ao colocar a lei como fundamento absoluto do Direito, entifica o ser do Direito, crendo que os textos carreguem em si significados intrínsecos, verdades *a priori*.

Ora apostando em uma essência do Direito, esperando ser descoberta pelo intérprete – dissociando a lei dos fatores de poder que a engendram –, ora colocando o fundamento absoluto de seu conhecimento no “sujeito solipsista da modernidade”⁵⁶, sob o império do dispositivo, da era da técnica, o Positivismo Jurídico cai sempre na dicotomia sujeito-objeto, o que, segundo Stein, reduz “o pensar filosófico a um pensar e dizer dos entes ou da diferença ôntica”. A separação sujeito-objeto já foi superada há décadas pela Filosofia Hermenêutica, mas ainda não teve a necessária recepção no Direito, em especial na Dogmática Jurídica brasileira.⁵⁷

O afastamento do Positivismo Jurídico do ser do Direito, da singularidade dos casos concretos diante da generalização conceitual da lei como resposta *a priori*, impossibilita-o de concretizar respostas adequadas aos conflitos. Segundo

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 69-71.

⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 183.

⁵⁶ STEIN, Ernildo. **Exercício de fenomenologia**: limites de um paradigma. p. 116.

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 222.

Lenio Streck, referindo-se a Gadamer, no Positivismo Jurídico “a distância entre a generalidade da lei e a situação jurídica concreta que projeta cada caso particular é essencialmente insuperável”⁵⁸.

Assim, a superação desse modelo positivista, cujos reflexos para a teoria da decisão serão aprofundados no decorrer do presente trabalho, passa pela superação da relação sujeito-objeto, característica da Metafísica, e instauração da relação sujeito-sujeito com base na Filosofia Hermenêutica de Martin Heidegger e na Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer, que serão objeto de análise na sequência.

1.2 A FILOSOFIA HERMENÊUTICA E A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA COMO STANDARDS DE RACIONALIDADE NECESSÁRIOS À SUPERAÇÃO DO SUBJETIVISMO DA DECISÃO JUDICIAL

A despeito da autonomia da Ciência Jurídica frente à Moral e à Política, por exemplo, é preciso reconhecer que o Direito não é uma ilha, não está imune às transformações que ocorrem no campo filosófico, conforme alerta Lenio Streck, eis que se caracteriza por ser um “fenômeno inserido em uma intersubjetividade racional e que deve ser sempre primeiramente produzida e garantida em processos de compreensão”⁵⁹.

O Direito está, necessariamente, vinculado a alguma Filosofia que lhe serve de suporte e orientação na discussão de seu método. Ernildo Stein pontifica que se espera que essa Filosofia, no Direito, sirva de suporte para se instalar na realidade, orientando uma visão de mundo ou uniformização da realidade que auxilie no estabelecimento de limites e fundamentos. Mais do que isso, para vencer o resquício da positividade o Direito espera da Filosofia “a possibilidade de um compromisso intersubjetivo escondido numa determinada forma de descrição do mundo”⁶⁰.

⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 273.

⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 372.

⁶⁰ STEIN, Ernildo. **Exercício de fenomenologia**: limites de um paradigma. p. 155.

A Filosofia fornece ao Direito, portanto, um “*standard* de racionalidade” que orienta o “*levantamento de problemas* e o *conjunto de problemas* a serem resolvidos”⁶¹ pela Ciência Jurídica, o que não pode ser proporcionado pelo discurso jurídico ou no interior dele. É preciso que esse paradigma filosófico seja compreendido e respeitado pelo pesquisador jurídico, sem sincretismos injustificados ou fidelidades parciais.

Nesse contexto não se pode ignorar a influência sobre a Hermenêutica Jurídica que necessariamente deve ter a denominada “viragem hermenêutico-ontológica”, provocada pela Filosofia Hermenêutica de Martin Heidegger, em especial com a obra *Ser e Tempo*, e pela Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer, principalmente com *Verdade e Método*, conforme vem sendo “denunciado”, no Brasil, pelo professor Lenio Luiz Streck.

Heidegger promoveu uma verdadeira revolução na Filosofia ao superar a Metafísica moderna. Gadamer transpôs as constatações de Heidegger para a teoria da interpretação, possibilitando novos horizontes para além dos métodos.

Uma das preocupações centrais de Heidegger e Gadamer é demonstrar que não se pode compreender o ser das coisas, dentre elas os textos, por meio de abstrações conceituais, métodos, técnicas ou regras que buscam um fundamento absoluto e os desvinculam de sua temporalidade, de sua dimensão histórica, dos horizontes nos quais foram escritos e estão sendo interpretados. Como evento, o texto adquire sempre novos contornos, é (re)significado pelo intérprete no momento da aplicação. E nesse processo de apreensão do ser do texto o Ser-aí⁶² [*Dasein*]

⁶¹ STEIN, Ernildo. **Exercício de fenomenologia**: limites de um paradigma. p. 156.

⁶² É necessário observar e esclarecer, neste passo, que diferentes tradutores das obras de Heidegger traduzem de forma distinta o termo “*Dasein*”. Assim, nas diferentes obras consultadas, *Dasein* é traduzido ora como “Ser-aí”, ora como “presença”, ora como “Estar-aí”. Em todos os casos, os diferentes tradutores julgam que o termo por eles empregado guarda maior fidelidade ao pensamento de Heidegger, apresentando as razões no início de suas obras. Independentemente da tradução, o fundamental é compreender a importância do *Dasein* no contexto da fenomenologia Hermenêutica, ligando ser e tempo, exprimindo a temporalidade, o acontecer do ser em sua historicidade, em sua finitude. Compreendida a peculiaridade do *Dasein* no contexto do projeto de Heidegger, o vocábulo utilizado na tradução tem reduzida importância, ganhando relevo a compreensão e interpretação que deles se faz no contexto da obra, procurando guardar, essa sim, maior correspondência com o pensamento de Heidegger. Por esse motivo, independentemente do vocábulo utilizado pelo tradutor, optou-se por acrescer ao lado, sempre entre colchetes, o termo no original, *Dasein*, para não causar qualquer dúvida ou confusão. No presente trabalho, até para que

significa e é significado, compreende o ser dos entes e, nesse processo, seu próprio ser. Nesse círculo, o intérprete diz ao texto, a partir de sua pré-compreensão, tanto quanto o texto diz ao intérprete.

O conceito de Hermenêutica pode apresentar-se, diz Ernildo Stein, com quatro sentidos distintos. Os dois primeiros, como sentido vulgar para designar uma compreensão ingênua e em um sentido metodológico da interpretação científica, não têm maior interesse para o trabalho. Em um terceiro sentido, a Hermenêutica é filosófica, designando uma compreensão histórica para além dos Positivismos, a busca por “uma experiência da verdade que, além dos enunciados verdadeiros e falsos, se dá no contexto de uma historicidade cujo sentido jamais recuperamos inteiramente”⁶³. Por fim, em um quarto sentido, liga-se a um “como” hermenêutico, que “se refere sempre ao modo de ser do próprio ser humano enquanto ser no mundo que já sempre se compreende e explicita em seu modo de ser”⁶⁴.

Enquanto Filosofia, a Hermenêutica não é um método, mas “filosofia transcendental”, no sentido de que, nas palavras de Arthur Kaufmann, “designa as *condições da possibilidade de compreensão do sentido em geral*”⁶⁵. Esse transcendental “não-clássico” vai “constituir a estrutura mínima do conhecimento e da experiência”⁶⁶. Ao afastar-se da descrição de um método, de uma técnica, a Hermenêutica filosófica radica-se da *praxis* da vida, no sentido de que as hipóteses interpretativas “têm origem no viver quotidiano”⁶⁷. A Filosofia Hermenêutica e a Hermenêutica Filosófica combatem a ideia de um fundamento absoluto para a interpretação, superando a dicotomia metafísica sujeito-objeto. Como observa Lenio Streck, “nem mais o assujeitamento do sujeito às essências e nem o Solipsismo do

não se incorra em equívoco com o uso vulgar da palavra “presença”, optou-se por usar o termo “Ser-ai”.

⁶³ STEIN, Ernildo. **Exercício de fenomenologia**: limites de um paradigma. p. 152.

⁶⁴ STEIN, Ernildo. **Exercício de fenomenologia**: limites de um paradigma. p. 152.

⁶⁵ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do Direito ao longo da história. In: **Introdução à filosofia do Direito e à teoria do Direito contemporâneas**. Organizadores A. Kaufmann e W. Hassemer. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 149-150.

⁶⁶ STEIN, Ernildo. **Exercício de fenomenologia**: limites de um paradigma. p. 152.

⁶⁷ SCHROTH, Ulrich. Hermenêutica filosófica e jurídica. In: **Introdução à filosofia do Direito e à teoria do Direito contemporâneas**. Organizadores A. Kaufmann e W. Hassemer. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 385.

sujeito assujeitador dos (sentido dos) objetos”⁶⁸.

Martin Heidegger é o precursor dessa “Viragem Ontológico-Linguística”, colocando-se como um dos maiores adversários da Metafísica⁶⁹. Para o filósofo, a Metafísica detém-se no ente e, com isso, entifica o ser. Ao interrogar o ente como ente, a Metafísica esqueceu do ser. Diversamente, explica Emerich Coreth, a Hermenêutica de Heidegger “antecede a dualidade de ‘explicar’ e ‘compreender’”⁷⁰, é um existencial dado com o próprio ser. Na medida em que descreve o modo de ser no mundo, marca a existência pela compreensão do ser.

Assim é que Heidegger inicia ser e tempo, justificando a necessidade de se retomar a questão do ser, esquecida pela Metafísica, pois “‘ser’ não pode ser concebido como ente; *enti non additur aliqua natura*: o ‘ser’ não pode ser determinado, atribuindo-lhe um ente”⁷¹.

Essa objetificação, própria das ciências naturais, coloca os sentidos ora como essências flutuando no ar esperando ser apreendidas, ora na subjetividade assujeitadora que os atribui arbitrariamente às coisas, sempre se prendendo à relação sujeito-objeto.

Nesse sentido, Heidegger observa que as diversas formas de subjetividade colocadas como fundamento do conhecimento, pautadas na dualidade sensível e supassensível, animal e racional, por exemplo, conduzidas na relação sujeito-objeto, contribuem para o processo de objetificação, pois “não há subjetividade sem objetividade, seja uma objetividade externa, seja aquela produzida pelo processo da subjetivação”⁷². Ao longo de toda a tradição Metafísica ocidental, buscou-se um *fundamentum inconcussum* para o conhecimento em uma

⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 245.

⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. p. 126.

⁷⁰ CORETH, Emerich. **Questões fundamentais de Hermenêutica**. p. 22.

⁷¹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Petrópolis: Vozes, 2015. p. 39.

⁷² STEIN, Ernildo. A superação da metafísica não é o fim da metafísica. *In*: **Hermenêutica, constituição, decisão judicial**: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck. Organizadores: Alexandre Morais da Rosa ... [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 276.

certa entificação do ser⁷³, como, por exemplo, o cogito de Descartes e a vontade de poder de Nietzsche, apontado por Heidegger como o último metafísico (com isso, escondem o ser detendo-se no ente como fundamento de sua ontologia, não saindo, assim, do plano ôntico). Partindo dessa constatação, analisa Ernildo Stein, é:

[...] Que Heidegger vê-se impelido a apresentar um *standard* de racionalidade por meio da questão do ser ligada à compreensão do ser pelo *Dasein*. Numa pré-compreensão, em que o ser-aí [*Dasein*] se compreende em seu ser e assim se explicita, compreendendo o ser como tal, consistiria naquilo que já sempre representa uma antecipação que acompanha todo o nosso conhecimento.⁷⁴

Heidegger fala então na necessidade de uma “destruição” do acervo da antiga ontologia. Com isso, não se quer dizer que deva ser destruído o passado, o pensamento metafísico, mas, sim, pensado o hoje. Uma destruição no sentido positivo, de buscar compreender os seus limites, não em um sentido negativo. Uma crítica voltada para o hoje, para o modo presente de tratar a crítica da ontologia. Conforme o filósofo, “a destruição se vê colocada diante da tarefa de interpretar o solo da antiga ontologia à luz da problemática da temporaneidade”⁷⁵.

Todo ser é ser de um ente⁷⁶, afirma Heidegger, razão pela qual a questão do ser passa, necessariamente, pela interrogação” de um ente. O ente é “tudo de que falamos dessa ou daquela maneira, ente é também o que e como nós mesmos somos”, refere-se ao plano ôntico. De outra feita, ser é o que se vela e desvela no ente, “está naquilo que é e como é, na realidade, no ser simplesmente dado (*Vorhandenheit*), no teor e recurso, no valor e validade, no existir, no ‘dá-se’”⁷⁷, trata-se do plano ontológico. Essa diferença entre ser e ente, que aponta para o fato de que todo ser é sempre o ser de um ente, trata-se da *diferença ontológica* heideggeriana⁷⁸.

Se a questão do ser passa pela interrogação de um ente, a explicitação da questão deve ser feita, inicialmente, ao ente dos entes, o “ente privilegiado”, que

⁷³ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. p. 60.

⁷⁴ STEIN, Ernildo. **Exercício de fenomenologia**: limites de um paradigma. p. 160.

⁷⁵ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. p. 63.

⁷⁶ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. p. 44.

⁷⁷ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. p. 42.

⁷⁸ HOMMERDING, Adalberto Narciso. **A índole filosófica do Direito**. Florianópolis: Empório do Direito Academia, 2016. p. 71.

tem em seu modo de ser o questionar, o compreender, como existencial desse “ente que nós mesmos, os que questionam, sempre somos” e que Heidegger designa por Ser-aí [*Dasein*]⁷⁹. É na análise do Ser-aí [*Dasein*] que Heidegger descobre a ontologia fundamental; é no Ser-aí [*Dasein*], no homem, na estrutura fática da existência humana, na compreensão de seu ser que está a compreensão, o sentido de todos os demais seres. Na expressão do filósofo, “a presença [*Dasein*] se mostra como o ente que, ontologicamente, deve ser o primeiro interrogado, antes de qualquer outro”⁸⁰.

Sem o Ser-aí [*Dasein*] não há compreensão, pondera Adalberto Narciso Hommerding, “pois é o *Dasein* que compreende o ser”⁸¹. O Ser-aí [*Dasein*] é a abertura para o ser. Nas palavras de Ernildo Stein, “nele, o ser possui o lugar de sua emergência, mediante a compreensão do ser”⁸², o que, porém, não pode ser compreendido como um fundamento absoluto. O Ser-aí [*Dasein*] não é fundamento do ser, não se trata de um ente eleito para servir como *fundamentum inconcussum*, o que incorreria no apontado erro metodológico da Metafísica. Trata-se do ente por meio do qual é possível compreender o ser, do ponto de partida hermenêutico, pois “o *Dasein* desde sempre se compreendeu em sua dimensão de ser”⁸³.

“O privilégio ôntico que distingue a presença [*Dasein*] está em ela ser ontológica”⁸⁴, ou seja, o Ser-aí [*Dasein*] distingue-se dos demais entes pela característica de, em seu ser, ou seja, sendo, definir e compreender o seu próprio ser, o que Heidegger chama de *círculo hermenêutico*. O Ser-aí [*Dasein*] define-se enquanto compreende seu próprio ser; define-se enquanto *existência*, a partir das possibilidades próprias de “ser ou não ser ela mesma”⁸⁵. A *existência* é o ser do Ser-aí [*Dasein*] com o qual ele se relaciona, busca compreender e, nesse compreender, define o seu ser. O Ser-aí [*Dasein*], portanto, é um existencial, que tem em seu ser a compreensão, o que torna o compreender uma condição fundamental, constitutiva do próprio Ser-aí [*Dasein*], ontológica, portanto.

⁷⁹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. p. 42-43.

⁸⁰ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. p. 49.

⁸¹ HOMMERDING, Adalberto Narciso. **A índole filosófica do Direito**. p. 71.

⁸² STEIN, Ernildo. **Exercício de fenomenologia**: limites de um paradigma. p. 115.

⁸³ STEIN, Ernildo. **Exercício de fenomenologia**: limites de um paradigma. p. 116.

⁸⁴ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. p. 48.

⁸⁵ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. p. 48.

Conforme observa Richard Palmer, “a análise de Heidegger indicou que a ‘compreensão’ e a ‘interpretação’ são modos fundantes da existência humana”⁸⁶, a essência da Hermenêutica está no poder ontológico de compreender e interpretar, que torna possível, por meio do Ser-aí [*Dasein*], a revelação do ser das coisas e, nessa revelação, desvelar o próprio ser do homem.⁸⁷

A Hermenêutica heideggeriana não se refere apenas a textos ou obras de arte, é Hermenêutica existencial. O *círculo hermenêutico* e a *diferença ontológica* constituem os axiomas fundamentais da analítica existencial. Soma-se a isso, na questão do sentido do ser, o horizonte da temporalidade, que, segundo Ernildo Stein, faz com que se entenda que “sentido é um campo aberto, é aquele horizonte no qual o ser se manifesta finitamente, ele é temporalidade”⁸⁸. Lenio Streck sintetiza o modo como a filosofia Hermenêutica trabalha o mover-se entre passado e futuro na interpretação, entre faticidade e existência:

O passado é selo histórico imprimido em nosso ser: *Faticidade*; o futuro é o ter-que-ser que caracteriza o modo-de-ser do ente que somos (*Ser-aí*): *Existência*. Portanto, a Hermenêutica é utilizada para compreender o ser (*faticidade*) do *Ser-aí* e permitir a abertura do horizonte para o qual ele se encaminha (*existência*). Aquilo que tinha um caráter ôntico, voltado para textos, assume uma dimensão ontológica, visando à compreensão do ser do *Ser-aí*. [...].⁸⁹

Nessa visão do Ser-aí não se pode incorrer no equívoco de impor categorias, métodos, técnicas como modo de acesso ao ser. Afirma Heidegger que “é preciso deixar que esse ente, a presença [*Dasein*], possa ‘mostrar-se em si mesmo e por si mesmo’”⁹⁰. Deve haver uma apreensão pré-conceitual dos fenômenos, na sua historicidade e temporalidade não entificada.⁹¹

Só o homem existe; a pedra é, mas não existe; o gato é, mas não

⁸⁶ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1986. p. 51.

⁸⁷ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. p. 135.

⁸⁸ STEIN, Ernildo. A superação da metafísica não é o fim da metafísica. In: **Hermenêutica, constituição, decisão judicial**: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck. p. 277-278.

⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 239.

⁹⁰ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. p. 54.

⁹¹ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. p. 130.

existe⁹². Somente o Ser-aí [*Dasein*] existe pois não se trata de uma universalidade, mas é sempre único, “sempre meu”. Existir é ter possibilidade, “é, sendo, escolher-se, ganhar-se ou perder-se ou ainda nunca ganhar-se ou só ganhar-se ‘aparentemente’”⁹³. Existir é ter mundo, e só o homem tem mundo.

Pertence “essencialmente à presença [*Dasein*]: ser em um mundo”⁹⁴, analisa Heidegger. Por mundo, o Filósofo não designa o meio ambiente, o universo tal qual o vemos, o mundo físico, mas a “totalidade em que o ser humano está mergulhado” e que se lhe revela “através de uma compreensão sempre englobante, anterior a qualquer captação”⁹⁵. Não é possível separar o mundo da pessoa, o que decorre da equívoca objetificação da Metafísica, que separa sujeito e objeto.

Segue-se que a fenomenologia heideggeriana consiste em um existencial no qual o Ser-aí [*Dasein*], no seu modo-de-ser, compreende o ser dos entes, a partir de seu mundo, sem conceitualizações ou concepções prévias projetadas sobre as coisas, mas deixando que se manifestem, que apareçam naquilo que são. Nesse processo compreende seu próprio ser. Esse revelar-se do ser ocorre por meio da linguagem. Nas palavras de Richard Palmer, “a combinação de *phainestai* e de *logos*, enquanto fenomenologia, significa deixar que as coisas se manifestem como o que são, sem que projectemos nelas as nossas próprias categorias”⁹⁶

Segundo Heidegger, a expressão fenômeno significa “o que se revela, o que se mostra em si mesmo”⁹⁷. O ente pode manifestar-se de duas formas. A primeira, a que se chama aparecer ou aparência, é um “mostrar-se por si mesmo de várias maneiras, segundo sua via e modo de acesso”⁹⁸. Nesse sentido, pode mostrar inclusive como o que não é. De uma segunda forma, manifestação enquanto manifestação significa “um anunciar-se de algo que não se mostra através de algo que se mostra”⁹⁹. Os fenômenos nunca são manifestações, essas que estão

⁹² HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Nota da Tradutora n. 2. p. 562.

⁹³ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. p. 86.

⁹⁴ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. p. 49.

⁹⁵ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. p. 136-137.

⁹⁶ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. p. 133.

⁹⁷ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. p. 67.

⁹⁸ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. p. 67.

⁹⁹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. p. 69.

relacionadas a um fenômeno. O significado sintático de fenomenologia é, assim, “deixar e fazer ver por si mesmo aquilo que se mostra, tal como se mostra a partir de si mesmo”¹⁰⁰.

O fenômeno, o ser, vela-se e se manifesta por meio dos entes. Na sua manifestação, o ser também se oculta. O fenômeno da fenomenologia (o ser), numa primeira aproximação e na maioria das vezes, não está dado, está encoberto. É preciso interrogar o ente na busca pelo ser. “Em sentido fenomenológico, fenômeno é somente o que constitui o ser, e ser é sempre ser de um ente”¹⁰¹. Assim, “em seu conteúdo, a fenomenologia é a ciência do ser dos entes – é ontologia”¹⁰². Na explicação de Heidegger:

A palavra “fenomenologia” exprime uma máxima que se pode formular na expressão: “para as coisas elas mesmas!” – por oposição às construções soltas no ar, às descobertas acidentais, à admissão de conceitos só aparentemente verificados, por oposição às pseudoquestões que se apresentam, muitas vezes, como “problemas”, ao longo de muitas gerações. [...].¹⁰³

Fazendo um breve parêntesis, transpondo essa compreensão para o Direito, observa-se que, se o acesso ao ser somente pode ocorrer mediante a aproximação a um ente, ou seja, pelo ente, o acesso à norma (ser) somente ocorre por meio da lei (ente), motivo pelo qual os textos importam, o que será aprofundado em outros tópicos, a partir da interlocução realizada pela Crítica Hermenêutica do Direito.

A fenomenologia heideggeriana é Hermenêutica e ontológica. Palmer observa que “a sua análise junta a Hermenêutica à ontologia existencial e à fenomenologia e aponta para um fundamento da Hermenêutica que não se baseia na subjectividade mas na facticidade do mundo e na historicidade da compreensão”¹⁰⁴. A compreensão do ser ocorre na experiência, na faticidade e na historicidade. Não é uma compreensão fixa, mas construída historicamente a partir de cada mundo e nos influxos da tradição. Trata-se de um saber compartilhado,

¹⁰⁰ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. p. 74.

¹⁰¹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. p. 77.

¹⁰² HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. p. 77.

¹⁰³ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. p. 66.

¹⁰⁴ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. p. 141.

construído intersubjetivamente e em constante construção. A ontologia tem de se tornar fenomenologia, voltar-se “para os processos de compreensão e de interpretação pelos quais as coisas aparecem; tem que descobrir o modo e a orientação da existência humana; tem que tornar visível a estrutura invisível do ser-no-mundo”¹⁰⁵.

O método fenomenológico (que não se trata de método no sentido metafísico, como critério ou fórmula para avaliar a correção do conhecimento), caracteriza-se por procurar aproximar-se das coisas, buscar o sentido do ser “nas coisas mesmas”, sem conceitualizações abstratas ou o uso de técnicas. Não busca essências abstratas para determinar o que são os objetos em abstrato, em conceitos, mas o *como* dos objetos, na faticidade. O artifício técnico afasta o investigador do ser, abstrativizando-o. É preciso que o método seja abrangente e abarque uma discussão com as coisas elas mesmas, sem categorizações e conceitualizações prévias às quais serão conformadas. O método fenomenológico, na explicação de Palmer, “implica que a interpretação não se fundamenta na consciência humana e nas categorias humanas, mas sim na manifestação da coisa com que deparamos, da realidade que vem ao nosso encontro”¹⁰⁶.

O conceito, na fenomenologia, deixa de ser um sentido universal, infinitizado, absoluto, a partir do qual se mede a verdade na correspondência da coisa ao conceito. Todo enunciado fenomenológico, enquanto compreendido como comunicativo, está sujeito à desconstrução, a questionamento, à reformulação. Conforme Heidegger, “toda a dificuldade destas investigações reside justamente em torná-las críticas a respeito de si mesmas, num sentido positivo”¹⁰⁷. O conhecimento fenomenológico é interrogativo por natureza, está envolto em um constante questionar pautado na historicidade e temporalidade.

A temporalidade é o “sentido desse ente que chamamos presença [*Dasein*]”¹⁰⁸. É o sentido do ente Ser-aí [*Dasein*], porém não é, ainda, o sentido do seu ser. Apenas prepara o terreno para uma tal resposta, pois descortina a ideia

¹⁰⁵ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. p. 133-134.

¹⁰⁶ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. p. 133.

¹⁰⁷ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. p. 76.

¹⁰⁸ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. p. 54-55

metafísica da essência, do universal. A temporalidade afeta a pretensão de fundamento absoluto e, por consequência, de qualquer dualidade sujeito-objeto. O tempo é o “*horizonte da compreensão de ser a partir da temporalidade, como ser da presença [Dasein], que se perfaz no movimento de compreensão de ser*”¹⁰⁹ (itálico no original). O ser possui uma determinação fundamental na temporalidade.

A Metafísica retira essa temporalidade da compreensão do ser na medida em que busca seu sentido em um ente determinado, “a partir de determinado modo do tempo, do ‘*atualmente presente*’”¹¹⁰ (itálico no original). Heidegger desvela o inverso, “toda a compreensão é temporal, intencional, histórica”¹¹¹. Não se trata de um processo mental, mas ontológico, daquilo que é real para o homem.

Gadamer assevera que a tese principal de Heidegger era de que “o próprio ser é tempo”¹¹², com isso desfazendo toda a filosofia Metafísica moderna que compreende o ser no presente, de modo atemporal.

Toda essa construção da analítica existencial reflete na concepção que se tem de interpretação e compreensão, das coisas, dos textos. Conforme observa Lenio Streck, nos paradigmas metafísicos vigia a ideia de que primeiro se interpreta, em um ato cognoscitivo, para depois compreender, porém “Heidegger nos mostra a partir da descrição fenomenológica realizada pela analítica existencial em *Ser e Tempo* que *compreendemos para interpretar*”¹¹³. A interpretação é sempre uma explicitação comunicativa da compreensão que se tem do ser dos entes, que se dá a partir da historicidade, da tradição, e que vem pela linguagem. Portanto, compreende-se para interpretar. Não existe, assim, uma consciência separada do mundo. “Não há primeiro o *Ser-aí [Dasein]* e depois o mundo ou vice-versa. O *Ser-aí [Dasein]* é ser-no-mundo, e sua faticidade é estar-jogado-no-mundo; sua existência é ter-que-ser-no-mundo, sendo que, desde sempre, está junto aos entes”¹¹⁴.

¹⁰⁹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. p. 55.

¹¹⁰ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. p. 64.

¹¹¹ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. p. 145.

¹¹² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 345.

¹¹³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito**. p. 241.

¹¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito**. p. 242.

O ser é compreendido na existência, no acontecer, no ser-no-mundo, no ser-com-os-outros. A compreensão não é algo que o Ser-aí [*Dasein*] possui, é seu próprio modo-de-ser-no-mundo. Na visão de Richard Palmer, a compreensão em Heidegger “é o poder de captar as possibilidades que cada um tem de ser, no contexto do mundo vital em que cada um de nós existe”¹¹⁵

Ulrich Schroth ressalta que “uma interpretação que pretenda oferecer compreensão tem de ter compreendido o objecto da interpretação”¹¹⁶, ou seja, a compreensão não só antecede a interpretação como é condição de sua possibilidade. A essência da compreensão está não apenas na simples captação da situação, naquilo que se manifesta, mas também na apreensão do que se oculta nesse desvelamento, “na revelação das potencialidades concretas do ser, no horizonte da situação que cada um ocupa no mundo”¹¹⁷.

A compreensão opera, diz Palmer, “sempre num conjunto de relações já interpretadas, num todo relacional”¹¹⁸, a partir do “mundo” no qual está jogado o Ser-aí [*Dasein*], em sua faticidade e historicidade. Parte, assim, de um processo de significação que já reside na totalidade relacional do mundo. “A significação, portanto, não é algo que o homem dê a um objecto; é aquilo que um objecto dá ao homem, fornecendo-lhe a possibilidade ontológica das palavras e da linguagem”¹¹⁹.

Para que se possa compreender como opera a compreensão em Heidegger é preciso ter em mente que o sentido é “*aquilo dentro do qual o significado pode se dar*, isto é, o significado é o conteúdo predicado de um enunciado”¹²⁰. O ser revela-se no ente por meio de um processo de abertura e encobrimento, desvelamento e velamento, iluminação e ocultação, sempre em um horizonte de sentido que constitui o “mundo” do Ser-aí [*Dasein*]. Assim, o sentido ocorre nesse horizonte temporal do Ser-aí [*Dasein*], não como uma essência

¹¹⁵ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. p. 135-136.

¹¹⁶ SCHROTH, Ulrich. *Hermenêutica filosófica e jurídica. In: Introdução à filosofia do Direito e à teoria do Direito contemporâneas*. p. 383.

¹¹⁷ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. p. 136.

¹¹⁸ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. p. 136.

¹¹⁹ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. p. 138-139.

¹²⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas*. p. 359.

atemporal que deve ser apreendida subjetivamente da coisa, do texto, mas como o acontecer do próprio ser.

Parte-se de uma compreensão prévia do ser a partir de um ente, porém não se buscam os fundamentos desse ser na interrogação do ente, mas sim uma “libertação demonstrativa das fundações”¹²¹. Essa compreensão vulgar do ser é constitutiva do Ser-aí [*Dasein*], por isso condição de possibilidade. Parte-se dessa compreensão vulgar do ser para poder questionar justamente essa compreensão, suas bases, seus fundamentos. O ser obscurecido é explicitado, abrem-se as clareiras que possibilitarão novas significações, que trarão novos velamentos, construindo-se, assim, a significação de ser em sua historicidade não entificada, não infinitizada em um ente.

A verdade Hermenêutica não é uma “presença estática de uma ideia”¹²², constante e atemporal, como concebida na Metafísica, mas “o acontecer fenomenológico da verdade ôntica”¹²³, é desvelamento, desocultação, resulta da diferença ontológica, em que “ser e ente não estão cindidos (subjetivismo) nem colados (objetivismo)”¹²⁴. A verdade não está mais nas essências, tampouco no sujeito solipsista, na medida em que o mundo não pode mais ser identificado com independência da linguagem. A verdade Hermenêutica é “uma verdade que se estabelece dentro das condições humanas do discurso e da linguagem. A Hermenêutica é, assim, a consagração da finitude”¹²⁵.

Nesse contexto, a verdade é algo que simultaneamente emerge e se esconde no ente, pois o ser revela-se de diversas maneiras nos entes. Nesse revelar-se, oculta-se em seu ser. Desse modo, “a interpretação tem que ser criativamente aberta ao que ainda não foi dito”. O nada está colocado como o pano criativo sobre o qual todo conceito, toda asserção emerge, razão pela qual a

¹²¹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. p. 43.

¹²² PALMER, Richard. **Hermenêutica**. p. 148.

¹²³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 258.

¹²⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 360.

¹²⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 228.

interpretação deve “penetrar nas camadas acumuladas de interpretação errônea e ocupar um lugar no centro daquilo que é dito e daquilo que não é dito”; do que se revela e do que se oculta, em um diálogo pensante com o texto (ente), que é interrogado, a fim de revelar o que nele não foi dito, permaneceu velado.¹²⁶

Assim, toda compreensão, enquanto interroga um ente perguntando por seu ser, procurando revelar o que no texto se ocultou, apresenta uma estrutura circular. Isso porque “compreendemos um dado texto, tema ou situação, não com uma consciência vazia, temporariamente preenchida com a situação em causa”¹²⁷, mas ao contrário, sempre se parte de um modo de ver já estabelecido, e toda compreensão ocorre em meio a uma totalidade previamente dada, a partir de uma compreensão prévia do objeto da interpretação. Toda compreensão “exige como condição de sua possibilidade o todo de um contexto de sentido – de uma totalidade de conexões, como diz o filósofo – do mundo anteplanejado e precompreendido”¹²⁸. Trata-se dos existenciais que se carrega, “mas sobre os quais não possuímos plena compreensão”¹²⁹.

Essa concepção prévia é a mediação histórica que reside na compreensão e funde sujeito e objeto, impossibilitando uma contraposição conceitual. Explica Lenio Streck que “compreender a nós mesmos e a nossa história é condição de possibilidade para que possamos compreender textos, palavras, histórias etc.”¹³⁰. Não há, portanto, transparência possível de ser alcançada na interpretação por um método ou técnica, pois a compreensão antecede qualquer objetificação ou subjetivismo.

A historicidade está na constituição do ser do Ser-aí [*Dasein*]. Na sua condição de ser-no-mundo o Ser-aí [*Dasein*] é sempre como e o que ele já foi, ou seja, é constituído por sua historicidade. Esse passado que constitui o Ser-aí [*Dasein*] não significa apenas o conjunto de experiências por ele vividas. Explica

¹²⁶ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. p. 152.

¹²⁷ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. p. 180.

¹²⁸ CORETH, Emerich. **Questões fundamentais de Hermenêutica**. p. 23-24.

¹²⁹ STEIN, Ernildo. A superação da metafísica não é o fim da metafísica. In: **Hermenêutica, constituição, decisão judicial**: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck. p. 277.

¹³⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 235.

Heidegger que “em cada um de seus modos de ser e, por conseguinte, também em sua compreensão de ser, a presença [*Dasein*] sempre já nasceu e cresceu dentro de uma interpretação de si mesma, herdada da tradição”¹³¹. A historicidade, refletida na tradição, constitui a compreensão de si mesmo do Ser-aí [*Dasein*], como condição de possibilidade desse compreender e da compreensão de qualquer outro ser. O passado do Ser-aí [*Dasein*], incluído não apenas sua existência, mas de sua “geração”, antecipa os sentidos, possibilitando o compreender.

O Ser-aí [*Dasein*] é condicionado pela tradição, no sentido de que é condição de possibilidade para compreensão de si e do mundo. Ao tempo em que possibilita a interpretação, a tradição entrega o que é legado como evidência. Vela no que se desvela.¹³² Diz Gadamer que “não é a história que nos pertence mas somos nós que pertencemos a ela. Muito antes de nos compreendermos na reflexão sobre o passado, já nos compreendemos naturalmente na família, na sociedade e no Estado em que vivemos”.¹³³

A tarefa da Hermenêutica não é livrar da tradição – o que se afigura impossível por se estar desde sempre nela, como modo de ser do Ser-aí [*Dasein*] – mas, como pontifica Ernildo Stein, possibilitar a “perspectiva de os próprios participantes se empenharem na apropriação viva de tradições que os determinam”¹³⁴, tornar esse processo consciente, a fim de que o intérprete possa interrogar os entes que interpreta na busca de desvelar o seu ser.

Nessa historicidade da compreensão, na tradição que possibilita o compreender, na faticidade, é que reside o Giro Ontológico-Linguístico. Há em toda compreensão “*uma estrutura de sentido que se antecipa ao discurso e representa a sua própria condição de possibilidade*”¹³⁵ (itálico no original), que vem **na e pela linguagem**. O “mundo” no qual se está mergulhado “somente aparece (como

¹³¹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. p. 57-58.

¹³² HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. p. 59-60.

¹³³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 368.

¹³⁴ STEIN, Ernildo. **Exercício de fenomenologia**: limites de um paradigma. p. 164.

¹³⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 226.

mundo) na e pela linguagem. Algo só é algo se se pode dizer que é algo”¹³⁶.

Para os gregos, em especial Aristóteles, segundo Heidegger, a verdade não está no *logos*, na razão, no juízo, mas na “simples percepção sensível de alguma coisa”, no olhar, no ouvir, que é posteriormente traduzido em linguagem. Desde o *Crátilo*, de *Platão*, “tornou-se predominante a concepção da linguagem como simples sistema convencional de sinais para designar conteúdos já pensados, visando a compreensão na sociedade”¹³⁷.

Na analítica existencial a linguagem é erigida a papel fundamental, condição de possibilidade de toda compreensão. A linguagem passa à constitutiva existencial do Ser-aí [*Dasein*]. O Mundo em Heidegger significa abertura, clareira, que possibilita o ser do homem. A compreensão ocorre no mundo, por meio dele, num revelar-se e ocultar-se do ser. Segundo lição de Emerich Coreth, esse acontecer do ser se dá por meio da linguagem:

[...] Essas afirmações, por mais míticas que sejam, aludem, todavia, ao importante fenômeno de que nosso mundo, a saber, o todo do nosso horizonte de compreensão, pelo qual se torna possível a compreensão de cada uma das coisas, é sempre um determinado “mundo lingüístico”, ou seja, um mundo aberto pela linguagem, linguisticamente interpretado, linguisticamente mediado, e isso numa língua sempre determinada, historicamente recebida por tradição, língua em que crescemos, em que vivemos e pensamos, e na qual se realiza toda nossa compreensão.¹³⁸

Heidegger elucida que “a fala ‘deixa e faz ver’ a partir daquilo sobre o que fala”¹³⁹. A fala não projeta sentidos sobre as coisas a partir da subjetividade do intérprete, não é uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e o objeto. A fala autêntica retira da coisa sobre a qual fala aquilo que diz. Nesse sentido, a fala revela e torna acessível aos outros aquilo sobre o que fala. “[...] deixar e fazer ver algo *como* algo, na medida em que se dá *em conjunto com outro*”¹⁴⁰.

Richard Palmer explica que, por originar-se da própria coisa, como

¹³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 262.

¹³⁷ CORETH, Emerich. **Questões fundamentais de Hermenêutica**. p. 27.

¹³⁸ CORETH, Emerich. **Questões fundamentais de Hermenêutica**. p. 42-43.

¹³⁹ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. p. 72.

¹⁴⁰ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. p. 72.

revelação de seu ser e não projeção daquele que fala, a linguagem “não é nem um fenômeno subjectivo nem um fenômeno objectivo, é simultaneamente ambos, pois o mundo é anterior a ambos e engloba ambos”¹⁴¹.

A linguagem passa a ser a totalidade da existência, constitui o “mundo” do Ser-aí [*Dasein*], pois somente é possível compreender na e pela linguagem. A linguagem constitui o presente e traz consigo toda a tradição e historicidade com que se move a compreensão do Ser-aí [*Dasein*]. A realidade se apresenta pela linguagem, de forma que algo somente é quando existem palavras para designá-lo. Orlando Luiz Zanon Júnior sintetiza: “Enquanto não se estabelece termos ou expressões para aferição de uma determinada coisa, esta reside fora da linguagem e, conseqüentemente, não existe no mundo: a linguagem é a casa do ser.”¹⁴².

O horizonte de possibilidades, de compreensão, o “mundo” é, portanto, historicamente definido e delimitado pela linguagem, é constituído por tudo aquilo que se pode designar pela fala.¹⁴³ Streck, citando Heidegger, resume: “*Não falamos sobre aquilo que vemos, mas sim o contrário; vemos o que se fala sobre a coisa*”¹⁴⁴. O sentido não está mais no objeto, tampouco na “consciência de si do pensamento pensante”, mas na linguagem. Os objetos vêm por meio dela. A linguagem é condição de possibilidade para o acesso ao mundo, é constitutiva do modo-de-ser-no-mundo, precede e possibilita a compreensão, a existência.

Dessarte, como constitutiva do modo-de-ser do homem, a linguagem deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto. É condição de possibilidade, é constitutiva do ser. A revelação do ser, sua aparição, ocorre por meio da linguagem.

As implicações da Analítica Existencial de Heidegger na teoria Hermenêutica foram desenvolvidas por Hans-Georg Gadamer. O estudo da obra *Verdade e Método* – cujo título deve ser lido como “Verdade contra o método” – possibilitará um melhor entendimento dos reflexos da filosofia heideggeriana no

¹⁴¹ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. p. 143.

¹⁴² ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito**. p. 32.

¹⁴³ CORETH, Emerich. **Questões fundamentais de Hermenêutica**. p. 31.

¹⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 342.

processo de compreensão em geral e, em especial no que interessa ao presente trabalho, dos textos jurídicos.

Gadamer esclarece no prefácio à segunda edição de *Verdade e Método* que o conceito de Hermenêutica com o qual trabalha é apropriado da analítica temporal da existência, que concebe a compreensão como o modo de ser do Ser-aí [*Dasein*] em sua finitude e historicidade.¹⁴⁵ A partir dessa historicidade do compreender, o objeto da interpretação não tem seu significado limitado pela subjetividade do autor, tampouco pela do intérprete. O objetivo de Gadamer é “mostrar que a compreensão jamais é um comportamento subjetivo frente a um ‘objeto’ dado, mas pertence à história efetual, e isto significa, pertence ao ser daquilo que é compreendido”¹⁴⁶.

A Hermenêutica é vista por Gadamer como um existencial. Não se trata de um problema que surge com o conceito de método da ciência. “Compreender e interpretar textos não é um expediente reservado apenas à ciência, mas pertence claramente ao todo da experiência do homem no mundo”¹⁴⁷.

Gadamer analisa, inicialmente, a aplicação do padrão metodológico das ciências da natureza às ciências do espírito. Observa que essa divisão é indício do dualismo com que trabalha a Metafísica, classificando como ciência do espírito, por negação, tudo o que não seja ciência da natureza. Afirma que “não se consegue compreender corretamente a natureza das ciências do espírito, usando o padrão de reconhecimento progressivo da legalidade”¹⁴⁸, ou seja, a investigação histórica ou jurídica não se destina a encontrar padrões abstratos que possam ser aplicados aos casos individuais, mas a analisar cada caso individual em seu contexto, buscar seus significados a partir de sua individualidade histórica, social, por exemplo.

Nas palavras de Ernildo Stein, Gadamer demonstra, a partir de sua análise, “como a razão deve ser recuperada na historicidade do sentido, e essa tarefa se constitui na autocompreensão que o ser humano alcança como participante

¹⁴⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 16.

¹⁴⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 18.

¹⁴⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 29.

¹⁴⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 38.

e intérprete da tradição histórica”¹⁴⁹. Assim, mergulhado na tradição, o intérprete não se submete às regras metódicas das ciências naturais, que não conseguem abarcar essa dimensão existencial da compreensão.

A compreensão na Hermenêutica Filosófica é o “caráter ontológico original da própria vida humana”¹⁵⁰, o modo característico de ser do Ser-aí [*Dasein*] como ser-no-mundo, “na medida em que é poder-ser e ‘possibilidade’”¹⁵¹. Não se trata, portanto, de um processo subjetivo do homem em face de um objeto, de estabelecer um método de correção para esse processo, tampouco uma preocupação com princípios interpretativos corretos, mas de um “processo ontológico – o processo ontológico – do homem”¹⁵².

A dimensão da historicidade da compreensão mostra “como todas as manifestações culturais são sustentadas por um fundo inesgotável no qual estamos mergulhados e que nunca conseguiremos trazer totalmente à tona”¹⁵³. A tarefa da Hermenêutica filosófica é explicitar, tornar visível essa pré-compreensão que é condição de possibilidade de toda interpretação.

Resgatar a historicidade do texto a ser interpretado, é bom que se diga, não significa recuperar o sentido que lhe foi dado pelo autor. Gadamer observa que Schleiermacher parte da constatação de que a tradição tem como consequência a alienação, razão pela qual a tarefa da Hermenêutica é tornar consciente essa perda e buscar reconstruir os pressupostos dos quais emergiu o objeto da interpretação, a intenção de seu criador. Gadamer objeta, porém, que, diante da historicidade do ser, qualquer tentativa de reconstrução é fadada ao fracasso, pois não se pode prescindir de Preconceitos¹⁵⁴, da tradição em que se está inserido quando se interpreta, razão

¹⁴⁹ STEIN, Ernildo. **Exercício de fenomenologia**: limites de um paradigma. p. 165.

¹⁵⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 348.

¹⁵¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 347.

¹⁵² PALMER, Richard. **Hermenêutica**. p. 168.

¹⁵³ STEIN, Ernildo. **Exercício de fenomenologia**: limites de um paradigma. p. 163.

¹⁵⁴ É necessário chamar a atenção para o fato de que Lenio Streck utiliza os termos “pré-conceitos” e “pré-juízos”, desmembrando as palavras com o objetivo de evitar mal-entendidos com o uso vulgar dos termos “Preconceitos” e “prejuízos”. Ao longo do presente trabalho, porém, serão utilizadas as palavras “Preconceitos” e “prejuízos”, conforme traduzidas nas obras referenciadas, lembrando sempre que serão utilizadas com o sentido que lhes confere Gadamer na obra *Verdade e Método*, conforme conceito operacional fixado no início e explicitado no item 1.2. Quando, eventualmente, forem utilizadas em seu sentido vulgar, negativo, isso será devidamente indicado.

pela qual “a vida reconstruída, recuperada do alheamento, não é a original”¹⁵⁵. Conforme observa Palmer, não se nega que a reconstrução do mundo do qual emergiu o texto é necessária à compreensão, porém isso não pode ser erigido à finalidade ou essência da compreensão, porque “o significado de uma obra depende das questões que colocamos no presente”, sendo que a “verdadeira tarefa da Hermenêutica é a integração e não a reconstituição”¹⁵⁶.

Toda compreensão é também um compreender-se. Na medida em que se compreende um texto, uma máquina, uma obra de arte, esse compreendido passa a ser constitutivo do ser do homem, possibilitando a ele, a partir desse horizonte de sentido apropriado, outras direções, novas relações e possibilidades de compreensão. Nos dizeres de Gadamer, “a compreensão alcançada representa o estado de uma nova liberdade espiritual”¹⁵⁷, porque compreender é sempre um projetar-se no compreendido, a partir de um “mundo”, próprio de Preconceitos, na existencialidade como ser-no-mundo.

A compreensão não é mera apreensão, captação do sentido do texto, mas é também o descobrimento do que se oculta no texto, do não dito. Explica Gadamer que “a historicidade da pre-sença [*Dasein*] humana em toda a sua mobilidade do relembrar e do esquecer é a condição de possibilidade de atualização do passado em geral”¹⁵⁸. Isso significa que toda interpretação é uma (re)construção do objeto compreendido, do texto, a partir da existencialidade do intérprete, de sua tradição. Os Preconceitos, o horizonte histórico do intérprete, que para o método tradicional é uma barreira – pois objetiva encontrar os sentidos nas próprias coisas – passa agora à condição de possibilidade do interpretar. Não há compreensão ou interpretação que prescindia da existencialidade do Ser-aí [*Dasein*] para ocorrer. Isso não ocorre porque o texto é assujeitado pela subjetividade do intérprete, mas “porque a pertença a tradições faz parte da finitude histórica da pre-sença [*Dasein*] tão originária e essencialmente como seu estar-projetado para possibilidades futuras de

¹⁵⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 234.

¹⁵⁶ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. p. 189-190.

¹⁵⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 349.

¹⁵⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 351.

si mesma”¹⁵⁹.

A estrutura universal da compreensão, diz Gadamer, seja de uma obra de arte, de um texto, de uma lei, está na compreensão histórica. Toda compreensão realiza uma mediação entre o passado, o presente e o futuro, uma vez que “os vínculos concretos de costume e tradição e suas correspondentes possibilidades de seu futuro tornam-se operantes na própria compreensão”¹⁶⁰, este é o sentido da existencialidade, do “estar-lançado”.

Essa circularidade da compreensão, mediando tradição, possibilidades de futuro e texto, exige do intérprete que se proteja contra subjetividades repentinas e o que Gadamer chama de “estreiteza de hábitos de pensar imperceptíveis”. O intérprete deve voltar-se para “as coisas elas mesmas”, o que exige um esforço constante. O intérprete não opera como uma consciência vazia ao encontro do texto, realiza sempre um projetar, trabalha com uma antecipação de sentido a partir de seus Preconceitos e prejuízos, que deve ser confirmado ou infirmado no próprio texto. O projeto prévio elaborado no primeiro contato com o texto, projetando esse primeiro sentido para o todo, deve ser constantemente revisto, conforme se avança na busca pelo sentido. Eis a tarefa da compreensão: elaborar projetos corretos que serão confrontados com as coisas, reforçando ou substituindo os conceitos prévios do intérprete.¹⁶¹

Na elaboração desse projeto prévio, os Preconceitos com os quais o intérprete inicia a compreensão não podem ser arbitrários, devem ser examinados por ele a fim de avaliar se sua opinião prévia é legítima.¹⁶² Além de conscientizar-se de seus Preconceitos e verificar sua legitimidade, o intérprete não pode adotar sua opinião prévia como uma moldura à qual será encaixado o texto. O intérprete deve compreender que o texto reflete a opinião de seu autor com a qual pode concordar ou não, porém precisa tomar conhecimento e considerar.¹⁶³ Para que isso ocorra, é necessário deixar que o texto fale, deixar que se mostre diante das infinitas

¹⁵⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 351.

¹⁶⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 353.

¹⁶¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 355-356.

¹⁶² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 356.

¹⁶³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 357.

expectativas e antecipações de sentido. Nas palavras de Gadamer, “quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa”¹⁶⁴. Isso não significa uma neutralidade diante do texto, mas uma necessária percepção dos Preconceitos e concepções prévias, a fim de confrontá-los com a verdade do texto.

A tradição que possibilita a compreensão não está no intérprete, mas no próprio texto, surge na e pela linguagem. Trata-se, portanto, de afastar os Preconceitos não percebidos que impossibilitam o intérprete de compreender o que, pelo texto, fala a tradição.¹⁶⁵

Nesse passo, é necessário explicar o sentido de Preconceito em Gadamer, até para que não se incorra em confusão com o sentido negativo com que o termo é empregado atualmente.

Streck alerta que não se pode confundir Preconceito, ou pré-conceito, que é como se refere, com “visão de mundo”, “subjativismo” ou “qualquer outro termo que revele uma abertura para o relativismo”¹⁶⁶. Emerich Coreth observa que o termo adquiriu um sentido pejorativo a partir da tentativa iluminista de elaborar uma ciência objetiva, sem pressupostos, o que exigiu um esforço de Gadamer para revalorizar a palavra, que na Hermenêutica filosófica não significa nada mais do que “‘precompreensão’ historicamente transmitida e ainda cientificamente irrefletida”¹⁶⁷. Nos dizeres de Gadamer, trata-se de “um juízo (*Urteil*) que se forma antes do exame definitivo de todos os momentos determinantes segundo a coisa em questão”¹⁶⁸. Trata-se da compreensão prévia a partir da qual o sujeito se lança para a compreensão da coisa, o que não significa, portanto, falso juízo, pois poderá ser confirmado ou infirmado quando confrontado com a coisa mesma, pode tratar-se de um Preconceito legítimo.

A pré-compreensão, constituída pelos Preconceitos que o Ser-aí [*Dasein*]

¹⁶⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 358.

¹⁶⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 359.

¹⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. Nota de rodapé 420. p. 269.

¹⁶⁷ CORETH, Emerich. **Questões fundamentais de Hermenêutica**. p. 24-25.

¹⁶⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 360.

carrega, é justamente o que blinda a compreensão de relativismos subjetivistas, por ser uma totalidade que não pode ser fatiada ou da qual se pode abdicar, visto que “os *Preconceitos de um indivíduo, muito mais que seus juízos, constituem a realidade histórica de seu ser*”¹⁶⁹ (itálico no original).

Os Preconceitos podem ser classificados em Preconceitos de autoridade ou de sujeição, que consistem na submissão ou confiança na opinião de outrem (o que inclui a tradição), e Preconceitos de precipitação. A precipitação é a origem dos equívocos que levam aos erros no uso da razão, ao passo que a autoridade induz ao não uso da própria razão, não levando necessariamente a um equívoco. A autoridade não tem seu fundamento em uma submissão, mas no reconhecimento de que alguém está acima em juízo e razão, motivo pelo qual seu juízo tem primazia.¹⁷⁰

A autoridade não deve ser reconhecida apenas como fruto de alguém individualmente, uma vez que o conhecimento consagrado pela herança histórica exerce uma autoridade anônima sobre os Preconceitos, “é isso, precisamente, que denominamos tradição: ter validade sem precisar de fundamentação”¹⁷¹. Essa pluralidade de vozes que constitui a anônima herança e que serve de pressuposto para a compreensão é a tradição, cujo legado é compulsório, não pode ser renunciado.¹⁷²

A compreensão deve ser pensada como um “retroceder que penetra num acontecimento da tradição”, em que passado e presente se fundem e não há lugar para subjetivismos.¹⁷³ A tradição revela-se na e pela linguagem, deve ser abordada com consciência histórica e refletir de forma transparente a tensão entre o texto e o presente a ser desenvolvida de forma responsável pelo intérprete.¹⁷⁴ Ulrich Schroth observa que é esse hiato temporal entre o texto e o momento da interpretação que permite distinguir os Preconceitos legítimos e ilegítimos, desde que seja abordado

¹⁶⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 368.

¹⁷⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 368-371.

¹⁷¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 372.

¹⁷² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 264.

¹⁷³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 385.

¹⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 415.

com uma consciência historicamente eficiente, o que exige do intérprete “saber que a interpretação de um texto é sempre uma aplicação ao presente”¹⁷⁵.

Esse intercâmbio entre o movimento da tradição e o movimento do intérprete caracteriza a circularidade da compreensão. O intérprete deve deslocar-se à perspectiva a partir da qual o outro alcançou sua opinião, não na busca de reconstruir subjetivamente a opinião dele, mas para fazer valer o que é dito. Gadamer assim descreve a relação circular que se estabelece entre o intérprete e a tradição:

[...] A antecipação de sentido, que guia a nossa compreensão de um texto, não é um ato da subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição. Mas essa nossa relação com a tradição essa comunhão é concebida como um processo em contínua formação. Não é uma mera pressuposição sob a qual sempre já nos encontramos, mas nós mesmos vamos instaurando-a na medida em que compreendemos, na medida em que participamos do acontecer da tradição e continuamos determinando-o a partir de nós próprios. O círculo da compreensão não é, portanto, de modo algum, um círculo "metodológico"; ele descreve antes um momento estrutural ontológico da compreensão.¹⁷⁶

Richard Palmer ressalta o quanto essa tensão entre passado e presente é frutífera para a Hermenêutica, gerando uma simultânea estranheza e familiaridade.¹⁷⁷ Não, porém, em um sentido psicológico abrigado na individualidade, mas hermenêutico, a partir da linguagem em que fala a tradição sobre algo que foi dito no passado. Essa tensão reflete-se, como ressalta Gadamer, “entre a objetividade da distância, pensada historicamente, e a pertença a uma tradição. *Esse entremeio (Zwischen) é o verdadeiro lugar da Hermenêutica*”¹⁷⁸.

Essa posição intermediária ocupada pela Hermenêutica demonstra que sua tarefa não é desenvolver um procedimento, mas revelar as condições sob as quais surge a compreensão. Lançar luzes sobre a tradição, esse conjunto de Preconceitos compartilhados, faz parte dessa tarefa. Gadamer esclarece que o intérprete, lançado na tradição, não consegue distinguir por si os Preconceitos

¹⁷⁵ SCHROTH, Ulrich. Hermenêutica filosófica e jurídica. In: **Introdução à filosofia do Direito e à teoria do Direito contemporâneas**. p. 384.

¹⁷⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 388.

¹⁷⁷ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. p. 187-188.

¹⁷⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 391.

legítimos, que possibilitam a compreensão, dos ilegítimos, que “nos aprisionam e nos impedem de pensar e de ver”¹⁷⁹. Essa distinção deve ocorrer na própria compreensão, para o que contribui decisivamente a distância temporal, essa tensão entre o passado e o presente.¹⁸⁰

Assim é que cada época deve compreender, a seu modo, o texto transmitido, a partir da tradição que lhe caracteriza, processo no qual o Ser-aí [*Dasein*] compreende a si mesmo e (re)constrói sua própria tradição. O sentido do texto é determinado, tanto pelo seu autor como pelo contexto no qual é interpretado, e todo o fluxo da história entre esses dois momentos, o que deve ser percebido pelo intérprete. Gadamer assevera que é por consequência disso que “a compreensão nunca é um comportamento meramente reprodutivo, mas também e sempre produtivo”¹⁸¹.

Esse compreender de acordo com o mundo do intérprete não significa um compreender melhor que o próprio autor do texto, como se historicamente houvesse uma espécie de evolução e melhora da compreensão, mas apenas compreende-se de um modo diferente.

A compreensão, portanto, não é uma atitude puramente receptiva, mas também construtiva – como diz Lenio Streck, nunca banhamos na mesma água do rio¹⁸² –, numa relação dialética entre texto e intérprete. Essa distância temporal deixa, portanto, de ser um problema, um abismo a ser transposto para recolocar em contato com o passado. Ao contrário, está preenchida pela continuidade histórica e tradição, que atuam produtivamente.¹⁸³ Como observa Palmer, “o passado nunca pode ser visto como objecto no passado, separando-se absolutamente de nós no presente e no futuro”¹⁸⁴.

Deve-se ter em mente, também, que a compreensão não somente une

¹⁷⁹ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. p. 186-187.

¹⁸⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 391.

¹⁸¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 392.

¹⁸² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 272.

¹⁸³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 393.

¹⁸⁴ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. p. 184.

passado e presente, como permanece sempre aberta ao futuro. O verdadeiro sentido de um texto é um processo infinito, sempre sujeito às condições históricas, relações de sentido e fontes de compreensão do momento da interpretação.¹⁸⁵ Não existe uma interpretação correta em si mesma, atemporal. Trata-se, sempre, de uma relação com o presente, sempre em mutação. “O ‘significado’ é sempre ‘para nós’”¹⁸⁶, sem que, porém, possamos nos afastar da coisa mesma. A compreensão ocorre no presente, porém sempre com base na coisa mesma e a partir dos Preconceitos, da tradição, que o passado transmitiu, considerando tratar-se de “um fluxo em que nos movemos e participamos, em todo o acto de compreensão”¹⁸⁷.

Essa historicidade deve ser trazida para dentro da compreensão, no que Gadamer chama de “história efetual”. A história efetual é o que determina o que se mostra questionável na compreensão e, também, é o que a mantém aberta. Opera em toda compreensão, esteja ou não o intérprete ciente dela, pois tem “o poder de impor-se inclusive onde a fé no método quer negar a própria historicidade”¹⁸⁸.

A consciência da história efetual, que reconhece a construção histórica de todo compreender, é consciência do que Gadamer designa por *situação Hermenêutica*, que consiste na situação em que o intérprete se encontra na tradição que busca compreender. Não se está diante da situação, mas sempre nela, o que impossibilita que se a compreenda por completo. Isso, porém, não se trata de um defeito, pois “*ser histórico quer dizer não se esgotar nunca no saber-se*”¹⁸⁹. A situação refletida na finitude do homem, representa uma posição na história efetual que condiciona e limita a possibilidade de ver, razão pela qual está diretamente relacionada ao conceito de *horizonte*, que, conforme Gadamer, “é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que pode ser visto a partir de um determinado ponto”¹⁹⁰.

Chega-se, portanto, a uma questão fundamental da Hermenêutica Filosófica de Gadamer, que é a fusão de horizontes. Os horizontes não são estanques, mas formados historicamente, constituídos de seu passado e tradição e

¹⁸⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 395.

¹⁸⁶ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. p. 187.

¹⁸⁷ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. p. 180.

¹⁸⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 398.

¹⁸⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 399.

¹⁹⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 399.

estão em constante construção, deslocando-se ao passo de quem se move. O horizonte do presente está em constante formação na medida em que se questiona os Preconceitos, confronta-se com a tradição e se adquire experiência. Gadamer elucida:

[...]. O horizonte do presente não se forma pois à margem do passado. Não existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes históricos a serem conquistados. *Antes, compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos.* [...]. A vigência da tradição é o lugar onde essa fusão se dá constantemente, pois nela o velho e o novo sempre crescem juntos para uma validade vital, sem que um e outro cheguem a se destacar explicitamente e mutuamente.¹⁹¹

A compreensão do outro possibilita alargar o próprio horizonte histórico, por sua vez possibilitando nova compreensão, “enquanto a palavra pronunciada no passado se atua e se expõe na história, e assim penetra em nosso próprio e caracterizado horizonte de compreensão”¹⁹². E essa fusão de horizontes ocorre justamente no ato de aplicação, na interpretação de um texto do passado a partir de uma situação presente, a partir das perguntas que são colocadas no presente.¹⁹³

Gadamer divide o processo hermenêutico em compreensão, interpretação e aplicação, não como se fossem etapas ou fases distintas do processo, mas momentos estruturais internos da compreensão que ocorrem em um só, a *applicatio*. Em toda compreensão ocorre algo como uma aplicação do texto à situação presente do intérprete, o que perfaz a unidade dos três momentos referidos.¹⁹⁴ Essa característica é facilmente verificável quando se trata da interpretação de um texto jurídico, sempre relacionada a algum caso concreto que requeira uma resposta jurídica. Gadamer demonstra, contudo, que não existe diferença entre a tarefa Hermenêutica desenvolvida pelo historiador do Direito e o juiz, uma vez que ambos operam uma compreensão no nível da existencialidade, aplicando um texto escrito no passado a uma situação presente, hipotética ou real, fundindo dois horizontes de significação. Em ambos os casos o texto é avaliado historicamente a partir das

¹⁹¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 405.

¹⁹² CORETH, Emerich. **Questões fundamentais de Hermenêutica**. p. 25.

¹⁹³ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. p. 185.

¹⁹⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 406-407.

preconcepções do intérprete, o que não pode ser evitado pelo uso de métodos ou cânones hermenêuticos.¹⁹⁵ As interpretações jurídica e teológica apenas evidenciam a essencialidade da aplicação em todo e qualquer processo de compreensão.

Ou seja, Gadamer evidencia que não se compreende por etapas. Não se interpreta sintática e semanticamente o sentido do texto, para, posteriormente, compreendê-lo e, por fim, aplicá-lo ao caso concreto. Essa constatação rompe com as dualidades metafísicas da interpretação como essência e aparência, real e ideal. Como ressalta Streck, “não há sentidos à disposição do intérprete que, posteriormente, venham a ser ‘encaixados’ às ‘coisas-ainda-sem-sentido’”¹⁹⁶. A compreensão, que ocorre na *applicatio*, fundindo os três momentos (compreensão, interpretação e aplicação), precede a interpretação, que não passa de mera explicitação do já compreendido. Por isso, o método chega tarde.

A abordagem da *applicatio* vê o texto à luz do presente. Não significa uma subjugação do texto ao presente, tampouco recepção acrítica das exigências do texto. Observa Palmer que nessa “interacção e fusão de horizontes, o intérprete acaba por ouvir a questão que provocou o aparecimento do texto”¹⁹⁷.

Dessarte, a colocação da essencialidade da aplicação resulta que o sentido do texto que se deve compreender somente se completa na interpretação, não está no próprio texto como uma essência a ser captada. Alerta Gadamer, porém, que, “de certo modo, essa ação interpretadora se mantém totalmente ligada ao sentido do texto”¹⁹⁸, ou seja, o intérprete não experimenta uma liberdade diante do texto. E nesse ligar-se ao sentido do texto é preciso analisar não apenas o que foi nele expresso pelo autor, mas também o que não foi dito, o que ficou oculto.

Gadamer busca explicitar essa questão a partir do conceito de *expressão*, que não se restringe ao seu significado no âmbito da linguagem. O que a expressão “expressa não é somente o que nela deve se tornar expresso, o que ela quer dizer, mas principalmente aquilo que se expressa nesse querer dizer e dizer, sem precisar

¹⁹⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 19.

¹⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 130.

¹⁹⁷ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. p. 192.

¹⁹⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 436.

ser expresso, aquilo que ‘traí’ a expressão”¹⁹⁹. Trata-se do sentido oculto que deve ser revelado por meio da interpretação histórica, que está na intenção do autor, nas suas convicções que não estão expressas no texto, suas preferências e inclusive as verdades que esconde ou inverdades que propositalmente insere. Nesse sentido, o filósofo elucida que “a interpretação se torna necessária onde o sentido de um texto não se deixa compreender imediatamente”²⁰⁰, em que não é suficiente a compreensão que vem à mente, exigindo uma reflexão sobre os dados da tradição para revelar o que neles se manifesta e se oculta.

Em toda compreensão, portanto, tem lugar uma aplicação, que deve levar em consideração a tradição. O objeto da interpretação não é o texto isolado de sua história efetual, como se objeto entregue à consciência do intérprete. A compreensão do texto exige a análise de toda a tradição histórica, mediada com o presente do próprio intérprete. Nesse processo, o leitor intérprete compreende a si mesmo no texto que interpreta. É, portanto, na consciência da história efetual que se encontra a verdadeira compreensão, como um acontecer da história, que não termina no intérprete, mas continua como uma indeterminação aberta.

A análise dessa consciência da história efetual está centrada no fato de que ela tem a estrutura da experiência.²⁰¹ Conforme descreve Palmer, “contra o mito de um conhecimento puramente conceptual e verificável, Gadamer coloca o seu conceito histórico e dialéctico da ‘experiência’”²⁰². A relação dialética que caracteriza a experiência não está em uma acumulação de conhecimento conceitual, mas em uma abertura à experiência. Refere-se “a uma acumulação de ‘compreensão’ não objectificada e largamente não objectificável a que muitas vezes chamamos sabedoria”²⁰³.

A experiência não pode ser apreendida, precisa ser vivenciada, experienciada. Os pais não podem livrar os filhos das experiências desagradáveis que experimentaram, pois a experiência faz parte da própria natureza histórica do

¹⁹⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 440-441.

²⁰⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 441.

²⁰¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 453-454.

²⁰² PALMER, Richard. **Hermenêutica**. p. 197.

²⁰³ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. p. 198.

homem. Uma experiência é válida enquanto não é contraditada por uma nova experiência, o que somente ocorre nas observações individuais e dessa forma permanece sempre aberta a toda e qualquer nova experiência, porque “está essencialmente dependente de constante confirmação, e na ausência dessa confirmação ela se converte necessariamente noutra experiência diferente”²⁰⁴. Muito embora se atualize nas observações individuais, a experiência se instaura como um acontecer anônimo, em que a importância particular de determinada observação é reduzida, pois tudo acaba se ordenando de modo que não pode ser compreendido.²⁰⁵

A verdadeira experiência é sempre negativa, frustra uma expectativa que se alimenta em relação a algo. A mera confirmação dessa expectativa não cria nova experiência, apenas confirma aquela que já se possui; já não se faz novamente essa experiência, e o que antes era inesperado passa a ser previsto. É a negatividade da experiência que proporciona “um saber melhor, não somente sobre si mesmo mas também sobre aquilo que antes se acreditava saber, isto é, sobre o universal”²⁰⁶, o que recebe o nome de *dialética*. A experiência altera o saber e o próprio objeto como se o conhecia, além de abrir o sujeito para novas experiências, fornecer um novo horizonte dentro do qual algo pode converter-se em experiência.²⁰⁷

O fato de a experiência ser sempre negativa, dolorosa, faz parte de sua própria essência. Essa negação das expectativas pela experiência gera o discernimento, que “contém sempre um retorno de algo em que estávamos presos por cegueira”²⁰⁸, proporciona autoconhecimento. Na medida em que frustra e proporciona autoconhecimento, a experiência trata de revelar os limites da finitude humana.²⁰⁹

Assim, “dado que pela experiência alcançamos o futuro que esperamos e dado que a experiência passada nos ensina como todos os planos são incompletos,

²⁰⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 460.

²⁰⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 461.

²⁰⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 462.

²⁰⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 462-463.

²⁰⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 466.

²⁰⁹ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. p. 199.

temos aqui nitidamente presente a estrutura da historicidade”²¹⁰. A consciência dessa estrutura que o sujeito coloca em uma abertura adequada ao passado e ao futuro, conhecendo os limites da própria finitude, é o cerne da consciência da história efetual como autêntica experiência Hermenêutica.

Como observa Gadamer, “a experiência Hermenêutica tem a ver com a *tradição*”²¹¹, que é aquilo com que o Ser-aí [*Dasein*] se depara como herança e que vem pela linguagem. Porém, diferentemente da experiência como antes caracterizada, a herança da tradição não se trata de um acontecimento, não é algo que se possa controlar, mas vem como uma experiência intrinsecamente linguística que, no encontro hermenêutico, tem de ser experimentada. Palmer traduz essa relação esclarecendo que, quando se interpreta um texto, quando se *experimenta* o seu significado, “chegamos à compreensão de uma herança que nos interpelou como algo que se situa face a nós, mas que faz no entanto simultaneamente parte desse fluxo não objectificável de experiências e de história, no qual nos situamos”²¹².

Estabelece-se uma relação dialética entre o intérprete e o texto. Novamente recorrendo à lição de Richard Palmer, explica que o que Gadamer pretende dizer, “ao relacionar com a herança a relação Eu-Tu, é que num texto a herança dirige-se ao leitor e interpela-o, não como algo com o qual ele nada tem em comum mas como algo com quem sustenta reciprocidade”²¹³. Por isso é preciso deixar que o texto fale. A partir de uma temática, o intérprete levanta uma questão ao texto, que, por sua vez, também interpela o intérprete, a fim de que pense sua própria historicidade. Afinal de contas, “o fato de estar na tradição não restringe a liberdade do conhecer, antes é o que a torna possível”²¹⁴.

O intérprete que pretende interpretar um texto com consciência da história efetual não pode render-se ao método, à técnica, como se fossem o suficiente para livrar a interpretação de seus prejuízos e Preconceitos. Quando o intérprete ignora seus próprios Preconceitos, negligencia a tarefa de colocá-los em questão, entrega-

²¹⁰ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. p. 199.

²¹¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 467.

²¹² PALMER, Richard. **Hermenêutica**. p. 200.

²¹³ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. p. 200.

²¹⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 471.

se ao risco de ter a visão turvada por eles. É preciso conscientizar-se deles, da história efetual, para que se possa colocá-los em questão na compreensão. Porém, antes, é preciso deixar que a tradição diga algo.

Essa abertura à experiência Hermenêutica, afirma Gadamer, pressupõe a estrutura da pergunta. Uma nova experiência somente surge quando se questiona as experiências já experimentadas. Seguindo a lógica desenvolvida por Gadamer, ficou assentado que a interpretação começa a partir de algo que se questiona, como por exemplo os textos. Isso exige uma suspensão dos Preconceitos para deixar que o sentido surja do próprio texto. E Gadamer afirma que se afasta as opiniões prévias e os Preconceitos com a pergunta, eis que “a essência da *pergunta* é abrir e manter abertas possibilidades”²¹⁵.

A dialética instaurada pelo perguntar, para que se configure como abertura de mundo, abertura para o ser, exige que de fato não se possua previamente uma resposta. Ao mesmo tempo, porém, em que realiza uma abertura, a pergunta também delimita o âmbito da resposta e “implica uma fixação expressa dos pressupostos vigentes, a partir dos quais se mostra o que está em questão, aquilo que permanece em aberto”²¹⁶.

A atitude questionadora, que leva para a verdadeira compreensão, é sempre dificultada pela opinião corrente, pela evidência de um saber cujos fundamentos são desconhecidos, o que acaba sendo rompido pela negatividade da experiência, “o impulso daquilo que não se submete às opiniões pré-estabelecidas”²¹⁷.

O fenômeno hermenêutico, portanto, possui o caráter de conversação e a estrutura de perguntas e respostas. O diálogo hermenêutico é assim sintetizado por Richard Palmer:

Portanto, no diálogo hermenêutico, o tema geral em que estamos inseridos — tanto o intérprete como o texto — é a tradição, a herança. Um dos nossos parceiros no diálogo é o texto, na rigidez da

²¹⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 396-397.

²¹⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 370.

²¹⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 478.

sua forma escrita. Assim há uma necessidade de encontrar um caminho para o «dar e tirar» do diálogo: é esta a tarefa da Hermenêutica. A formulação rígida tem que de certo modo colocar-se no movimento da conversação, um movimento em que o texto interroga o intérprete e este o interroga. A tarefa da Hermenêutica é «tirar o texto da alienação em que se encontra (enquanto forma rígida, escrita), recolocando-o no presente vivo do diálogo, cuja primeira realização é a pergunta e a resposta».²¹⁸

O texto que se toma como objeto da interpretação dirige uma questão ao intérprete, atinge-o pela palavra da tradição, o que coloca sua opinião em aberto, pois pretende ouvir o que o texto tem a dizer. O intérprete pretende responder a essa pergunta por meio da interpretação, para o que deverá colocar-se a perguntar. Deve procurar reconstruir, a partir de seu horizonte histórico, a pergunta que o autor do texto procurou com ele responder, colocando-a no “aberto de sua questionabilidade”²¹⁹. Nesse contexto, desvela também o que se oculta no texto, o não dito, o que poderia ter servido também de resposta àquela pergunta. Essa reconstrução da pergunta originária, porém, nunca a alcança completamente, pois formulada a partir do horizonte histórico no qual se encontra o intérprete e no contexto da pergunta que lhe faz a tradição. Assim, nesse diálogo com o texto, a compreensão experimenta seu acontecer histórico, em que cada interpretar é “uma possibilidade histórica daquilo que é compreendido”²²⁰. A obra continua sendo sempre a mesma, porém “comprova sua plenitude de sentido cada vez que é compreendida diferentemente, assim como a história continua a ser a mesma, cujo significado continua se determinando”²²¹.

Nesse processo é que surge a verdade da consciência da história efetual, sempre fruto de uma fusão de horizontes do compreender que faz uma mediação entre o texto e seu intérprete, estimulados pela dialética da pergunta e resposta, não como momentos isolados, mas como acontecimentos da história efetual ligados pela tradição. Assim, “na medida em que nega o fantasma de um esclarecimento total, e justo por isso, a consciência dotada de experiência histórica está aberta para

²¹⁸ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. p. 202-203.

²¹⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 488.

²²⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 487.

²²¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 487.

a experiência da história”²²².

Nesse passo chega-se a outra questão chave da Hermenêutica filosófica, o caráter central da linguagem como condição de possibilidade de toda compreensão. Conforme explica Gadamer, o problema hermenêutico não se refere ao correto domínio da língua, não é, pois, sintático ou semântico, mas “de correto acordo sobre um assunto, que se dá no *medium* da linguagem”²²³, pragmático, portanto.

No que mais interessa a este trabalho, a compreensão de textos, Gadamer os descreve como “manifestações da vida fixadas de modo permanente”²²⁴. A conversação exige que a fala do texto, seu significado, seja reconstruído por um dos interlocutores, o intérprete, a partir dos signos escritos, processo no qual o tema de que fala o texto vem à linguagem. Nesse processo de compreensão de um texto ocorre a fusão de horizontes, sobre a qual falou-se anteriormente, que faz com que a conversão do texto à linguagem realizada pelo intérprete traga à expressão “‘uma coisa’ que não é somente minha ou de meu autor, mas uma coisa comum a ambos”²²⁵.

Na Hermenêutica Filosófica a linguagem não é vista como um simples instrumento, uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto, transmitindo conceitos da interpretação à compreensão. Ao contrário, diz Gadamer que “*a linguagem é o medium universal em que se realiza a própria compreensão. A forma de realização da compreensão é a interpretação*”²²⁶ (itálico no original). A interpretação, lembre-se, não ocorre em etapas; todo compreender é simultaneamente interpretar e aplicar, o que se desenvolve no *medium* da linguagem. Essa relação essencial entre compreensão e linguagem aparece na tradição, que necessita do *medium* da linguagem para existir, “de tal modo que o *objeto* primordial da interpretação possui a natureza própria da linguagem”²²⁷.

²²² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 492.

²²³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 499.

²²⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 502.

²²⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 502-503.

²²⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 503.

²²⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 504.

É na linguagem que a tradição adquire sua forma mais autêntica, em especial quando transformada em escrita. Isso porque “na escrita a linguagem se liberta do ato de sua realização. Na forma da escrita todo o transmitido está simultaneamente presente para qualquer atualidade”²²⁸. A escrita funde em coexistência presente e passado, como continuidade da memória, idealidade que se eleva acima de qualquer determinação finita. Nesse sentido, o escrito é uma espécie de “fala alienada”, que se libera de sua origem e seu autor para novas relações. Como tal, necessita ser reconvertida ao sentido pelo intérprete a partir dos signos escritos.

Essa reconversão é que impulsiona a constante revisão histórica da interpretação, sempre a partir dos novos horizontes de intérprete e texto. É por isso que o método fracassa, pois consiste em um critério de correção, de verificação da verdade objetificando o texto, retirando-o de seu acontecer histórico, da tradição. Como afirma Gadamer, não pode haver uma interpretação correta “em si”, uma vez que “a vida histórica da tradição consiste na sua dependência a apropriações e interpretações sempre novas”²²⁹.

O fato de a compreensão exigir sempre uma nova aplicação no horizonte do intérprete não relativiza a pretensão de verdade de cada interpretação, pois o texto continua sendo sempre o mesmo. Assim como toda interpretação de uma música ganha seus contornos pelo musicista que a interpreta, todo texto é significado na compreensão do intérprete; porém, assim como a música continua sendo a mesma nas diferentes interpretações que ganha, também o texto se perpetua nas suas diversas compreensões. Isso se deve ao caráter de linguagem de toda interpretação.²³⁰

A linguagem, para Gadamer, está acima do esquematismo das frases. Mantém-se na altura da universalidade da razão. Existe uma íntima unidade entre linguagem e pensamento, entre a linguagem e as coisas que nomeia, porque “a

²²⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 504-505.

²²⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 514.

²³⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 515.

linguagem é a linguagem da própria razão”²³¹. Reduzir as palavras a meros signos é privá-las de seu poder essencial, pois não são meros instrumentos que estão à mão e dos quais se serve quando necessário. Não existe uma cisão entre pensamento e fala, entre as palavras e as coisas que elas designam.²³² É preciso, pontifica Gadamer, “reconhecer que toda compreensão está intimamente entretecida por conceitos e refutar qualquer teoria que se negue a aceitar a unidade interna de palavra e coisa”²³³.

As experiências não ocorrem em uma idealidade para depois serem reconduzidas às palavras, tais quais instrumentos que se busca encaixar às coisas. Pelo contrário, está na própria experiência, no acontecer da compreensão, o buscar e encontrar as palavras que a expressem. Nos dizeres do filósofo, “buscamos a palavra certa, isto é, a palavra que realmente pertença à coisa, de modo que ela própria venha à fala”²³⁴. As palavras não pertencem ao homem, mas à própria coisa. Melhor explicando, Palmer assevera que “a experiência, o pensamento e a compreensão são totalmente linguísticos e ao formular uma asserção apenas usamos palavras que já pertencem à situação”²³⁵.

A palavra, portanto, não é por si mesma, não é em si. Somente é enquanto expressão de uma situação, do ser. Segundo Gadamer, “ela possui seu ser na sua função de tornar aberto”²³⁶, de revelar o ser, de iluminar o ser.

Dessarte, a linguagem não é instrumento, não se orienta da subjetividade para a coisa designada, mas “da coisa, ou na situação, *através* de linguagem, *para* a subjectividade”²³⁷ e assim revela o mundo da vida, constitui-no.

Como visto, Heidegger fixa as bases da existencialidade do homem, só o homem é no sentido de que somente o homem tem mundo, que alcança por meio da linguagem. Essa concepção é apropriada por Gadamer, que coloca a linguagem

²³¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 519.

²³² PALMER, Richard. **Hermenêutica**. p. 204.

²³³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 522.

²³⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 539.

²³⁵ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. p. 206.

²³⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 544.

²³⁷ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. p. 207.

como a base absoluta para que os homens tenham mundo. Algo somente é para nós quando se pode designá-lo, de forma que o mundo somente é mundo na linguagem. “A originária humanidade da linguagem significa, portanto, ao mesmo tempo, o originário caráter de linguagem do estar-no-mundo do homem”²³⁸.

Não se pode incorrer no erro de pensar esse mundo como fruto da subjetividade, pois o mundo e a linguagem são, antes, temas intersubjetivos, sendo que a linguagem, como visto, está na própria coisa, no mundo, de onde vem para a subjetividade, não o contrário. Mundo é, na definição de Palmer, “a compreensão partilhada pelas pessoas, e é o meio dessa compreensão; é a linguagem que possibilita este facto”²³⁹. A constituição de linguagem do mundo afasta todas as relativizações em relação ao ser, pois todo objeto de conhecimento está inserido no mundo pela linguagem. Assim, “o que se compreende pela linguagem não é só uma experiência particular mas o mundo no qual ela se revela”²⁴⁰.

A linguagem, portanto, abarca tudo aquilo com o que se pode relacionar, é condição de possibilidade para qualquer conhecimento do ser. Cada sujeito, formado em determinada tradição, possui uma peculiar visão de mundo, na qual está sempre implícito o ser-em-si do mundo. Essa multiplicidade não significa relativização do mundo; pelo contrário, cada visão é uma representação constitutiva do próprio mundo.²⁴¹

A experiência Hermenêutica, vista como o encontro entre os horizontes do texto e do intérprete, tem na linguagem o chão que possibilita o seu ocorrer. A linguagem possibilita o encontro da tradição com o presente. A compreensão dessa constatação passa pelo conceito de pertença. Dizer que se pertence a algo (um grupo, um lugar, uma cultura) significa que não se controla, mas se está imerso nele. Assim é que se pertence à linguagem e à história, que não se possui ou se controla, mas apreende e se adapta às suas regras. Essa pertença à linguagem, que ordena e molda o pensamento, como leciona Palmer:

²³⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 571.

²³⁹ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. p. 208.

²⁴⁰ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. p. 209.

²⁴¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 577.

[...] não é uma questão de rigidez ou de incapacidade; esse poder funda-se na situação ou no caso que ela comunica. É à situação ou ao caso que temos que adaptar o nosso pensamento. A linguagem não é assim uma prisão mas um espaço que se abre no ser e que permite uma infinita expansão, dependendo da nossa abertura à tradição.²⁴²

O fato de o intérprete e o texto pertencerem à linguagem é que torna possível o que Gadamer chama de fusão de horizontes. A linguagem transmite a tradição e, com isso, torna-se a base da consciência da história efetual. Metodologicamente, isso implica não se colocar como senhor do texto, mas aberto ao que ele diz e ao que nele se oculta, ao questionamento que faz por meio dele a tradição.²⁴³ Assim, “pertencente é aquilo que é alcançado pela interpelação da tradição”²⁴⁴, que se coloca a ouvir o que tem a dizer.

Conforme desenvolvido anteriormente, a interpretação é sempre para o intérprete, no sentido de que envolve uma aplicação à situação presente. Cada interpretação traz à linguagem o sentido do texto, o que “permite que uma infinitude de sentido em si ganhe uma representação finita”²⁴⁵. A consciência dessa representação finita da verdade é característica do que Gadamer chama de comportamento especulativo, que significa o contrário do dogmatismo. Na definição dada pelo filósofo, “é especulativo quem não se entrega direta e imediatamente à estabilidade disponível dos fenômenos ou ao que se tem em mente enquanto se mantém numa determinação fixa, mas que sabe refletir”²⁴⁶.

O comportamento especulativo tem consciência de que existe sempre o não dito a par daquilo que é explicitado, de modo que ambos formam uma unidade. O que não é dito (por não ser dito, pelas razões do falante ao não dizer) compõe o horizonte de significação do que está expresso. Assim é que toda interpretação de um texto implica uma nova abertura para seu significado, para seu ser, em uma interação dialética e criativa. O comportamento especulativo do intérprete é, portanto, “abertura à colocação do nosso horizonte num equilíbrio e é querer sujeitá-

²⁴² PALMER, Richard. **Hermenêutica**. p. 210.

²⁴³ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. p. 211.

²⁴⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 597.

²⁴⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 601.

²⁴⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 601.

lo a uma modificação, à luz da nova compreensão do ser que emerge do encontro com o significado do texto”²⁴⁷.

Todos os fundamentos construídos ao longo de *Verdade e Método* por Gadamer e até aqui sintetizados sustentam uma afirmação final, a célebre frase: “O ser que pode ser compreendido é linguagem”²⁴⁸. A linguagem, finita e histórica, é o meio que une o sujeito ao mundo, na medida em que “é um repositório e um condutor da experiência do ser que se tornou linguagem no passado”²⁴⁹. É do ser que vem a fala, e com isso não adquire uma segunda existência, apresenta-se à compreensão. Essa apresentação faz parte do próprio ser, as palavras emergem das coisas, o que evidencia a estrutura especulativa da linguagem, na medida em que realiza “uma distinção entre ser em si e representar-se, uma distinção que, no entanto, não deve ser distinção”²⁵⁰. Gadamer destaca o significado ontológico universal da linguagem, que se revela em seu modo de ser especulativo, e destaca a ligação entre a palavra e o ser:

[...]. O que vem à fala é, naturalmente, algo diferente da própria palavra falada. Mas a palavra só é palavra em virtude do que nela vem à fala. Só se faz presente em seu próprio ser sensível para subsumir-se no que é dito. Inversamente, também o que vem à fala não é algo dado de antemão e desprovido de fala, mas recebe na palavra sua própria determinação.²⁵¹

Assim, a Hermenêutica de Gadamer, movendo-se para além do esquema sujeito-objeto e construindo uma compreensão que é histórica, linguística e dialética, sugere um novo tipo de objetividade, não mais fruto de uma subjetividade assujeitadora, mas “algo que atua sobre a nossa compreensão quando se apresenta”²⁵².

Palmer destaca que Gadamer, rompendo decisivamente com a Metafísica, demonstra que “as chaves para a compreensão não são a manipulação e o controle, mas sim a participação e a abertura, não é o conhecimento mas sim a

²⁴⁷ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. p. 214.

²⁴⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. p. 612.

²⁴⁹ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. p. 215.

²⁵⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. p. 612-613.

²⁵¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. p. 613.

²⁵² PALMER, Richard. *Hermenêutica*. p. 214.

experiência, não é a metodologia mas sim a dialética”²⁵³. Não se trata de definir critérios para um conhecimento válido, mas conceber a compreensão como o modo de ser do homem.

A revolução promovida pela Filosofia Hermenêutica e pela Hermenêutica Filosófica, que se pode chamar de virada Hermenêutica, não pode ser ignorada pela Ciência Jurídica. A existencialidade da compreensão atinge diretamente a Hermenêutica jurídica e a teoria da decisão, de modo que suas implicações precisam ser consideradas, sob pena de manter-se a Dogmática Jurídica alienada em um paradigma filosófico objetificador, já superado.

A superação da relação sujeito-objeto; o abandono da razão metódica; a existencialidade, historicidade e faticidade da compreensão como modo de ser do Ser-aí [*Dasein*]; a simultaneidade da compreensão, interpretação e aplicação na *applicatio*; a força da tradição; a ação dos Preconceitos autênticos e inautênticos na compreensão; a fundamentalidade da linguagem como *medium* da compreensão e não como terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto; enfim, a integralidade das revelações de Heidegger e Gadamer precisam ser consideradas na interpretação do Direito.

A fenomenologia Hermenêutica deve ser trazida, portanto, para o âmbito do Direito como *standard de racionalidade*, no sentido referido por Ernildo Stein. E o precursor dessa tarefa, no Brasil, foi o professor Lenio Luiz Streck, cuja Crítica Hermenêutica do Direito será objeto de breve análise na sequência.

1.3 A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO DE LENIO LUIZ STRECK: INVASÃO DO DIREITO PELA FILOSOFIA DA LINGUAGEM

Lenio Streck parte da percepção de que o modo de decidir da prática jurídica brasileira, sua “teoria da decisão” – se é que se pode afirmar que possui alguma, quiçá se lhe atribui alguma a partir de suas práticas reiteradas –, enfraquece a “força normativa” da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, retira-lhe a concretude e eficácia, não “levando a sério” o seu texto. A concretização

²⁵³ PALMER, Richard. *Hermenêutica*. p. 216.

da Constituição da República e das promessas da modernidade por ela resgatadas passa, na visão do autor, pela reconstrução da teoria da decisão jurídica, por uma nova forma de interpretar, de aplicar o Direito.

O Estado Brasileiro passou pelo que Streck chama de modernidade tardia. Não experimentou o Estado Social ou *welfare state*, ingressando diretamente no modelo conhecido por Estado Democrático de Direito, cujos fundamentos foram postos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, resgatando as promessas da modernidade. Essa modernidade tardia traz consigo um grande déficit de efetivação de direitos sociais e econômicos, relegados a uma casta de privilegiados. A realidade desigual da sociedade brasileira exige um Estado forte, intervencionista, que resgate essas promessas não cumpridas da modernidade, agora positivadas no texto da Constituição Republicana, e encaminhe a realidade social para uma maior aproximação com a previsão constitucional.²⁵⁴

Essa tensão entre a legalidade constitucional e a realidade social tem deslocado o centro de decisões dos Poderes Legislativo e Executivo para o Judiciário, tendo em vista que o Direito se coloca como “*um campo necessário de luta pela implantação das promessas modernas*”²⁵⁵ (itálico no original). Na falta de implementação de políticas públicas previstas constitucionalmente, recorre-se ao Poder Judiciário no objetivo de garantir a efetivação desses direitos, em especial por meio dos legitimados para a tutela coletiva, notadamente o Ministério Público, as Associações Cívicas e a Defensoria Pública. Lenio Streck aponta como razão para esse deslocamento, além da deficiência das políticas públicas, “o caráter hermenêutico que assume o Direito, em uma fase pós-positivista e de superação do paradigma da Filosofia da Consciência”²⁵⁶.

O resgate da força normativa da Constituição e, por consequência, das promessas da modernidade, considerando a centralidade ocupada pelo Judiciário atualmente, passa, portanto, pela jurisdição constitucional, pela construção de uma

²⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 27-28.

²⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 48.

²⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 198.

teoria da decisão adequada para tanto, abandonando as posturas positivistas da Dogmática Jurídica brasileira, incompatíveis com esse novo modelo.

O cerne da denunciada crise de dupla face está nos decisionismos, Discrecionariedades e arbitrariedades judiciais alimentados pelo Positivismo Jurídico normativista ainda vigente, que padecem de grave déficit democrático, substituindo o texto constitucional pela subjetividade do intérprete. Nesse sentido, a crítica desenvolvida por Lenio Streck, na qual expõe as bases de sua Teoria da Decisão, é direcionada ao Positivismo normativista, que supera o velho Positivismo exegético. Essa responsabilidade delegada aos juízes para que decidam os chamados *casos difíceis* ou nas margens das incertezas da linguagem é, na visão de Streck, causa da crise de efetividade do Direito, pois sob o pretexto de construírem discursos críticos, desprezam os próprios textos legais e constitucionais.²⁵⁷

Em razão disso é que a teoria da decisão da Crítica Hermenêutica do Direito busca fixar as condições de possibilidade para a preservação da democracia mediante o respeito à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e ao Estado Democrático de Direito por ela instituído. De matiz antidiscrecionária e anterrelativista, a Crítica Hermenêutica do Direito reconhece a necessidade de respeitar os textos construídos democraticamente após a superação dos autoritarismos do século XX, tarefa que não pode ser entregue a, ou substituída pela, vontade do intérprete.²⁵⁸

Essa concepção está ligada a uma corrente substancialista da jurisdição. Em oposição às posturas procedimentalistas (de mero controle das regras do jogo democrático) e sem qualquer filiação a ativismos judiciais ou à Filosofia da Consciência, a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os poderes, é papel do Judiciário impor, inclusive contra majorias ocasionais, o Direito produzido democraticamente, em especial o texto constitucional, efetivando e concretizando direitos.²⁵⁹ É importante reforçar que isso

²⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 200.

²⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 493.

²⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p.

não significa estar de acordo com ativismos ou decisionismos judiciais sob o pretexto de efetivação de Direitos, pois a concretização exige respeito à Constituição, sem recorrer a critérios de conveniência política, social ou econômica para tomada de decisão. Trata-se, na lição de Streck, de entender o Direito “*como mecanismo prático que provoca (e pode provocar) mudanças na realidade*”²⁶⁰.

No Estado Democrático de Direito a Constituição é erigida a vetor de sentido de toda interpretação, como se evidencia por tudo quanto foi até agora dito. Não se trata de uma simples ferramenta, mas dirige, constitui o Estado e a Sociedade, razão pela qual impõe que as instituições operem os instrumentos constitucionais de forma a evitar uma livre disposição da Constituição. Nas palavras de Streck, “a força normativa da Constituição não pode significar a opção pelo cumprimento *ad hoc* de dispositivos ‘menos significativos’ da Lei Maior e o descumprimento sistemático daquilo que é mais importante”²⁶¹.

Essa centralidade do papel da Constituição no Estado Democrático de Direito brasileiro não tem, porém, refletido nas práticas da Dogmática Jurídica. O Direito não tem cumprido sua tarefa de transformação social em razão do apego da Dogmática Jurídica brasileira a paradigmas superados e reiteração de velhas práticas. Como observa Lenio Streck, “não houve ainda, no plano hermenêutico, a devida filtragem desse (velho/defasado) Direito, produto de um modo liberal-individualista-normativista de produção de Direito”²⁶².

Streck tem apontado para uma “crise de paradigmas de dupla face” como obstáculo para a realização da Constituição e das promessas da modernidade nela insculpidas. Em primeiro lugar, uma crise do modelo de Direito que, formado dentro de um paradigma liberal, está moldado ao enfrentamento de demandas interindividuais e mostra-se incapaz de dar respostas às crescentes demandas coletivas. Em segundo lugar, uma crise dos paradigmas metafísicos Aristotélico-

97.

²⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 345-346.

²⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 178.

²⁶² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 43.

Tomista e da Filosofia da Consciência, calcados na relação sujeito-objeto. Essa crise de dupla face sustenta o Positivismo característico da Dogmática Jurídica brasileira. Em um sincretismo anacrônico, adota-se ora posturas objetivistas, centradas em uma pretensa literalidade da lei, ora posturas subjetivistas, nas quais o sujeito é alçado à condição de senhor do texto, da lei, que seria apenas “a ponta do iceberg”, debaixo da qual devem ser descobertos pelo intérprete os valores submersos.²⁶³

Com isso, envoltos nessa crise, olha-se “o novo com os olhos do velho”²⁶⁴, retira-se a força normativa da Constituição e impede-se o seu acontecer. Ainda não se compreendeu que o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito brasileiro exige uma nova teoria das fontes, das normas e, principalmente, da decisão. Na lição de Lenio Streck:

[...] a teoria positivista das fontes vem a ser superada pela Constituição; a velha teoria da norma dará lugar à superação da regra pelo princípio; e o velho *modus* interpretativo subsuntivo-dedutivo – fundado na relação epistemológica sujeito-objeto – vem dar lugar ao giro linguístico-ontológico, fundado na intersubjetividade.²⁶⁵

Ocorre que a crise só é crise quando puder ser assim percebida, quando forem criadas condições de possibilidade para sua designação *como* crise. Assim, a tarefa que se impõe atualmente aos juristas é de justamente iluminar esses Preconceitos (pré-conceitos) que formam a crise do Direito, abrir clareiras que permitam nomeá-la como crise, possibilitando o acontecer da Constituição Republicana e o resgate das promessas da modernidade.²⁶⁶ Lenio Streck vem se ocupando dessa tarefa com a sua Crítica Hermenêutica do Direito, com enfoque nos problemas relacionados à teoria da decisão.

Ocupa-se o autor em estudo não de todo o projeto kelseniano ou hartiano do Direito, mas de enfrentar o problema lançado por Kelsen e reforçado por Hart

²⁶³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 252-253.

²⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 347.

²⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 254.

²⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 310.

consubstanciado na ideia de Discricionarietà do intérprete presente na metáfora da moldura da norma, no conceito de textura aberta das normas e na distinção entre *easy* e *hard cases*. O JusPositivismo normativista privilegiou uma análise sintática e semântica do Direito, relegando a pragmática a um segundo plano, à Discricionarietà do intérprete.²⁶⁷ Ocorre que a Discricionarietà, ligada ao superado esquema sujeito-objeto da Filosofia da Consciência, é incompatível com o Estado Democrático de Direito e não pode ser encarada como uma fatalidade autoevidente.

A Discricionarietà positivista gera o que Lenio Streck denomina “mundo da natureza hermenêutico” ou “estado de natureza hermenêutico”, em um jogo de palavras com o ideário estado de natureza que sustenta as teses contratualistas do século XVIII. Com a expressão o jusfilósofo designa uma situação de total liberdade interpretativa, sustentada em uma subjetividade assujeitadora dos textos, na qual cada juiz decide conforme sua consciência, suas convicções pessoais e prejuízos inautênticos, enfraquecendo, assim, o Direito democraticamente construído.²⁶⁸

A aposta positivista na Discricionarietà na solução dos casos difíceis, associada ao apego ao método lógico dedutivo, gera uma retroalimentação do discurso jurídico que, no afã de tornar fácil a resolução de tais casos, sofre de uma objetividade textual não centrada na lei, mas em “*conceitualizações prévias elaboradas pela Dogmática Jurídica*”. Pondera Streck que “o próprio Positivismo procura controlar a Discricionarietà judicial, mediante a elaboração de um discurso *prêt-à-porter*, principalmente advindo do próprio Judiciário”, por meio de súmulas, ementas, verbetes. Onde “falta a regra”, como consequência da crescente judicialização da vida que não consegue ser acompanhada pela produção legislativa, surge o precedente, a súmula, sempre em busca de soluções prévias para perguntas ainda não feitas, o que vai afastando o discurso jurídico dos casos concretos no que Streck denomina “standartização da cultura jurídica” ou

²⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 36.

²⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 442.

“fetichização do discurso jurídico”.²⁶⁹

Essa construção de conceitos prévios tem por objetivo facilitar o ato de aplicação, visto pelo Positivismo como meramente subsuntivo e dissociado dos atos de interpretação e compreensão. A partir dessa verdade prévia e da Discricionariedade que lhe é conferida na análise do caso concreto, o intérprete, subjetivamente, fornecerá a resposta. Para tanto, poderá utilizar o conceito para qualquer reposta, tanto positiva quanto negativa, pois “trata-se de ‘conceitos sem coisas’”²⁷⁰.

Essa opção positivista pela Discricionariedade decorre, como observado no item 1.1, da sua vinculação aos paradigmas filosóficos metafísicos Aristotélico-Tomista e da Filosofia da Consciência. É preciso deixar que o Direito seja invadido pela filosofia da linguagem. O pensamento positivista metafísico, além de apostar na subjetividade do intérprete, esconde a singularidade dos casos concretos; cinde texto e norma, como se fosse possível cindir ser e ente; separa questão fática e questão jurídica; trabalha com raciocínios lógico-dedutivos; está preso ao modelo de regras, encaradas como verdades *a priori*, respostas previamente elaboradas por uma racionalidade assujeitadora dos sentidos e posteriormente apenas subsumidas aos casos concretos; divide o processo hermenêutico em etapas nas quais o intérprete primeiro interpreta em abstrato, para, depois, compreender e, por fim, aplicar a lei ao caso concreto; encara os princípios como valores aos quais o intérprete deve recorrer para “corrigir” as regras. Todas essas questões foram superadas pela Filosofia Hermenêutica e pela Hermenêutica Filosófica, como visto no tópico 1.2, e são objeto da crítica desenvolvida por Lenio Streck.

A tese desenvolvida na Crítica Hermenêutica do Direito deve ser entendida como “processo de desconstrução da metafísica vigorante no pensamento dogmático do Direito (Sentido Comum Teórico)”²⁷¹, desconstrução de todos os axiomas positivistas referidos no parágrafo anterior e que ainda habitam o imaginário

²⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 232.

²⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 233.

²⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 223-224.

jurídico e orientam as práticas jurídicas no Brasil. É preciso demonstrar a inautenticidade dos Preconceitos com que opera o Positivismo Jurídico para que seja possível a abertura de novos horizontes, de clareiras que permitam o acontecer do ser do Direito, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Com o objetivo de sistematizar a crítica elaborada por Lenio Streck e facilitar sua compreensão, nos limites da breve exposição que comporta o presente trabalho, será adotada, na sequência, uma divisão em cinco tópicos com base em princípios apontados pelo autor como fundantes da teoria da decisão jurídica que desenvolve. No intuito de contribuir para a racionalização da jurisdição, ao final do livro “Verdade e Consenso” Streck nomeia e define cinco princípios que compõem uma Teoria da Decisão jurídica sustentada na analítica existencial, na historicidade da compreensão e na “sedimentação da principiologia estabelecida pela tradição do Estado Democrático de Direito”²⁷², os quais guiarão os destaques que se faz de sua teoria do Direito no que interessa ao trabalho.

1.3.1 Necessidade de preservar a autonomia do Direito

A Constituição simboliza a necessária autonomia do Direito em relação às dimensões com ele intercambiáveis, como a Moral e a Política, principalmente após o segundo pós-guerra, como reflexo, principalmente, da falta de controle da e sobre a Política.²⁷³ O constitucionalismo social e compromissório da segunda metade do século XX coloca o Direito em posição contramajoritária, evidenciando sua necessária autonomia para que tenha efetividade. Esse grau de autonomia e ligação com as demais dimensões é garantido pelos princípios constitucionais.

Com o avanço das teorias argumentativas do Direito, o intérprete foi alçado à condição de responsável pela cura dos males do Positivismo exegético, como “*“canal” através do qual os valores sociais invadem o Direito*”²⁷⁴ (em itálico no original). Para a Dogmática Jurídica positivista a jurisdição tornou-se responsável

²⁷² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 601.

²⁷³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 601.

²⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 77.

pela incorporação dos “legítimos valores” ao Direito, o que se fez por meio de uma visão equivocada dos princípios como valores. Assim, quando se quer superar o sistema de regras do Positivismo, apela-se a algum princípio de maneira voluntarista.

Essa construção de princípios como valores que devem ser incorporados ao Direito, corrigindo-o, gera o que Lenio Streck chama de “panprincipiologismo”. Criam-se princípios jurídicos de forma irresponsável, a fim de serem utilizados como álibis teóricos para todos os tipos de decisão, como se o Estado Democrático de Direito fosse fonte *“da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para solver os casos difíceis ou ‘corrigir’ (sic) as incertezas da linguagem”*²⁷⁵ (em itálico no original).

Streck rechaça essa identificação de princípios como valores, tentativa de correção do Direito pela Moral e porta de entrada dos decisionismos. Na visão do autor, o Direito é formado por regras e princípios, diferenciados por estarem os princípios contidos nas regras, atravessando-as, resgatando o mundo prático. Conforme leciona, na medida em que a diversidade do mundo prático não pode ser abarcada em sua totalidade pelas regras, *“o princípio traz à tona o sentido que resulta desse ponto de encontro entre texto e realidade, em que um não subsiste sem o outro”*²⁷⁶ (itálico no original).

Os Princípios constitucionais não são, pois, mandados de justificação da Discricionariedade, para serem criados e invocados em qualquer situação para justificar qualquer decisão. Pelo contrário. Extraídos das regras e coexistindo com elas, servem justamente para limitar a Discricionariedade do intérprete, unindo os textos jurídicos aos fatos. Em vez, portanto, de “abrir” a interpretação, os princípios servem para impedir “múltiplas respostas”, superando o Direito como sistema escalonado de regras e resgatando a faticidade na sua compreensão.²⁷⁷

²⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 147.

²⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 145.

²⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 229.

A partir da Viragem Ontológico-Linguística pode-se afirmar que não há ente sem ser, não estão unidos, tampouco descolados. O ente só é em seu ser, razão pela qual não é possível falar em regras (entes) que não digam respeito a algo (ser). Nesse sentido, os princípios ingressam no sistema resgatando o mundo prático, as promessas não cumpridas da modernidade, servindo, pois, como condição de possibilidade para compreensão das regras no momento da aplicação. A regra recebe do princípio sua “significatividade”²⁷⁸ e serve à concretização desse ideal de vida boa instituído pelos princípios constitucionais, motivo pelo qual não podem ser compreendidas sem esse “princípio instituidor”. Streck observa, porém, que tal distinção só pode ocorrer no plano apofântico, pois do plano hermenêutico qualquer distinção ou reflexão chega tarde; a compreensão já se antecipa como modo de ser do Ser-aí [Dasein], a partir da pré-compreensão, o que evidencia a importância do círculo hermenêutico, de colocar em questão os próprios Preconceitos e prejuízos.²⁷⁹

Como consequência, todo ato interpretativo é um ato de jurisdição constitucional, pois cabe ao intérprete questionar se a regra, no ato da aplicação, está de acordo com o princípio que lhe subjaz. Deve o intérprete indagar a legitimidade dos seus Preconceitos a partir de um vetor de sentido que é fornecido pela Constituição.²⁸⁰

Os princípios, portanto, não são valores, mas resgatam o mundo prático no Direito, o que significa que não servem à correção moral do Direito; pelo contrário, fortalecem a autonomia do Direito em relação a ela. Autonomia que não significa cisão, tampouco indiferença, porque nos princípios está institucionalizada a Moral, que passa a ser normativa, compreendida como ideal de vida boa da sociedade. Como observa Lenio Streck, “a moral deixa de ser autônomo-corretiva, para se tornar cooriginária ao (e com o) Direito”²⁸¹. Dessa forma, a justificação moral

²⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 314.

²⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 315.

²⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 324.

²⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 236.

ou correção moral já está inserida no Direito por meio dos princípios, motivo pelo qual não faz sentido dizer que algo é legal, porém não é moral. Se a regra está em conformidade com o princípio jurídico que a atravessa, a fundamentação moral já ocorreu por meio dele e está institucionalizada.²⁸²

Assim, o Direito do Estado Democrático de Direito deve gozar de um elevado grau de autonomia, tanto em relação a fatores endógenos (o panprincipiologismo, a aposta na Discricionariedade, o ativismo judicial, a instrumentalidade processual), quanto exógenos (relação com a Moral, a Política e a economia). O debate moral e político deve ocorrer em outros sítios, cabendo ao Direito interferir neles apenas quando houver violação ao sistema de garantias, construído constitucionalmente.

Considerando a autonomia do Direito e o respeito à produção democrática das normas, Streck aponta as hipóteses taxativas na quais o Poder Judiciário pode deixar de aplicar uma lei ou dispositivo legal, que se menciona brevemente para conhecimento: 1. quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional (exercendo o controle difuso ou concentrado de constitucionalidade); 2. aplicação de critérios de solução de antinomias; 3. quando aplicar a interpretação conforme a Constituição (o texto é mantido, porém o sentido da interpretação é adequado à Constituição); 4. quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (ocorre a exclusão de determinada hipótese de aplicação por inconstitucionalidade); 5. por meio da declaração de inconstitucionalidade com redução de texto (há exclusão de palavra ou expressão do texto legal); e 6. quando for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, o que somente poderá ser avaliado no momento da *applicatio*.²⁸³

1.3.2 O controle hermenêutico da interpretação constitucional

Aqui reside o cerne da Crítica Hermenêutica do Direito, é nele que a

²⁸² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 237-238.

²⁸³ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? In: **Novos estudos jurídicos**, Itajaí. Volume 15, n. 1, janeiro-abril de 2010. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>. Acesso em: 27 de abril de 2017. p. 171-172.

Hermenêutica Filosófica e a Filosofia Hermenêutica invadem de forma decisiva a Teoria da Decisão jurídica. Deve ser lido como enfrentamento do problema da Discricionariedade, sobre o qual já se falou anteriormente. A superação da crise de dupla face pela Hermenêutica é condição de possibilidade para o acontecer da Constituição. É preciso saltar da relação sujeito-objeto dos paradigmas metafísicos Aristotélico-Tomista e da Filosofia da Consciência para a relação sujeito-sujeito, característica da Viragem Ontológico-Linguística de cunho pragmatista-ontológico. A linguagem não pode mais ser encarada como uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto, como um veículo condutor de essências, mas como condição de possibilidade de todo compreender.²⁸⁴

Nessa superação, os textos jurídicos e os fatos não podem ser tratados como objetos a serem apreendidos pela consciência do intérprete, cindidos na interpretação para serem subsumidos no ato de aplicação. Com o aporte da fenomenologia, essa relação objetificante é substituída por uma ontologia fundamental para a qual o Ser-aí [*Dasein*] “não é contraposto ao mundo das coisas e nem dele está apartado, mas, sim, o *Dasein* é só-pode-ser *junto* com as coisas”²⁸⁵. A compreensão é o existencial do Ser-aí [*Dasein*], seu modo de ser-no-mundo, de ser-com-os-outros.

A criticada objetificação da interpretação se reflete no predomínio do método, da técnica, como modo de correção do Direito. A Dogmática Jurídica tradicional vê nos métodos e técnicas de interpretação instrumentos necessários para alcançar o conhecimento científico no Direito. Os procedimentos interpretativos permitem ao intérprete sentir-se desonerado de responsabilidade na atribuição de sentido, transferindo à lei e ao legislador a culpa pelas anomalias do Direito. Os enunciados jurídicos têm sua pretensão de verdade absoluta e *a priori* garantida pelo crivo do método, para serem posteriormente apenas subsumidos aos casos concretos, dos quais são apartados. É a citada fetichização ou standartização do discurso jurídico, que se retroalimenta por meio de processo legais - no sentido

²⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 69-71.

²⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 328.

referido por Gadamer - de correção da verdade, afastando-se do acontecer do Direito. Ocorre que a ausência de um método para o método, um “metamétodo”, faz com que seu uso seja sempre arbitrário.²⁸⁶ O método padece de um insuperável déficit de realidade que vem a ser corrigido pela Hermenêutica filosófica, para a qual a compreensão está na existencialidade e na faticidade. Como leciona Streck, “salta-se do fundamental (*fundamentum inconcussum*) para o compreender, onde o compreender não é mais um agir do sujeito, e, sim, um modo-de-ser que se dá em uma intersubjetividade”²⁸⁷.

Assim, para a Hermenêutica Filosófica é irrelevante discutir somente textos, apartados de sua historicidade e da faticidade. Isso porque “textos são eventos”, não há conceitos sem coisas, o ente só é em seu ser.²⁸⁸ O sentido não está mais na consciência, na razão, mas, sim, na linguagem, “como algo que produzimos e que é condição de nossa possibilidade de estarmos no mundo”²⁸⁹, meio para que nos relacionemos com as coisas.

Essa fundamentalidade da linguagem, já analisada no item 1.2, reflete de modo decisivo na interpretação jurídica, conforme leciona Streck:

[...] Tanto a pragmática como a Hermenêutica, ao romperem com os dualismos metafísico-essencialistas (essência e acidente, substância e propriedade e aparências e realidade), contribuem para a construção de uma Hermenêutica jurídica que problematiza as recíprocas implicações entre discurso e realidade, além de desmi(s)tificar a tese, prevalecente no âmbito do Senso Comum Teórico dos juristas, da possibilidade da separação dos processos de produção, de interpretação e da aplicação do texto normativo, mostrando, enfim, como contraponto, que existe, no devir da inserção do ser-no-mundo, um processo de produção, circulação e consumo do discurso jurídico, em que, *somente pela linguagem – vista como condição de possibilidade e não como mero instrumento ou terceira coisa que se interpõe entre sujeito e objeto – é possível*

²⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 278.

²⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 76-77.

²⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 126.

²⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 226.

*ter acesso ao mundo (do Direito e da vida).*²⁹⁰ (itálicos no original)

Os textos jurídicos e o intérprete estão inseridos (mergulhados) na linguagem, que é constitutiva de mundo, de horizonte de sentido. Adverte Streck que “*A atitude de pensar que ele, intérprete, está fora e/ou separado do objeto pela linguagem, é alienante*”²⁹¹ (itálico no original). Assim, os textos jurídicos somente são apropriados linguisticamente, resultado da fusão de horizontes que ocorre na *applicatio*. A linguagem não é instrumento que liga o intérprete ao texto jurídico, mas condição de possibilidade de toda compreensão.

Nesse contexto, importa observar que texto e norma não são a mesma coisa. O texto não subsiste por si só, não carrega consigo um conceito, um ser. Do texto sempre será, por meio da interpretação, extraída uma norma. Assim, embora não sejam a mesma coisa, texto (ente) e norma (sentido do ser) não estão separados, não subsistem um sem o outro.²⁹² A norma “*não é uma capa de sentido a ser acoplada a um texto ‘desnudo’*. Ela é, sim, a *construção Hermenêutica do sentido do texto*”²⁹³, o que se manifesta na *applicatio*. Por consequência da diferença ontológica entre texto e norma, não se pode dizer qualquer coisa (extrair qualquer norma) sobre qualquer coisa (um texto), tampouco é possível alcançar uma literalidade da lei (norma se encerra no texto). O sentido não está no texto e deve ser apreendido pelo intérprete, tampouco é atribuído subjetivamente pelo intérprete ao texto. “Negar essa diferença implica negar a temporalidade, porque os sentidos são temporais”²⁹⁴.

Dessarte, a diferença ontológica revela que texto e norma não podem ser descolados; a norma é o sentido do ser do ente (texto), e o texto só existe em sua “normação”, desvelamento que ocorre no processo compreensivo.²⁹⁵ Como observa

²⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. Nota de rodapé 361. p. 244.

²⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 329.

²⁹² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 353.

²⁹³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 354.

²⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 345.

²⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da

Streck, “quando me deparo com o texto, ele já exsurge normado”²⁹⁶, a partir da pré-compreensão que tenho dele, de meus Preconceitos, dos influxos da tradição, da faticidade e da historicidade em que ocorre essa fusão dos horizontes do texto e do intérprete.

Esse processo de compreensão do texto, de “normação”, somente pode ocorrer diante de um fato. Apenas nesse processo de significação é que um fato pode ser tido como fato jurídico. Não há cisão entre *questão de fato* e *questão de direito*, pois a norma só surge diante do caso concreto, e o caso concreto somente pode ser encarado como jurídico em face de uma norma. Nas palavras de Lenio Streck, “quando olhamos um texto, este já nos aparecerá significado (é, pois, a norma). Mas essa significação (atribuição de sentido) só se realiza a partir da relação fato e Direito, sendo o conteúdo predicativo do texto”²⁹⁷.

O texto da constituição, portanto, somente pode ser entendido em sua aplicação, no momento da sua normatização. A Constituição é resultado de sua interpretação, no seu acontecer, como produto da intersubjetividade dos juristas. Isso não significa que ela seja o que os tribunais dizem que é, produto de uma subjetividade assujeitadora, pois textos não são meros enunciados linguísticos aos quais o intérprete pode atribuir arbitrariamente sentidos. Textos importam, não há norma sem texto, um não subsiste sem o outro. Os textos não carregam consigo os sentidos, nem comportam a atribuição de quaisquer sentidos pelo intérprete, para além de seus limites semânticos e da tradição.²⁹⁸

Lembrando Gadamer, toda interpretação é produtiva e não meramente reprodutiva. É na aplicação, diante de um caso concreto, que é atribuído pelo intérprete sentido ao texto jurídico. Essa atribuição de sentido ocorre na fusão de horizontes, pelo *medio* da linguagem e condicionada pela tradição e historicidade, ou seja, não é arbitrária.

construção do Direito. p. 279.

²⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 279.

²⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 348.

²⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 227.

É na aplicação que se manifesta a temporalidade da interpretação. Não se interpreta sintática e semanticamente um texto jurídico para depois o compreender; o intérprete primeiro compreende para depois interpretar. A interpretação é a explicitação argumentativa do já compreendido.

O intérprete, sujeito histórico, está sempre jogado em uma tradição. No caso do Direito, uma tradição jurídica, que é condição de possibilidade de todo seu compreender e que vem na e pela linguagem. Nessa condição existencial da Hermenêutica, sempre que se aproxima de um texto jurídico ele já surge “normado” a partir de uma pré-compreensão, dos Preconceitos com os quais se dirige a ele e que, na interpretação, deverão ser objeto de questionamento a fim de aferir sua legitimidade. A norma, assim, é sempre resultado desse processo de atribuição de sentido.²⁹⁹

O processo interpretativo, novamente lembrando Gadamer, não ocorre em etapas ou fases, como o concebe a Dogmática Jurídica positivista. Embora se distiguem os momentos estruturais internos da compreensão, interpretação e aplicação, ocorrem em um só ato a que denomina *applicatio*. A compreensão começa onde algo nos interpela, ou seja, onde o fato indaga o intérprete, que vai buscar no texto a resposta. Sem fato, sem aplicação, portanto, não há interpretação autêntica.

A compreensão é condição de possibilidade da interpretação. Por sua vez, para compreender é preciso partir de uma pré-compreensão do texto, de um projeto prévio que poderá ser ou não confirmado na coisa mesma, no texto. Nesse processo de compreensão do texto, compreende-se o próprio ser, questionam-se os Preconceitos e abrem-se clareiras para novas interpretações. Nisso consiste o círculo hermenêutico.

É na fusão de horizontes que ocorre na *applicatio*, quando o texto jurídico será confrontado com a situação do caso concreto, que o texto infinitizado em um dispositivo atemporal ganhará novamente significado temporal, será finitizado na

²⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 357.

interpretação.³⁰⁰ O conceito hermenêutico que resulta dessa interpretação (o precedente, a súmula, o verbete, a ementa), que é uma entificação, por sua vez permanecerá aberto a novas interrogações e interpretações, a novas aparições do ser do Direito, em um processo histórico contínuo.

Muito embora o intérprete esteja sempre inserido na tradição, sobre a qual não tem poder de disposição, isso não significa que não possa questioná-la e, assim, participar de sua construção. A tarefa da Hermenêutica é justamente lançar luzes sobre esse processo, abrir clareiras para que o não dito, o que se oculta nos entes, nos textos, possa vir à tona, para que o ser dos textos se manifeste. Essa abertura decorre da atitude questionadora, da dialética da pergunta e resposta, do caráter especulativo da compreensão.

Afirma Streck que “como condição de possibilidade para a interpretação, a compreensão abre possibilidades para evitar/ultrapassar a obediência passiva à autoridade da tradição”³⁰¹. Novas proposições, novas experiências do intérprete possibilitam novas interpretações, que serão confrontadas e somadas à tradição de interpretações já dadas. Esse processo criativo estabelece uma relação dialética entre tradição e interpretação, permitindo ao intérprete questioná-la e, assim, questionar seus próprios Preconceitos.

Assim é que a Dogmática Jurídica pode ser superada, questionando-se seus Preconceitos e a tradição que molda seus discursos e retira a força normativa da Constituição, a fim de abrir clareiras que possibilitem o aparecer do ser do Direito. Nas palavras de Streck, “a apropriação do compreendido pressupõe a apreensão do Senso Comum Teórico *como* Senso Comum Teórico, tornando-se em um sem sentido a própria questão desse não poder apropriar-se”³⁰².

O Senso Comum Teórico da Dogmática Jurídica positivista esconde o ser (a norma, o Direito) e se detém no ente (a lei). Desse modo, a Constituição da

³⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 243.

³⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 332.

³⁰² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 334-335.

República Federativa do Brasil de 1988, que institui o Estado Democrático de Direito brasileiro e resgata as promessas da modernidade, não acontece em seu ser, o Direito não cumpre sua função social, pois perde-se em meio a uma tradição inautêntica, a partir da qual “o jurista faz Direito repetindo o Direito através dos pré-juízos não suspensos, sem pertinência ao mundo histórico”³⁰³.

Esse agir reprodutivo de discursos *prêt-à-porter* anula a singularidade dos casos concretos, esconde as perguntas e apresenta respostas prontas, razões definitivas de dever ser, o que revela a sua inautenticidade e impõe seja substituído por um agir hermenêutico, no contexto da história-efetual, da tradição autêntica, da compreensão como condição de possibilidade da interpretação.³⁰⁴

É preciso suspender esses Preconceitos ilegítimos para, como dito, abrir clareiras que permitam o aparecer do ser do Direito, de seu agir transformador. Esse agir, porém, não depende da Discricionariedade ou de um controle metodológico, mas de uma postura fenomenológica, com consciência histórico-efetual e a partir do círculo hermenêutico e da diferença ontológica já explicados. Como pondera Streck, a tradição precisa ser “curada”:

Por intermédio do círculo hermenêutico, faz-se a distinção entre pré-juízos verdadeiros e falsos, a partir de um retorno contínuo ao projeto prévio de compreensão, que tem na pré-compreensão a sua condição de possibilidade. O intérprete deve colocar em discussão os seus pré-juízos, isto é, os juízos prévios que ele tinha sobre a coisa antes de com ela se confrontar. Os pré-juízos não percebidos como tais nos tornam surdos para a coisa de que nos fala a tradição. A tradição necessita ser “curada” (no sentido da *Sorge*) pela *wirkungs geschichtliches Bewußtsein* [consciência histórica-efetual]. É o duro e necessário tratamento a ser dado à tradição pela temporalidade.³⁰⁵

Repita-se, portanto, que desse olhar hermenêutico é possível afirmar que a significação do texto da Constituição somente acontece na ação prática dos intérpretes, nos casos concretos, motivo pelo qual o controle hermenêutico da interpretação é fundamental a uma Teoria da Decisão jurídica do Estado

³⁰³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 334-335.

³⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 340.

³⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 412-413.

Democrático de Direito. A Constituição da República Federativa do Brasil assume a condição de vetor de sentido de toda interpretação, constitui a tradição autêntica por ser formadora do Estado e da Sociedade brasileiros, por fixar suas bases, sua estrutura e institucionalizar o ideal de vida boa que deve ser perseguido pelas instituições. Toda interpretação, os Preconceitos e prejuízos com os quais opera o intérprete, devem ser “curados” pela Constituição. Somente são legítimos, autênticos, se forem compatíveis com o projeto constitucional.

1.3.3 O efetivo respeito à Integridade e à Coerência do Direito

O respeito à tradição autêntica e aos princípios constitucionais, além da necessidade de barreiras contra a fragmentação própria de teorias pragmaticistas, impõem a exigência de respeito à Integridade e à Coerência do Direito, gerando maior previsibilidade e segurança jurídica.

Pondera Lenio Streck que “a Integridade está umbilicalmente ligada à democracia, exigindo que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito”³⁰⁶, o que afasta qualquer postura objetivista ou subjetivista. As decisões jurídicas devem estar pautadas em uma legalidade que, no Estado Democrático de Direito, é “*uma legalidade constituída a partir dos princípios que são o marco da história institucional do Direito*”³⁰⁷.

A exigência de Integridade e Coerência do Direito é contrária a teses relativistas, supera posturas objetivistas e subjetivistas, e o faz por meio do respeito à tradição autêntica, que no Estado Democrático de Direito é aquela que passa pelo filtro constitucional. Esses “constrangimentos linguísticos-epistemológicos” controlam a Discricionariedade do intérprete.³⁰⁸ O fato de a Hermenêutica filosófica não adotar um método como critério de correção da interpretação, como visto, não permite que o intérprete atribua qualquer sentido ao texto, ignorando inclusive os limites semânticos. “A ‘vontade’ e o ‘conhecimento’ do intérprete não permitem a atribuição

³⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 608.

³⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 50.

³⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. p. 278.

arbitrária de sentidos, e, tampouco, uma atribuição de sentidos arbitrária”³⁰⁹.

A construção histórica do Direito com respeito à Coerência e à Integridade passa pela observância dos princípios constitucionais, os quais, como visto, fecham, limitam a interpretação resgatando o mundo prático. A análise dos casos concretos submetidos à apreciação jurisdicional deve passar por uma reconstrução principiológica, ou seja, pela tradição. As decisões devem ser tomadas conforme tais princípios, não por argumentos de política, moral ou econômicos, como decorre das teorias pragmaticistas.

A exigência de Integridade no Direito é apropriada de Ronald Dworkin, para quem “o Direito como Integridade nega que as manifestações do Direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro”³¹⁰, mas exige que as afirmações jurídicas sejam opiniões interpretativas que reflitam a prática jurídica como uma política em processo de desenvolvimento, ou seja, observa o passado ao mesmo tempo em que se projeta para o futuro; é tanto um produto da interpretação da comunidade de princípios do sistema jurídico quanto sua fonte de inspiração. Dworkin utiliza a metáfora do “romance em cadeia” para explicar esse processo de ligação com o passado e projeção para o futuro da Integridade no Direito.³¹¹ Essa concepção aproxima-se muito da tradição da Hermenêutica Filosófica, da dialética entre compreensão e pré-compreensão que permite identificar os Preconceitos autênticos e inautênticos, construindo novos horizontes interpretativos.

A Coerência, outrossim, estará presente “se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos”³¹².

Em síntese, respeitar a Coerência e Integridade do Direito é “*levar em conta a interpretação coerente com as regras, princípios e decisões judiciais*”

³⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 276.

³¹⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 271.

³¹¹ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. p. 275-279.

³¹² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 327.

preexistentes no cotidiano das práticas jurídicas”³¹³, em especial as que mais se coadunam com o contexto social do fato posto em julgamento.

1.3.4 O dever fundamental de justificar as decisões ou de como a motivação não é igual à justificação

O quarto princípio, dever fundamental de justificar as decisões, trata-se de exigência de responsabilidade política do julgador, que deve explicitar argumentativamente as condições pelas quais compreendeu. Mais do que fundamentar, motivar a decisão, é preciso justificar a fundamentação, demonstrar a legitimidade dos Preconceitos que influíram na compreensão do intérprete.

Se no Estado Democrático de Direito o polo de tensão se desloca do Executivo e Legislativo para o Judiciário, como consequência da autonomia do Direito e de um constitucionalismo compromissório e dirigente, como visto, isso exige maior responsabilidade política dos julgadores, maior controle e previsibilidade sobre as decisões judiciais, o que pressupõe a transparência e justificação dos atos decisórios.

Streck encara o dever de fundamentação do compreendido como um Direito fundamental do cidadão.³¹⁴ Essa justificação deve conter a reconstrução do Direito, doutrinária e jurisprudencialmente, confrontando a tradição da Dogmática Jurídica com a tradição legada pelo Estado Democrático de Direito, a fim de diferenciar Preconceitos legítimos e ilegítimos.³¹⁵

Importa lembrar que antes de interpretar o intérprete já compreendeu, pois a compreensão antecede qualquer argumentação. A interpretação é a explicitação argumentativa da compreensão. A compreensão como existencial do Ser-aí [*Dasein*], como modo de ser-no-mundo, é o que supera os decisionismos da interpretação que se limita ao plano apofântico, típica da Filosofia da Consciência. O

³¹³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 386.

³¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 453.

³¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 453.

Direito fundamental à justificação é justamente a garantia de que o intérprete agiu com consciência da história efetual, de que partiu de Preconceitos autênticos, de que respeitou a tradição, a Coerência e a Integridade do Direito, de que considerou a singularidade do caso concreto na *applicatio* e não se limitou a subsumir um *standard* jurídico ao caso concreto por mero raciocínio dedutivo.

Ao justificar, o intérprete tem o dever de explicar os fundamentos de sua compreensão, fornecer as razões pelas quais a interpretação a que chegou é a melhor para aquele caso, mais adequada à Constituição e seus princípios. Isso garante o controle democrático das decisões judiciais, a transparência do processo de aplicação das leis. Trata-se de uma *accountability* permanente, uma prestação de contas ao jurisdicionado.³¹⁶

1.3.5 O Direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada

O quinto e último princípio garante ao cidadão que receba do Poder Judiciário uma resposta adequada à Constituição. Nem a única, nem a melhor, mas a que, naquele caso concreto, reflita a tradição jurídica autêntica, seja íntegra e coerente, respeite a Constituição. O Direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada está diretamente relacionado ao dever fundamental de justificar as decisões.³¹⁷

Hermeneuticamente, a verdade não está entificada, não é infinitizada em um conceito como razão definitiva de dever ser. Somente é possível falar em verdade na faticidade, na fusão de horizontes que ocorre diante de um caso concreto. Essa verdade Hermenêutica decorre do que Gadamer chama de prejuízos ou Preconceitos legítimos, autênticos. Se na Hermenêutica essa verdade está ligada, portanto, à tradição autêntica, no Direito do Estado Democrático de Direito essa tradição deve ser entendida como consolidação de um modelo constitucional que projeta na sociedade um ideal de vida boa, resgata as promessas da modernidade e pretende-se transformador da realidade social. Por isso a resposta

³¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 594.

³¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 615-616.

correta deve ser aquela adequada à Constituição, deve ser a que melhor reflita, no caso concreto, os princípios constitucionais reconhecidos pela tradição.³¹⁸

Isso implica, importa observar, uma diferença fundamental entre a Hermenêutica Filosófica e as Teorias do Discurso ou Argumentativas. Enquanto na Hermenêutica heideggeriana e gadameriana a resposta correta é conteudística, substancialista, a verdade discursiva ou argumentativa, de matiz habermasiana, é procedimental, consensual.³¹⁹

Essa concepção de uma única resposta correta conteudística guarda compatibilidade com a tese dworkiniana. No décimo terceiro capítulo do livro “levando os direitos a sério” Ronald Dworkin trata de defender a sua tese de que frequentemente há uma única resposta certa sobre questões complexas de Direito, moralidade e Política, em contraposição à crítica de que às vezes não há uma única resposta certa, mas somente respostas. Sintetiza o autor:

Uma proposição do Direito pode ser considerada verdadeira se for mais coerente do que a proposição contrária com a teoria jurídica que justifique melhor o Direito estabelecido. Pode ser negada como falsa se for menos coerente com essa teoria de Direito do que a contrária.³²⁰

Lenio Streck trata apenas de adequar essa assertiva à realidade do Estado Democrático de Direito brasileiro, colocando a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como vetor de sentido da adequação da resposta.

A superação da Discrecionalidade positivista implica a refutação Hermenêutica da tese das múltiplas respostas. A Crítica Hermenêutica do Direito, a partir da Hermenêutica Filosófica e com aportes da teoria de Ronald Dworkin, possibilita alcançar uma resposta hermeneuticamente adequada à Constituição para determinado caso concreto, sem relativismos ou decisionismos.³²¹

³¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 357-360.

³¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 123.

³²⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 435.

³²¹ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *In*: **Novos estudos jurídicos**, Itajaí. Volume 15, n. 1, janeiro-abril de 2010. Disponível em:

A resposta constitucionalmente adequada não pode ser dada a partir de métodos ou técnicas de interpretação, tampouco conceitualizações prévias ou *standards* desindexados dos casos fáticos. Apenas em função de determinado caso concreto, na *applicatio*, é que se pode falar em resposta adequada, no sentido de que preserva a força normativa da Constituição e o caráter deontológico dos princípios.

Trata-se de substituir qualquer razão solipsista por uma interpretação com consciência da história-efeitual. A fusão de horizontes que ocorre no momento da aplicação, da concretização do Direito, deve levar em consideração o círculo hermenêutico e a diferença ontológica, respeitando a autoridade da tradição. É preciso que o intérprete elabore projetos corretos, adequados às coisas, com os quais realizará o ato interpretativo. Essa correção da pré-compreensão passa pela adequação dos Preconceitos à Constituição, apropriação dos Preconceitos autênticos e suspensão dos Preconceitos inautênticos, o que passa pelo respeito aos princípios constitucionais.

Além de respeito ao “método” hermenêutico, a resposta correta (adequada à Constituição) pressupõe o respeito aos demais princípios antes elencados. Ela decorre de uma Hermenêutica que se caracteriza como um existencial do Ser-aí [*Dasein*], seu modo de ser-no-mundo, considerando a autonomia do Direito (o que implica decidir por princípios, evitando subjetivismos ou objetivismos), com fundamentação adequada da decisão e efetivo respeito à Integridade e à Coerência do Direito.

Por fim, cumpre observar que a resposta adequada não se trata de um enunciado assertórico com pretensão de resposta definitiva, a ser aplicada por mera subsunção a casos futuros.³²² Essa postura não seria Hermenêutica. A resposta adequada o é no e para o caso concreto.

Considerando que, ao compreender, o Ser-aí [*Dasein*] compreende seu

<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>. Acesso em: 27 de abril de 2017. p. 171-172.

³²² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 617.

próprio ser, em um processo circular, essa resposta ao caso concreto (súmula, verbete, ementa), que nada mais é do que a explicitação do processo compreensivo baseado em um projeto prévio correto, passa a integrar o horizonte de sentido do intérprete, os Preconceitos com que opera sua pré-compreensão, evidentemente que não como razão definitiva de dever ser, mas ainda aberta a novas interpretações. Deverá ser novamente posta em questão em um futuro processo hermenêutico, diante de um novo caso concreto. Nisso reside a existencialidade e faticidade da compreensão Hermenêutica, que possibilita as respostas corretas, as quais no atual horizonte histórico são aquelas adequadas à Constituição.

Dessarte, a Crítica Hermenêutica do Direito desenvolvida por Lenio Luiz Streck, que propõe uma Teoria da Decisão jurídica centrada nos cinco princípios ou padrões explicitados, tem por objetivo, repita-se, superar posturas relativistas, decisionistas, apegadas à Discrecionabilidade do sujeito solipsista. E o faz com o objetivo de que os textos jurídicos, em especial o texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sejam levados a sério. As práticas jurídicas precisam adaptar-se ao Direito do Estado Democrático de Direito, por meio do processo de compreensão hermenêutico abrir clareiras no Senso Comum Teórico da Dogmática Jurídica que permitam o aparecer do novo, do ser do Direito, o acontecer de uma Constituição que é conquista democrática e estabelece um ideal de vida boa, um resgate das promessas da modernidade, que não podem ficar restritas a uma casta de privilegiados.

É na Filosofia Hermenêutica de Heidegger e na Hermenêutica Filosófica de Gadamer, inseridas no Direito brasileiro através da Crítica Hermenêutica do Direito desenvolvida por Lenio Streck, que se encontra essa condição de possibilidade, razão pela qual foram adotados como paradigmas filosófico e jurídico da presente investigação.

Um dos principais vetores da inautêntica tradição dogmática positivista, difundido no imaginário dos juristas e com graves prejuízos à interpretação e concretização do Direito no Brasil, é o Livre Convencimento Motivado, que deverá ser “curado” a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, da Filosofia Hermenêutica e da Hermenêutica Filosófica, o que será procedido na sequência.

CAPÍTULO 2

O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO NO DIREITO BRASILEIRO

O acontecer do Direito, como visto, ocorre na sua concretização, na *applicatio* de que fala Gadamer. É somente diante de um caso concreto que o processo interpretativo acontece, que o ser do Direito se manifesta, que o texto é “normatizado”, é significado. A jurisdição, portanto, é responsável pelo acontecer da Constituição e das leis infraconstitucionais, pela normatização dos textos jurídicos, por sua concretização na singularidade do caso concreto, a partir da historicidade, da faticidade e da temporalidade, considerando o processo hermenêutico antes analisado, em especial o círculo hermenêutico e a diferença ontológica.

Contemporaneamente, a jurisdição ganha foros de constitucionalidade, garantida como corolário do direito fundamental de acesso à justiça, positivado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. De forma simples, a jurisdição pode ser definida como “dever do Estado de exercer parcela de seu Poder para resolver os litígios, reais ou não, que qualquer pessoa alegue perante o órgão ou juiz a quem a Constituição impute esse poder-dever”³²³.

O poder-dever estatal de prestar a jurisdição, que surge com o Estado Moderno e a vedação à autotutela, é acionado pelo correspondente direito do particular de exigir a prestação jurisdicional, o direito de ação. O meio pelo qual será prestada a jurisdição é o processo, compreendido como a relação jurídica de direito público estabelecida entre as partes e o julgador, de maneira democrática, coparticipativa, e com a necessária observância dos princípios constitucionais, tais como contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

Se a jurisdição, a compreensão e a concretização do Direito ocorrem na *applicatio*, a faticidade torna-se fundamental. No processo, essa faticidade surge pela reconstrução do caso concreto por meio das provas produzidas pelas partes, razão pela qual o direito de produzi-las deve ser o mais amplo possível. Não se pode

³²³ BRANDÃO, Paulo de Tarso; MARTINS, Douglas Roberto. Julgamento antecipado da lide, direito à prova e acesso à justiça. In: ROSA, Alexandre Morais da. (Org.). **Para um direito democrático: diálogos sobre paradoxos**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 13.

deixar ao puro arbítrio do julgador a gestão das provas. Então, para que seja democrática a jurisdição, “é vedado ao órgão do judiciário restringir o direito à prova, cabendo somente às partes a decisão acerca da desnecessidade de comprovação dos fatos que tenham alegado, sob pena de cerceamento do direito à jurisdição”³²⁴.

Mas, para que a jurisdição seja exercida de forma constitucionalmente adequada, não basta que as partes produzam de forma ampla as provas que julgarem necessárias; é preciso que essas provas sejam apreciadas, valoradas e consideradas de maneira fundamentada no processo de compreensão do julgador. Relembrando Gadamer, fatos são eventos, assim como os textos. Os fatos ingressam no processo por meio das provas produzidas. Nesse sentido, provas e textos são eventos, que devem integrar o processo de compreensão em busca da resposta adequada ao caso.

É nesse passo que surge o chamado “princípio” do “Livre Convencimento Motivado” ou da “persuasão racional” do juiz.

2.1 SOBRE O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO: ORIGEM, JUSTIFICATIVA TEÓRICA E TRANSFORMAÇÃO EM PRINCÍPIO

Historicamente, o Livre Convencimento Motivado surge como método ou sistema de valoração da prova. Ricardo Aronne afirma que são três os sistemas de valoração das provas. O primeiro é o sistema da prova legal (positivo ou da certeza legal), que remonta às arcaicas ordálias ou juízos de Deus. Nesse sistema, comum ao longo da idade média, a prova era tida como manifestação divina. A fim de que a verdade fosse revelada pela vontade divina, o réu era submetido a alguma provação, como, por exemplo ser colocado sobre lenhas em chamas ou em óleo fervendo, dependendo sua sorte no processo da salvação por alguma possível intervenção celestial.³²⁵

A racionalização desse processo eliminou tais práticas e levou a uma

³²⁴ BRANDÃO, Paulo de Tarso; MARTINS, Douglas Roberto. Julgamento antecipado da lide, direito à prova e acesso à justiça. In: ROSA, Alexandre Morais da. (Org.). **Para um direito democrático: diálogos sobre paradoxos**. p. 21.

³²⁵ ARONNE, Ricardo. **O princípio do livre convencimento do juiz**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996. p. 14.

substituição das provas divinas por provas humanas, cuja valoração, porém, continuava a não depender da intervenção do julgador. Os valores, os pesos de cada elemento de prova que pudesse ser produzido eram prefixados, e o juiz apenas aplicaria a lei conforme o resultado aritmético do processo de análise dessas provas.³²⁶

No sistema da prova legal a tarefa de valoração da prova é deslocada do juiz para o legislador, que o faz em abstrato, conforme leciona Chiovenda.³²⁷ Pontes de Miranda observa que, no sistema legal, as partes têm maior previsibilidade sobre sua sorte no processo, pois a validade e o valor das provas já estão prefixados, essa atividade é subtraída do juiz, que realiza mera contabilização matemática. Como consequência, o processo de prova tarifada gera uma separação entre a convicção do julgador e o que decide.³²⁸

O segundo sistema é o da livre apreciação, da convicção íntima ou *secundum conscientiam*, que se coloca no polo oposto, pois é dado ao julgador decidir e valorar a prova livremente, inclusive contra ela e até mesmo sem qualquer prova.³²⁹ Cintra, Grinover e Dinamarco ressaltam que esse sistema ainda pode ser observado, embora atenuado, no Tribunal do Júri.³³⁰

Por fim, Aronne aponta como o sistema das legislações modernas o que ele denomina de “Livre Convencimento do juiz”, mais conhecido como “Livre Convencimento Motivado” e também chamado de “sistema da persuasão racional”. Em sua definição, trata-se de “um sistema intermediário, onde, para apreciação da lide, vige o livre convencimento do julgador, porém, adstrito à prova constante dos autos do processo”³³¹

O sistema do Livre Convencimento Motivado ganhou projeção após a

³²⁶ ARONNE, Ricardo. **O princípio do livre convencimento do juiz**. p. 14.

³²⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**. Tomo II. 3. ed. Madrid: Editorial Reus, 1925. p. 282.

³²⁸ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo II: arts. 46 a 153. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 403.

³²⁹ ARONNE, Ricardo. **O princípio do livre convencimento do juiz**. p. 14-15.

³³⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 67.

³³¹ ARONNE, Ricardo. **O princípio do livre convencimento do juiz**. p. 16.

Revolução Francesa, inspirado pelo iluminismo, que aposta na razão como condutora do agir humano. Tratou-se de uma forma de limitar o poder dos magistrados, que eram vinculados à nobreza e decidiam conforme sua convicção íntima, de regra contra os interesses do povo e da burguesia em ascensão.³³² Cintra, Grinover e Dinamarco afirmam que o Código de Processo Civil Napoleônico acolheu implicitamente o sistema da persuasão racional.³³³

O Processo Civil brasileiro adota, há muito, o Livre Convencimento Motivado. Já o Código de Processo Civil de 1939, regulado pelo Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939³³⁴, previa, em seu artigo 118, que “na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte”. O parágrafo único do artigo 118 fixava o dever de motivação da decisão ao prever que “o juiz indicará na sentença ou despacho os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento”.

A previsão foi mantida no Código de Processo Civil de 1973 (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973³³⁵), vigente até 17 de março de 2016. Previa em seu artigo 131 que “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Além da previsão expressa no artigo 131, o recém revogado Código de Processo Civil reforçava a adoção do Livre Convencimento Motivado também nos artigos 353³³⁶, 386³³⁷, 439, parágrafo único³³⁸, e 1.107³³⁹.

³³² ARONNE, Ricardo. **O princípio do livre convencimento do juiz**. p. 19.

³³³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. p. 67.

³³⁴ BRASIL. Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De1608.htm. Acesso em: 15 de maio de 2017.

³³⁵ BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm#art1218. Acesso em: 15 de maio de 2017.

³³⁶ Art. 353. A confissão extrajudicial, feita por escrito à parte ou a quem a represente, tem a mesma eficácia probatória da judicial; feita a terceiro, ou contida em testamento, será livremente apreciada pelo juiz.

³³⁷ Art. 386. O juiz apreciará livremente a fé que deva merecer o documento, quando em ponto substancial e sem ressalva contiver entrelinha, emenda, borrão ou cancelamento.

A doutrina processualística brasileira que orientou a formação dos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973 foi fortemente influenciada pela escola italiana de processo, em especial Francesco Carnelutti, Piero Calamandrei e Giuseppe Chiovenda, tendo importado desde os conceitos de jurisdição, processo, ação e relação processual até a adoção do Livre Convencimento Motivado.

Nesse sentido, é possível identificar já em Chiovenda a referência ao Livre Convencimento Motivado, ainda que de forma breve. Menciona o referido autor que “el derecho moderno rechaza el sistema de la prueba legal, adoptando el principio de que la convicción del juez debe **formarse libremente**”³⁴⁰ (negrito no original). Embora o autor refira-se específica e expressamente à análise da prova, não coloca restrições ou anteparos a essa liberdade do julgador.

Na doutrina jurídica brasileira o Livre Convencimento Motivado é amplamente defendido e recomendado. Encarado como sistema ou método de análise de prova, é estudado por autores clássicos, que serão mencionados na sequência sem qualquer pretensão de refletir a unanimidade doutrinária. Optou-se por buscar os aportes doutrinários relacionados ao Livre Convencimento Motivado em autores ditos clássicos, de maior aprofundamento teórico, uma vez que, além da propriedade com que abordam o assunto, formaram o pensamento jurídico dos doutrinadores atuais, que se referem com frequência a Pontes de Miranda e Ovídio Baptista em suas obras.

Pontes de Miranda, em comentários ao artigo 131 do Código de Processo Civil de 1973, afirma que o juiz sempre decidiu por sua “livre convicção”, adstrito aos fatos e circunstâncias dos autos, mesmo quando houve por bem o legislador fixar critérios escalonados ou tarifados de avaliação da prova. Isso porque, na visão do renomado processualista, ainda que se fizesse uso de método científico, a que chama hipóteses de trabalho, a verdade nunca foi alcançada sem que fosse dado ao

³³⁸ Art. 439. A segunda perícia rege-se pelas disposições estabelecidas para a primeira. Parágrafo único. A segunda perícia não substitui a primeira, cabendo ao juiz apreciar livremente o valor de uma e outra.

³³⁹ Art. 1.107. Os interessados podem produzir as provas destinadas a demonstrar as suas alegações; mas ao juiz é lícito investigar livremente os fatos e ordenar de ofício a realização de quaisquer provas.

³⁴⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**. Tomo II. p. 282.

homem pensar com liberdade.³⁴¹

O mais amplo sistema de livre convicção é ainda melhor que qualquer sistema de prova legal, na visão de Pontes de Miranda. Aponta como “inconveniente” do sistema da livre apreciação possibilitar o agir de impressões pessoais, convicções de classe e políticas e tendências corporativistas, o que, acredita, pode ser contido pela opinião pública e pela crítica técnica, razão pela qual somente é adequado a sistemas políticos em que haja a mais ampla liberdade de pensamento e imprensa. Nesse contexto, o sistema de livre convencimento torna o juiz mais responsável pela decisão, aproxima o processo decisório dos métodos das ciências e o democratiza, tornando-o inteligível às massas.³⁴²

O autor em estudo já apontava como outros inconvenientes do sistema do livre convencimento do juiz o coeficiente pessoal que deflui desde a constituição biopsicológica até a posição política do juiz e a imprevisibilidade, pelas partes, do resultado que terão em função das provas que produziram. São tais “inconvenientes”, porém e na visão do processualista, limitados pelo dever de fundamentação, que abrange da decisão que defere ou determina a produção de alguma prova até a resolução do caso com a exposição das razões do convencimento do juiz. Limita-se, ainda, a formação da convicção às provas que constam dos autos.³⁴³

Identificando também três sistemas distintos de valoração da prova e partindo da análise do sistema da prova legal, Ovídio Araújo Baptista da Silva coloca como seu extremo oposto o sistema do livre convencimento. Para o autor, o livre convencimento é sinônimo de livre apreciação, livre convicção. No sistema do livre convencimento o juiz é soberano, podendo formar seu convencimento conforme suas impressões pessoais, sem qualquer critério prévio estabelecido em lei.³⁴⁴

³⁴¹ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo II: arts. 46 a 153. p. 401.

³⁴² MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo II: arts. 46 a 153. p. 403.

³⁴³ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo II: arts. 46 a 153. p. 405-406.

³⁴⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. Volume 1: processo de conhecimento. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 331-332.

O terceiro sistema, da persuasão racional, segundo Ovídio Baptista, em geral adota a tese do livre convencimento, porém com algumas restrições de observância de regras lógicas e máximas de experiência comum. Nesse sentido, descartaria convicções pessoais que não possam ser justificadas logicamente ou por regras do senso comum. Em suma, a diferença do sistema da persuasão racional para o sistema do livre convencimento está no dever de fundamentação exigido naquele, de forma a guardar coerência lógica com as provas dos autos. Por isso é sinônimo de Livre Convencimento Motivado, como o designa a maioria dos processualistas brasileiros na atualidade. O autor identifica o sistema da persuasão racional como o mais condizente com a cultura jurídica ocidental moderna, pois exige magistrados altamente capacitados e moralmente qualificados.³⁴⁵

Veja-se que a mistura de conceitos e nomenclaturas apenas evidencia a inexistência, na prática, de diferenças entre Livre Convencimento Motivado, persuasão racional, livre convicção ou apenas livre convencimento. Todos designam uma ampla liberdade do julgador para decidir conforme sua consciência, subjetivamente, solipsisticamente. A diferença, apontam, estaria na fundamentação, no dever de motivação. Ocorre que, como visto, o Positivismo Jurídico e a Dogmática Jurídica nele baseada ignoram o problema da interpretação, relegando-a à Discricionariedade (leia-se subjetividade) do juiz. Se, portanto, a diferença está na fundamentação, que é a explicitação do processo interpretativo, e esse está entregue à subjetividade do julgador, não resta nada além do sujeito solipsista. Essa faceta do Livre Convencimento Motivado se evidencia na prática judicial e reflete na jurisprudência dos tribunais.

A Pesquisadora Regina Lúcia Teixeira Mendes, no livro “Do princípio do Livre Convencimento Motivado”, elabora uma pesquisa empírica, no formato de entrevistas, com mais de 20 juízes estaduais e federais atuantes nas mais diversas áreas temáticas do Direito, sobre a compreensão que têm de sua tarefa decisória, em especial do Livre Convencimento Motivado.

Regina Mendes observa que o Livre Convencimento Motivado é categoria

³⁴⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. Volume 1: processo de conhecimento. p. 332-334.

que possui diferentes significados e evoluções se considerados os âmbitos doutrinário (antes analisado) e judicial. Os juízes o encaram de forma peculiar, atribuindo-lhe significações sem maior correspondência na doutrina e que influem diretamente nas características do processo decisório do judiciário brasileiro.³⁴⁶ Ao longo de todo o trabalho que desenvolve, a pesquisadora compara os entendimentos doutrinários relacionados ao Livre Convencimento Motivado com a visão dos juízes exposta nas entrevistas realizadas. As conclusões a que chega revelam aquilo que se pode observar na jurisprudência dos Tribunais, ou seja, o Livre Convencimento Motivado como justificativa teórica para o subjetivismo do juiz, porta de entrada para Discricionariedade e para subjetividade no processo decisório.

A primeira conclusão a que chega Regina Mendes é de que o Livre Convencimento é tratado pelos juízes como procedimento permeado por “*aspectos voluntaristas e de poder com grande carga de subjetividade*”³⁴⁷ (itálico no original). O Livre Convencimento Motivado, neste aspecto, está relacionado a um isolamento dos juízes para decidir, que tem como reflexo sua iniciativa probatória em busca de uma mítica verdade real. O processo torna-se o *locus* do acontecer dessa verdade e deixa de ser garantia das partes para tornar-se instrumento de formação do convencimento do julgador³⁴⁸. O juiz é o ser que será iluminado por essa verdade, que a revelará a partir de suas convicções e, por consequência, fará a justiça naquele caso concreto.

O Livre Convencimento Motivado apresenta-se, portanto, ligado ao equívoco da busca por uma verdade absoluta, que será apreendida, revelada, pela subjetividade de um sujeito que se basta: o juiz.

Ignora-se que a projeção do fato que se revela no processo, porém, está limitada pelos discursos. Assim, o que se comprova, o que o magistrado declara provado no processo, é o discurso da parte, corroborado pelas provas por ela produzidas. Como pondera Alexandre Morais da Rosa, “confirma-se a narrativa

³⁴⁶ MENDES, Regina Lúcia Teixeira. **Do princípio do Livre Convencimento Motivado**: legislação, doutrina e interpretação de juízes brasileiros. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 7-8.

³⁴⁷ MENDES, Regina Lúcia Teixeira. **Do princípio do Livre Convencimento Motivado**: legislação, doutrina e interpretação de juízes brasileiros. p. 193.

³⁴⁸ MENDES, Regina Lúcia Teixeira. **Do princípio do Livre Convencimento Motivado**: legislação, doutrina e interpretação de juízes brasileiros. p. 20.

sobre o fato e não o fato em si”³⁴⁹.

A segunda conclusão da autora é de que ocorre uma particularização do processo judicial, dependente da subjetividade de cada juiz. Isso porque o processo é encarado como instrumento de formação do convencimento do julgador, motivo pelo qual deve conduzi-lo de forma a melhor conformar sua consciência. Essa conclusão é reflexo da concepção dos juízes brasileiros de que o Livre Convencimento, embora motivado, é livre.³⁵⁰ Julgam-se autorizados a dispensar provas, determinar sua produção ou até mesmo desprezar provas produzidas quando não estiverem conforme o “seu sentir”, para “fundamentar”, “motivar”, a decisão previamente concebida a partir dos *standards* jurídicos.

Por fim, Regina Mendes conclui que as lógicas do contraditório e de que são possíveis várias interpretações diferentes da lei “*fomentam o dissenso no campo jurídico brasileiro, o que permite ao juiz o convencimento livre também em matéria de direito*”³⁵¹ (itálico no original). Como reflexo, tem-se uma distribuição desigual de justiça para os jurisdicionados, que experimentam soluções completamente diversas para conflitos semelhantes, gerando descrédito ao Poder Judiciário e insegurança jurídica.³⁵²

A partir do que foi até aqui exposto no presente trabalho, é fácil perceber que a consequência apontada pela autora decorre da crise de paradigmas de dupla face e ausência de recepção pelo Direito da Viragem Ontológico-Linguística, mantendo débil a interpretação jurídica, ainda centrada na Discricionariedade e subjetividade do intérprete.

Essa vinculação da interpretação, da resposta ao caso concreto, à subjetividade do julgador está impregnada no imaginário jurídico brasileiro. É percebida diuturnamente nas lides forenses, com decisões proferidas sem qualquer

³⁴⁹ ROSA, Alexandre Moraes da. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. 2. ed. Lisboa: Rei dos livros, 2015. p. 140.

³⁵⁰ MENDES, Regina Lúcia Teixeira. **Do princípio do Livre Convencimento Motivado**: legislação, doutrina e interpretação de juízes brasileiros. p. 193.

³⁵¹ MENDES, Regina Lúcia Teixeira. **Do princípio do Livre Convencimento Motivado**: legislação, doutrina e interpretação de juízes brasileiros. p. 193.

³⁵² MENDES, Regina Lúcia Teixeira. **Do princípio do Livre Convencimento Motivado**: legislação, doutrina e interpretação de juízes brasileiros. p. 191.

fundamentação, apenas a partir “do sentir”, “do ver”, “do entender” do magistrado.

A decisão judicial passa a ser reflexo de uma subjetividade ou de um “colegiado” de subjetividades, o que torna a sorte das partes no processo uma espécie de loteria, a depender de qual juiz esteja respondendo pela Vara, a qual Câmara ou Turma será distribuído o recurso, qual composição terá a Câmara ou Turma no momento da decisão.

Paulo Dourado de Gusmão há muito observou essa realidade nas lides forenses, embora a encarasse como natural e justificável. Afirma o autor que a jurisprudência é reflexo da interpretação que é dada à lei pelo julgador e, como tal processo está impregnado por aspectos subjetivos, em suas palavras, pelos “pontos de vista, saber, crenças, ideologias e valores diferentes” que carrega cada membro do Poder Judiciário, a jurisprudência modifica-se “com a modificação da composição dos tribunais, com a aposentadoria ou morte de seus membros, mudando, consequentemente, via judicial, o direito”³⁵³.

Nesse mesmo sentido, Alexandre Morais da Rosa, embora tratando especificamente do Processo Penal, porém em constatação que se aplica à atuação jurisdicional em geral, observa que “em cada sala de aula, comarca, unidade, Tribunal e eventual composição dos órgãos julgadores, as normas mudam, os sentidos migram”³⁵⁴. Isso permite que os sentidos, as interpretações, mudem conforme a condição social das partes envolvidas no processo, os interesses políticos e econômicos em jogo, enfim, que se possa considerar tudo e, inclusive, ignorar os textos jurídicos.

Muito dessa discrepância entre a análise doutrinária e a prática judicial com relação ao Livre Convencimento Motivado decorre da sua transformação de sistema ou método em princípio.

Aronne, por exemplo, diferencia o sistema do Livre Convencimento do juiz do princípio do Livre Convencimento do juiz. Afirma que o sistema do Livre

³⁵³ GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 124.

³⁵⁴ ROSA, Alexandre Morais da. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. p. 25.

Convencimento integra o princípio do Livre Convencimento, porém com ele não se confunde, pois o princípio “abrange a prova, sua produção e avaliação, a formação do convencimento e da motivação do juiz e suas limitações quando da sentença”³⁵⁵.

Nesse contexto, muito embora a doutrina refira que o Livre Convencimento Motivado é sistema de apreciação da prova – com isso caindo no equívoco de cindir *questão de fato* e *questão de direito* –, na prática judiciária tem sido invocado como princípio para apreciação da lei, da constituição, de conceitos jurídicos e precedentes judiciais a partir da “livre convicção” do julgador.

O Livre Convencimento Motivado é abraçado pelo voluntarismo do “panprincipiologismo”³⁵⁶ e torna-se “princípio do Livre Convencimento Motivado”. Nessa mutação evolutiva, deixa de ser mera regra de valoração da prova (se é que um dia foi ou poderia ter sido, haja vista que fato e Direito não podem ser cindidos) e passa a ser justificativa teórica para superação de um Positivismo exegético-legalista para ignorar os limites semânticos da lei ou até mesmo da constituição e para permitir ao julgador não apreciar todos os argumentos deduzidos pelas partes, bastando que motive (justifique?) sua conclusão a partir de seu “livre convencimento”.

É nesse sentido que o Livre Convencimento Motivado é compreendido na prática jurídica, como se pode inferir da análise de decisões judiciais que o invocam, as quais serão pontuadas na sequência.

A fim de sistematizar a pesquisa jurisprudencial, evidentemente sem a pretensão de esgotar toda a compreensão que os magistrados têm do tema e ciente da existência de dissensos, bem como objetivando realizar posterior comparação entre decisões proferidas antes e após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, a amostragem será limitada às câmaras de direito público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e à primeira seção do Superior Tribunal de Justiça, composta pela primeira e segunda turmas, as quais detêm competência em matéria de direito público. A escolha das Câmaras e Turmas de Direito Público deve-se à

³⁵⁵ ARONNE, Ricardo. **O princípio do livre convencimento do juiz**. p. 16.

³⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração Hermenêutica da construção do direito**. p. 96-97.

competência para julgar feitos relacionados à implementação de políticas públicas, diretamente ligados à concretização de direitos constitucionais. Não decorre, é bom que se diga, de nenhum critério de posicionamento teórico dos órgãos julgadores escolhidos ou preferência pessoal do pesquisador. Os julgados analisados limitam-se ao período de 10 anos anteriores a 2017 e que façam expressa menção ao Livre Convencimento. Inicialmente, no presente tópico, serão mencionadas somente decisões proferidas sob a égide do Código de Processo Civil de 1973.

A pesquisa inicial realizada no banco virtual de acórdãos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina³⁵⁷, usando a expressão “livre convencimento” e limitada às ementas e ao período compreendido entre 1.1.2007 e 17.3.2016, reportou 1.021 decisões proferidas pelas câmaras de direito público. A consulta aos julgados disponíveis no banco de dados virtual do Superior Tribunal de Justiça³⁵⁸, com os mesmos parâmetros e considerando o mesmo período, reportou 833 decisões proferidas pelas primeira e segunda turmas.

A maioria dos julgados das câmaras de direito público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e das turmas do Superior Tribunal de Justiça consultados valem-se do Livre Convencimento Motivado para justificar a dispensa de alguma prova, principalmente pericial, pelo magistrado *a quo*, em especial nos casos de julgamento antecipado da lide. Parte-se da premissa de que as provas se destinam ao convencimento do julgador e podem ser dispensadas quando, solipsisticamente, entender que não terão a possibilidade de influir no seu convencimento.

Nesse sentido, em decisão proferida pela Primeira Câmara de Direito Público no Agravo de Instrumento n. 2015.019776-3, de Porto União, Relator Desembargador Carlos Adilson Silva, julgado em 22.9.2015, no qual se discutia a necessidade de produção de prova pericial, oral e inspeção judicial, requeridas pelo réu e indeferidas pelo Juízo de primeiro grau, foi consignado:

“No sistema de persuasão racional, ou Livre Convencimento Motivado, adotado pelo Código de Processo Civil, o juiz é o destinatário final da prova, a quem cabe a análise da conveniência e

³⁵⁷ Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#formulario_ancora. Consultado em: 20 de maio de 2017.

³⁵⁸ Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Consultado em: 25 de maio de 2017.

necessidade da sua produção, não cabe compeli-lo a autorizar a produção desta ou daquela prova, se por outros meios estiver convencido da verdade dos fatos, o que ocorreu no presente caso'. (STJ, AgRg no Ag n. 1.341.770/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 1-7-2011)." (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2012.044849-6, de Itapiranga, rel. Des. Gaspar Rubick, j. 18-06-2013).³⁵⁹

Veja-se que a fundamentação que consta da ementa, e não difere da encontrada no corpo do acórdão, apenas repete argumento de um outro julgado.

Os julgados do Superior Tribunal de Justiça não diferem quanto ao entendimento, porém com o gravame de que, em função do teor da Súmula n. 7³⁶⁰ do mencionado Tribunal, não é possível reapreciar sequer a correção da dispensa ou recusa da prova, evidentemente dentro dos critérios de conveniência e necessidade. Neste sentido:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE MENOR SOB CUSTÓDIA. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REVISÃO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. IMPROVIMENTO.

[...]

3. Esta Corte Superior possui entendimento assente de que é o magistrado o destinatário final das provas, podendo, com base em seu livre convencimento, indeferir ou deferir aquelas que considere dispensável ou não à solução da lide. Nesse contexto, em julgamento de recurso especial, inviável rever se determinada prova era de fato necessária, porquanto tal procedimento é vedado pela Súmula 7 do Tribunal.³⁶¹

O indeferimento da produção de prova sob a justificativa de desnecessidade ou inconveniência não decorre se não de uma pré-compreensão

³⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 2015.019776-3, de Porto União. Relator Desembargador Carlos Adilson Silva. Órgão julgador: Primeira Câmara de Direito Público, julgado em 22.9.2015. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 21 de maio de 2017.

³⁶⁰ Prevê a súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça que: "A PRETENSÃO DE SIMPLES REEXAME DE PROVA NÃO ENSEJA RECURSO ESPECIAL". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf. Acesso em: 25 de maio de 2017.

³⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 2014/0261579-0, do Piauí. Relator Ministro Sérgio Kukina. Órgão julgador: Primeira Turma, julgado em 17.3.2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 25 de maio de 2017.

que o julgador tem sobre o caso concreto submetido à jurisdição e, acreditando já ter alcançado a “verdade real”, ter formado seu livre convencimento, subjetivamente entende desnecessária a produção de qualquer outra prova, dispensando-a ou indeferindo-a. Recusa-se, assim, a suspender seus Preconceitos e prejuízos.

Há decisões que tornam mais explícita a forma como a subjetividade e a Discricionariedade invadem a decisão judicial por meio do Livre Convencimento Motivado.

Em 29 das 1.021 decisões reportadas na pesquisa realizada no banco virtual do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, conforme acima mencionado, está citada a seguinte asserção:

“A partir do Livre Convencimento Motivado o magistrado está autorizado a decidir da forma que lhe parecer mais justa e adequada a partir dos dados apresentados no processo, desde que expressamente apontadas as razões do decisum. Assim, muito embora tenha a perícia concluído pela inexistência de redução da capacidade laboral, tendo ela atestado a perda parcial de dedo da mão, situação que notoriamente impede a utilização do membro em sua integralidade, faz-se devido o pagamento do auxílio-acidente.” (Apelação Cível n. 2013.089712-8, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 04-11-2014).³⁶²

Ou seja, o Livre Convencimento Motivado é fundamento para que o magistrado decida “da forma que lhe parecer mais justa e adequada”. Ainda que se diga, também, que essa decisão deva ser “a partir dos dados apresentados no processo”. Isso não altera a significativa Discricionariedade/arbitrariedade que lhe é conferida na tomada de decisão.

No mesmo sentido é possível apontar diversas decisões proferidas pelas turmas que integram a primeira seção do Superior Tribunal de Justiça, tendo o seguinte precedente sido repetido em 92 dos 833 julgados analisados:

Primeiramente, afasto a alegada ofensa ao art. 535 do CPC, eis que o acórdão recorrido se manifestou de forma clara e fundamentada sobre a matéria posta em debate na medida necessária para o

³⁶² BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2015.093386-0, de Blumenau. Relator Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz, Órgão julgador: Segunda Câmara de Direito Público, julgado em 8.3.2016. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 21 de maio de 2017.

deslinde da controvérsia. Não há que se falar, portanto, em negativa de prestação jurisdicional, visto que tal somente se configura quando, na apreciação de recurso, o órgão julgador insiste em omitir pronunciamento sobre questão que deveria ser decidida, e não foi.

De comum sabença, **cabe ao magistrado decidir a questão de acordo com o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso** (c.f. AgRg no AREsp 107.884/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe 16/05/2013), **não estando obrigado a rebater, um a um, os argumentos apresentados pela parte quando já encontrou fundamento suficiente para decidir a controvérsia** (c.f. EDcl no AgRg no AREsp 195.246/BA, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 04/02/2014). Relembre-se, conjuntamente, que a motivação contrária ao interesse da parte não se traduz em maltrato ao artigo 535 do CPC (v.g.: REsp 686.631/SP, Rel. para acórdão Min. SIDNEI BENETI, DJe 01/04/2009 e REsp 459.349/MG, Rel. Min. CASTRO FILHO, DJ de 18/12/2006)³⁶³

É grande a repetição de asserções e trechos que tratam do Livre Convencimento Motivado nos julgados consultados, optando-se pela não transcrição de mais de uma decisão. Fica muito claro, a partir da análise realizada, que trechos específicos que conceituam o “princípio” e/ou o inserem na cadeia argumentativa de determinado julgado são transformados em *standards* de racionalidade e repetidos à exaustão em julgados posteriores. Assim é que o parágrafo a seguir, no período compreendido entre 1.1.2007 e 17.3.2016, é repetido em 106 julgados de uma base de 1.021 incidências da expressão “livre convencimento” em acórdãos das câmaras de direito público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

Embargos de declaração em agravo regimental em agravo de instrumento. Omissão não verificada. Discussão de matérias já amplamente debatidas. Inviabilidade. Carência de elementos permissivos. Inteligência do art. 535 do CPC. Embargos rejeitados.

[...]

O magistrado não está adstrito aos fundamentos e aos dispositivos suscitados no decurso do processo, cabendo-lhe equacionar a demanda de acordo com o seu Livre Convencimento Motivado, estando desonerado, inclusive, de rebater ponto a ponto todas as questões invocadas pelas partes,

³⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 2016/0007791-5, do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Órgão julgador: Segunda Turma, julgado em 15.3.2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 25 de maio de 2017.

não implicando isso em omissão no julgado.³⁶⁴ (negrito que não está no original)

No mesmo sentido, mitigando o dever de fundamentação em razão do Livre Convencimento Motivado, decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina que, “embora sucinta e objetiva, não é nula a sentença que se encontra suficientemente motivada e que foi proferida segundo o livre convencimento do magistrado”³⁶⁵.

Ainda nessa esteira, evidenciando que o Livre Convencimento Motivado não está adstrito à análise da prova, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido:

I - O Tribunal a quo, ao apreciar a demanda, manifestou-se sobre todas as questões pertinentes à *litis contestatio*, fundamentando seu proceder de acordo com os fatos apresentados e com a interpretação dos regramentos legais que entendeu aplicáveis, demonstrando as razões de seu convencimento. Como é de sabença geral, o julgador não está obrigado a discorrer sobre todos os regramentos legais ou todos os argumentos alavancados pelas partes. As proposições poderão ou não ser explicitamente dissecadas pelo magistrado, que só estará obrigado a examinar a contenda nos limites da demanda, fundamentando o seu proceder de acordo com o seu livre convencimento, baseado nos aspectos pertinentes à hipótese sub judice e com a legislação que entender aplicável ao caso concreto.³⁶⁶

Da conjugação das diversas formas de compreender o Livre Convencimento Motivado expostas nos julgados até aqui citados infere-se que, além de possibilitar a recusa discricionária da produção de provas e permitir que o magistrado decida “da forma que lhe pareça mais justa e adequada”, serve de justificativa, ainda, para a ausência de fundamentação da decisão, no sentido de sustentar a desnecessidade de análise e desqualificação das teses sustentadas pelas partes. Esse estado de coisas leva a uma extrema subjetividade, arbitrariedade das decisões, escondida sob um discurso de repetição acrítica e irrefletida dos *standards* de racionalidade, discursos *prêt-à-porters* e teses jurídicas,

³⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Embargos de Declaração em Agravo em Agravo de Instrumento n. 2015.020490-3, de Joinville. Relator Desembargador Pedro Manoel Abreu, Órgão julgador: Terceira Câmara de Direito Público, julgado em 1.12.2015. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 21 de maio de 2017.

³⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2008.013681-1, de Joinville. Relator Desembargador Márcio Schiefler Fontes, órgão julgador: Quarta Câmara de Direito Público, julgado em 16.4.2009. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 23 de maio de 2017.

³⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 2006/0248277-4, do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Francisco Falcão, Órgão julgador: Primeira Turma, julgado em 3.5.2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 25 de maio de 2017.

já formados pelo próprio magistrado, pelos Tribunais de Justiça ou por Tribunais Superiores.

A desnecessidade de fundamentação das decisões é justificada no Livre Convencimento Motivado em diversos outros acórdãos, no sentido de que não é violado tal “princípio”, quando, “embora de modo simples e rápido, o magistrado decline as razões motivadoras do posicionamento adotado”³⁶⁷, pois “a fundamentação concisa, breve, não se equipara à ausência de motivação”³⁶⁸, desde que tenha decidido “as questões essenciais à solução da controvérsia”³⁶⁹. Ocorre que a definição do que é essencial à solução da controvérsia, que somente pode decorrer da análise dos fatos e argumentos postos no processo, também é entregue à Discrecionabilidade do julgador. Em outras palavras, não há limites para a formação do convencimento do juiz, desde que o exteriorize, ainda que brevemente.

A invocação do Livre Convencimento Motivado pelo Superior Tribunal de Justiça para justificar suas próprias decisões torna ainda mais evidente que, na Dogmática Jurídica brasileira, não se trata simplesmente de um sistema ou método de avaliação da prova, tendo em vista que, nos termos da já citada Súmula n. 7, não se procede, naquela Corte Superior, reexame de provas. Nesse contexto, o Livre Convencimento Motivado somente possibilita liberdade para decidir questão jurídica (isso considerando a de muito superada cisão entre *questão de fato* e *questão de direito*).

Situação curiosa decorre da análise de decisão proferida pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 2012/0060443-2. O Tribunal Superior deixou de apreciar o mérito do

³⁶⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 2008.027174-4, de Joinville. Relator Desembargador Luiz César Medeiros. Órgão julgador: Terceira Câmara de Direito Público, julgado em 26.8.2008. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 23 de maio de 2017.

³⁶⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2013.056910-2, da Capital. Relator Desembargador Pedro Manoel Abreu. Órgão julgador: Terceira Câmara de Direito Público, julgado em 15.7.2014. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 23 de maio de 2017.

³⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 2015/0161956-3, do Distrito Federal. Relatora Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada do TRF 3ª Região). Órgão julgador: Segunda Turma, julgado em 18.2.2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>, acesso em: 25 de maio de 2017.

recurso por ausência de pré-questionamento pois não houve, pelo Tribunal de origem, apreciação de determinada tese de defesa e contra tal decisão não foram opostos embargos de declaração, situação corriqueira nas lides da Corte Superior. Ocorre que, de outra feita, deixou de reconhecer a evidente nulidade do acórdão recorrido por insuficiência de fundamentação, em decorrência justamente da não apreciação da tese defensiva, “tendo em vista o princípio do Livre Convencimento Motivado do juiz”³⁷⁰.

A contradição é evidente! Não foi apreciada a tese defensiva por não ter sido enfrentada pelo acórdão recorrido, ou seja, expressamente foi reconhecida a omissão da fundamentação, nesse particular, que deveria conduzir à nulidade da decisão, porém assim não ocorreu em razão do Livre Convencimento Motivado. O raciocínio circular desenvolvido ignorou o direito à jurisdição do cidadão, consagrou a Discricionariedade e subjetividade do tribunal *a quo* e facilitou o trabalho do Tribunal *ad quem*, que “eliminou um processo” sem precisar discutir mérito. Decisões e raciocínios como tal repetem-se às centenas pelos Tribunais.

Se nos casos até aqui citados o Livre Convencimento Motivado foi utilizado para justificar uma aplicação irrefletida de assertivas jurisprudenciais, ignorando por completo o caso concreto ou os argumentos das partes, o contrário também pode ser observado. Isso porque, por vezes, é utilizado para justificar entendimento contrário à exigência de Coerência e Integridade da jurisprudência, como no seguinte julgado:

AGRAVO INOMINADO (CPC, ART. 557, § 1º) - SERVIDOR PÚBLICO - POLICIAL MILITAR - FUNÇÃO DE CONFIANÇA JUNTO À ASSESSORIA DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA - DIREITO DE AGREGAÇÃO DA VANTAGEM DE 100% (CEM POR CENTO) - INEXISTÊNCIA - DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA - ENTENDIMENTO CONTRÁRIO AO ESPOSADO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES - PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO - RECURSO IMPROVIDO.

A jurisprudência desta Corte Estadual tem entendido que o policial militar não tem direito de agregar a vantagem de 100% (cem por

³⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 2012/0060443-2, do Espírito Santo. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Órgão julgador: Primeira Turma, julgado em 17.11.2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 25 de maio de 2017.

cento) que percebia quando estava à disposição da Assessoria Militar da Assembleia Legislativa, por falta de autorização legislativa.

Em razão do princípio do Livre Convencimento Motivado, consubstanciado no art. 131 do Código de Processo Civil, não existe obrigatoriedade de seguir a jurisprudência esposada pelos Tribunais Superiores, competindo a cada julgador decidir as questões que lhes são postas, de acordo com a sua convicção e atendendo às provas constantes nos autos.³⁷¹
(negrito que não está no original)

Não se quer, com isso, dizer que não possa haver compreensão diferente da que vem sendo sustentada pelos Tribunais Superiores, até porque pode estar fundada em prejuízos inautênticos, que precisam ser revistos; ou pode a assertiva receber interpretação diferente naquela específica *applicatio*. Tampouco se quer dizer que uma ou outra decisão para o caso concreto citado é a correta. O que se sustenta é que a divergência, para que não haja comprometimento da necessária Coerência e Integridade da jurisprudência, deve decorrer de uma interpretação adequada à Constituição, com base na tradição autêntica, refletiva a partir da faticidade e explicitada na fundamentação da decisão. Ou seja, para divergir do que vem sendo decidido, é impositivo que o juiz realize o cotejo de seu posicionamento com o julgado paradigma, justificando as razões de sua divergência, explicitando argumentativamente os passos de seu processo compreensivo.

O que se infere do corpo do citado acórdão, porém, é que também na contraposição a entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça tratou-se de reproduzir julgados pretéritos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina em sentido diverso, com base no Livre Convencimento Motivado, sem qualquer referência ao caso concreto ou cotejo entre a situação atual e os julgados paradigma do Tribunal Catarinense ou da Corte Superior. Não há ao menos referência ao fundamento constitucional de um ou de outro posicionamento ou defesa de qual a melhor interpretação do Direito no caso concreto, além da mera reprodução de julgados. Colhe-se do corpo do acórdão:

Mister salientar que em razão do princípio do Livre Convencimento

³⁷¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo Regimental em Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2007.028306-9, da Capital. Relator Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz. Órgão julgador: Primeira Câmara de Direito Público, julgado em 19.8.2008. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 23 de maio de 2017.

Motivado, consubstanciado no art. 131 do Código de Processo Civil, compete a cada julgador decidir as questões que lhes são postas, de acordo com a sua convicção, atendendo às provas constantes nos autos.

Desta forma, não existe obrigatoriedade de seguir a jurisprudência esposada pelos Tribunais Superiores, quando contrária às suas convicções.

A seguinte decisão, embora proferida em processo criminal, serve para ilustrar a afirmativa, porque encontra idêntica aplicação no processo civil:

"Ademais, pelo princípio do Livre Convencimento Motivado, consubstanciado no art. 157 do Código de Processo Penal, cabe a cada julgador decidir as questões que lhe são postas conforme sua convicção, desde que amparada nas provas carreadas ao processo. Portanto, não há obrigatoriedade de seguir a jurisprudência esposada pelos Tribunais Superiores, quando contrária às suas convicções." (Embargos de Declaração n. 70017364407, TJRS, rel. Alfredo Foerster, julgados em 9/11/2006).³⁷²

Diversas outras expressões, “conceitos sem coisas”, para usar as palavras de Lenio Streck, são construídos pelos julgados consultados a partir do Livre Convencimento Motivado, os quais revelam o grau de subjetividade, Discricionariedade e arbitrariedade que se permite ao julgador.

Nesse sentido, assentou-se entendimento de que em se tratando “de medida de cognição sumária, deve-se prestigiar o princípio do livre convencimento do magistrado, que está mais próximo dos acontecimentos”³⁷³, raciocínio que levou à criação pela Dogmática Jurídica brasileira do “princípio da confiança no juiz da causa ou próximo dos fatos”, cuja subjetividade não é passível de discussão pelos Tribunais.

Sobre o princípio da confiança no juiz da causa já se afirmou em estudo anterior, publicado no livro “Argumentação jurídica e o direito contemporâneo”³⁷⁴,

³⁷² BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo Regimental em Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2007.028306-9, da Capital. Relator Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz. Órgão julgador: Primeira Câmara de Direito Público, julgado em 19.8.2008. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 23 de maio de 2017.

³⁷³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 2006.037382-2, de Itapema. Relatora Desembargadora Sônia Maria Schmitz. Órgão julgador: Terceira Câmara de Direito Público, julgado em 27.5.2008. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 23 de maio de 2017.

³⁷⁴ MARTINS, Douglas Roberto. Princípio da confiança no juiz do processo (no juiz da causa ou no

que sequer pode ser considerado um princípio do ordenamento jurídico brasileiro. Nada mais é do que um álibi teórico construído e sustentado pelo Senso Comum Teórico dos Juristas, em especial dos Tribunais, para fugir à análise do caso concreto, violando direitos e garantias fundamentais do cidadão ao devido processo legal, ao duplo grau de jurisdição e, por consequência, o princípio constitucional do acesso à justiça.

No mesmo sentido é a afirmação de que “a concessão ou não de liminar implica em convencimento provisório, vinculado ao prudente arbítrio do Togado singular”³⁷⁵. Ainda que esteja adjetivado de “prudente”, cuja avaliação é por si subjetiva, é reconhecido o arbítrio do magistrado como condutor da decisão liminar, a partir do Livre Convencimento Motivado.

Por vezes a subjetividade do julgador, seu Livre Convencimento, revela-se a partir de outras expressões que informam a condução da decisão, como “na minha visão”, “no meu entendimento”, “no meu sentir”, de regra ligada à ausência de qualquer explicitação do processo de compreensão, de qualquer fundamentação da “opção” realizada como ato de vontade pelo julgador. Nesse sentido:

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORA DA ALESC. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. ATO ADMINISTRATIVO REVERTENDO A INATIVIDADE E CONVOCANDO-A A RETORNAR ÀS SUAS FUNÇÕES. AUSÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, QUE ABARCA O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA. PRECEITO CONSTITUCIONAL QUE DEVE SER RESPEITADO. SEGURANÇA CONCEDIDA.

"Destarte, **num juízo de ponderação**, no enfoque do caso concreto, em que conflitam os princípios da moralidade administrativa e da legalidade de um lado e do outro o princípio do devido processo legal e seus corolários, que são o contraditório e a ampla defesa, **ao meu sentir**, a balança deve pender no sentido de garantir ao impetrante a instauração do regular processo administrativo para que, após sua

juiz próximo dos fatos): análise crítica a partir da teoria da argumentação jurídica de Manuel Atienza. In: **Argumentação jurídica e o direito contemporâneo** [recurso eletrônico]. Org. Alexandre Morais da Rosa, Natammy Luana de Aguiar Bonissoni; coordenadores Luciene Dal Ri, Rafael Padilha dos Santos, Orlando Luiz Zanon Junior. Itajaí: UNIVALI, 2016. Disponível em: <http://www.univali.br/ppcj/ebook>. Acesso em: 25 de maio de 2017. p. 356-377.

³⁷⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 2006.037382-2, de Itapema. Relatora Desembargadora Sônia Maria Schmitz, órgão julgador: Terceira Câmara de Direito Público, julgado em 27.5.2008. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 23 de maio de 2017.

conclusão, se admita operar modificações no direito do impetrante. Violar garantia tal, seria ferir de morte os ideais de um Estado Democrático de Direito" (Agravado (art. 16 da Lei n. 12.016/2009, da Capital, rel. Des. Sérgio Baasch Luz, julgado em 26-10-2011).³⁷⁶ (negrito que não está no original)

Novamente, importa consignar que não se questiona o acerto ou erro da conclusão, mas sim a falha no processo interpretativo, justificado apenas no “sentir” do julgador ao “ponderar” princípios constitucionais.

A expressão “a meu sentir”, por sinal, em consulta ao banco de dados virtual do Tribunal de Justiça de Santa Catarina foi encontrada em 1673³⁷⁷ acórdãos proferidos pelas câmaras de direito público no período compreendido entre 1.1.2007 e 17.3.2016, o que de certa forma confirma a prevalência do imaginário de que as sentenças devem ser proferidas conforme os sentimentos dos julgadores.

Todos os reflexos subjetivistas, discricionários e arbitrários do Livre Convencimento Motivado apontados até o momento poderiam ser resumidos na citação de um único julgado do Tribunal de Justiça Catarinense, que revela todo o imaginário solipsista subjacente a esse “princípio”:

Ao solucionar o caso concreto, a sociedade exige do magistrado, em termos conscientes, lúcidos, envolvimento ético e legais, o dever constitucional de caráter aberto e amplo, capaz de garantir o valor do justo, aí encontrando a fonte primordial da legitimidade do seu papel e a trilha da perfectibilidade. A permanente presença de uma ética particular valoriza a vida e a função.

O juiz, como ser humano culturalmente diferenciado, deve sentir desconforto quando não interage com os valores pessoais e tradicionais do contexto social. Assim, o que motiva o julgador a tomar a decisão mais justa é seu senso intuitivo do que é certo, filtrado nos princípios do direito e na sua formação moral, além da consciência média da comunidade a que jurisdiciona.³⁷⁸

³⁷⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Mandado de Segurança n. 2011.077360-2, da Capital. Relator Desembargador José Volpato de Souza, órgão julgador: Grupo de Câmaras de Direito Público, julgado em 13.6.2012. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 23 de maio de 2017.

³⁷⁷ Consulta realizada pelo site <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia>. Acessado em: 24 de maio de 2017.

³⁷⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2006.045036-8, de Mafra. Relator Desembargador Volnei Carlin, órgão julgador: Primeira Câmara de Direito Público, julgado em 8.3.2007. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 21 de maio de 2017.

Em resumo, o “culturalmente diferenciado” juiz, portador da palavra divina, a partir de suas virtudes que suplantam a mundanidade, deve revelar a verdade, trazer luzes à relação social submetida à jurisdição e com sua “lucidez, consciência, ética e conhecimento da legalidade”, garantir o valor do justo, da perfeição, decidindo pela intuição “do que é certo”, conforme lhe indica sua “formação moral”, que o coloca “além da consciência média da comunidade a que jurisdiciona”.

Para além do narcisismo evidenciado no julgado, está explícito, com uma sinceridade poucas vezes encontrada, o imaginário que permeia a “teoria da decisão” que sustenta a Dogmática Jurídica brasileira e tem como um de seus principais corolários o Livre Convencimento Motivado.

Chama a atenção o fato de que, na esmagadora maioria dos julgados consultados, a expressão “Livre Convencimento”, motivado ou não, surge apenas nas ementas dos julgados, não sendo mencionada no corpo do acórdão. E, quando mencionado no voto, o Livre Convencimento Motivado quase sempre surge em citação de outro julgado, ou seja, como *standard* de racionalidade, como conceito *prêt-à-porter*. Disso é possível extrair algumas conclusões: 1. é débil sua definição pela jurisprudência; 2. o livre convencimento não se insere na cadeia explicativa do processo interpretativo realizado; 3. o livre convencimento é utilizado como álibi teórico a justificar a tomada de decisão discricionária do julgador, seja ao dispensar a produção de uma prova, seja ao deixar de analisar os argumentos das partes, seja no próprio deslinde da controvérsia.

O subjetivismo que está enraizado no Livre Convencimento Motivado tem ligação direta com a dogmática positivista – em especial com a Discricionariedade que o Positivismo Jurídico confere ao julgador – e sua base metafísica. A Filosofia da Consciência, colocando no sujeito e sua subjetividade assujeitadora o fundamento do conhecimento da essência dos objetos, é claramente identificável no Livre Convencimento Motivado. A cisão metafísica entre o sensível e o suprasensível, o real e o ideal, que coloca a razão como fundamento do conhecimento, no Direito entrega a tarefa de revelar a “verdade real” à subjetividade do julgador.

A separação de *questão de fato* e *questão de direito* instaura uma

artificialidade conceitual que confere as respostas antes de formuladas as perguntas, como razões definitivas e *a priori* de dever ser. Nesse sentido, a resposta, ou a melhor resposta dentre as possíveis, já está pronta na subjetividade do juiz; já foi por ele escolhida, servindo o processo apenas para legitimar a formação de seu Livre Convencimento. Como consequência, o processo está à serviço dessa subjetividade, podendo ser ampliado ou cerceado livremente em função dela. A descoberta dos fatos é necessária apenas na medida em que o caso concreto precisa ser conformado aos conceitos jurídicos já previamente construídos, aos significados que lhe são conferidos pelo intérprete, a partir de seus Preconceitos/prejuízos irrefletidos, por vezes ilegítimos.

A linguagem, nesse contexto, é mera reprodutora dos sentidos construídos na subjetividade do juiz e dos conceitos prontos que serão aplicados aos fatos. Em razão disso, a fundamentação, a partir do Livre Convencimento, não precisa alcançar toda a complexidade do fenômeno (jurídico ou fático), basta que reproduza os sentidos fixados pelo julgador e que serão subsumidos aos fatos por ele revelados, à “verdade real” dos acontecimentos.

Nesse processo o Livre Convencimento Motivado, a subjetividade que o instaura, contribui para a entificação do ser do Direito, para a fetichização dos discursos, para que se permita que o juiz diga “qualquer coisa sobre qualquer coisa”³⁷⁹, para que o discurso jurídico se afaste da faticidade, dos casos concretos.

Essa realidade já foi observada no capítulo 1. É necessário frisar, neste momento, que o Livre Convencimento Motivado não se trata de mero método ou sistema para análise da prova em superação ao sistema da prova tarifada. Mais do que isso, está fundado na Discricionariedade positivista que, ao defender a tese das múltiplas respostas, da moldura das normas, da textura aberta das normas ou da separação entre casos fáceis e casos difíceis, entrega à subjetividade do julgador, ao seu livre convencimento, a decisão arbitrária por qualquer delas. Em outras palavras, entrega à subjetividade do julgador os sentidos do ser do Direito.

³⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do direito. p. 403.

A maioria das propostas que se dizem pós-positivistas não conseguiram superar essa arbitrariedade positivista.

As Teorias da Argumentação Jurídica, que possuem grande difusão na atualidade, principalmente a desenvolvida por Robert Alexy, permanecem presas à Metafísica da Filosofia da Consciência, aos conceitualismos, à cisão entre texto e norma, *questão de fato* e *questão de direito*, casos fáceis, que serão resolvidos pelas regras por mera subsunção, e casos difíceis, que serão resolvidos pelos processos argumentativos com base nos princípios.

Alexy sustenta uma grande proximidade entre princípios e valores, ao afirmar que a única distinção entre eles é de que os princípios são deontológicos, ou seja, encerram um dever ser, ao passo que os valores são axiológicos, ou seja, indicam o que é melhor.³⁸⁰ Essa aproximação realizada por Alexy, que define princípios e valores como “estruturalmente iguais”, tem servido de abertura à Discricionariedade por meio dos princípios, ainda que em decorrência da simplificação na recepção da teoria no Brasil, com a afirmação de que princípios são valores.

As ideias de ponderação, sopesamento e proporcionalidade na aplicação prática dos princípios entrega a solução, novamente, à Discricionariedade do intérprete, que pondera, sopesa e proporciona os princípios incidentes conforme critérios por ele estabelecidos, principalmente na forma como incorporada a teoria no Brasil, sem qualquer observância do procedimento desenvolvido pelo autor alemão, composto pelas etapas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito³⁸¹, ou da “fórmula do peso”³⁸².

No posfácio de 2002 da obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Alexy reconhece uma Discricionariedade estrutural e uma Discricionariedade epistêmica do legislador ao realizar o sopesamento de princípios. Muito embora centre a análise na atividade legislativa, considerando que ao juiz também é dado ponderar princípios, fica evidente que todas as considerações por ele realizadas também se

³⁸⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 153.

³⁸¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 116-120.

³⁸² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 93-99.

aplicam ao julgador. Aliás, isso é timidamente reconhecido por ele quando afirma que “de fato existe uma Discricionariedade para sopesar, uma Discricionariedade estrutural tanto do Legislativo quanto do Judiciário”³⁸³.

Analisando a diferença entre as teorias da argumentação e a teoria Hermenêutica, Streck observa que, enquanto a Hermenêutica trabalha com base em uma intersubjetividade, as teorias discursivas não conseguem superar o esquema sujeito-objeto, o que as faz reféns dos discursos adjudicadores e repristina, sob a fórmula da ponderação, a Discricionariedade positivista. Em resumo, assevera que “a teoria da argumentação não conseguiu fugir do velho problema engendrado pelo subjetivismo: a Discricionariedade”³⁸⁴.

O Pragmatismo, que tem como principal defensor o jurista norte-americano Richard A. Posner, fundamenta a sua construção teórica justamente na Discricionariedade do julgador. Parte do reconhecimento de que a liberdade do julgador é inevitável para propor os critérios que devem guiar a sua decisão discricionária.

Analisando o sistema norte-americano da *common law*, Posner afirma que os “jueces tienen y ejercen discrecionalidad”³⁸⁵, principalmente nos tribunais (evidentemente em decorrência de os juízes de primeira instância estarem vinculados aos precedentes das cortes de apelação, que logicamente possuem maior liberdade de conformação da decisão). Essa liberdade de decisão é, na visão do autor, involuntária e inevitável, pois decorre da incapacidade da lei de determinar previamente as soluções para os casos concretos e da impossibilidade de se determinar a correção do resultado do processo decisório. Dessa dupla impossibilidade resulta uma zona de indeterminação na qual o juiz possui Discricionariedade sem sofrer qualquer limitação jurídica na tomada de decisão.³⁸⁶

Partindo dessa constatação, o pragmatismo de Posner propõe-se a fixar os critérios que devem ser adotados pelos juízes nessa tomada de decisão. Afirma,

³⁸³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 611.

³⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** p. 93-94.

³⁸⁵ POSNER, Richard A. **Cómo deciden los jueces**. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 16.

³⁸⁶ POSNER, Richard A. **Cómo deciden los jueces**. p. 20.

assim, que os juízos devem ser formados com base em suas consequências, ou seja, “la decisión judicial ha de estar fundamentada en los efectos que la decisión probablemente tendrá, y no en la dicción textual de una ley o de un precedente o, por decirlo de forma más general, de una regla preexistente”.³⁸⁷

Vê-se claramente, portanto, como as posturas pragmatistas estão ligadas à Metafísica da Filosofia da Consciência, à ideia do sujeito adjudicador de sentidos, à Discricionariedade Positivista. Como observa Lenio Streck, Posner encontra o fundamento de sua proposta teórica pragmatista no sujeito solipsista da modernidade, “que não se compreende como participante de uma comunidade política, mas se pretende o comandante dos sentidos, como aquele que coloca a ordem no mundo segundo sua ilimitada vontade”³⁸⁸, inclusive sendo dispensado do dever de fundamentação da decisão, o que decorre da liberdade para realizar uma análise consequencialista.

A análise do Livre Convencimento Motivado, portanto, deve partir de uma outra proposta teórica que supere a relação sujeito-objeto característica da já referida crise de dupla face do Positivismo Jurídico e instaure, para além da subjetividade do julgador, a resposta correta em Direito. É necessário, assim, que o Livre Convencimento Motivado passe pela filtragem Hermenêutica, que a autenticidade e legitimidade das premissas que estabelece sejam testadas. Ou seja, precisa ser analisado a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, com suporte na Filosofia Hermenêutica e na Hermenêutica Filosófica, o que será realizado na sequência.

2.2 CRÍTICA AO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO A PARTIR DA FILOSOFIA HERMENÊUTICA E DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

Como visto no capítulo 1, a Filosofia Hermenêutica de Heidegger e a Hermenêutica Filosófica de Gadamer, que se constituem como fenomenologia, são *standard* de racionalidade que serve à análise do mundo da vida. Como existencial, como modo-de-ser do Ser-aí [*Dasein*], a fenomenologia fixa as bases para qualquer

³⁸⁷ POSNER, Richard A. **Cómo deciden los jueces**. p. 52.

³⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** p. 56

discussão teórica, para o modo de compreender o mundo e suas estruturas. Está-se mergulhado nesse existencial, opera-se a partir dele, razão pela qual a teoria do Direito não pode ignorar essa virada ocorrida na Filosofia. Como observa Mariflor Aguilar Rivero, a Hermenêutica é atualmente a língua comum da filosofia e da cultura, razão pela qual toda discussão filosófica, histórica ou crítica, que antes deveria render contas ao estruturalismo, hoje precisa fazer referência à Hermenêutica, na medida em que busca estabelecer “el vínculo entre los significados y sus contextos y el desplazamiento de los mismos hacia una comprensión presente”³⁸⁹.

Ao superar a Metafísica, em especial na sua vertente moderna da Filosofia da Consciência, a fenomenologia substitui a velha cisão sujeito-objeto, instaurando a intersubjetividade como lugar dos sentidos.

Os sentidos ocorrem a partir de um modo-de-ser do homem, o Ser-aí (*Dasein*), que desde sempre compreende. Compreender é seu modo-de-ser no mundo, a partir do que, na lição de Ernildo Stein, “opera com a intenção de revelar, para além do *como* apofântico, manifestativo, argumentativo, lógico, com um *como* hermenêutico”³⁹⁰, que vem sempre pressuposto como condição de possibilidade. Como já observado, a superação da relação sujeito-objeto; o abandono da razão metódica; a existencialidade, historicidade e faticidade da compreensão como modo de ser do Ser-aí [*Dasein*]; a simultaneidade da compreensão, interpretação e aplicação na *applicatio*; a força da tradição; a ação dos Preconceitos autênticos e inautênticos na compreensão; a fundamentalidade da linguagem como *medium* da compreensão e não como terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto; enfim, as revelações de Heidegger e Gadamer precisam ser consideradas na interpretação do Direito, a Dogmática Jurídica positivista precisa ser confrontada com esse *standard* de racionalidade, mais especificamente e no que interessa ao presente trabalho, o Livre Convencimento Motivado deve ser submetido a essa análise.

³⁸⁹ RIVERO, Mariflor Aguilar. **Dialogo y alteridad**. Trazos de la hermenéutica de Gadamer. México: Secretaría de Extensión Académica de la Facultad de Filosofía y Letras, 2005. p. 40-41.

³⁹⁰ STEIN, Ernildo. **Exercício de fenomenologia**: limites de um paradigma. p. 162.

A Filosofia Hermenêutica como *standard* de racionalidade baseia-se em uma reflexão crítica sobre os *standards* da Metafísica objetivista como fundamento do conhecimento. Essa entificação operada pela Metafísica, decorrente de uma objetificação ou da subjetividade do sujeito solipsista, precisa ser superada, o que Heidegger faz com a retomada da questão do ser para “desenvolvê-la a partir da pré-compreensão que o ser-aí, enquanto ser-no-mundo, sustenta como compreensão e explicitação de si mesmo”³⁹¹. É assim que surge a diferença ontológica, na qual o *como* hermenêutico, ligado ao ser, à dimensão pré-compreensiva, manifesta-se naquilo que não foi dito, que se ocultou no *como* apofântico, na dimensão lógico-argumentativa. À Hermenêutica incumbe trazer à luz esse *como* hermenêutico, abrir clareiras para o aparecimento do ser, escondido pela Metafísica nos entes (no dito, no pensado, no escrito).³⁹²

A Hermenêutica Filosófica preocupa-se não apenas com o dito, o *como* apofântico, o que foi expresso, mas também com o não dito, o que foi compreendido no nível hermenêutico, na existencialidade do Ser-aí [*Dasein*]. Adverte Streck que “o *dito* sempre carrega consigo o *não dito*”³⁹³ (itálico no original), motivo pelo qual a Hermenêutica não se limita em determinar semanticamente os sentidos das palavras, dos conceitos, do expresso no discurso apofântico, mas procura colocar-se no lugar daquele que compreende para explicitar o que ficou retido no discurso hermenêutico, superando a dependência a uma subjetividade.

Preso à ideia de busca por uma “verdade real”, que nada mais é do que a crença em uma perfeita correspondência entre o fato ocorrido no passado e o convencimento formado sobre ele pelo juiz, o Livre Convencimento Motivado impede o acontecer do Direito, afasta-se da faticidade, prende-se a um conceitualismo fictício.

A partir do *standard* de racionalidade da Hermenêutica caem por terra todas as referências extrínsecas de fundamentação de um discurso, os métodos e técnicas que garantiriam a correção do conhecimento científico, pois sempre se

³⁹¹ STEIN, Ernildo. **Exercício de fenomenologia**: limites de um paradigma. p. 166.

³⁹² STEIN, Ernildo. **Exercício de fenomenologia**: limites de um paradigma. p. 166.

³⁹³ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** p. 41.

opera a partir de uma pré-compreensão, de uma intersubjetividade, desde sempre já compreendida a partir de uma racionalidade estruturante de qualquer discurso, razão pela qual esses fundamentos extrínsecos ou absolutos, os métodos, as técnicas, chegam tarde. Desde sempre já se compreende.³⁹⁴

Com a Hermenêutica, todo o edifício sólido a partir do qual pretende a dogmática fundamentar seu objeto de conhecimento é fragilizado, os princípios absolutos, os fundamentos últimos de legitimidade, a construção de respostas definitivas como razões de dever ser, são infiltrados por uma certa provisoriedade, histórica, temporal. A fundamentação do Direito, assim, deve ser buscada em uma dimensão mais profunda, no seu modo de ser, na sua história institucional. Fundamentar “não deve ser confundido com um simples procedimento argumentativo. Para além dele é preciso descobrir, no Direito, um modo de ser. Heidegger talvez dissesse um modo de se ‘comportar’ ou um modo de ‘habitar’”³⁹⁵.

Atualmente, a Dogmática Jurídica que inspira as práticas interpretativas do Direito no Brasil está fundada em um modo de agir inautêntico, que enfraquece a força normativa e impede o acontecer da Constituição. Trata-se de um agir fundado no Positivismo Jurídico, em especial a partir de Kelsen e Hart, com influxos de algumas correções pós-positivistas voluntaristas e pragmatistas importadas *ad hoc* de teorias estrangeiras.

Ocorre que o Positivismo Jurídico, que tem por base os citados autores, negligencia por completo a teoria da interpretação. Tendo na sua genealogia o Positivismo Científico, o Positivismo Jurídico adota como um de seus principais pilares a “teoria do fato social”, no sentido de que o Direito é uma construção humana, um fato dado, objetivo, posto pela razão, incumbindo ao jurista apenas a tarefa de descrevê-lo.³⁹⁶

Kelsen realiza uma formalização rigorosa de conceitos mutuamente referidos e escalonados, preocupando-se em construir uma “teoria neutra e

³⁹⁴ STEIN, Ernildo. **Exercício de fenomenologia**: limites de um paradigma. p. 167.

³⁹⁵ STEIN, Ernildo. **Exercício de fenomenologia**: limites de um paradigma. p. 169.

³⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. p. 159-160.

atemporal”³⁹⁷, que descreva as características essenciais do Direito, porém deixa a interpretação dessas proposições rigorosamente caracterizadas como Direito, dentro da moldura semântica, à Discricionariedade do juiz, intérprete autêntico. Descreve com rigor científico o que deverá ser aplicado, porém rechaça a possibilidade de igual rigor na aplicação do Direito, motivo pelo qual relega essa tarefa à Discricionariedade do intérprete. A respeito, convém citar análise de Lenio Streck:

[...] Mas assim pensava exatamente porque entendia que o ato de aplicação, a ser feito pelo sujeito moderno, inexoravelmente estaria comprometido pela moral e pela política. Contudo o material jurídico – a norma – criada pela autoridade competente pode ser analisado pelo cientista/teórico do Direito, que irá descrever as possíveis interpretações dessa norma, sem fazer juízo de valor. Por isso a sua interpretação – que é a do cientista do Direito – e um ato de conhecimento. [...]. No entanto, na prática judiciária, o juiz precisa aplicar a norma ao caso concreto. Não pode apenas descrever o Direito. Por isso, a prescrição decorrente do ato de aplicação do Direito (sentença) será um ato de vontade, pois ele escolhe qual a interpretação da norma que lhe convier, segundo sua subjetividade, suas crenças, etc.³⁹⁸

Nessas circunstâncias, nas quais o Direito é visto como objeto que é dado a conhecimento pelo intérprete, pautado em uma relação sujeito-objeto, Couture já havia constatado que o legislador “pode criar um sistema perfeito quanto à sua justiça; mas se esse sistema tiver de ser aplicado em última instância por homens, o Direito valerá o que valem esses homens”³⁹⁹, em outras palavras, o Direito valerá o que o intérprete disser que vale, se lhe é dado apreciá-lo a partir de sua subjetividade, aplicá-lo conforme seu Livre Convencimento.

Não é diferente o problema se analisado a partir da teoria de Hart. O intérprete goza de uma liberdade ilimitada dentro da textura aberta do dispositivo legal. De outra feita, o autor não define como se pode distinguir casos fáceis de casos difíceis, ou mesmo qual o raciocínio que leva à aplicabilidade imediata e meramente subsuntiva nos casos fáceis, o que fica, também, à mercê da subjetividade do intérprete.

³⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. p. 162.

³⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. p. 162.

³⁹⁹ COUTURE, Eduardo Juan. **Introdução ao estudo do processo civil**. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 57.

Em resumo, a teoria da interpretação no Positivismo Jurídico não encontra critérios ou limites intersubjetivos, ignora a essencialidade da linguagem e delega a interpretação do Direito à vontade e à subjetividade do intérprete. Em outras palavras, “o positivismo jurídico, ao admitir a discricionariedade (e a possibilidade de o juiz lançar mão aos mais diversos argumentos de moralidade), acaba por aceitar, na prática judiciária, posturas subjetivistas do juiz”⁴⁰⁰. Essa é a base de sustentação teórica da Dogmática Jurídica no Brasil e, por consequência, do Livre Convencimento Motivado, que entrega ao intérprete a análise discricionária do Direito.

A situação se agrava quando a tentativa de correção dessa deficiência do Positivismo Jurídico recorre a teorias axiologistas ou pragmatistas. Isso porque levam a Discricionariedade do intérprete para além dos limites fixados por Kelsen e Hart, ou seja, para além das limitações textuais da moldura ou da textura aberta do dispositivo jurídico. A vinculação que o intérprete deveria ter ao texto soçobra diante da vontade do julgador. Quando o texto legal não está de acordo com a finalidade visada pelo juiz (não se pode ignorar que o Direito é instrumento de poder), a quem é dado, a partir das teorias pragmatistas e axiologistas, decidir a partir dos “valores subjacentes” ao texto, com vistas à finalidade da lei ou com base em critérios políticos ou econômicos, ignora-se inclusive os limites semânticos. É o que Lenio Streck chama de “aprimoramento genético do Positivismo”, a partir de teorias que colocam “na subjetividade do intérprete o *locus* do processo hermenêutico”, assujeitando inclusive a Constituição.⁴⁰¹

Soma-se, assim, à tradição do Positivismo Jurídico um aprimoramento que se diz pós-positivista, porém calcado em um desvirtuamento desse termo, no qual é, como denuncia Streck, confundido com “*‘abertura interpretativa’, ‘ativismo’ ou ‘protagonismo dos juízes-que-já-não-são-a-boca-da-lei’*”⁴⁰² (itálico no original). Instaura-se na Dogmática Jurídica brasileira, com isso, o que o autor denomina

⁴⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. p. 162.

⁴⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 443.

⁴⁰² STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** p. 101.

“estado de natureza hermenêutico”⁴⁰³, no qual vigora a mais ampla liberdade de interpretação dos textos jurídicos, constantemente justificada no Livre Convencimento Motivado. Ainda vinculadas ao esquema sujeito-objeto, as práticas jurídicas no Brasil não reconhecem uma intersubjetividade, um “modo de habitar” do Direito, para usar a expressão de Ernildo Stein. Os sentidos pertencem ao intérprete, que os atribui livremente aos textos, gerando insegurança jurídica e transformando as demandas judiciais em uma verdadeira loteria.

Em razão desse sincretismo entre os Positivismos Clássico e Normativista e posturas ditas pós-positivistas, importadas com distorções pela Dogmática Jurídica brasileira (veja-se, por exemplo, a ponderação de Robert Alexy, transformada em mera justificativa para subjetivismos, ignorando-se por completo os critérios estabelecidos pelo autor na sua aplicação), observa-se na prática judicial uma mistura incoerente entre objetivismos e subjetivismos. Quando interessa, o julgador adota a postura exegética do juiz boca-da-lei e apegase a uma pretensa literalidade do texto. Em outros momentos, texto e norma são desconectados e o intérprete passa a atribuir arbitrariamente sentidos.⁴⁰⁴

Essa variação paradoxal foi percebida nos julgados citados no subcapítulo 2.1, quando ora o Livre Convencimento Motivado justificou uma reprodução irrefletida de súmulas ou julgados de tribunais superiores, ora soluções *ad hoc* e subjetivistas em contradição, também irrefletida ou não justificada, com a jurisprudência dos Tribunais.

Detectar e denunciar essa apropriação dos sentidos jurídicos impulsionada pela Dogmática Jurídica e propor novos caminhos é a tarefa da Hermenêutica. Esse discurso instrumentalizador do Direito, sustentado pelo Livre Convencimento Motivado, é significativo entrave à concretização da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e à instauração do Estado Democrático de Direito no Brasil.⁴⁰⁵ O paradigma da intersubjetividade, que não pode ser ignorado

⁴⁰³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 396.

⁴⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do direito. p. 302.

⁴⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da

pelo Direito, expurga posturas objetivistas, do intérprete escravo da lei, e também subjetivistas, do intérprete senhor dos sentidos.⁴⁰⁶

A Filosofia Hermenêutica e a Hermenêutica Filosófica instauram um novo paradigma que possibilita a superação da Metafísica, do Solipsismo, da dicotomia sujeito-objeto, dos livres convencimentos, motivados ou não. A fenomenologia o faz por meio das noções de pré-compreensão, intersubjetividade, da existencialidade do Ser-aí [*Dasein*] como ser-no-mundo e ser-com-o-outro, superando qualquer método ou técnica de correção do conhecimento, qualquer possibilidade de silogismos subsuntivos.⁴⁰⁷ Com a superação do Solipsismo, a fenomenologia possibilita a superação do Positivismo, desse sincretismo entre os paradigmas metafísicos Aristotélico-Tomista e da Filosofia da Consciência.

Tomando a Filosofia Hermenêutica e a Hermenêutica Filosófica como *standards* de racionalidade, na forma como realizado por Lenio Streck com sua Crítica Hermenêutica do Direito, é possível construir uma teoria da decisão adequada à intersubjetividade, livrando-se das amarras da Discrecionariade e *“daquelas posturas que buscam substituir esse sujeito por estruturas ou sistemas”*⁴⁰⁸.

Sob esse viés, considerando que está diretamente relacionado ao subjetivismo do sujeito solipsista, é possível apontar os problemas e incoerências do Livre Convencimento Motivado, justificando a necessidade de seu abandono.

Como visto, ainda que a doutrina coloque o Livre Convencimento Motivado apenas como método ou sistema de análise de provas, a prática tem se valido dele como justificativa teórica para uma apreciação jurídica desvinculada de qualquer limite, inclusive da Lei e da Constituição. O intérprete, com Livre Convencimento, é autorizado a analisar subjetivamente as provas e as asserções doutrinárias, jurisprudenciais, legais e constitucionais, bastando que, após a formação livre de sua convicção, motive suas “escolhas”.

construção do direito. p. 111.

⁴⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. Art. 371. In: _____; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 553.

⁴⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** p. 102.

⁴⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** p. 106.

O sincretismo da Dogmática Jurídica brasileira entre as posturas objetivistas e subjetivistas, decorrentes dos paradigmas metafísicos Aristotélico-Tomista e da Filosofia da Consciência, transformaram o “Livre Convencimento Motivado” de um simples critério para análise da prova – no que já incorria no equívoco de cindir *questão de fato* e *questão de direito* –, em contraposição ao sistema da prova tarifada, em uma justificativa à Discrecionariedade. Decidir conforme o Livre Convencimento Motivado é lido como “decidir conforme a consciência”. E essa imbricação é lógica, pois, como visto no capítulo 1, não é possível separar metafisicamente *questão de fato* e *questão de direito*, texto e norma. Os significados não são encontrados pelo intérprete nos textos, tampouco são atribuídos subjetivamente pelo intérprete. Emergem dos fatos concretos na *applicatio*. É na fusão do horizonte do texto e da tradição com o horizonte do intérprete diante do caso concreto que ocorre na e pela linguagem no momento da *applicatio*, que o texto jurídico é significado, que surge a norma que responderá ao problema colocado pelo caso concreto. Dessarte, dizer que o juiz decide a partir de seu Livre Convencimento Motivado é dizer que decide subjetivamente, de forma discricionária, arbitrária, motivo pelo qual as críticas à deficiente teoria da interpretação da Dogmática Jurídica brasileira podem ser transportadas para o Livre Convencimento Motivado.

Ocorre que o equívoco metafísico do Livre Convencimento Motivado pode ser apontado inclusive em quem procura limitá-lo a um método ou sistema de análise de provas, em contraposição ao sistema tarifado de valoração da prova. Isso porque o entendimento doutrinário está fundado na superada dualidade metafísica que separa *questão de fato* e *questão de direito*, razão prática e razão teórica, texto e norma, interpretação e aplicação.

Essa dualidade, porém, já está superada, e não só pelas estudadas Hermenêutica Filosófica e Filosofia Hermenêutica. Em sua teoria estruturante do Direito, Friedrich Müller trata de situar os textos jurídicos enunciados nas codificações como “pré-formas” das normas jurídicas, que somente serão produzidas no decurso temporal da decisão, ou seja, na concretização. O texto legal, assim, somente é significado na sua concretização, em razão de um caso fático dado, não

há Norma Jurídica *a priori*, como resposta prévia a um caso futuro. Assim, na lição de Müller, fracassam os dualismos positivistas:

[...] Com isso os dualismos irrealistas do passado do direito, tais como "norma/caso", "direito/realidade" podem ser aposentados assim como a ilusão da "aplicação" do direito enquanto subsunção puramente lógica ou silogismo ou enquanto a construção linguisticamente não realizável de um "limite do teor literal" definível, coisificado na linguagem. Todos esses dualismos são representações centrais fracassadas do Positivismo histórico.⁴⁰⁹

Não existe uma dualidade independente entre Direito e realidade, conceito e prática. Ao analisar um fato concreto ele já surge "normatizado", a partir da pré-compreensão. Da mesma forma, o texto jurídico é normatizado no caso concreto, é quando ganha significado, quando se manifesta o ser do Direito entificado no texto. As relações concretas e os textos somente ganham significado jurídico quando relacionados, no processo interpretativo. Nas palavras de Friedrich Müller, a disposição e a ordem estabelecidas entre Direito e realidade "constituem, preferivelmente, momentos ativos na concretização do Direito, dotados somente de uma independência relativa"⁴¹⁰.

De outra feita, o Livre Convencimento Motivado repristina uma velha confusão entre texto e norma. O texto é confundido com a norma, como se nele estivessem contidos todos os sentidos, de forma absoluta e atemporal, para serem meramente subsumidos aos casos futuros, como respostas *a priori*, razões definitivas de dever ser. Ao intérprete incumbe extrair os significados dos textos ou atribuir-lhe os significados a partir de sua subjetividade, para, posteriormente, subsumir o produto dessa conceitualização ao caso concreto em um simples silogismo dedutivista. Nesse processo, tanto na análise dos dispositivos quanto das provas, o juiz age conforme o seu livre convencimento.

Ocorre que a norma não existe *a priori*, não se confunde com o texto, tampouco está contida nele para ser subsumida a todo e qualquer caso futuro. A

⁴⁰⁹ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 11.

⁴¹⁰ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. p. 26.

“construção da normatividade”⁴¹¹, expressão de Friedrich Müller, ocorre no processo de concretização. A norma é construída na *applicatio*. Antes do caso concreto, há apenas uma construção semântica que deverá ser significada, normatizada, no caso concreto, estabelecendo uma resposta temporal, histórica e finita. Em outras palavras, a resposta dada ao caso concreto é única, singular, não se estende aos casos futuros, muito embora deva ser considerada em novos processos interpretativos. Como observa Orlando Zanon, do problema fático é que surge a pergunta que movimentará o processo interpretativo do julgador.⁴¹²

A partir da diferença ontológica e do círculo hermenêutico, Gadamer lembra que o sentido de um texto não é unívoco, não foi cunhado definitivamente na sua origem para ser eternamente descoberto pelo intérprete. Do contrário, transpondo a lição para o Direito, o jurista teria apenas uma função de historiador, incumbido de constatar o sentido original da lei. A partir, porém, da faticidade e historicidade, o texto deve ser significado no horizonte do intérprete, levando-se em consideração a tradição. Para que a aplicação da lei, que objetiva intervir na vida prática, não seja arbitrária, é necessário que “a compreensão faça a mediação entre a história e a atualidade”⁴¹³. O intérprete realiza, diante de um caso concreto, a fusão dos horizontes do texto e da tradição com o horizonte interpretativo, e somente nesse sentido justifica-se perquirir sobre um conhecimento histórico do sentido original. Como observa Gadamer – ainda que o autor não escreva especificamente sobre o e para o Direito, vale-se da interpretação dos textos jurídicos para explicar os pressupostos de sua hermenêutica –, o intérprete “deve admitir que as circunstâncias foram mudando, precisando assim determinar de novo a função normativa da lei”⁴¹⁴.

É diante do caso concreto, com o objetivo de resolver um problema prático, que ocorre essa fusão de horizontes, o que, observa Gadamer, “de modo algum quer dizer que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária”, pois as tarefas do juiz de “compreender e interpretar significam conhecer e reconhecer um

⁴¹¹ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. p. 85.

⁴¹² ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. p. 109.

⁴¹³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 19.

⁴¹⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 429.

sentido vigente”⁴¹⁵. Não se busca identificar o sentido histórico da lei, mas seu sentido jurídico, pois o julgador ocupa-se de uma questão prática, de resolver um determinado problema jurídico no presente. E é no presente, na existencialidade, na faticidade, a partir da tradição que vem na e pela linguagem, que o ser do Direito se manifesta, que o acontecer da Constituição é possível.

Fica claro, portanto, que fato e norma não podem ser cindidos e que a norma não se confunde com o texto. A norma não está contida no texto; porém, da mesma forma que não se confundem, também não existem um sem o outro. A diferença ontológica indica que a norma é o sentido do ser do ente (texto), da mesma forma que o texto só existe em sua “normação”, o que ocorre na faticidade, face a um caso concreto e a partir da tradição, da pré-compreensão, dos prejuízos (ou pré-juízos) e Preconceitos (ou pré-conceitos) do intérprete.

Como as normas não encerram nos textos e somente surgem no caso concreto, é possível afirmar que não são razões definitivas de dever ser. Na lição de Orlando Luiz Zanon Júnior, as normas “não correspondem a meras soluções oferecidas de antemão, antes de surgidos os casos concretos, para que seja procedido a um mero raciocínio subsuntivo”⁴¹⁶.

Com o giro ontológico impulsionado por Heidegger, conhecimento prático e conhecimento teórico se fundem. A diferença ontológica e o círculo hermenêutico deslocam o conhecimento da subjetividade do sujeito solipsista, da relação sujeito-objeto, para a existencialidade do mundo fático, no contexto de uma intersubjetividade de fundamentação.⁴¹⁷

O agir dogmático, pautado na subjetividade do intérprete com seu Livre Convencimento Motivado e na cisão entre fato e norma, incorre em um conceitualismo que Lenio Streck chama de *Estandardização*⁴¹⁸ e, com Luiz Alberto Warat, poder-se-ia designar *Fetichização* do discurso jurídico⁴¹⁹, típico do

⁴¹⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 430-431.

⁴¹⁶ ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. p. 109.

⁴¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** p. 63.

⁴¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração Hermenêutica da construção do direito**. p. 351

⁴¹⁹ WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica**. Florianópolis:

Positivismo Jurídico.

Nesse contexto, o fenômeno jurídico é simplificado em um conjunto de conceitos e frases com pretensões assertóricas, discursos *prêt-à-porters*, para utilizar a expressão de Streck⁴²⁰. Decisões jurídicas são proferidas cotidianamente, petições confeccionadas, iniciais ajuizadas, simplesmente recheadas de súmulas, ementas, textos legais e frases de efeito, repetidas *ad nauseam*, como mantras. O caso concreto é esquecido, e a complexidade do problema jurídico é reduzida a uma disputa matemática para verificar qual das partes consegue reunir o maior número de referências (doutrinárias, jurisprudenciais) a sustentar sua tese. A pretensão é de que tais discursos ofereçam soluções fáceis e prontas aos casos submetidos à julgamento, sufocando o acontecer do Direito, a fundamentação do processo de compreensão, a partir do caso concreto.

Os sentidos, objetificados em asserções pela subjetividade do intérprete, em conformação ao discurso dominante, são infinitizados nesses dispositivos, replicados de forma irrefletida, por vez inautêntica. Trata-se, como observa Streck, de uma “rede de ficções que se põe a serviço de efeitos de verdade, no interior da qual não está em questão a validade do enunciado, mas a verdade da enunciação no que diz respeito a sua cota de verossimilhança”⁴²¹.

Ignora-se, porém, que o mundo da vida é como um sujeito em constante mutação e com o qual se deve dialogar constantemente, nesse processo, transformando-o e transformando-se. Mariflor Rivero assevera que a Hermenêutica revela que “los propios contextos nunca son cerrados y que con eso otro que nos constituye y con ese mundo en el que habitamos podemos entrar en diálogo, es decir, podemos tener una relación de mutuo aprendizaje y mutua transformación”⁴²².

Não se pode, portanto, desconsiderar o acontecer histórico, a

Editora da UFSC, 1983. p. 39; WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade**. p. 91; WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I: interpretação da lei: temas para uma reformulação**. p. 105.

⁴²⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** p. 81.

⁴²¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração Hermenêutica da construção do direito**. p. 295.

⁴²² RIVERO, Mariflor Aguilar. **Diálogo y alteridad**. Trazos de la hermenéutica de Gadamer. p. 43.

temporalidade da interpretação na faticidade. Adalberto Narciso Hommerding analisa que essa tradição do Direito na qual estão inseridos os juristas brasileiros, apartada da “vida real”, não tem sido questionada, suspensa. Essa dualidade entre ser e dever ser “faz com que a dimensão do real seja transformada tão-somente em uma instância imaginária, fictícia”⁴²³. O método e a técnica, que instrumentalizam o que seria a interpretação do Direito no paradigma metafísico, impulsionam essa desvinculação do caso concreto, “para atingir o abstrato generalizável e comum”⁴²⁴.

Dierle Nunes sustenta que “só as peculiaridades do caso concreto conseguem permitir, mediante o estabelecimento de um fluxo discursivo entre interessados e o órgão decisor, a formação de um provimento adequado”⁴²⁵. O afastamento da realidade é antidemocrático, pouco resolutivo e amplamente discricionário. Sem a faticidade, sem a participação efetiva das partes na formação do processo interpretativo, o acontecer do Direito, que se dá pela jurisdição, é entregue à subjetividade do julgador, ao seu Livre Convencimento, limitando-se as partes e tentar influir em sua formação.

Nesse contexto, conhecer a história institucional do Direito, a Constituição, a tradição autêntica, é pouco relevante. Entrega-se o Direito a um realismo extremo, conformam-se os juristas com ele, e o importante passa a ser conhecer o julgador, como pensa, como age, quais valores carrega, qual sua personalidade. De fato, a jurisdição é transformada em um processo lotérico, entregue ao Livre Convencimento de quem detém a força, e só resta compreender e estudar o jogo processual. O processo democrático, porém, não pode ser assim.

O método fenomenológico, que está ligado à existência concreta do Ser-aí [*Dasein*], no seu modo-de-ser, com respeito à tradição, aos Preconceitos autênticos, à intersubjetividade instaurada pela linguagem, na diferença ontológica e na circularidade Hermenêutica, possibilita essa superação, esse resgate do mundo fático na interpretação do Direito. Sobre o modo como a Hermenêutica supera a

⁴²³ HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 104.

⁴²⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 77.

⁴²⁵ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 198.

cisão entre o real e o ideal, pontifica Ernildo Stein:

[...] A separação entre o teórico e o prático é de uma maneira tal que não há passagem entre o “ser” e o “dever-ser”. Essa separação é “fruto” da ideia da ontologia da coisa, de que é preciso falar no universo do conhecimento apenas através do universo categorial. No momento em que se introduz o *universo existencial* ou universo dos existenciais, a partir dos quais ampliam-se as categorias, trazendo-as para dentro do universo humano, desliga-se esta ontologia da coisa. Neste momento, a passagem entre o “ser” e o “dever-ser” não é uma coisa “tão séria”, porque ela sempre está dada no “*mundo prático*” – as “formas de vida” já são o universo em que o “ser” e o “dever-ser” estão juntos; isto é, o significado se dá projetado sobre o “fundo de valor, de sentido”. [...].⁴²⁶

Essência da crítica da Filosofia Hermenêutica no Direito está de certa forma sintetizada nesse trecho. Não existe um dever-ser ontológico, diferenciado do seu ser, como se o primeiro fosse um conceito e o segundo uma vivência. O ser só é na prática, no mundo prático, no “mundo vivido”. São as vivências que formam e determinam o ser, historicamente, em constante formação. Por isso o Direito não é o texto, não se limita a um catálogo de respostas prontas. A norma emerge da prática, do caso concreto, nos limites do texto, limites esses determinados pela tradição, ou seja, pela história construída pelos intérpretes do texto, uma espécie de “romance em cadeia” como conceituado por Ronald Dworkin.

De tudo quanto foi até aqui analisado, é possível concluir que é equivocado dizer que o Livre Convencimento Motivado trata de uma mera análise de prova. Não é e não pode ser apenas isso, pois não há como cindir o processo compreensivo nesses dois momentos: a análise dos conceitos jurídicos dissociada da análise do caso concreto, seguidos de um silogismo subsuntivo. A interpretação não ocorre em etapas.

A consideração dos fatos, até para que se possa qualificá-los de jurídicos, está sempre entrelaçada com o texto na produção da norma. O jusfilósofo mexicano Luiz Recaséns Siches, nesse sentido, afirma que “el texto es interpretado en vista de su proyección a los hechos; así como los hechos son analizados en vista de su

⁴²⁶ STEIN, Ernildo. **Racionalidade e Existência**: uma introdução à filosofia. Porto Alegre: L&PM Editores, 1988. p. 47-48.

relación con las normas”⁴²⁷, em uma interdependência que não admite qualquer tentativa de cisão.

Fatos e textos são eventos que integram o processo de compreensão do julgador e devem ser considerados na produção da resposta adequada ao ordenamento jurídico. Interpretar, conforme Gadamer, “consiste em *concretizar a lei* em cada caso, ou seja, é a tarefa da *aplicação*”⁴²⁸ (itálico no original). Gadamer, utilizando a interpretação jurídica como exemplo, reconhece uma “complementação produtiva do direito” na tarefa realizada pelo juiz, porém adverte que está “sujeito à lei como qualquer outro membro da comunidade jurídica”⁴²⁹.

Interpretação e aplicação não são processos autônomos. Não se interpreta a lei, o conceito, não se constrói a resposta na idealidade, em tese, para depois aplicá-la ao caso. Nesse sentido, Eros Grau afirma que “existe uma equação entre interpretação e aplicação: não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém frente a uma só operação”⁴³⁰, na qual o horizonte do texto e da tradição será fundido ao horizonte do intérprete, produzindo o significado, a norma do caso concreto.

Isso ocorre porque o Direito não está nas coisas, nos textos, tampouco é fruto da subjetividade do intérprete. O Direito tem um caráter referencial, “é algo relacional, existe nas relações dos homens entre si e com as coisas”⁴³¹, como analisa Arthur Kaufmann. Os intérpretes do Direito, em especial o imbuído da autoridade, o juiz, e todos os demais partícipes da construção do conhecimento jurídico, “*estão já sempre e necessariamente vinculados e sustentados por um processo de compreensão que envolve o surgimento de qualquer enunciado teórico no direito*”⁴³².

⁴²⁷ SICHES, Luis Recaséns. **Introducción al estudio del derecho**. 12. ed. México: Editorial Porrúa, 1997. p. 214.

⁴²⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 432.

⁴²⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 432.

⁴³⁰ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 9. ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 205-206.

⁴³¹ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. p. 151.

⁴³² STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** p. 118.

A concretização dos textos jurídicos acontece sempre a partir dessa pré-compreensão que o intérprete recebe da tradição, pois “em tudo o que o Direito enuncia nos códigos ou na Constituição, opera uma historicidade e um sentido que desde sempre vêm antecipados na pré-compreensão”⁴³³. Não se interpreta para depois compreender. O compreender é um existencial do homem, seu modo-de-ser, razão pela qual sempre se compreende. A interpretação é a mera explicitação do já compreendido.

Na Hermenêutica não ocorre a eliminação do sujeito da relação sujeito-objeto, que sustenta a subjetividade que informa o Livre Convencimento Motivado. O que fazem Heidegger e Gadamer é controlar o sujeito, superando a relação sujeito-objeto e instaurando uma intersubjetividade. Isso ocorre por meio da pré-compreensão, que antecipa qualquer atribuição de sentido, eliminando a subjetividade do processo interpretativo. Como assevera Lenio Streck, “não me pergunto acerca de ‘como’ compreendi, porque essa pergunta chega tarde”⁴³⁴. Os sentidos são antecipados pela pré-compreensão, que não pode ser confundida com uma opinião prévia que refuta antecipadamente uma opinião contrária. Consiste em uma totalidade na qual o intérprete está desde sempre mergulhado, no seu mundo, do qual não pode apartar-se.

É necessário lembrar que, embora seja possível identificar os momentos estruturais da compreensão, interpretação e aplicação, não são etapas, não ocorrem em momentos distintos, mas em um só, na *applicatio*. Na *applicatio* ocorre um salto para além dos dualismos metafísicos como essência e aparência, texto e norma, questão fática e questão jurídica. Isso porque “a compreensão – que é um existencial – já é *applicatio*, unindo as partes do todo”⁴³⁵. É nessa síntese Hermenêutica, na qual fatos e textos são eventos, que ocorre a atribuição de sentido, a fusão de horizontes.

Os significados, a norma que surge na *applicatio*, é importante que se

⁴³³ STEIN, Ernildo. **Exercício de fenomenologia**: limites de um paradigma. p. 164.

⁴³⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 128.

⁴³⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do direito. p. 275.

diga, nunca é fruto da subjetividade do intérprete. Isso porque esse compreender é possibilitado pelos significados que chegam pela tradição, com toda a historicidade e temporalidade que confluíram desde o momento da produção do texto jurídico. “A compreensão, portanto, nunca é um projeto isolado – realizado por um *solus ipse* – mas é sempre um projeto compartilhado”⁴³⁶, produzido intersubjetivamente e transmitido pela tradição.

Analisado a partir da *applicatio*, o Livre Convencimento Motivado revela sua faceta metafísica que possibilita o agir discricionário do julgador a partir dele. Afirmar que o intérprete é livre para formar seu convencimento, ainda que se diga que o faz na análise das provas, ou seja, dos fatos, pois é por meio delas que o caso concreto chega aos autos, é reconhecer sua ampla Discricionariedade. Isso porque, como visto, não se analisam os fatos separados dos textos jurídicos. O processo de significação, de concretização da norma no caso concreto é uno, indivisível, reúne fatos e textos na *applicatio*, razão pela qual o Livre Convencimento Motivado autoriza uma atribuição de sentidos discricionária, arbitrária.

A interpretação não é e não pode ser livre nesse aspecto. Os métodos da Hermenêutica clássica, pautados na relação sujeito-objeto, afastam o Direito do caso concreto e tornam a interpretação uma atividade efêmera de mera divagação conceitual. A superação dessa dualidade, porém, não significa que o intérprete possa atribuir livremente qualquer significado ao texto. A compreensão tem na tradição sua condição de possibilidade. Alegoricamente, Gadamer compara a tradição a partir da qual o intérprete pertence a um texto, a um ponto de vista a partir do qual o espectador observa um quadro. Aquele que compreende não escolhe arbitrariamente um ponto de vista, mas o encontra fixado de antemão.⁴³⁷ Por mais diversos que sejam os horizontes de interpretação, a partir da tradição que alcança o intérprete, sempre está diante de um texto, que limita sua compreensão. As perspectivas podem mudar, mas o texto segue o mesmo, limitando a atribuição de sentidos.

⁴³⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do direito. p. 297.

⁴³⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 432.

No lugar do método, como observa Streck, a Hermenêutica coloca a tradição, os Preconceitos/prejuízos que operam quando o intérprete se aproxima de um texto, possibilitando a compreensão a partir de uma projeção de sentidos. Esses prejuízos podem ser legítimos ou ilegítimos, sendo que apenas os primeiros garantem uma correta interpretação. Os Preconceitos ilegítimos induzem a projeções de sentido inautênticas, levando a erro a interpretação.⁴³⁸ Assim, ao tempo em que possibilita a compreensão, a tradição precisa ser questionada. É preciso apropriar-se dela⁴³⁹, suspender os próprios prejuízos, avaliar se os Preconceitos que informam a interpretação são autênticos ou inautênticos, o que, no Estado Democrático de Direito, significa submetê-los à Constituição como vetor de sentido.

A análise da tradição, porém, não deve ocorrer com base no Livre Convencimento do intérprete, ou seja, na sua subjetividade, mas a partir da história efetual, distinguindo Preconceitos legítimos e ilegítimos, no caso do Estado Democrático de Direito, Preconceitos adequados ou não à Constituição, ao Direito.

A tradição, que condiciona e limita a interpretação, vem ao intérprete na e pela linguagem, que deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto para tornar-se condição de possibilidade. Na linguagem, que é relacional, intersubjetiva, não há falar em Livre Convencimento. O Convencimento está por ela e nela limitado pela historicidade que carrega, pelos horizontes de sentidos construídos intersubjetivamente e transmitidos pela linguagem. A linguagem, diz Streck, “é condição de possibilidade e constituidora do mundo”⁴⁴⁰. Por ser compartilhada, por constituir condição de possibilidade da compreensão, a linguagem é mais do que um comportamento subjetivo. “Não surge na consciência daquele que fala”⁴⁴¹, de um “sujeito solipsista (*Selbstsüchtiger*), que constrói o seu próprio objeto de conhecimento”⁴⁴², pelo contrário, “a linguagem, enquanto práxis, é

⁴³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do direito. p. 297-298.

⁴³⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 20.

⁴⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do direito. p. 275.

⁴⁴¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 24.

⁴⁴² STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** p. 17.

sempre uma práxis comum realizada de acordo com regras determinadas”⁴⁴³.

Sob a viragem ontológico-pragmática promovida pela filosofia da linguagem instaura-se na intersubjetividade a construção dos sentidos, do conhecimento. Supera-se a ideia de que o conhecimento possa estar fundado “no individualismo do sujeito que ‘constrói’ o seu próprio objeto de conhecimento”⁴⁴⁴, ainda bastante presente na Dogmática Jurídica brasileira, que aposta no Livre Convencimento do juiz, que julga conforme sua consciência, sua convicção pessoal, seus valores, sua Discrecionalidade.

A Dogmática Jurídica permanece dependente de uma objetificação que identifica no texto seu próprio significado, caindo em um conceitualismo estéril, ou, na direção inversa, recorre à subjetividade do julgador para resolver as “deficiências” dos textos, de regra valendo-se de princípios criados *ad hoc* para justificar a decisão tomada de antemão por seu Livre Convencimento Motivado.

Sob a justificativa de agir com Livre Convencimento Motivado, porém, a linguagem tem sido subvertida, inclusive os limites sintáticos e semânticos dos textos são ignorados pelo juiz, que apropria os sentidos, atribuindo-os arbitrariamente. A intersubjetividade da linguagem é ceifada e substituída pela subjetividade assujeitadora. Até mesmo os conceitos cunhados pela Dogmática Jurídica, quando não estão de acordo com o convencimento do juiz, são resignificados e o absoluto torna-se relativo⁴⁴⁵.

⁴⁴³ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Sobre a fundamentação**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997. p. 53.

⁴⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** p. 20.

⁴⁴⁵ A Dogmática Jurídica atual está sempre buscando meios de, a partir do Livre Convencimento Motivado, legitimar a decisão subjetiva e arbitrária do juiz. Um exemplo simples permite observar como inclusive o que é cunhado pela jurisprudência como absoluto é transformado em relativo, à critério de quem decide. O Superior Tribunal de Justiça sumulou o entendimento de que “a competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda” (Súmula n. 383), em se tratando de competência absoluta que deve ser reconhecida a qualquer tempo, excepcionando inclusive a regra da *perpetuatio jurisdictionis*. Ocorre que são recorrentes as decisões nas quais se julga que “em razão das peculiaridades do caso concreto, é recomendável solução diversa da preconizada pela Súmula n. 383/STJ” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n. 2013/0202873-9, do Mato Grosso. Relator Ministro Raul Araújo. Órgão julgador: Segunda Seção, julgado em 12.11.2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>, acesso em: 10.6.2017). A despeito de o absoluto ter-se transformado em relativo, pois admite exceções, não existem critérios previamente estabelecidos para definir em quais casos a competência será absoluta ou

Concebidos como valores, mandados de otimização ou razões *prima facie*⁴⁴⁶, os princípios servem como canais para que o juiz projete seus posicionamentos morais e políticos para o caso concreto, sem qualquer crivo posterior, uma vez que está agindo conforme se Livre Convencimento Motivado. A partir dessa ideia de que nas Constituições do pós-guerra ocorreu uma “positivação dos valores”, passou-se a criar todo tipo de princípio com o objetivo de justificar a resolução subjetivamente construída pelo julgador para o caso concreto. Some-se ao já referido panprincipiologismo o uso da ponderação e chega-se a uma espécie de “constitucionalismo da efetividade”, expressão utilizada por Streck para definir um agir no qual “o mesmo ‘princípio’ é utilizado para sustentação de teses antitéticas”⁴⁴⁷, o que revela um grau zero de sentido de tais construções assertóricas.

Dierle Nunes observa que no contexto dos princípios como valores que corrigem o Direito e são aplicados por ponderação, aproximando os discursos de aplicação (judiciais) aos discursos de justificação (legislativos), “permite-se sua análise [dos princípios] a partir dos critérios de preferência do julgador, e não deontológicos ou de modo a se buscar o que é devido e mais adequado”⁴⁴⁸.

Os princípios, porém, devem servir não à abertura do Direito à subjetividade do intérprete, mas ao seu fechamento, resgatando o mundo prático que está ausente nas regras positivadas. No processo compreensivo, os princípios servem como vetores de sentido para, com base no texto legal, produzir a norma adequada ao caso concreto. Resgatam o mundo prático, o mundo vivido, subtraído do Direito pelo conceitualismo, pela razão teórica positivista. Como explica Lenio Streck, “o princípio ‘cotidianiza’ a regra. ‘Devolve’, pois, a espessura ao ôntico da regra. É ‘pura’ significatividade e desabstratalização”⁴⁴⁹. A regra abre a interpretação, pois pretende abarcar situações futuras, generalizadas e universalizadas no dispositivo, ao passo que os princípios fecham a interpretação trazendo a faticidade e historicidade para dentro da regra no momento da *applicatio*.

relativa. Quando quer, o juiz limita-se a afirmar que a regra de competência é absoluta e encerra a discussão. Da mesma forma, quando quer, diz que é relativa e deve ceder por razões quaisquer do caso concreto. Nada, além da subjetividade do juiz, orienta uma ou outra decisão.

⁴⁴⁶ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 107.

⁴⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** p. 51.

⁴⁴⁸ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. p. 187-188.

⁴⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** p. 113.

Princípios não são valores ou mandados de otimização à disposição do juiz para que corrija, com seu Livre Convencimento Motivado e a partir de sua opinião moral, o Direito. Os princípios são deontológicos. Existe uma cooriginariedade entre os princípios e a Moral. A discussão moral é realizada na positivação do princípio. A Moral ingressa no Direito por meio dos princípios. Por isso o compromisso do julgador deve ser “*com a Constituição e com a legislação democraticamente construída*, no interior da qual há uma discussão, no plano da esfera pública, das questões ético-morais da sociedade”⁴⁵⁰ (itálico no original).

A Integridade e a Coerência do Direito, que garantem sua autonomia, devem ser respeitadas. A democracia produziu a autonomia do Direito em relação a esferas com ele intercambiáveis, como a Política, a Economia e a Moral. Não se pode admitir como jurídicas, portanto, decisões sustentadas em argumentos que não sejam jurídicos, que não repousem na Constituição e nas Leis, como as citadas no subcapítulo anterior. “Ou seja, a moral não pode corrigir o direito (nem o modo de produzir provas), que possui um elevado grau de autonomia em face da política, da economia e a ela, da moral”⁴⁵¹.

A partir de tudo quanto foi até o momento exposto, formou-se base sólida para afirmar que o intérprete, em especial o juiz, executor da jurisdição, não pode decidir conforme seu Livre Convencimento. Em outras palavras, não pode decidir conforme sua consciência ou sua vontade. Uma decisão judicial não pode ser fruto de uma escolha que será posteriormente justificada; pelo contrário, deve ser consequência da análise do Direito, das regras e princípios constitucionais. Deve o julgador suspender seus prejuízos ilegítimos para possibilitar o acontecer do ser do Direito, daquilo que tem de transformador.

A interpretação Juspositivista, fundada na Discricionariedade do Livre Convencimento do juiz, além do evidente déficit democrático, causa grande insegurança jurídica por absoluta imprevisibilidade das decisões judiciais, dependentes que são das convicções morais, políticas, ideológicas e

⁴⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** p. 112.

⁴⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. Art. 369. *In*: _____; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. p. 548.

socioeconômicas de quem julga. Essa Discricionariedade vem justificada no Livre Convencimento Motivado e disfarçada sob a independência funcional de Juízes, Advogados e Membros do Ministério Público. Essa independência funcional, porém, “não significa independência quanto ao cumprimento da lei, haja vista que, em sede democrática, todos têm suas decisões submetidas à ordem jurídica”⁴⁵², como observa Orlando Zanon.

O paradigma metafísico da Filosofia da Consciência, sustentado pelo “sujeito da modernidade” descoberto por Descartes e desenvolvido por Kant, superando o “mito do dado” e instaurando o *locus* do conhecimento na autonomia do sujeito, precisa ser superado. A concretização do Direito não pode depender da subjetividade de seus atores, da opinião pessoal de Juízes, Advogados e Promotores de Justiça. Os sentidos são produto de uma intersubjetividade que é condição de possibilidade para toda compreensão e não pode ser assujeitada.⁴⁵³

Admitir que o Direito possa ser produto de uma subjetividade, de um convencimento livre da autoridade imbuída do exercício da jurisdição, é reduzi-lo a poder institucionalizado, a arbítrio; é retirar-lhe tudo o que possui de transformador e libertário. E o Livre Convencimento Motivado parte dessa perspectiva. Como expresso em julgado citado anteriormente, a Dogmática Jurídica positivista parece ver o juiz como “ser humano culturalmente diferenciado”⁴⁵⁴, que detém a fala autorizada, constrói subjetivamente o Direito no Brasil, podendo promover, inclusive, “‘extorsões de sentido’ e ‘abusos significativos’”⁴⁵⁵, como observa Streck. Mesmo propostas ditas pós-positivistas, que apostam em um voluntarismo ou ativismo judicial, em pragmatismos ou axiologismos, reverberam tais deficiências sob a equivocada ideia de que, em pleno Estado Democrático de Direito, sob a égide de uma Constituição democrática, ainda se depende da Discricionariedade do julgador

⁴⁵² ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. p. 120.

⁴⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** p. 117.

⁴⁵⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2006.045036-8, de Mafra. Relator Desembargador Volnei Carlin, órgão julgador: Primeira Câmara de Direito Público, julgado em 8.3.2007. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em: 21 de maio de 2017.

⁴⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração Hermenêutica da construção do direito**. p. 294-295.

para a implementação e concretização de direitos.⁴⁵⁶

Uma das grandes conquistas recentes da República brasileira foi uma Constituição Democrática, que resgata as promessas não cumpridas da modernidade e pretende-se transformadora das relações sociais. Nesse contexto, entregar a concretização desse Direito à subjetividade do intérprete, reforçando “formas de exercício de poder fundadas na possibilidade de atribuição de sentidos de forma discricionária”, é “circunstância que conduz, inexoravelmente, às arbitrariedades, soçobrando, com isso, a própria Constituição”⁴⁵⁷.

Os subjetivismos e Discricionariedades são típicos de um racionalismo que não foi alcançado pela intersubjetividade da virada ontológico-Hermenêutica, que ainda trabalha com conceitos abstratos, com teses, com idealizações, com um grave déficit de realidade. Veja-se que o recurso a um método, que garantiria a “correção” da interpretação, não elimina esse problema, pois continua cindindo sujeito e objeto, conceito e coisa, Direito e realidade. No paradigma da Filosofia Hermenêutica, outrossim, “não há respostas/interpretações (portanto, aplicações) *antes da diferença ontológica* ou, dizendo de outro modo, antes da manifestação do caso a ser decidido”⁴⁵⁸. Assim é que a ausência de um método, de técnicas de interpretação, não significa que o intérprete possa escolher qualquer sentido de forma arbitrária; está condicionado pela pré-compreensão, pela tradição, pelos Preconceitos legítimos, enfim, pela intersubjetividade instaurada.⁴⁵⁹

Quando se fala em Livre Convencimento Motivado, é das condições que o juiz tem para decidir que se está tratando, sob uma perspectiva filosófica. Trata-se de perquirir quais os critérios e limites da decisão judicial. Afirmar que nessa tarefa o juiz é livre, é fazer soçobrar todo e qualquer critério intersubjetivo inserido democraticamente na lei, sobre a gestão da prova, sobre os objetivos fixados para o

⁴⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 48-49.

⁴⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 55.

⁴⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** p. 68.

⁴⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 49.

Estado Democrático de Direito.⁴⁶⁰ Isso porque os sentidos das provas, dos fatos, dos textos, inclusive Constitucionais, estão submetidos à liberdade de convencimento, à subjetividade do julgador, autorizado a valer-se inclusive de critérios metajurídicos, “princípios” criados *ad hoc*, desde que alinhados ao seu convencimento, ainda que não ao Direito. Analisado à luz da Filosofia Hermenêutica, esse agir arbitrário não subsiste.

O Livre Convencimento Motivado tem sua origem, como dito, no sujeito da Metafísica moderna, a “Filosofia da Consciência”⁴⁶¹, o sujeito solipsista. Na definição de Nicola Abbagnano, o Solipsismo é a “tese de que só eu existo e de que todos os outros entes (homens e coisas) são apenas ideias minhas”⁴⁶², acrescentando que foi adotado como procedimento metodológico pelo Positivismo lógico de Wittgenstein e Carnap, sob o pressuposto de que “os elementos da linguagem são signos de experiências imediatas, porque as experiências imediatas são a única realidade”⁴⁶³. O sujeito solipsista é uma figura retórica, que existe “*difusamente num imaginário que se constitui a partir da modernidade*”⁴⁶⁴, constituiu a modernidade desde o racionalismo e o iluminismo e ainda habita o imaginário e as práticas jurídicas.

Da perspectiva solipsista, o mundo é medido e dominado pelo homem, por sua consciência, é assujeitado por sua racionalidade. Richard Palmer analisa que, no subjetivismo, “o homem não reconhece qualquer meta ou sentido que não estejam fundamentados na sua própria certeza racional, fica fechado no círculo do próprio mundo em que se projecta”⁴⁶⁵, caindo em um idealismo e relativismo extremos. Nas palavras de Lenio Streck, “a verdade será a que ele, o

⁴⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** p. 50-51.

⁴⁶¹ É necessário, nesse ponto, mencionar o esclarecimento que Lenio Streck por diversas vezes presta sobre a afirmação de que o subjetivismo da Dogmática Jurídica brasileira deita raízes na Filosofia da Consciência. Afirma o autor que “é importante lembrar que aquilo que chamo de ‘Filosofia da Consciência’ no direito é, na verdade, uma *vulgata* construída no e pelo imaginário jurídico, porque se trata de um voluntarismo praticado a partir da concepção individual (ou daquilo que se pensa ser a subjetividade do intérprete)”. (STRECK, Lenio Luiz. Art. 371. *In*: _____; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. p. 552).

⁴⁶² ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. p. 918.

⁴⁶³ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. p. 919.

⁴⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** p. 39.

⁴⁶⁵ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. p. 149.

‘sujeito’, *estabelecerá a partir de sua consciência*”⁴⁶⁶ (itálico no original).

Palmer identifica nas novas filosofias dos valores (que informam as posturas axiologistas e voluntaristas no Direito) um reflexo dessa Metafísica subjetivista, pois “os valores são conceitos substitutivos que pretendem completar ‘coisas’ (agora que o seu valor se fundamenta subjectivamente) com o sentido que perderam ao colocarem-se no contexto do subjectismo”⁴⁶⁷, ou seja, o intérprete dá às coisas os sentidos que se perderam quando foram transformadas em meros conceitos, simples ideias sem coisas.

O Livre Convencimento Motivado, associado à instrumentalidade do processo, assujeita o Direito ao seu intérprete, aposta no Solipsismo como fundamento da decisão judicial. Isso fica muito claro quando Cândido Rangel Dinamarco afirma que o momento da decisão é valorativo, quando é preciso que o juiz “valore situações e fatos trazidos a julgamento de acordo com os reais sentimentos de justiça correntes na sociedade de que faz parte e dos quais ele é legítimo canal de comunicação com as situações concretas deduzidas em juízo”⁴⁶⁸, esclarecendo que sempre que os textos comportem múltiplas interpretações, “é dever do juiz **optar** pela que melhor satisfaça ao sentimento social de justiça, do qual é portador”⁴⁶⁹ (sem negrito no original). A decisão judicial não pode, porém, ser uma opção subjetiva, valorativa.

Dierle Nunes observa que essa concepção teórico-pragmática que sustenta o processo como mero instrumento para formação do Livre Convencimento “entrega ao juiz a capacidade sobre-humana de proferir a decisão que ele repute mais justa de acordo com sua convicção e preferência (Solipsismo metódico) segundo uma ordem concreta de valores”⁴⁷⁰, desprezando contribuições das partes do processo, dos conceitos jurídicos construídos intersubjetivamente, da história institucional do Direito, dos próprios textos. Todos os sentidos jurídicos resumem-se à consciência, ao convencimento do portador da fala autorizada, institucionalizada,

⁴⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** p. 60.

⁴⁶⁷ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. p. 150.

⁴⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 378.

⁴⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. p. 378.

⁴⁷⁰ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. p. 191.

com grave déficit democrático.

A decisão solipsista é arbitrária. Isso porque não se pode diferenciar o discricionário do arbitrário quando o decidir não possui critérios, limites pré-fixados intersubjetivamente e que podem servir de vetor de sentido a todos os casos análogos. Não é discricionária, mas arbitrária, a decisão tomada quando quem decide é livre para formar seu convencimento, posteriormente invocando razões morais, políticas ou econômicas para justificar sua escolha.

Luis Recaséns Siches afirma que “el mandato arbitrario consiste en actos de fuerza que no se fundan sobre ningún criterio previo general, sino que obedecen a un fortuito antojo de quien dispone del poder”⁴⁷¹. Quando a legitimidade da decisão está fundada unicamente no poder do qual emana, na força, ainda que institucionalizada, o arbítrio passa a imperar e sucumbe o Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, o Livre Convencimento Motivado é legitimador de arbitrariedades, pois permite que se “salte por encima de lo que es norma o criterio válido y vigente en un caso concreto y singular, sin responder a ninguna norma o criterio, o principio de carácter general”⁴⁷². O caso concreto, nesse cenário, não é tomado como evento para significar o texto e orientar a produção da Norma Jurídica, mas como justificativa aos decisionismos e voluntarismos.

Por outro lado, também recorrendo à lição de Siches, o ato jurídico, com legitimidade democrática, “es el fundado en normas, criterios o principios objetivos, de una manera regular y que tiene validez para todos los casos análogos que se presenten”⁴⁷³. Em outras palavras, a decisão jurídica não arbitrária respeita a Coerência e a Integridade do Direito, a tradição, a história efetual, os limites intersubjetivos de produção de sentido.

O espaço que o Positivismo chama de discricionário, localizado na moldura da norma, na textura aberta da norma ou nos casos difíceis, é, nas palavras de Streck, “um espaço de ‘anomia’ no qual o intérprete põe o direito”⁴⁷⁴, sem controle

⁴⁷¹ SICHES, Luis Recaséns. **Introducción al estudio del derecho**. p. 109.

⁴⁷² SICHES, Luis Recaséns. **Introducción al estudio del derecho**. p. 108.

⁴⁷³ SICHES, Luis Recaséns. **Introducción al estudio del derecho**. p. 108.

⁴⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p.

do conteúdo da decisão, sem controle intersubjetivo dos sentidos, ainda atrelado ao esquema sujeito-objeto da Filosofia da Consciência.

O que distingue o poder de um magistrado criar norma para o caso concreto, afastando-se dos limites sintáticos e semânticos dos textos, da compreensão construída intersubjetivamente, do poder de os demais cidadãos assim o fazerem? E se, nesse processo interpretativo/criativo, as normas do caso concreto criadas por um e outro se distanciam, o que (ou quem) determina qual delas é legítima? Se a resposta for a autoridade investida, tem-se de reconhecer que se está submetido a um sistema jurídico autoritário. Se a subjetividade do juiz se impõe sobre a de qualquer outro homem pelo só fato do local de onde fala, é a autoridade, e não o Direito, que prepondera.

Norberto Bobbio, no livro *Igualdade e liberdade*, analisa que, na teoria política, recorre-se à distinção entre vontade geral, que reflete os anseios do corpo social, e a vontade individual dos cidadãos singularmente considerados, “e considera-se que o indivíduo é livre somente quando obedece à primeira, ou seja, à vontade geral, que ele mesmo contribuiu para formar”⁴⁷⁵. Na esteira desse raciocínio, a partir do momento em que o juiz se afasta completamente dos limites do Direito, pode-se dizer que não há mais liberdade. O cidadão passa a sujeitar-se à uma vontade individual de outro cidadão, à vontade do magistrado, subjetiva, solipsista, e não mais à própria vontade como constitutiva da vontade geral intrínseca ao Direito.

Julgar não é um ato de vontade, como se o intérprete devesse contas apenas a um “tribunal da razão”⁴⁷⁶. A gestão da prova, a concretização do Direito no caso concreto, a produção da Norma Jurídica deve, no seio do Estado Democrático de Direito, observar a construção intersubjetiva do Direito, principalmente a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como vetor de sentido. Os prejuízos e Preconceitos com que opera a pré-compreensão devem ser suspensos para que apenas os legítimos, adequados ao Direito positivado, à Constituição,

57.

⁴⁷⁵ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 68-69.

⁴⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** p. 18.

prevaleçam no processo interpretativo. Não é a subjetividade, a opinião moral, política ou econômica que fornecerá as respostas, mas a análise da história institucional do Direito. No Estado Democrático de Direito deve prevalecer a Lei, a Constituição, construídas sob a legitimidade popular, e não a opinião pessoal que o juiz, o Advogado, o Membro do Ministério Público tem sobre a lei, formada por suas convicções morais, religiosas, políticas, ideológicas. A Filosofia Hermenêutica e a Hermenêutica Filosófica surgiram justamente para superar esse “assujeitamento que o sujeito faz do objeto”⁴⁷⁷.

É necessário observar que qualificar o Livre Convencimento de Motivado não afasta o Solipsismo de que se reveste. Isso porque existe uma contradição paradigmática entre “‘a livre convicção’ (Solipsismo judicial) e a ‘fundamentação nas provas processuais’”⁴⁷⁸. A necessidade de motivar, posteriormente, a tomada de decisão não modifica o fato de que o ato de decidir é livre. Apenas apontar um motivo, que pode ser de qualquer ordem, inclusive metajurídico, não é fundamentar, pois não explicita os sentidos compreendidos previamente; não suspende os prejuízos e Preconceitos com que se operou na tomada de decisão, a fim de que sejam avaliados; não considera as contribuições das partes e seus argumentos. De outra feita, se o juiz é livre para indeferir provas, inclusive periciais, e pode sustentar sua convicção em qualquer delas, ou mesmo sem prova alguma, igualmente isso não caracteriza um limite que possa ser intersubjetivamente avaliado.

Ou seja, o qualificativo “motivado” apenas impõe ao juiz que encontre razões minimamente racionais, ainda que não jurídicas, para a decisão tomada subjetivamente a partir de seu Livre Convencimento.

Fundamentar, no paradigma hermenêutico, “ainda que represente procedimentos expostos em forma lógica discursiva, deve ser entendido como um modo de ser”⁴⁷⁹, como adverte Ernildo Stein. Fundamentar é o ato interpretativo de explicitação da compreensão, lembrando que compreender é modo-de-ser do Ser-aí [*Dasein*], que desde sempre compreende e se compreende. Por isso a compreensão

⁴⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** p. 39-40.

⁴⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** p. 35.

⁴⁷⁹ STEIN, Ernildo. **Exercício de fenomenologia:** limites de um paradigma. p. 170.

sempre se antecipa. Dizendo de outra forma, “o juiz só decide porque já encontrou, na antecipação de sentido, o fundamento”⁴⁸⁰, que é condição de possibilidade para a decisão, não mera justificativa retórica para uma opinião voluntarista, solipsista.

O juiz possui responsabilidade política e, ao interpretar, deve dar à comunidade jurídica as razões de sua interpretação, mostrar que é correta, que está calcada em prejuízos/Preconceitos autênticos – afastando os inautênticos –, que é adequada à Constituição, que respeita a Coerência e a Integridade do Direito, que respeita a história institucional do Direito, a tradição e a singularidade do caso concreto na *applicatio*.⁴⁸¹ Com isso, deve mostrar que sua decisão não é fruto de uma mera escolha, voluntarista, solipsista, que não se deu por critérios morais, políticos, econômicos, religiosos, ideológicos. Não se quer dizer que o juiz é capaz de deixar todas estas questões de lado ao julgar, tampouco que está impedido de interpretar. A construção intersubjetiva do Direito, porém, há de prevalecer. E esse processo interpretativo precisa ser submetido à crítica democrática, por isso deve ser explicitado, “ao modo de uma *accountability* Hermenêutica”⁴⁸².

Combater o Solipsismo do Livre Convencimento Motivado, como dito, não significa que o juiz está proibido de interpretar. Toda interpretação é produtora e não meramente reprodutora de sentidos; porém, não se parte de um grau zero de sentido, sempre há um *a priori* compartilhado, construído intersubjetivamente, que condiciona a pré-compreensão. Interpretar é dar sentido, produzir norma para o caso concreto, na *applicatio*, fundindo o horizonte do texto e da tradição ao horizonte do intérprete. O que não se pode confundir é atribuição de sentido com arbitrariedade, como se a concretização dos textos jurídicos dependesse de uma subjetividade que os assujeita, “como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete”⁴⁸³. O que a Hermenêutica exige do intérprete é respeito à tradição, à história efetual, à construção intersubjetiva do Direito, afastando-se da interpretação os prejuízos/Preconceitos inautênticos e os voluntarismos.

⁴⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 455-456.

⁴⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do direito. p. 298.

⁴⁸² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do direito. p. 322.

⁴⁸³ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** p. 95.

A Decisão não pode ser encarada como uma escolha que o juiz, diante de múltiplas possibilidades, realiza de forma voluntarista. A decisão, no paradigma hermenêutico, se dá “*a partir do comprometimento com algo que se antecipa*”⁴⁸⁴, no caso do Direito, a partir dos textos jurídicos edificados pela comunidade política, da história institucional do Direito e da tradição, construídos intersubjetivamente como um todo, um mundo jurídico, que indica a melhor decisão, a mais adequada. Se se quer dizer alguma coisa sobre o Direito, deve-se deixar que o Direito diga alguma coisa, parafraseando Gadamer. Isso estabelece um grau mínimo de objetividade, para que não se possa dizer qualquer coisa sobre o Direito. Como pondera Streck, “*a realidade constrange. A estrutura, a intersubjetividade, a tradição, enfim, essa linguagem pública constrange a todos nós cotidianamente para evitar que saíamos por aí fazendo coisas solipsistas*”⁴⁸⁵ (itálico no original).

A decisão, no Estado Democrático de Direito, não é fruto do Livre Convencimento de alguém. É resultado de um processo interpretativo que revele a resposta mais adequada à história institucional do Direito e à Constituição. Na lição de Streck, “o livre convencimento é necessário se o Direito é visto como uma racionalidade instrumental. Mas se o Direito é transformador, como o é sob o Estado Democrático, Discricionariedade é igual a arbítrio”⁴⁸⁶.

O Estado Democrático de Direito desloca para o Poder Judiciário o centro de decisões sobre a concretização das promessas não cumpridas da modernidade, resgatadas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como visto anteriormente. O choque entre a realidade social desigual, com a esmagadora maioria da população privada de direitos fundamentais que compõem o chamado mínimo existencial, e uma Constituição que traz como objetivos fundamentais a construção de uma Sociedade igual, livre, justa e solidária⁴⁸⁷, gera naturalmente

⁴⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** p. 108.

⁴⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. **O Direito e três tipos de amor: o que isso tem a ver com subjetivismo?** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-15/senso-incomum-direito-tres-tipos-amor-isto-ver-subjetivismo>. Acesso em: 10 de junho de 2017.

⁴⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. Art. 371. In: _____; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. p. 553.

⁴⁸⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 de junho de 2017. Art. 3º:

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

esse deslocamento, exigindo do Judiciário atuação no sentido de aproximar a realidade à previsão Constitucional.

Não se pode, porém, confundir o Protagonismo do Judiciário com Protagonismo do juiz. Lenio Streck refere-se frequentemente ao protagonismo judicial, ora no primeiro e ora no segundo sentido referidos. O Protagonismo do Judiciário tem se mostrado, nessa quadra da história, necessário à concretização de direitos, em especial difusos e coletivos, bem como para que haja controle, pelo Direito, da Moral e da Política, impondo limites que evitem novas catástrofes sociais ou retrocessos na garantia e implementação de Direitos.

É, entretanto, justamente em razão desse Protagonismo do Judiciário que não se pode admitir um Protagonismo do juiz, no sentido de um agir solipsista, conforme vem sendo criticado. É justamente esse papel de destaque exercido pela jurisdição no Estado Democrático de Direito que exige do juiz maior responsabilidade política, respeito à lei e à Constituição, suspensão de seus prejuízos/Preconceitos, para que apenas os autênticos, adequados ao Direito, prevaleçam no momento de decidir. É por isso que o juiz não pode decidir com Livre Convencimento Motivado, mas deve fazê-lo com base na Constituição e em seus princípios. A mesma Constituição que conduz ao Protagonismo do Judiciário, rejeita o Protagonismo do juiz, a Discricionariedade, o subjetivismo, o Solipsismo. O Protagonismo do juiz deve ser substituído pelo Protagonismo do Direito.

Sob o crivo da Filosofia Hermenêutica, da Hermenêutica Filosófica e da Crítica Hermenêutica do Direito, adotadas como *standard* de racionalidade, é possível concluir que o Livre Convencimento Motivado carece de qualquer legitimidade filosófica, jurídica ou democrática. O agir solipsista por ele impulsionado e com ele justificado é incompatível com o Estado Democrático de Direito, pois entifica o Direito, preso que está ao esquema sujeito-objeto, e impede o acontecer da Constituição.

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

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

A decisão judicial, no Estado Democrático de Direito, não pode depender de uma subjetividade assujeitadora dos sentidos, solipsista. Exige do juiz “exercício prático, senso de dever, capacidade de se adotar uma atitude reflexiva em relação às próprias pré-compreensões, garantia de coparticipação dos destinatários da decisão no processo deliberativo, aprendizado institucional e debate público”⁴⁸⁸.

Como observa Gadamer, “a ideia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto”⁴⁸⁹, o que garante previsibilidade e segurança jurídica. Trata-se de substituir qualquer razão solipsista por uma construção intersubjetiva do Direito, com base na qual o juiz o interprete a partir do *como* hermenêutico; preserve a autonomia do Direito; respeite a Integridade e a Coerência do Direito; observe a história institucional do Direito; forneça os fundamentos da decisão explicitando sua compreensão; e, com isso, produza a resposta constitucionalmente adequada.

Todos os subterfúgios positivistas que intentem manter estabelecido um paradigma filosófico e jurídico já superado ou provenham de propostas pós-positivistas que não rompam com o esquema sujeito-objeto e mantenham o Direito assujeitado pelo subjetivismo solipsista, precisam ser abandonados. Na realidade, o Livre Convencimento Motivado precisa ser abandonado.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe inovações significativas para a interpretação do Direito que indicam uma necessária superação dos subjetivismos metafísicos pela intersubjetividade Hermenêutica. As mudanças ocorridas, seu reflexo para a Teoria da Decisão e as possibilidades de despertar o novo em meio ao Senso Comum Teórico das práticas jurídicas serão objeto de estudo no próximo capítulo.

⁴⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. Art. 371. In: _____; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. p. 554.

⁴⁸⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 433.

CAPÍTULO 3

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI N. 13.105/2015): A PORTA PARA UMA VIRADA HERMENÊUTICA NO DIREITO

A Teoria da Decisão que adota a Filosofia Hermenêutica e a Hermenêutica Filosófica como *standard* de racionalidade rompe com o paradigma Aristotélico-Tomista objetificante e também com o subjetivismo da Filosofia da Consciência, instaurando na intersubjetividade a produção dos sentidos. Na Hermenêutica o intérprete deve suspender seus prejuízos/Preconceitos, desconfiar das próprias certezas, dos fundamentos absolutos, e buscar na existencialidade, na faticidade e na historicidade, no modo-de-ser do Ser-aí [*Dasein*] como ser-no-mundo e ser-com-o-outro, a correta compreensão. Com a Hermenêutica no Direito “*recupera-se o sentido-possível-de-um-determinado-texto, e não a re-construção do texto advindo de um significante-primordial-fundante*”⁴⁹⁰.

É tortuoso o caminho para a instauração de uma nova Teoria da Decisão, uma nova Dogmática Jurídica, que possibilite a abertura de clareiras para o acontecer do ser do Direito. Passa, certamente, pela percepção do problema, das suas causas e pela aceitação da inovação, suspendendo os prejuízos/Preconceitos inautênticos e deixando que o novo se revele, manifeste-se como novo.

O Processo Civil brasileiro ganhou essa possibilidade com o Código de Processo Civil instituído pela Lei n. 13.105⁴⁹¹, sancionada em 16 de março de 2015, publicada no Diário Oficial da União no dia seguinte e em vigor desde 18 de março de 2016. Significativas mudanças foram promovidas, impactando decisivamente na forma como se compreende e aplica o Direito no Brasil. Porém, é preciso que, além de formalmente reconhecidas, essas mudanças sejam vividas, aconteçam. O primeiro passo para esse acontecer, para que o novo rompa com as velhas práticas de um dogmatismo inautêntico, é ser reconhecido como novo, é ter sua dimensão e

⁴⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do direito. p. 290.

⁴⁹¹ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#art1045. Acesso em: 14 de junho de 2017.

possibilidade reconhecidas.

3.1 O ABANDONO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: REFLEXOS PARA A TEORIA DA DECISÃO JURÍDICA COM BASE NA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

A mais significativa das mudanças promovidas pela Lei n. 13.105/2015 para a Teoria do Direito repousa no artigo 371 do Novo Código de Processo Civil, e não se trata de uma inserção mas uma supressão. Prevê o citado dispositivo que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”. A mudança textual foi singela, mas trouxe consigo algumas décadas de Filosofia e Teoria do Direito. Para além da melhoria redacional, o que há de mais significativo em comparação com o artigo 131⁴⁹² do Código de Processo Civil de 1973⁴⁹³ é a retirada da palavra “livremente”. Com isso, é expungido do Processo Civil brasileiro o Livre Convencimento Motivado.

Ainda vinculado à crença de uma “verdade real” que deveria ser buscada pelo juiz, ou seja, formada subjetivamente a partir de sua consciência, o Livre Convencimento Motivado mantinha-se preso ao esquema sujeito-objeto, à Metafísica da Filosofia da Consciência, refratário à viragem linguística que instaura na intersubjetividade os sentidos, a verdade possível histórica e temporal. Nesse sentido, vinha justificando decisões solipsistas, atribuições arbitrárias de sentidos e o enfraquecimento dos textos legais e constitucionais, impossibilitando o autêntico acontecer do Direito.

Não se diga que não foi esse o objetivo do legislador ou que se tratou de um mero esquecimento, a mudança foi proposital, paradigmática, e há de ser respeitada.

Durante a tramitação dos Projetos de Lei n. 6.025/2005 e n.

⁴⁹² Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

⁴⁹³ BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm#art1218. Acesso em: 15 de maio de 2017.

8.046/2010⁴⁹⁴, os quais, aglutinados e somados a uma dezena de outros que tramitavam na Câmara dos Deputados, deram origem ao Novo Código de Processo Civil, a questão foi expressamente analisada e debatida. O Substitutivo apresentado e aprovado em 8 de maio de 2013⁴⁹⁵ trazia a seguinte redação para o então artigo 378 do Código de Processo Civil: “O juiz apreciará **livremente** a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento” (negrito que não está no original). Outros artigos espargidos pelo Código também faziam referência ao Livre Convencimento Motivado.

Porém, já na Emenda Aglutinativa Substitutiva Global de Plenário n. 2, apresentada em 30 de outubro de 2013⁴⁹⁶, o artigo 378 trazia a redação do atual artigo 371 do Código de Processo Civil, com a exclusão da palavra “livremente”, que foi também extraída de outros artigos do Código, como se mostrará.

Lenio Streck, que sugeriu a supressão ao relator Deputado Paulo Teixeira, menciona no livro *Comentários ao Código de Processo Civil* as razões que apresentou quando da súplica direcionada ao parlamentar:

Embora historicamente os Códigos Processuais estejam baseados no livre convencimento e na livre apreciação judicial, não é mais possível, em plena democracia continuar transferindo a resolução dos casos complexos em favor da apreciação subjetiva dos juízes e tribunais. (...) O livre convencimento se justificava em face da necessidade de superação da prova tarifada. Filosoficamente, o abandono da fórmula do livre convencimento ou da livre apreciação da prova é corolário do paradigma da intersubjetividade, cuja compreensão é indispensável em tempos de democracia e de autonomia do direito. Dessa forma, a invocação do livre convencimento por parte de juízes e tribunais acarretará, a toda evidência, a nulidade da decisão.⁴⁹⁷

Além do artigo 378 (atual artigo 371), a redação original do Projeto de Lei

⁴⁹⁴ Detalhes da tramitação estão disponíveis em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=302638>. Acesso em: 15 de junho de 2017.

⁴⁹⁵ Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1086929&filename=Tramitacao-PL+6025/2005. Acesso em: 15 de junho de 2017.

⁴⁹⁶ Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1174670&filename=Tramitacao-PL+6025/2005. Acesso em 15 de junho de 2016.

⁴⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. Art. 371. In: _____; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. p. 552.

n. 8.046/2010⁴⁹⁸, oriundo do Senado, trazia na redação do artigo 353, atual artigo 369, referência expressa à “livre convicção do juiz”. No texto original constava no dispositivo: “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar fatos em que se funda a ação ou a defesa e influir eficazmente na **livre convicção do juiz**” (sem negrito no original). A palavra “livre” foi suprimida com a aprovação da Emenda n. 481/2011 e da Subemenda n. 10, conforme justificativas que constam do Relatório Final⁴⁹⁹.

Outras referências à possibilidade de o julgador decidir conforme seu Livre Convencimento que eram encontradas no Código de Processo Civil de 1973 foram igualmente retiradas da redação final da Lei n. 13.105/2015, por uma questão de coerência com as mudanças promovidas nos artigos 369 e 371 do Novo Código de Processo Civil. Assim é que os artigos 394⁵⁰⁰; 426⁵⁰¹; 480, § 3º⁵⁰²; e 720⁵⁰³ do

⁴⁹⁸ Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&filename=PL+8046/2010. Acesso em: 15 de junho de 2017.

⁴⁹⁹ A Emenda n. 481/2011 altera a redação do artigo 353, propondo a substituição da expressão “livre convicção” por “convicção motivada”.

Na justificativa o autor assevera que o dispositivo, na sua redação atual, formula enunciado que não se coaduna com a garantia do devido processo constitucional, prestigiada no Estado Democrático de Direito:

“Seria, pois, conveniente substituir a expressão ‘livre convicção do juiz’ por ‘convicção motivada do juiz’. Dentro da principiologia constitucional democrática não mais se pode cogitar de livre convicção do juiz no ato de julgar sob livre desprezo às argumentações das partes desenvolvidas em contraditório, em torno das questões discutidas no processo.

A idéia de livre convicção deve ser substituída por convicção motivada, pois é preciso que a redação do dispositivo seja afeiçoada à teoria constitucionalista do processo, que orientou a elaboração do projeto, conforme confessou a Exposição de Motivos do Anteprojeto que lhe serviu de base.

[...].

Conclui-se, pois, pela rejeição da Emendas 91 e 387/11 e pela aprovação da Emenda 481/11, nos termos da subemenda apresentada ao final.

[...].

A Subemenda n.º 10 atribui nova redação para o art. 353, propondo a substituição da expressão ‘livre convicção’ por ‘convicção motivada’. O art. 353, em sua redação original, formula enunciado que não se coaduna com a garantia do devido processo constitucional, prestigiada no Estado Democrático de Direito, que não se coaduna com a livre convicção do juiz no ato de julgar. Destarte, voto pela constitucionalidade, juridicidade, boa técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação da Subemenda nº 10, nos termos do substitutivo, ao final, apresentado.” (Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1214772&filename=Avulso+-PL+6025/2005. Acesso em: 15 de junho de 2017. pp. 3165-3167 e 4420)

⁵⁰⁰ Art. 394. A confissão extrajudicial, quando feita oralmente, só terá eficácia nos casos em que a lei não exija prova literal.

⁵⁰¹ Art. 426. O juiz apreciará fundamentadamente a fé que deva merecer o documento, quando em ponto substancial e sem ressalva contiver entrelinha, emenda, borrão ou cancelamento.

⁵⁰² Art. 480. O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia

Novo Código de Processo Civil, correspondentes, respectivamente, aos artigos 353⁵⁰⁴; 386⁵⁰⁵; 439, parágrafo único⁵⁰⁶; e 1.107⁵⁰⁷ do Código de Processo Civil de 1973, já citados no capítulo 2, perderam qualquer referência à liberdade de convencimento do juiz.

Some-se a isso o fato de que, no Código revogado, previa o artigo 436 que “o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos”, ao passo que o atual Código dispõe, no artigo 479, que “o juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no artigo 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito”.

Cabe reforçar que todas as referências ao Livre Convencimento Motivado que apareciam no Código de Processo Civil de 1973, antes citadas, estavam presentes nas redações originais dos Projetos de Lei n. 6.025/2005 e n. 8.046/2010 até o Substitutivo apresentado e aprovado em 8 de maio de 2013, sendo suprimida, juntamente com a mudança de redação que deu origem ao vigente artigo 371, quando da apresentação da Emenda Aglutinativa Substitutiva Global de Plenário n. 2, em 30 de outubro de 2013.

As alterações realizadas não deixam qualquer dúvida de que foi propositalmente expungido do Novo Código de Processo Civil o Livre

quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida.

[...]

§ 3º A segunda perícia não substitui a primeira, cabendo ao juiz apreciar o valor de uma e de outra.

⁵⁰³ Art. 720. O procedimento terá início por provocação do interessado, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, cabendo-lhes formular o pedido devidamente instruído com os documentos necessários e com a indicação da providência judicial.

⁵⁰⁴ Art. 353. A confissão extrajudicial, feita por escrito à parte ou a quem a represente, tem a mesma eficácia probatória da judicial; feita a terceiro, ou contida em testamento, será livremente apreciada pelo juiz.

⁵⁰⁵ Art. 386. O juiz apreciará livremente a fé que deva merecer o documento, quando em ponto substancial e sem ressalva contiver entrelinha, emenda, borrão ou cancelamento.

⁵⁰⁶ Art. 439. A segunda perícia rege-se pelas disposições estabelecidas para a primeira. Parágrafo único. A segunda perícia não substitui a primeira, cabendo ao juiz apreciar livremente o valor de uma e outra.

⁵⁰⁷ Art. 1.107. Os interessados podem produzir as provas destinadas a demonstrar as suas alegações; mas ao juiz é lícito investigar livremente os fatos e ordenar de ofício a realização de quaisquer provas.

Convencimento Motivado. Com ele são expressamente repelidos do Direito Processual Civil brasileiro os subjetivismos, decisionismos e Solipsismos judiciais, fulcrados no esquema sujeito-objeto, possibilitando e indicando a adoção de um novo proceder judicial, de uma Teoria da Decisão que esteja sustentada na construção intersubjetiva dos sentidos; no respeito ao Direito e sua história institucional; na consideração dos textos e dos fatos como eventos conformadores dos sentidos; na Constituição Federal como vetor de sentido para suspensão dos prejuízos/Preconceitos inautênticos; na historicidade, temporalidade e faticidade da compreensão; enfim, em uma efetiva invasão da Jurisdição pela Hermenêutica e pela Viragem Ontológico-Linguística por ela promovida.

Evidentemente, como vem sendo defendido ao longo de todo o trabalho, a construção dos sentidos dos textos ocorre na *applicatio*, na intersubjetividade, na prática da comunidade de intérpretes, a partir da tradição, da suspensão dos prejuízos a fim de que apenas os autênticos, legítimos, influam no processo compreensivo. Nesse sentido, não é no legislador ou em uma pretensa intenção sua que se buscará os sentidos absolutos, inatos, infinitizados de um texto. É no mundo prático, no mundo vivido, na concretização diária da interpretação que acontecerá essa construção de sentidos e serão abertas clareiras que possibilitem o acontecer do ser do Novo Código de Processo Civil.

A redação da Lei n. 13.105/2015, porém, é clara no sentido de expulsar do Processo Civil brasileiro o Livre Convencimento Motivado. Por mais que se realize uma interpretação concretizadora e produtora de sentidos do novo texto legislativo, não se pode subverter o que o texto fala. Parafraseando Gadamer, para que se possa dizer alguma coisa sobre o Novo Código de Processo Civil, é preciso deixar que o Novo Código de Processo Civil diga alguma coisa.

Assim, além de dizer o Código de Processo Civil de 2015 que o Livre Convencimento Motivado não faz mais parte de seu sistema, ficou demonstrado acima que foi esse o objetivo do legislador durante a tramitação do Projeto, circunstâncias que devem ser consideradas na sua compreensão. A interpretação que conduz à conclusão de que deve ser instaurada uma nova Teoria da Decisão a partir das mudanças promovidas, por tudo o que foi exposto ao longo da presente

pesquisa, pode ser afirmada como autêntica, pois coerente com a superação da Metafísica; com o Estado Democrático de Direito e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; com um novo e necessário paradigma filosófico que instaura na linguagem e na intersubjetividade a produção dos sentidos, resgatando o mundo prático. Em outras palavras, não é somente a mudança legislativa que reclama uma mudança na Teoria da Decisão Judicial, um agir que possibilite o acontecer do ser do Direito, mas toda uma construção Filosófica e Teórica que supera o paradigma subjetivista, Metafísico e Positivista que sustenta o Livre Convencimento Motivado.

O abandono do Livre Convencimento Motivado traz reflexos profundos na teoria da decisão e não pode ser reduzido a uma questão menor de mera valoração das provas, em oposição ao sistema da prova tarifada, o que seria ignorar “aquilo que sobressai como mais relevante em uma democracia: a discussão sobre mecanismos concretos de *controle* do convencimento judicial”⁵⁰⁸. Essa simplificação resgata a superada dicotomia entre *questão de fato* e *questão de direito*, real e ideal, conforme abordado no capítulo anterior, incorrendo no equívoco de, separando o inseparável, entregar a produção de sentidos ao sujeito solipsista.

Como observa Lenio Streck, o Novo Código de Processo Civil passou a exigir do juiz “responsabilidade política e suspensão de seus prejuízos sobre o mundo e os fatos a interpretar-julgar”⁵⁰⁹, a fim de que as decisões reflitam o Direito e a Constituição, independentemente da opinião pessoal do julgador, de suas convicções, sentimentos e ideologias. Direito encarado como “um conceito interpretativo” construído intersubjetivamente e que respeita, na compreensão, as leis, as normas constitucionais, os regulamentos e “os precedentes que tenham DNA constitucional”⁵¹⁰.

⁵⁰⁸ DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. **A expulsão do Livre Convencimento Motivado do Novo CPC e os motivos pelos quais a razão está com os hermeneutas**. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/04/13/a-expulsao-do-livre-convencimento-motivado-do-novo-cpc-e-os-motivos-pelos-quais-a-razao-esta-com-os-hermeneutas/>. Acesso em: 15 de junho de 2017.

⁵⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. Art. 371. In: _____; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. p. 554.

⁵¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. O Novo CPC e o *Hermeneutic Turn* do Direito brasileiro – Condições e possibilidades. In: **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 23,

Foi sepultado o protagonismo do juiz no sentido de condução subjetiva do processo com vistas à formação de seu convencimento, instaurando-se um proceder coparticipativo e cooperativo entre todos os atores processuais. A ideia de que o juiz é livre para decidir, desde que motive posteriormente o seu convencimento – como se “a justificação ou motivação conseguisse suprir o problema fulcral que residia, exatamente, no livre atribuir de sentidos, corolário do paradigma da subjetividade”⁵¹¹ –, foi substituída por uma construção intersubjetiva dos sentidos que serão buscados pelo juiz na e pela linguagem, condição de possibilidade da compreensão, sob o crivo da tradição, da história institucional do Direito, respeitando sua autonomia, Coerência e Integridade.

Com a mudança paradigmática operada pela Lei n. 13.105/2015 deverá ser sepultado das práticas jurisdicionais o sujeito solipsista, que se coloca como fundamento do mundo, que o assujeita a partir de sua subjetividade. Como observa Streck, é “*evidente que essa mudança de paradigma vai provocar ranhuras e espanto, mormente no seio da comunidade dos juristas*”⁵¹² (itálico no original), pois rompe com décadas de um agir pautado na Filosofia da Consciência. Porém, é preciso reconhecer a superação do paradigma metafísico pela fenomenologia e submeter as práticas jurídicas a esse novo olhar, que possibilita, na faticidade, o acontecer do ser do Direito. A subjetividade do intérprete precisa ser controlada pela tradição e pelos “constrangimentos linguístico-epistemológicos” que conformam a sua condição-de-ser-no-mundo⁵¹³, o que, no Direito, insista-se, ocorre no respeito à história institucional do Direito, à Integridade e à Coerência.

O paradigma que se instaura na jurisdição a partir do Novo Código de Processo Civil não decorre apenas do abandono do Livre Convencimento Motivado, é necessário que se esclareça. O artigo 371 precisa ser lido em conjunto com outros importantes dispositivos da Lei n. 13.105/2015 para que se compreenda exatamente a dimensão das mudanças promovidas.

n. 90, abr./jun. 2015. p. 360

⁵¹¹ STRECK, Lenio Luiz. Art. 371. In: _____; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. p. 552.

⁵¹² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do direito. p. 227.

⁵¹³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do direito. p. 278.

A proibição de decidir conforme o Livre Convencimento Motivado está diretamente relacionada ao dever de fundamentar a decisão, entendido como explicitação da compreensão, na qual o juiz deve demonstrar a autenticidade dos Preconceitos com os quais operou, no sentido de estarem adequados ao Direito intersubjetivamente construído, em especial à Constituição. Nesse sentido, o artigo 371 precisa ser lido em conjunto com o artigo 489⁵¹⁴ do Novo Código de Processo Civil, que detalha os passos a serem seguidos pelo juiz na fundamentação da decisão, os quais devem ser rigorosamente observados. A ausência de fundamentação adequada equipara-se à negativa de jurisdição, viola, portanto, garantia constitucional e conduz à nulidade da decisão.

Isso porque “a fundamentação é a condição de possibilidade para a legitimidade da decisão, sendo que esta não pode estar baseada no sentimento pessoal do julgador”⁵¹⁵. Não se trata de simplesmente oferecer motivos para o convencimento, fornecer justificativas para uma escolha realizada subjetivamente. O juiz deve explicitar as razões de sua compreensão, que sempre se antecipa. Deve oferecer “uma justificação (fundamentação) de sua interpretação, na perspectiva de demonstrar como a interpretação oferecida por ele é a melhor para aquele caso”⁵¹⁶. Nesse processo, deve suspender seus Preconceitos/prejuízos e submetê-los ao crivo da tradição, da história institucional do Direito, que ocorre na e pela linguagem.

⁵¹⁴ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

⁵¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. O Novo CPC e o *Hermeneutic Turn* do Direito brasileiro – Condições e possibilidades. In: **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**. p. 361.

⁵¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do direito. p. 399.

Nas palavras de Streck, “o juiz deve controlar sua subjetividade por intermédio da intersubjetividade proveniente da linguagem pública (doutrina, jurisprudência, lei e Constituição)”⁵¹⁷.

A fundamentação vai reconstruir discursivamente todo o processo compreensivo ocorrido na *applicatio*, demonstrando, desde o relatório, que houve a devida reconstrução da história efetual do caso concreto; que os textos legais, a Constituição, a doutrina e a jurisprudência foram considerados; que os prejuízos/Preconceitos foram suspensos; que os argumentos das partes foram sopesados e, sendo o caso, refutados; que as provas produzidas foram apreciadas; e que a norma concretizada surgiu da conjugação de todos esses fatores e não de uma mera escolha solipsista.

Isso significa também que o juiz não pode valer-se de mera reprodução de discursos *prêt-à-porter*, de conceitos jurídicos standardizados, de princípios criados *ad hoc*, da mera reprodução de súmulas, verbetes ou ementas, da só referência a texto legal para fundamentar a decisão, o que está expresso no inciso I do § 1º do artigo 489 do Novo Código de Processo Civil. O caso fático deve sempre servir de vetor de sentido à produção da Norma Jurídica, contextualizando os textos legais, constitucionais, doutrinários e jurisprudenciais. Os horizontes do texto e da tradição precisam ser fundidos ao horizonte do caso concreto.

É de grande importância também o artigo 926 do Novo Código de Processo Civil ao estabelecer que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Como visto no capítulo 1, a coerência exige que preceitos e princípios aplicados em determinado caso o sejam aos demais casos idênticos que forem julgados, com isso assegurando-se a igualdade entre os jurisdicionados. A Integridade, extraída da teoria de Ronald Dworkin, exige que as decisões reflitam a integralidade do conjunto do Direito, de modo que, tanto quanto possível, seja visto como harmônico e coerente. Nesse sentido, a Integridade é contrária aos voluntarismos, Solipsismos e decisionismos, pois a decisão deve refletir de modo coerente o Direito da comunidade política.

⁵¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. Art. 371. In: _____; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. p. 683.

A exigência de Integridade e Coerência é naturalmente contrária ao Livre Convencimento Motivado e seria suficiente para, por si só, enfraquecê-lo. Isso porque, nos dizeres de Streck, “a integridade refere-se a um freio ao estabelecimento de dois pesos e duas medidas nas decisões judiciais, constituindo-se em uma garantia contra arbitrariedades interpretativas”⁵¹⁸.

A partir da exigência de que os Tribunais mantenham a Coerência e a Integridade da jurisprudência - consequentemente vinculando os magistrados de primeiro grau, pois devem considerar o que é decidido pelos Tribunais Superiores, nos termos do disposto no artigo 927 do Novo Código de Processo Civil –, não se admite decisões justificadas em uma pretensa liberdade de convicção, em sentido diverso ao que vem sendo reiteradamente decidido. Não significa que divergências não sejam admissíveis, porém devem ser rigorosamente justificadas em face de uma ausência de similitude do caso concreto ou no reconhecimento de que os fundamentos das decisões paradigma estão equivocados ou necessitam de adequação de sentido ao horizonte do intérprete. Tampouco autoriza uma repetição irrefletida de súmulas, verbetes ou precedentes, pois exige-se sempre a concretização da norma no caso concreto.

Tomadas em conjunto as mudanças promovidas pela Lei n. 13.105/2015, em especial com os artigos 371, 489 e 926, não resta dúvida de que abrem as portas para uma nova Teoria da Decisão, comprometida com a concretização do Direito. Possibilitam o abandono de um modelo centrado na subjetividade do intérprete, originado do esquema sujeito-objeto da Filosofia da Consciência, para adotar-se um modelo de Teoria da Decisão instaurada na intersubjetividade. A Viragem Ontológico-Linguística promovida pela Filosofia Hermenêutica e pela Hermenêutica Filosófica ganha um horizonte de possibilidade para ingressar definitivamente na Dogmática Jurídica brasileira.

Corroborando com essa afirmação a análise das alterações à luz dos cinco princípios fundantes da Teoria da Decisão da Crítica Hermenêutica do Direito, referidos no subcapítulo 1.3. Muito embora a principiologia do Estado Democrático

⁵¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. Art. 371. In: _____; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. p. 1186.

de Direito já indicasse a necessidade dessa abertura, o Novo Código de Processo Civil reconhece expressamente e fortalece essa constatação.

O abandono do Livre Convencimento Motivado conduz ao “controle hermenêutico das decisões”, pois impõe que sejam reflexo de um compreender autêntico, sem Solipsismos ou decisionismos. O convencimento deve ser formado a partir da análise da história institucional do Direito, da tradição autêntica, intersubjetivamente.

O “efetivo respeito à Integridade e à Coerência do Direito” foi positivado no artigo 926, e o “dever fundamental de justificar as decisões” detalhadamente disposto no artigo 489, ambos do Novo Código de Processo Civil, exigindo do juiz uma efetiva *accountability*.

A “necessidade de preservação da autonomia do Direito” decorre da conformação Constitucional da ordem jurídica, que instaura o Estado Democrático de Direito Brasileiro e institucionaliza a Moral por meio dos princípios.

A conjugação desses princípios conduz ao “direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada”, pois “as diversas concepções sobre como interpretar e como aplicar têm como objetivo alcançar respostas corretas ou a ‘melhor resposta’, metódica e conteudisticamente”⁵¹⁹. A resposta correta, no sentido de constitucionalmente adequada, surge no caso concreto, decorre de uma interpretação hermeneuticamente adequada, com base na história institucional do Direito e tendo a Constituição como vetor de sentido, deve respeitar a autonomia, Integridade e Coerência do Direito e, por consequência, não pode decorrer de apreciações subjetivistas. A resposta constitucionalmente adequada não é uma escolha, decorre da tradição, da historicidade, da suspensão dos prejuízos inautênticos e na faticidade.

Abre-se, portanto, uma clareira em meio ao agir reprodutivo e inautêntico da Dogmática Jurídica positivista, lançando luzes sobre essa tradição e possibilitando uma mudança de mentalidade que permita que o ser do Direito se

⁵¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 306.

revele, que a Constituição seja vivenciada em seu acontecer autêntico naquilo que possui de transformador e libertário.

Partindo do novo paradigma que informa a Teoria da Decisão, é possível realizar uma análise dos sentidos do Livre Convencimento Motivado encontrados nos julgados citados no subitem 2.1 com o objetivo de avaliar se estão conformados ao Novo Código de Processo Civil.

A maioria dos julgados sustentava no Livre Convencimento Motivado a dispensa de provas, seu indeferimento ou sua determinação de ofício. A partir da entrada em vigor da Lei n. 13.105/2015, porém, não são mais admissíveis decisões que dispensem a produção de prova ou a determinem de ofício com fundamento na livre convicção do juiz. Seja por estarem justificadas no Livre Convencimento Motivado, seja por violarem o dever de fundamentação previsto no artigo 489. São nulas, portanto, decisões que se limitem a afirmar que “é o magistrado o destinatário final das provas, podendo, com base em seu livre convencimento, indeferir ou deferir aquelas que considere dispensável ou não à solução da lide”⁵²⁰.

Essa visão do processo como instrumento do juiz para formação de seu Convencimento, que está vinculada à ideia de protagonismo do magistrado, incumbido de buscar a “verdade real”, foi abandonada pelo Novo Código de Processo Civil. Instaura-se, a partir do artigo 6º da Lei n. 13.105/2015, uma coparticipação e corresponsabilidade pelo processo, pois prevê que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Conforme analisam Lúcio Delfino e Ziel Ferreira Lopes, o processo passou a ser “um *locus* normativamente condutor de uma comunidade de trabalho na qual todos os sujeitos processuais atuam em viés interdependente e auxiliar, com responsabilidade na construção e efetivação dos provimentos judiciais”⁵²¹.

⁵²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 2014/0261579-0, do Piauí. Relator Ministro Sérgio Kukina. Órgão julgador: Primeira Turma, julgado em 17.3.2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 25 de maio de 2017.

⁵²¹ DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. **A expulsão do Livre Convencimento Motivado do Novo CPC e os motivos pelos quais a razão está com os hermeneutas**. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/04/13/a-expulsao-do-livre-convencimento-motivado-do->

Ademais, a ideia de busca por uma “verdade real” também permanece presa à relação Metafísica sujeito-objeto, uma vez que encara a verdade, ora como um dado bruto a ser buscado nos próprios fatos, ora como “uma construção, erguida — a partir de uma pseudo ‘consciência metodológica’ — pelo sujeito cognoscente”⁵²². Com a instrumentalidade do processo, a verdade era “produzida” pelo juiz na gestão da prova. Ignora-se, nesse viés, a construção intersubjetiva dos sentidos na e pela linguagem. Com a viragem linguística é possível perceber que a verdade não está nos fatos, tampouco instaura-se na subjetividade do sujeito cognoscente; trata-se de um conceito intersubjetivo.

Nesse paradigma intersubjetivo a instrução probatória não se volta à reconstrução dos fatos, mas sim à confirmação dos discursos produzidos em Juízo. Conforme analisa Streck, ao juiz incumbe “avaliar as interpretações individuais deduzidas em juízo e submetê-las ao exercício hermenêutico (reconstrução da história institucional dos fenômenos), a fim de legitimar a atuação judicial e isso conferir validade a uma versão”⁵²³.

Sem o Livre Convencimento Motivado também não se justifica a manutenção de uma decisão que não tenha enfrentado todos os argumentos das partes. A nulidade, aliás, decorre da previsão expressa no artigo 489, inciso IV, do Novo Código de Processo Civil. Não são mais admissíveis, portanto, argumentos semelhantes ao de que incumbe ao juiz “equacionar a demanda de acordo com o seu Livre Convencimento Motivado, estando desonerado, inclusive, de rebater ponto a ponto todas as questões invocadas pelas partes, não implicando isso em omissão no julgado”.⁵²⁴

É nula, ainda, a sentença que diga que “o magistrado está autorizado a

novo-cpc-e-os-motivos-pelos-quais-a-razao-esta-com-os-hermeneutas/. Acesso em: 15 de junho de 2017.

⁵²² STRECK, Lenio Luiz. O Novo CPC e o *Hermeneutic Turn* do Direito brasileiro – Condições e possibilidades. In: **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**. p. 357.

⁵²³ STRECK, Lenio Luiz. Art. 369. In: _____; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. p. 549.

⁵²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Embargos de Declaração em Agravo em Agravo de Instrumento n. 2015.020490-3, de Joinville. Relator Desembargador Pedro Manoel Abreu. Órgão julgador: Terceira Câmara de Direito Público, julgado em 1.12.2015. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 21 de maio de 2017.

decidir da forma que lhe parecer mais justa e adequada a partir dos dados apresentados no processo”⁵²⁵, pois não mais o assiste o Livre Convencimento Motivado. O juiz deve decidir conforme o Direito. Fundamentar a decisão em uma pretensa liberdade para escolher a solução mais justa é antidemocrático e viola a atual sistemática processual civil.

Como visto no capítulo anterior, eram recorrentes as decisões que se limitavam a repetir discursos estandardizados sem qualquer reconstrução da história efetual do caso fático, tais como “cabe ao magistrado decidir a questão de acordo com o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso”⁵²⁶. A exigência de fundamentação e de Coerência e Integridade das decisões não admite mais esse tipo de repetição irrefletida de discursos assertóricos sem uma efetiva Hermenêutica e explicitação do processo de compreensão.

Em resumo, foi superado todo e qualquer resquício de uma Dogmática Jurídica Positivista que relega a tarefa interpretativa à Discricionariedade do julgador. Decisões baseadas apenas “no sentir”, “no ver”, “na consciência” ou “no entender” do julgador não devem mais fazer parte das práticas jurisdicionais.

A Sociedade, por meio do Novo Código de Processo Civil, exige do magistrado responsabilidade política, suspensão dos seus prejuízos/Preconceitos para que decida conforme o Direito da Comunidade Política, para que entregue uma prestação jurisdicional adequada à Constituição, que reflita a melhor resposta com base na interpretação Hermenêutica do Direito.

A Sociedade não mais exige – aliás, nunca exigiu – que o juiz tenha “envolvimentos éticos e legais”; que garanta “o valor do justo”; que se porte como um “ser humano culturalmente diferenciado”; que interaja “com os valores pessoais e

⁵²⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2015.093386-0, de Blumenau. Relator Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz, Órgão julgador: Segunda Câmara de Direito Público, julgado em 8.3.2016. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 21 de maio de 2017.

⁵²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 2016/0007791-5, do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Órgão julgador: Segunda Turma, julgado em 15.3.2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 25 de maio de 2017.

tradicionais do contexto social”; ou que “tome a decisão mais justa” a partir de “seu senso intuitivo do que é certo”, da “sua formação moral, além da consciência média da comunidade a que jurisdiciona”.⁵²⁷ Qualquer decisão fundamentada nesse sentido é absolutamente nula em face do Novo Código de Processo Civil.

Dessarte, o Novo Código de Processo Civil abre possibilidades para o florescer de uma Teoria da Decisão Hermenêutica, que permita o acontecer autêntico do ser do Direito. Preso ao método, aos fundamentos absolutos e aos dispositivos como razões definitivas de dever ser, o Direito permanecia entificado, submetido a Preconceitos inautênticos. Nesse paradigma, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a despeito de compromissária e pretensamente transformadora, estava impossibilitada de acontecer, pois coisificada pela subjetividade assujeitadora dos intérpretes, por seus sentimentos pessoais, suas opiniões políticas, morais e ideológicas.

Abre-se, agora, a possibilidade de instauração de um novo paradigma, fundado na construção intersubjetiva dos sentidos, que permita ao Direito mostrar-se em seu ser, sem entificações, sem subjugação a consciências individuais. Surge com ele a possibilidade de uma mudança de mentalidade e procedimento que permitam que a Constituição Republicana finalmente seja vivida, concretizada em seu autêntico papel transformador e libertário. A Lei n. 13.105/2015 “abre as portas para que se adote, finalmente, uma teoria da decisão judicial efetivamente democrática”⁵²⁸, com participação efetiva e respeito às partes na construção da decisão que reflita o Direito da comunidade política, respeitando a autonomia, a Integridade e a Coerência do Direito.

Esse câmbio paradigmático impõe, inclusive, uma nova leitura sobre dispositivos cuja redação permanece igual, pois “mesmo que o texto jurídico não tenha sido alterado, alterou-se a sua norma (o sentido do texto)”⁵²⁹. O horizonte de

⁵²⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2006.045036-8, de Mafra. Relator Desembargador Volnei Carlin, órgão julgador: Primeira Câmara de Direito Público, julgado em 8.3.2007. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 21 de maio de 2017.

⁵²⁸ STRECK, Lenio Luiz. O Novo CPC e o *Hermeneutic Turn* do Direito brasileiro – Condições e possibilidades. In: **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**. p. 365.

⁵²⁹ STRECK, Lenio Luiz. Art. 369. In: _____; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.).

sentido é outro, a tradição mudou, impondo que o intérprete suspenda seus Preconceitos e construa novos sentidos, autênticos, conformados à Constituição e ao paradigma hermenêutico instaurado pelo Novo Código de Processo Civil.

Inserido de forma significativa nessa mudança paradigmática, o abandono do Livre Convencimento Motivado conduz à impossibilidade de subjetivismos, decisionismos e Solipsismos como fundamentos das decisões judiciais. O juiz não pode mais motivar uma decisão “segundo sua consciência”. O Direito deve aparecer e prevalecer, fornecendo as respostas adequadas aos problemas judicializados. E essa constatação é de extrema relevância, tendo em vista que, como observa Lenio Streck, “*exatamente no contexto da superação do sujeito solipsista é que ocorre – ou deveria ocorrer – a superação do Positivismo Jurídico*”⁵³⁰ (itálico no original). É impossível compatibilizar a Hermenêutica, fundada na intersubjetividade, com o Positivismo Jurídico ou propostas pós-positivistas axiologistas ou pragmaticistas, sustentadas na metafísica relação sujeito-objeto.

As possibilidades abertas pelo Novo Código de Processo Civil, porém, somente ganham sentido no acontecer do Direito, na vivência prática de seus postulados que se pretendem transformadores. É preciso, portanto, analisar como essas mudanças vêm sendo recepcionadas pela doutrina tradicional e pela prática judicial, na concretização do Direito que ocorre na *applicatio*. Em outras palavras, analisar se o novo está sendo visto e vivido como novo. É o que será procedido na sequência a partir do levantamento de entendimentos doutrinários sobre o Novo Código de Processo Civil e análise de como vem sendo produzida a jurisprudência a partir de então.

3.2 REFLEXOS DA MUDANÇA PARADIGMÁTICA POSSIBILITADA PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NA DOUTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA: LIMITES E POSSIBILIDADES IMPOSTOS AO NOVO

A construção intersubjetiva dos sentidos, o abrir clareiras que possibilita o acontecer do ser do Direito, tem como importante partícipe a doutrina. Além de

Comentários ao Código de Processo Civil. p. 549.

⁵³⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração Hermenêutica da construção do direito. p. 375.

subsidiar os processos de compreensão, provocando a suspensão dos Preconceitos e sua submissão à tradição, nesse processo circular construindo a própria tradição autêntica, a doutrina tem por importante função ser crítica, causar, na expressão cunhada por Lenio Streck, “constrangimentos linguístico-epistemológicos”⁵³¹ que visam conformar a condição-de-ser-no-mundo do intérprete. Em outras palavras, a doutrina contribui para a construção intersubjetiva dos sentidos exigindo e de certa forma induzindo que a produção da Norma Jurídica na *applicatio* respeite a autonomia, a Integridade e a Coerência do Direito e exerça o controle hermenêutico das decisões judiciais.

Nesse sentido, a concretização do câmbio paradigmático possibilitado pelo Código de Processo Civil de 2015, sua vivência, o despertar do novo, passa, necessariamente, pela contribuição da doutrina na construção intersubjetiva dos sentidos de um outro olhar, um olhar hermenêutico. É preciso, portanto, analisar como vem se posicionando a doutrina após a entrada em vigor da Lei n. 13.105/2015. Importa novamente lembrar que não se trata de uma análise exaustiva, mas exemplificativa, com base em doutrinadores de grande influência na atualidade.

Um dos juristas que contribuiu para a elaboração do Novo Código de Processo Civil, Fredie Didier Jr., em obra conjunta com Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, afirmam que a sistemática instituída pela Lei n. 13.105/2015 “permite que o órgão julgador atribua às provas produzidas o valor que entender que elas mereçam, de acordo com as circunstâncias do caso concreto”⁵³². Sustentam que o sistema adotado pelo Novo Código de Processo Civil é denominado “convencimento motivado” e tem por objetivo “evitar ‘juízos discricionários’, ‘puramente subjetivos’, ‘solipsistas’ do órgão julgador”⁵³³, permitindo e facilitando o controle da decisão.

⁵³¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do direito. p. 278.

⁵³² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 102.

⁵³³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. p. 102.

Especificamente sobre a inovação textual, Didier Jr., Braga e Oliveira afirmam que o abandono do “advérbio ‘livremente’” não foi por acaso, pois “todas as referências ao ‘Livre Convencimento Motivado’ foram extirpadas do texto do Código. O silêncio é eloquente. O convencimento do julgador deve ser racionalmente motivado”⁵³⁴. Sustentam não ser mais correta qualquer referência ao Livre Convencimento Motivado como “princípio fundamental do processo civil brasileiro”, inclusive advertindo tratar-se de uma das mais importantes mudanças “do ponto de vista simbólico do novo CPC”, inspirada nas provocações de Lenio Streck, razão pela qual não pode ser ignorada.

Muito embora os autores não se estendam nas suas considerações, tampouco trabalhem na obra todas as implicações que essa significativa mudança “do ponto de vista simbólico” representa, deixam claro que não há mais falar em Livre Convencimento Motivado sob a égide do Código de Processo Civil de 2015.

Humberto Theodoro Júnior apresenta entendimento um pouco confuso sobre o assunto. Isso porque, ao tempo em que afirma que “adotou o Código, como se vê, o sistema da *persuasão racional*, ou ‘Livre Convencimento Motivado’”⁵³⁵, também sustenta que “entendeu o legislador de suprimir a menção ao ‘livre convencimento do juiz’ na apreciação da prova”⁵³⁶. O que se infere é que, no entendimento do doutrinador, manteve-se o sistema do Livre Convencimento Motivado, porém foi extirpada qualquer possibilidade de “livre convencimento do juiz”⁵³⁷.

Pondera que o Livre Convencimento Motivado “ao ver de certo ramo da filosofia do direito, implicava compromisso com a *Discretionariedade judicial* ou com

⁵³⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. p. 103.

⁵³⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. Volume 1. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 1112.

⁵³⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. Volume 1. p. 1109.

⁵³⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. Volume 1. p. 1109.

a formação de decisões conforme a *consciência do julgador*⁵³⁸ (itálico no original). Porém, no entendimento de Theodoro Júnior, o Livre Convencimento Motivado jamais conferiu um poder discricionário ao julgador, uma vez que, a par de poder escolher “as provas que melhor se prestariam à solução da causa”, era imposto a ele o dever de fundamentar sua escolha, após o devido contraditório e sujeito à revisão recursal. Reconhece, porém, que, no intuito de evitar o inconveniente de servir para justificar decisões discricionárias, o legislador entendeu por bem excluir da Lei n. 13.105/2015 qualquer referência ao “livre convencimento do juiz”, com isso impondo limites ao Livre Convencimento Motivado, sem, no entanto, abandoná-lo.⁵³⁹

Do ponto de vista defendido por Humberto Theodoro Júnior, o Livre Convencimento Motivado foi mantido no Novo Código de Processo Civil, porém adotou-se o “princípio democrático da participação efetiva das partes na preparação e formação do provimento que haverá de ser editado pelo juiz”⁵⁴⁰, o que impede que aprecie apenas as provas que julgar pertinentes ou necessárias, devendo considerar todo o conjunto probatório dos autos, bem como que se limite a apresentar as razões capazes de sustentar seu convencimento, impondo que analise todos os argumentos relevantes deduzidos pelas partes.⁵⁴¹

Além disso, afirma Theodoro Júnior que “o processo democrático não pode tolerar construções de resultados processuais que sejam fruto do puro discricionarismo do juiz”⁵⁴². Há de ser assegurada a participação de todos os sujeitos do processo na formação do provimento jurisdicional. A sentença deve ser voltada ao caso concreto e construída democraticamente. Acrescenta, ainda, que o juiz “interpreta e aplica o direito e não seus sentimentos pessoais de justiça”, razão pela qual o exame das provas há de ser realizado conforme “o ordenamento jurídico, como um todo, concretizado e individualizado diante do caso dos autos”, e não

⁵³⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Volume 1. p. 1109.

⁵³⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Volume 1. p. 1109.

⁵⁴⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Volume 1. p. 1109.

⁵⁴¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Volume 1. p. 1109-1110.

⁵⁴² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Volume 1. p. 1110.

segundo a vontade do julgador.⁵⁴³

Com o objetivo de ser ainda mais claro no que afirma, Humberto Theodoro Júnior assevera que “na constitucionalização do processo democrático” não se pode mais apostar em um livre convencimento do juiz, em razão do risco de “gerar ‘decisões conforme a consciência do julgador’”, pois “não há como admitir que a interpretação e aplicação concreta do direito sejam operações autônomas e independentes”⁵⁴⁴.

A despeito de não se poder concordar com a afirmação de que o Livre Convencimento Motivado foi mantido no Processo Civil brasileiro e do fato de que o autor mantém a já criticada cisão entre análise dos fatos e análise do Direito, sobressai a necessidade de ressaltar a percepção de que o Novo Código de Processo Civil sepulta qualquer Discricionariedade da decisão judicial, impondo ao juiz a construção participativa dos sentidos.

A maior parte da doutrina, porém, tem rumado em sentido inverso, não refletindo (sobre) a paradigmática mudança possibilitada pelo Novo Código de Processo Civil.

Daniel Amorim Assumpção Neves, que vem sendo bastante referenciado na prática judicial e adotado como fonte de consulta em cursos de Direito, após realizar breve exposição sobre os sistemas de valoração da prova, os quais divide em ordálias e juízos de Deus, prova legal, livre convencimento (persuasão íntima) e Livre Convencimento Motivado (persuasão racional), sustenta que esse último subsiste como sistema de valoração da prova no Processo Civil brasileiro.⁵⁴⁵

O autor defende expressamente o entendimento de que o Novo Código de Processo Civil manteve o Livre Convencimento Motivado. Em clara demonstração de que essa conclusão decorre de uma opinião subjetiva, afirma que a faz “não me

⁵⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Volume 1. p. 1110.

⁵⁴⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Volume 1. p. 1111.

⁵⁴⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 649.

impressionando com a supressão de todas as referências ao termo livre convencimento e a outras expressões em sentido parelho no novo ordenamento processual”⁵⁴⁶.

Assevera Neves que essa afirmação decorre de uma “certa confusão”, pois o Livre Convencimento Motivado estaria “vinculado à parte fática da decisão”, razão pela qual a exigência de fundamentação pelo Novo Código de Processo Civil, que no seu entendimento diz respeito apenas “à parte jurídica”, não tem o condão de macular a prevalência do Livre Convencimento Motivado como sistema de apreciação das provas.⁵⁴⁷

Argumenta que esse equívoco, essa confusão entre a análise da prova e a fundamentação jurídica da decisão é evidenciada pela afirmação de que “a mudança legislativa leva ao respeito às decisões dos tribunais superiores ou à exigência de que o juiz enfrente todas as questões arguidas pelas partes”. Isso porque, a seu ver, o Livre Convencimento Motivado nunca serviu de abertura a uma análise discricionária da prova, nem mesmo sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, razão pela qual não houve qualquer mudança significativa nesse sentido.⁵⁴⁸

Ocorre que, como demonstrado no subcapítulo 2.1, a aplicação jurisprudencial do Livre Convencimento Motivado vinha justa e claramente no sentido contrário do que afirma o autor. Justificava, sim, decisões contrárias às proferidas pelos tribunais superiores (sem qualquer reflexão sobre o caso concreto ou a necessidade de superação do entendimento), o indeferimento, a dispensa e a produção de provas de forma discricionária e a desnecessidade de analisar todos os argumentos das partes. E isso por um motivo muito simples: não há como cindir a análise dos fatos (das provas) da análise dos textos jurídicos (dos sentidos que formam a norma).

Preso a esse equívoco filosófico, Neves sustenta que, quisesse o

⁵⁴⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 668.

⁵⁴⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. p. 649.

⁵⁴⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. p. 649.

legislador estabelecer controle sobre a “fundamentação da parte fática”, a fim de evitar “expressões vazias tais como ‘conforme as provas dos autos’”, deveria ter inserido algum inciso nesse sentido no § 1º do artigo 489 do Novo Código de Processo Civil, porém, “nenhuma das exigências quanto à fundamentação da decisão diz respeito à valoração das provas”⁵⁴⁹. Inclusive sugere que uma das possibilidades que poderia ter sido adotada pelo legislador para “afastar a valoração de apreciações subjetivas do juiz” seria a adoção do conceito de “*sociabilidade de convencimento*”, cunhado por Malatesta, que, na compreensão de Neves, sustenta que a valoração deve ser a mesma que seria realizada racionalmente pelo “homem médio”, convencendo-se o juiz da mesma forma que se convenceria “qualquer pessoa”.⁵⁵⁰ Fácil perceber que o raciocínio do autor é circular, pois, num primeiro momento afirma que nunca houve Discricionariedade na análise da prova, depois afirma que o legislador perdeu uma oportunidade de fixar maior controle sobre a subjetividade do juiz nessa análise. Pior, propõe uma solução ainda vinculada à separação sujeito-objeto, à Filosofia da Consciência, com a construção dos sentidos pelo juiz com base no que imagina teria sido avaliado pelo “homem médio”. Quem é o “homem médio”? O juiz está acima da média? Mais subjetivo impossível.

Insiste-se: o § 1º do artigo 489 não faz qualquer menção expressa à “parte fática” ou mesmo à “parte jurídica”, porque são incindíveis. Exigir fundamentação adequada já quer dizer análise dos fatos (ou das versões sustentadas no processo), das provas e dos textos, lembrando que textos, provas e fatos são eventos a serem considerados na compreensão.

Por outros termos, além de uma opinião pessoal, subjetiva, que demonstra clara indisposição em aceitar o novo, democraticamente discutido e decidido quando de sua inserção na Lei, com legitimidade popular, Daniel Neves insiste na antes criticada cisão entre *questão de fato* e *questão de direito* para afirmar que o Livre Convencimento Motivado subsiste. Toda a crítica elaborada no capítulo anterior demonstrou que essa velha cisão, vinculada a um paradigma filosófico superado, no esquema sujeito-objeto, aplica-se à defesa realizada pelo

⁵⁴⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. p. 651.

⁵⁵⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. p. 651.

autor. Os fatos não são objetos desnudos aos quais serão posteriormente aplicados os sentidos, construídos em abstrato. A *applicatio* gadameriana derrui o argumento do autor.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero analisam o processo civil da perspectiva de uma teoria da interpretação argumentativa, o que deve ser considerado quando da leitura de suas obras. Ao tratarem da interpretação, os referidos autores reconhecem que o intérprete não realiza uma atividade cognitiva, identificando os sentidos do texto, como se a norma já estivesse neles contida. Afirmam que a “norma é resultado de um processo que visa a *reduzir a equivocidade do texto e concentrar o seu significado*”⁵⁵¹, fruto da interpretação. Os autores diferem, porém, interpretação de aplicação, ao afirmarem que toda aplicação do Direito pressupõe a sua interpretação, porém nem toda interpretação tem por finalidade aplicar o Direito, e por aplicar entende-se “*retirar consequências jurídicas* da incidência de normas jurídicas em uma determinada situação jurídica”⁵⁵². Os textos são encarados como “potencialmente equívocos”, o que decorre “de *diferentes interesses e concepções a respeito da justiça dos intérpretes e da multiplicidade de concepções dogmáticas e métodos interpretativos*”⁵⁵³ (itálico no original), que influem na significação dos textos. A produção da norma, compreendida, como resultado da interpretação do texto, dependeria de diversos fatores políticos, sociais, éticos e intelectuais do intérprete. Interpretado o texto, a norma ainda conteria um certo grau de vagueza, cuja resolução também depende da atuação do intérprete no momento da aplicação.

554

As divergências com os paradigmas filosófico e teórico sustentados no presente trabalho são evidentes, sendo desnecessário o contraponto. Os fundamentos teóricos dos autores foram mencionados apenas para que sejam considerados quando da análise, na sequência, da interpretação que realizam das

⁵⁵¹ MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. Volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 52.

⁵⁵² MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. Volume 1. p. 51.

⁵⁵³ MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. Volume 1. p. 51-52.

⁵⁵⁴ MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. Volume 1. p. 52.

alterações promovidas pelo Novo Código de Processo Civil.

Ao tratar da “fundamentação e prova”, Marinoni, Arenhart e Mitidiero afirmam que a valoração da prova é “livre pelo juiz”, pois o Direito brasileiro continua adotando “a regra da valoração racional da prova (art. 371)”, a despeito da “supressão do adjetivo ‘livre’”. Essa adoção, na visão dos autores, é inevitável, “tendo em conta que a eventualidade de o juiz ter de escolher entre duas versões probatórias é ineliminável”. Ressalvam que as razões que levaram ao convencimento devem ser expostas na sentença, a fim de que sua análise permita “a aferição da racionalidade do convencimento”.⁵⁵⁵

A afirmação de que o Novo Código de Processo Civil mantém o Livre Convencimento Motivado, ignorando inclusive a mudança textual, tratada como irrelevante, decorre de dois pressupostos que podem ser identificados na obra. Primeiro, como visto acima, que a interpretação admite múltiplas respostas, posteriormente subsumidas ao caso concreto, dependendo a correção dessas vaguezas, tanto na interpretação quanto na aplicação, de uma livre escolha do intérprete. Ou seja, tratam a decisão como uma escolha, ainda que posteriormente justificada.

Segundo, e como decorrência dessa primeira observação, a cisão entre análise dos fatos e análise do Direito. Nesse ponto, a cisão realizada pelos autores ganha certa sofisticação, pois distinguem “o raciocínio que se faz sobre a prova (probatório), o raciocínio para decidir (decisório) e o raciocínio para justificar a decisão (justificatório)”⁵⁵⁶. Sustentam que o raciocínio probatório, que consiste em analisar a credibilidade da prova, sua relação com os fatos e as presunções, antecede o raciocínio decisório. Em um segundo momento, “o juiz analisa o conjunto probatório ou outros critérios que lhe permitam decidir”, nisso consiste o raciocínio decisório. Por fim, após chegar à decisão, resta ao juiz justificá-la, quando então realiza o raciocínio justificatório. Advertem que os dois primeiros podem confundir-

⁵⁵⁵ MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Volume 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 424.

⁵⁵⁶ MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Volume 2. p. 429.

se, porém o terceiro é facilmente separado deles. Essa facilidade decorre do fato de que, nos raciocínios probatório e decisório, o juiz “se coloca frente a duas opções e deve escolher uma delas”, ao passo que no raciocínio justificatório, “*não há mais o que escolher, pois é apenas necessário justificar*” (itálico no original).⁵⁵⁷

No livro “Teoria geral do processo”, Fernando da Fonseca Gajardoni ratifica entendimento por ele defendido antes mesmo da entrada em vigor da Lei n. 13.105/2015, em um curto artigo publicado em meio digital intitulado “O Livre Convencimento Motivado não acabou no novo CPC”⁵⁵⁸. Sustenta que “o fato de não mais haver no sistema uma norma expressa indicativa de ser livre o juiz para, mediante fundamentação idônea, apreciar a prova, não significa que o princípio secular do Direito brasileiro deixou de existir”⁵⁵⁹, mostrando-se refratário ao novo em razão da secularidade do velho.

Insiste o autor que o Livre Convencimento Motivado jamais foi pensado como “alforria para o juiz julgar o processo como bem entendesse”⁵⁶⁰, mas, sim, em contraposição aos sistemas da prova legal e do livre convencimento puro. Argumenta que “autonomia na valoração da prova e necessidade de adequada motivação são elementos distintos”⁵⁶¹, acrescentando que “a regra do art. 489, § 1º, CPC/2015, trata do 2º elemento (motivação), e não do 1º (liberdade na valoração da prova)”⁵⁶².

Prosseguindo com seu raciocínio, Gajardoni afirma que o “dever de respeito aos precedentes”, que aponta decorrer do artigo 927 do Novo Código de Processo Civil, também não traz nada de novo, tampouco “impacta no livre convencimento”, pois “a novel regra é de interpretação da lei, não de valoração da

⁵⁵⁷ MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Volume 2. p. 429.

⁵⁵⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **O Livre Convencimento Motivado não acabou no novo CPC**. Disponível em: <https://jota.info/colunas/novo-cpc/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc-06042015>. Acesso em: 18 de junho de 2017.

⁵⁵⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015: parte geral. São Paulo: Forense, 2015. p. 470.

⁵⁶⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015: parte geral. p. 470.

⁵⁶¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015: parte geral. p. 470.

⁵⁶² GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015: parte geral. p. 470.

prova (que continua sendo livre)”⁵⁶³. Afirma que tampouco o contraditório cooperativo estabelecido no Novo Código de Processo Civil (que na visão do autor em estudo já estava presente no Código revogado), gera alguma influência no Livre Convencimento Motivado, pois o julgador continua tendo de apreciar livre e motivadamente a prova.⁵⁶⁴

Para finalizar, assevera que “além da autonomia na valoração motivada da prova, mesmo em matéria de interpretação do Direito há espaço para a liberdade de convicção”⁵⁶⁵ do juiz, o que, a seu ver, decorre da possibilidade de decidir contrariamente aos precedentes, conforme previsto no artigo 489, § 1º, inciso VI, do Novo Código de Processo Civil, desde que opere distinguindo o caso concreto do precedente (*distinguishing*) ou demonstrando a superação do entendimento (*overruling*). Fica evidente, com essa afirmação, que o autor não compreendeu a profundidade da Crítica Hermenêutica do Direito, reduzindo a responsabilidade do juiz com a construção intersubjetiva de sentidos a uma mera reprodução de julgados e conceitos *prêt-à-porter*, ou seja, atribui à Hermenêutica justamente as práticas que são duramente por ela criticadas e superadas.

Cumpra apenas lembrar os argumentos já sustentados no presente trabalho, no sentido de que de nada adianta ao controle do subjetivismo do julgador exigir posterior fundamentação, se a decisão é fruto de uma livre escolha. A motivação não pode vir depois, como mera justificativa para uma escolha discricionária realizada em um primeiro momento. Além disso, também Gajardoni permanece preso à cisão *questão de fato-questão de direito*, transformando a interpretação em uma tarefa conceitual abstrata, carente de realidade fática.

Em modelo menos aprofundado dos produtos doutrinários, Rodrigo da Cunha Lima Freire e Maurício Ferreira Cunha, autores do “Novo Código de Processo Civil para concursos” (como se houvesse dois, um para a prática jurídica e outro, exclusivo, para os concursos públicos), preferiram não tomar partido na discussão,

⁵⁶³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015: parte geral. p. 470.

⁵⁶⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015: parte geral. p. 470-471.

⁵⁶⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015: parte geral. p. 471.

limitando-se a afirmar, em comentários ao artigo 371 da Lei n. 13.105/2015, que “o CPC brasileiro adota o sistema da persuasão racional”, que deve ser lido em conformidade com o artigo 489 do mesmo Código. Na sequência, afirmam que a expressão Livre Convencimento Motivado era utilizada como sinônimo de persuasão racional durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, porém, com a inovação legislativa, instaurou-se divergência entre doutrinadores que afirmam o seu abandono e defendem que foi mantido sob a justificativa de que é desnecessária qualquer referência expressa a ele.⁵⁶⁶

De certa forma, os autores tratam o Livre Convencimento Motivado como algo diferente da persuasão racional e, assim, fogem da discussão, afirmando que o Novo Código adota a persuasão racional e existe divergência na doutrina com relação ao Livre Convencimento Motivado. Esqueceram-se, entretanto, que a divergência sobre o Livre Convencimento Motivado é também uma divergência sobre a persuasão racional.

Alguns doutrinadores vão além, simplesmente ignorando a discussão. Não é possível precisar se houve desconhecimento sobre a divergência ou, diante dela, preferiu-se ignorá-la, mas Paulo Cezar Pinheiro Carneiro e Humberto Dalla Bernardina de Pinho, no livro “Novo código de processo civil: anotado e comparado”, ao comentarem o artigo 371, limitam-se à expressão “mera alteração de redação”⁵⁶⁷. As palavras não importam, os textos não valem, quando os sentidos já estão construídos na subjetividade do intérprete e ele não é capaz de suspender os Preconceitos com os quais opera. Ainda que a proposta da obra seja a concisão, não poderia se omitir em ao menos anotar a divergência, pontuar a significativa mudança que não se tratou de “mera alteração da redação”.

O novo causa, de fato, perplexidade e traz evidentes entraves a uma reprodução até então confortável, porém inautêntica, de conceitos e práticas. A mudança não ocorre sem ranhuras e resistência. E, nesse sentido, objetivando

⁵⁶⁶ FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima; CUNHA, Maurício Ferreira. **Novo código de processo civil para concursos**: Doutrina, Jurisprudência e questões de concursos. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 538.

⁵⁶⁷ MACHADO JÚNIOR, Dario Ribeiro; *et. al.* **Novo código de processo civil**: anotado e comparado: lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro e Humberto Dalla Bernardina de Pinho (Coordenadores). Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 214.

manter uma facilitada subsunção, oferecendo respostas prontas a perguntas ainda não postas, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de magistrados – ENFAM, durante o Seminário “O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil”, antes mesmo da entrada em vigor da Lei n. 13.105/2015, elaborou e aprovou 62 enunciados⁵⁶⁸ que têm por objetivo servir de orientação à atuação da magistratura brasileira. De certa forma, “doutrinando em causa própria”.

Muito embora nenhum dos enunciados diga respeito diretamente ao Livre Convencimento Motivado, alguns deles referentes à fundamentação impactam diretamente a compreensão judicial que vem sendo dada ao livre convencimento. Prevê o enunciado n. 10 que “a fundamentação sucinta não se confunde com a ausência de fundamentação e não acarreta a nulidade da decisão se forem enfrentadas todas as questões cuja resolução, em tese, influencie a decisão da causa”. A sua leitura, conjugada aos enunciados números 13⁵⁶⁹ e 42⁵⁷⁰, permite concluir que a fundamentação continuará, em grande parte, limitada à linha de justificação desenvolvida pelo julgador, uma vez que a própria definição do que possa em tese influenciar na decisão necessita de fundamentação ou será, também, fruto de uma avaliação subjetiva. Isso, associado à desnecessidade de enfrentar os argumentos que conduziram à formação do precedente (ainda que a parte intente rediscuti-los a partir de novas perspectivas?!) e à ausência de nulidade sem demonstração de “efetivo prejuízo” conduz à manutenção do agir já estabelecido, ignorando os textos legislados.

De se considerar, ainda, que os enunciados sequer trazem motivação ou justificação para sua adoção, pretendendo servir, portanto, como verdadeiros discursos standardizados que serão apenas reproduzidos como motivação de decisões. Evidentemente que uma decisão que se limite a citar um enunciado é carente de fundamentação, por consequência de também o ser o próprio enunciado.

⁵⁶⁸ Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em: 18 de junho de 2017.

⁵⁶⁹ Enunciado n. 13) O art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015 não obriga o juiz a enfrentar os fundamentos jurídicos invocados pela parte, quando já tenham sido enfrentados na formação dos precedentes obrigatórios.

⁵⁷⁰ Enunciado n. 42) Não será declarada a nulidade sem que tenha sido demonstrado o efetivo prejuízo por ausência de análise de argumento deduzido pela parte.

Do levantamento de autores procedido é possível concluir que, apesar de algumas clareiras de sentido estarem sendo abertas, como é o caso de Fredie Didier Jr. e, em parte, Humberto Theodoro Júnior, significativa parcela da doutrina permanece refratária às mudanças promovidas pelo Novo Código de Processo Civil com relação ao Livre Convencimento Motivado, preferindo sustentar que tudo permanece como antes.

Além da contribuição doutrinária, é necessário avaliar, ainda, como vem se portando a magistratura brasileira com relação a esse processo. Considerando que a *applicatio* na interpretação do Direito, a concretização dos textos jurídicos na faticidade, é tarefa incumbida primordialmente aos magistrados, depende da postura do Poder Judiciário, de sua forma de compreender, a concretização de qualquer mudança na Dogmática Jurídica.

A fim de analisar o impacto que a Lei n. 13.105/2015 gerou sobre as práticas judiciárias, será procedida comparação com os julgados citados no subcapítulo 2.1., lembrando que não se tem por objetivo esgotar toda a compreensão que os magistrados têm do tema e ciente da existência de dissensos. A amostragem novamente será limitada às câmaras de direito público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e à primeira seção do Superior Tribunal de Justiça, composta pelas primeira e segunda turmas, as quais detêm competência em matéria de direito público, pelos motivos já expostos. Porém, desta feita, os julgados analisados compreenderão o período posterior à entrada em vigor da Lei n. 13.105/2015, ou seja, 18 de março de 2016.

A pesquisa realizada no banco virtual de acórdãos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina⁵⁷¹, usando a expressão “livre convencimento” e limitada às ementas e ao período compreendido entre 18.3.2016 e 18.6.2017, reportou 114 decisões proferidas pelas câmaras de direito público. Quando estendida a pesquisa ao corpo dos acórdãos, utilizando-se dos mesmos parâmetros e ao longo do mesmo período, foram localizados 746 julgados.

⁵⁷¹ Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#formulario_ancora. Consultado em: 18 de junho de 2017.

A consulta aos julgados disponíveis no banco de dados virtual do Superior Tribunal de Justiça⁵⁷², também com a expressão “livre convencimento” e limitada ao período compreendido entre 18.3.2016 e 18.6.2017, reportou 140 acórdãos proferidos pelas primeira e segunda turmas.

No geral, a quase totalidade dos julgados, tanto do Tribunal de Justiça de Santa Catarina quanto do Superior Tribunal de Justiça, continua fazendo menção ao Livre Convencimento Motivado ao tratar da gestão da prova pelo juiz, para justificar seu indeferimento, a sua produção de ofício pelo magistrado ou a consideração de algum elemento de prova em detrimento de outro para deslinde da controvérsia. Permanece manifesta a concepção de que as provas se destinam ao convencimento do julgador e podem ser dispensadas quando, solipsisticamente, entender que não terão a possibilidade de influir na sua compreensão.

Assim é que, em decisão proferida pela Segunda Câmara de Direito Público na Apelação Cível n. 0001703-98.2014.8.24.0076, de Turvo, Relator Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz, julgado em 3 de maio de 2017, no qual se discutia a necessidade de produção de prova oral, indeferida pelo Juízo de primeiro grau, foi decidido:

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO ANULATÓRIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE TRÂNSITO. INFRAÇÃO AO ART. 165 DO CTB (DIRIGIR SOB EFEITO DE ÁLCOOL). PROCESSO ADMINISTRATIVO QUE CULMINOU COM O RECOLHIMENTO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO E COM A SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR.

ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA. SUPOSTO INDEFERIMENTO DE PROVA TESTEMUNHAL. **LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. ART. 330, I, DO CPC/1973 (ART. 355, I, DO CPC/2015).** CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA DENTRO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DEVIDAMENTE RESPEITADOS. INSUBSISTÊNCIA DAS ALEGAÇÕES.

Cabe ao juiz, **na condição de presidente do processo e destinatário da prova, decidir sobre a necessidade ou não da realização de prova**, não implicando cerceamento de defesa o julgamento com base nas provas existentes nos autos, se a prova testemunhal que a parte pretendia produzir era desnecessária ao deslinde da "quaestio". (Apelação Cível n. 2013.034878-0, de

⁵⁷² Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Consultado em: 18 de junho de 2017.

Pomerode, Relator: Des. Jaime Ramos, julgada em 26/3/2015).⁵⁷³
(sem negrito no original)

O trecho destacado é repetido no corpo de outros 118 acórdãos proferidos entre 18 de março de 2016 e 18 de junho de 2017, como resposta pronta aos casos analisados, justificada qualquer que seja a decisão adotada pelo Juízo singular em seu Livre Convencimento Motivado.

Não é outro o procedimento que vem sendo adotado pela Primeira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, reproduzindo julgados proferidos sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 como se mudança alguma houvesse ocorrido:

AGRAVO RETIDO INTERPOSTO PELA REQUERIDA NA VIGÊNCIA DO ANTIGO CPC. INDEFERIMENTO DO PEDIDO PARA EXPEDIÇÃO DE OFÍCIOS À EPAGRI, DEFESA CIVIL E RECEITA FEDERAL, QUE TERIA RESULTADO EM CERCEAMENTO DE DEFESA. RECHAÇO.

PROVIDÊNCIA DESNECESSÁRIA PARA O DESLINDE DA CONTROVÉRSIA. DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS SUFICIENTES À SOLUÇÃO DA LIDE.

DILIGÊNCIA QUE, ADEMAIS, PODERIA TER SIDO EFETIVADA NA ESFERA ADMINISTRATIVA PELA INTERESSADA. CARÊNCIA DE PROVA NESTE SENTIDO.

"O magistrado é o destinatário das provas produzidas no processo, cabendo a ele, com base no Livre Convencimento Motivado, indeferir a produção de provas que julgar impertinentes, irrelevantes ou protelatórias, sem importar em cerceamento de defesa, ou determinar o colhimento daquelas que considerar essenciais ao enfrentamento da controvérsia, conforme dispõe os arts. 130 e 131 do CPC/1973 (equivalentes ao art. 370, caput e parágrafo único, do CPC/2015) [...]."⁵⁷⁴

Com base no mesmo argumento foram proferidos outros 17 julgados ao longo do período consultado, posteriormente à vigência do Novo Código de

⁵⁷³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 0001703-98.2014.8.24.0076, de Turvo. Relator Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz, Órgão julgador: Segunda Câmara de Direito Público, julgado em 23.5.2017. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 19 de junho de 2017.

⁵⁷⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 0300026-92.2014.8.24.0032, de Itaiópolis. Relator Desembargador Luiz Fernando Boller, Órgão julgador: Primeira Câmara de Direito Público, julgado em 23.5.2017. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 19 de junho de 2017.

Processo Civil. No mesmo sentido, em 16 acórdãos foi identificada a seguinte referência aos “princípios” do Livre Convencimento Motivado e da “livre admissibilidade da prova”:

APELAÇÕES SIMULTANEAMENTE INTERPOSTAS. AÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUXÍLIO-DOENÇA. IMPROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DO AUTOR. CERCEAMENTO DE DEFESA. ASSEGURADA NECESSIDADE DA PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL PARA COMPROVAR A RELAÇÃO CAUSAL ENTRE O INFORTÚNIO E A ATIVIDADE DESENVOLVIDA. IMPRESCINDIBILIDADE NÃO DEMONSTRADA.

"Não ocorre o cerceamento de defesa na hipótese em que o magistrado entende que o feito está suficientemente instruído e julga a causa", pois os "princípios da livre admissibilidade da prova e do livre convencimento do juiz permitem ao julgador determinar as provas que entende necessárias à instrução do processo, bem como indeferir aquelas que considerar inúteis ou protelatórias" (STJ-AgRg no Resp nº 845384/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 03/02/2011).⁵⁷⁵

Nesse norte, os recursos que manifestam inconformismo com o julgamento antecipado da lide vêm sendo apreciados sob a justificativa do Livre Convencimento Motivado sob a construção argumentativa de que “não caracteriza cerceamento de defesa quando as provas arregimentadas aos autos são suficientes para permitir ao julgador a formação de seu convencimento pleno e inabalável”⁵⁷⁶, trecho que foi encontrado em 6 julgados proferidos entre 18 de março de 2016 e 18 de junho de 2017.

O Superior Tribunal de Justiça não tem procedido de forma diferente. Mostra-se refratário às mudanças, optando por reproduzir julgados e entendimentos considerados consolidados sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, também como se mudança alguma houvesse ocorrido, ignorando sem qualquer cerimônia o novo texto legal. Nesse sentido, foi recentemente decidido pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça:

⁵⁷⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 0800977-42.2013.8.24.0039, de Lages. Relator Desembargador Luiz Fernando Boller, Órgão julgador: Primeira Câmara de Direito Público, julgado em 2.5.2017. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 19 de junho de 2017.

⁵⁷⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 0501663-40.2012.8.24.0008, de Blumenau. Relatora Desembargadora Sônia Maria Schmitz, Órgão julgador: Quarta Câmara de Direito Público, julgado em 9.3.2017. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 19 de junho de 2017.

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REVISÃO DE BENEFÍCIO. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRINCÍPIO DA LIVRE CONVICÇÃO MOTIVADA. NÃO CONFIGURAÇÃO. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. **O princípio da livre admissibilidade da prova e o princípio do livre convencimento do juiz, permite ao julgador determinar as provas que entende necessárias à instrução do processo**, bem como o indeferimento daquelas que considerar inúteis ou protelatórias, sem que isso importe em cerceamento do direito de defesa.

2. Destarte, a decisão recorrida aplicou ao caso a jurisprudência consolidada do STJ no sentido de que cabe ao magistrado determinar a produção das provas necessária à instrução do processo, indeferindo as diligências que considerar inúteis ou meramente protelatórias, não merecendo reparos.

3. Agravo interno não provido.⁵⁷⁷ (sem negrito no original)

Reproduzem-se os mesmos entendimentos anteriores ao Novo Código de Processo Civil, justificando-se no Livre Convencimento Motivado a gestão plena da prova pelo juiz, que sequer pode receber censura em grau de recurso. É o que se infere de julgado do Superior Tribunal de Justiça quando afirma que o magistrado “é soberano na análise da necessidade, ou não, de produção de prova, conforme o princípio do Livre Convencimento Motivado, razão pela qual não se poderia obrigá-lo a deferir a prova testemunhal requerida”⁵⁷⁸. No mesmo sentido, reconhece o Superior Tribunal de Justiça que perdura o livre convencimento do juiz quando decide que “O julgador é livre para formar o seu convencimento, podendo aceitar ou rejeitar a produção de provas desnecessárias ou irrelevantes, nos termos do art. 130 do CPC/1973”⁵⁷⁹.

Tais asserções continuam a ser reproduzidas como *standards*, discursos

⁵⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 2017/0015202-3, do Rio de Janeiro. Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Órgão julgador: Segunda Turma, julgado em 23.5.2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 19 de junho de 2017.

⁵⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 2017/0016979-7, de São Paulo. Relator Ministro Og Fernandes, Órgão julgador: Segunda Turma, julgado em 2.5.2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 19 de junho de 2017.

⁵⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 2016/0316305-7, do Rio de Janeiro. Relator Ministro Herman Benjamin, Órgão julgador: Segunda Turma, julgado em 2.5.2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 19 de junho de 2017.

prêt-à-porter, para justificar uma decisão em qualquer sentido, conforme a convicção formada subjetivamente pelo juiz, impossibilitando o controle intersubjetivo da construção dos sentidos jurídicos, das normas produzidas na *applicatio* justamente em função do caso concreto.

Em alguns casos, o Livre Convencimento Motivado foi, ainda, invocado para justificar um critério de decisão baseado em uma percepção individual de justiça, como se infere de acórdão proferido pela Segunda Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

RECURSO DO INSS. LESÃO QUE NÃO SE ENQUADRA NOS ANEXOS DO DECRETO N. 3.048/99. IRRELEVÂNCIA. VALOR MERAMENTE EXEMPLIFICATIVO. SUPOSTA AUSÊNCIA DE REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORATIVA. INOCORRÊNCIA. AMPUTAÇÃO PARCIAL DO 5º QUIRODÁCTILO DIREITO. LESÃO QUE INTERFERE NO DESEMPENHO DA ATIVIDADE LABORAL. ART. 436 DO CPC/1973. REQUISITOS PARA IMPLANTAÇÃO DA BENESSE CONTEMPLADOS. OUTORGA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

"A partir do Livre Convencimento Motivado o magistrado está autorizado a decidir da forma que lhe parecer mais justa e adequada a partir dos dados apresentados no processo, desde que expressamente apontadas as razões do decisor. Assim, muito embora tenha a perícia concluído pela inexistência de redução da capacidade laboral, tendo ela atestado a perda parcial de dedo da mão, situação que notoriamente impede a utilização do membro em sua integralidade, faz-se devido o pagamento do auxílio-acidente." (TJSC, AC n. 2013.089712-8, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 04-11-2014).⁵⁸⁰ (negrito que não está no original)

Foram identificados, em diversos julgados, argumentos que, a partir do equivocado entendimento de que o Livre Convencimento Motivado subsiste na Lei n. 13.105/2015, justificam qualquer escolha do julgador, desde que apresente as razões de seu convencimento. Nesse sentido, são comuns, mesmo após 18 de março de 2016, assertivas como “o acórdão está fundamentado de acordo com o seu livre convencimento, baseado nos aspectos pertinentes à hipótese sub judice e

⁵⁸⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 0300734-77.2015.8.24.0010, de Braço do Norte. Relator Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz, Órgão julgador: Segunda Câmara de Direito Público, julgado em 9.5.2017. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 19 de junho de 2017.

com a legislação que entender aplicável ao caso concreto”⁵⁸¹ ou “cabe ao magistrado decidir a questão de acordo com o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto”⁵⁸², ambas extraídas de julgados do Superior Tribunal de Justiça.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em alguns dos julgados consultados, valeu-se do entendimento de que o Livre Convencimento Motivado, já sob égide do Código de Processo Civil de 2015, autoriza ao magistrado não apreciar todas as teses e argumentos suscitados pelas partes, mesmo que isso viole também previsão expressa do artigo 489, § 1º, inciso IV, da Lei n. 13.105/2015. Neste sentido:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRA IRREGULAR, EMBARGADA PELO MUNICÍPIO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DO ENTE PÚBLICO. CONSTRUÇÃO EM DESACORDO COM AS NORMAS URBANÍSTICAS, ERGUIDA AO ARREPIO DA LEI. SUPOSTA OMISSÃO NO ARESTO. INOCORRÊNCIA. PRESSUPOSTOS DO ART. 1.022 DO CPC/15 INEXISTENTES. REJEIÇÃO QUE SE IMPÕE.

"O julgador, desde que fundamente suficientemente sua decisão, não está obrigado a responder todas as alegações das partes, a ater-se aos fundamentos por elas apresentados nem a rebater um a um todos os argumentos levantados, de tal sorte que a insatisfação quanto ao deslinde da causa não oportuniza a oposição de embargos de declaração". (Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 42.271/GO, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 4.9.2012).⁵⁸³

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça continua encontrando no Livre Convencimento Motivado fundamento para não anular julgados nos quais

⁵⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 2016/0135337-8, do Maranhão. Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Órgão julgador: Segunda Turma, julgado em 20.10.2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 19 de junho de 2017.

⁵⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 2015/0322496-9, de Santa Catarina. Relator Ministro Humberto Martins, Órgão julgador: Segunda Turma, julgado em 2.6.2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 19 de junho de 2017.

⁵⁸³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Embargos de Declaração n. 0036128-87.2012.8.24.0023, da Capital. Relator Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz, Órgão julgador: Segunda Câmara de Direito Público, julgado em 13.12.2016. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 19 de junho de 2017.

houve omissão dos Tribunais e magistrados em apreciar e refutar os argumentos das partes. É como procedeu ao afirmar que não houve nulidade em julgado contra o qual foi interposto o Recurso Especial n. 2016/0204470-6, uma vez que “o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos à luz do princípio do Livre Convencimento Motivado”⁵⁸⁴. Também no julgamento de Agravo Interno em Recurso Especial, decidiu-se pela regularidade do proceder do Tribunal que não enfrentou todos os fundamentos das partes, conforme ementa:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 458 E 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. INOCORRÊNCIA. JULGAMENTO CITRA PETITA. INOCORRÊNCIA.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - A Corte de origem apreciou todas as questões relevantes apresentadas com fundamentos suficientes, mediante apreciação da disciplina normativa e cotejo ao posicionamento jurisprudencial aplicável à hipótese. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade.

III - Em nosso sistema processual, o juiz não está adstrito aos fundamentos legais apontados pelas partes. Exige-se apenas que a decisão seja fundamentada, aplicando o julgador a solução por ele considerada pertinente ao caso concreto, segundo o princípio do livre convencimento fundamentado.

IV - A Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

V - Agravo Interno improvido.⁵⁸⁵ (sem negrito no original)

Veja-se que, mesmo sob a sistemática estabelecida pelo Novo Código de Processo Civil, não basta ao magistrado afirmar que apreciou todos os argumentos

⁵⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 2016/0204470-6, do Rio de Janeiro. Relator Ministro Sérgio Kukina, Órgão julgador: Primeira Turma, julgado em 7.3.2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 19 de junho de 2017.

⁵⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial n. 2015/0078307-3, de Goiás. Relatora Ministra Regina Helena Costa, Órgão julgador: Primeira Turma, julgado em 13.12.2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 19 de junho de 2017.

“capazes, em tese, de infirmar a conclusão adotada” ou que o argumento da parte não é capaz de modificar o desfecho dado ao processo, em justificativa autorreferente. Para que se considere fundamentada a decisão, é necessário que demonstre discursivamente que o argumento da parte não é capaz de influir no processo compreensivo desenvolvido e na construção da resposta adequada ao caso, não mais podendo socorrer-se do Livre Convencimento Motivado para evitar tal apreciação.

É preciso observar que, a despeito das inúmeras menções ao Livre Convencimento Motivado que perduram no imaginário e nas práticas dos Tribunais, são muitos os casos nos quais a decisão adotada solipsisticamente não recebe mais o escudo do Livre Convencimento Motivado, que deixa de ser expressamente referido. Ou seja, além de subsistir o Livre Convencimento Motivado, mais do que ele subsistem as práticas subjetivistas, porém, sob outros mantos, como o panprincipiologismo ou apenas a partir do “sentir” do julgador. Em alguns casos, a perspectiva subjetivista que permeia a visão dos magistrados a respeito da própria atividade decisória, ainda que sem menção ao Livre Convencimento Motivado, foi explicitada, como no julgamento de Apelação Cível em Ação Civil Pública no qual o eminente relator consignou em seu voto:

Se há algum diferencial na carreira de magistrado não é o de simplesmente decidir a sorte de quem a submete a seu jugo, mas de **decidir de acordo com suas convicções, a partir do que lhe é posto entre argumentos e provas**. O magistrado não tem a obrigação, nem mesmo o direito, de livremente satisfazer o espírito alheio. Seu compromisso é com os fatos a si postos, e **sobretudo com sua consciência**.

[...]

O juiz comprometido eticamente com a missão a ele outorgada pela nacionalidade não precisa de comandos normativos, nem de mandamentos, nem de recados, menos ainda de admoestações. **O melhor corregedor para o juiz é uma consciência ética [...]**.⁵⁸⁶
(sem negrito no original)

Para além de manterem a argumentação com base no Livre

⁵⁸⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 0003218-33.2011.8.24.0058, de São Bento do Sul. Relator Desembargador Ricardo Roesler, Órgão julgador: Quarta Câmara de Direito Público, julgado em 4.8.2016. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 19 de junho de 2017.

Convencimento Motivado, reproduzindo entendimentos e julgados anteriores ao Novo Código de Processo Civil como se nada houvesse mudado, o que mais causa preocupação e perplexidade é o fato de que em nenhum dos julgados consultados se coloca a indagação sobre a continuidade ou não do Livre Convencimento Motivado. O “princípio” é simplesmente reproduzido como se a conclusão por sua manutenção ou, ao menos, sobre o seu alcance não exigisse qualquer reflexão mais aprofundada.

Pelo que se observou dos julgados pesquisados, é possível afirmar que, na prática da atividade jurisdicional, prevalece o entendimento doutrinário antes referido de que houve “mera alteração da redação” no artigo 371 do Novo Código de Processo Civil em relação ao artigo 131 do Código de Processo Civil de 1973.

Perduram, justificadas apenas no extirpado Livre Convencimento Motivado, decisões que indeferem a produção de provas; determinam a produção de prova de ofício; escolhem alguma das “verdades” sustentadas no processo; julgam antecipadamente a lide; julgam o caso conforme a percepção de justiça do juiz; deixam de analisar todos os argumentos deduzidos pelas partes (com isso violando também o disposto no artigo 489, § 1º, inciso IV, da Lei n. 13.105/2015); optam por algum desfecho qualquer para a controvérsia, desde que justificado. E não se quer dizer que algumas providências probatórias não possam ser adotadas pelo juiz, mas que não podem ser justificadas em um Livre Convencimento que não existe mais. Devem ser fundamentadas no Direito e intersubjetivamente, com a cooperação e coparticipação das partes do processo.

A prática autoritária de apropriação dos sentidos está tão fortemente enraizada no agir judicial, na Dogmática Jurídica que tem por paradigma a Filosofia da Consciência, que se ignora por completo o texto legislado. Contra uma subjetividade assujeitadora os textos pouco valem. Importa o que o sujeito diz sobre eles, e se vê autorizado a dizer qualquer coisa. Fica evidente que a mudança legislativa, por si só, pouco frutificará. É preciso uma mudança de cultura jurídica.

O Livre Convencimento Motivado continua justificando decisões. O dever de fundamentação previsto no artigo 489 do Código de Processo Civil sofre

extorsões de sentido, mitigações, “enunciações” distorcidas e, com isso, a Coerência e a Integridade do Direito continuam a ser conspurcadas. A mudança paradigmática promovida em especial pelos artigos 371, 489 e 926 da Lei n. 13.105/2015 está sendo assujeitada pela prática que objetiva combater. Como consequência, as respostas adequadas à Constituição e ao Direito continuam sucumbindo a opiniões morais, políticas e econômicas dos julgadores. Subsistem os muitos ordenamentos jurídicos (cada juiz e cada Tribunal parece ter o seu), as decisões lotéricas, a insegurança jurídica, a imprevisibilidade. A faticidade continua sucumbindo diante da reprodução de dispositivos como razões definitivas de dever ser, de discursos jurídicos fetichizados, inclusive construídos muito antes do Novo Código de Processo Civil e ignorando-o por completo.

Aparentemente, os Juízes e Tribunais têm evitado enfrentar essa questão central do Novo Código de Processo Civil. É compreensível que a inovação necessita de um período de amadurecimento e reflexão até a concretização. A comodidade da manutenção de velhas e reiteradas práticas também milita contra a mudança. Não se trata de uma alteração de mera formalidade ou procedimento que possa ser apreendida e implementada com facilidade. Derrui décadas, quiçá mais de um século, de uma dogmática positivista fundada na Filosofia da Consciência, de práticas irrefletidamente reiteradas, de uma comodidade conceitual em que a responsabilidade pela não concretização da Constituição é transferida ora ao Poder Executivo, por não implementar políticas públicas, ora ao Poder Legislativo, sob o manto das “normas programáticas” ainda não regulamentadas.

Porém, ao omitirem-se, ao não saírem da inércia das práticas reiteradas e promoverem uma radical e necessária mudança de rumos, os Juízes, os Tribunais, os Membros do Ministério Público, os juristas em geral, reproduzem um paradigma superado, violam o Novo Código de Processo Civil e continuam a obstar o acontecer do ser do Direito, em especial da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Após evidenciada a mudança paradigmática promovida pelo Novo Código de Processo Civil e tudo o que representa para a jurisdição e analisada a sua recepção pela doutrina e jurisprudência, faz-se necessário, por fim, investigar o

entreve que representa o Senso Comum Teórico à concretização do novo e as possibilidades na tentativa de construção de uma nova Teoria da Decisão, uma Teoria da Decisão Hermenêutica, tema a seguir analisado.

3.3 O SENSO COMUM TEÓRICO E A VIRADA HERMENÊUTICA: ENTRAVES E POSSIBILIDADES OBSERVADOS NA TENTATIVA DE CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA HERMENÊUTICA JURÍDICA

A Dogmática Jurídica tradicional, de matriz positivista, permanece presa a um sincretismo anacrônico entre os superados paradigmas metafísicos Aristotélico-Tomista e da Filosofia da Consciência, ambos calcados na relação sujeito-objeto, ora apostando em uma objetividade textual, ora na subjetividade do intérprete. A conceitualização “estandardizada” ou “fetichizada” dessa Dogmática Jurídica afasta o Direito da realidade, dos fatos, das relações políticas e ideológicas que o engendram e de seu acontecer histórico, eternizando práticas, hábitos e costumes.

Como afirma o sociólogo estadunidense Clifford Geertz – e talvez a visão de alguém “de fora” do Campo Jurídico ajude a perceber melhor o quanto isso é paradigmático –, embora uma “reviravolta interpretativa”, que se trata de uma “visão do comportamento humano e dos produtos do comportamento humano como ‘um dizer algo sobre algo’”⁵⁸⁷, tenha alcançado praticamente todos os ramos da cultura “e atingido até mesmo as fortalezas inexpugnáveis do Positivismo, como a psicologia social e a filosofia da ciência, ela ainda não causou muito impacto nos estudos de direito”⁵⁸⁸.

Os juristas precisam refletir sobre essa mudança paradigmática e os impactos que ela gera no Campo Jurídico, refratário a ela e ainda reprodutor de uma linguagem expropriatória do real, desligada da história e das relações de poder que a engendram. Essa linguagem metafísica sufoca inclusive os textos quando não estão de acordo com a vontade dos detentores do poder de atribuir os significados

⁵⁸⁷ GEERTZ, Clifford. **O saber local**: novos ensaios em antropologia interpretativa. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 236.

⁵⁸⁸ GEERTZ, Clifford. **O saber local**: novos ensaios em antropologia interpretativa. p. 237.

da lei. Sob outras bases, porém com os mesmos fins, o professor Luis Alberto Warat já defendia uma necessária “carnavalização” do Direito, no sentido de que a teoria jurídica deve colocar os significantes em permanente situação de produção, deslocando o lugar da verdade, “consagrado para o território onde se realiza simbolicamente a produção social: nosso cotidiano”⁵⁸⁹.

O Novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei n. 13.105/2015, promoveu mudanças significativas na atividade jurisdicional, em especial com o abandono do Livre Convencimento Motivado pelo artigo 371, a exigência detalhada de fundamentação da decisão como explicitação do processo compreensivo no artigo 489 e a exigência de Coerência e Integridade da jurisprudência no artigo 926. É verdade que tais postulados já poderiam ser extraídos de uma leitura Hermenêutica da Constituição e do Direito vigente, porém satisfaz-se agora o fetichismo textual da Dogmática Jurídica, ampliando a possibilidade de uma efetiva e paradigmática mudança da Teoria da Decisão, quiçá a impondo.

Ocorre que, como visto, a recepção de tais mudanças pela doutrina e jurisprudência não tem sido dessa forma. Permanecem, em sua maioria, refratárias a tais mudanças, reproduzindo as velhas práticas de outrora.

Alguns conceitos construídos pelo sociólogo francês Pierre Bourdieu, pelo antropólogo norte americano Clifford Geertz e pelo jurista “argentino-brasileiro” Luis Alberto Warat podem auxiliar na análise e compreensão do modo de produção do Direito, dos limites e possibilidades que coloca a Dogmática Jurídica tradicional para o acontecer do ser do Direito, em especial para as inovações legislativas mencionadas.

Em análise que realiza sobre os diversos sistemas culturais de uma sociedade, Pierre Bourdieu cunha alguns conceitos relevantes para compreender suas estruturas e o poder simbólico que exercem, dentre os quais, para os objetivos do presente trabalho, destaca-se os de “Campo Jurídico”, “*habitus*” e “poder simbólico”.

⁵⁸⁹ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. p. 98.

Bourdieu parte da análise de que o Direito não é completamente independente, tampouco mero instrumento subordinado a poderes externos, como o político. Identifica um universo relativamente independente das forças externas no interior do qual se produz e se exerce a autoridade jurídica, cujas práticas e discursos são fruto de uma lógica duplamente determinada: de um lado pelas relações de força que conferem sua estrutura e definem sua competência; de outro, por uma lógica interna da produção dos sentidos jurídicos que delimitam o alcance e as respostas a serem oferecidas pelo Direito, para que se possa qualificá-las de jurídicas.⁵⁹⁰

Esse universo Bourdieu denomina “Campo Jurídico”, no interior do qual se trava uma disputa pelo monopólio do poder de dizer o Direito, por agentes investidos na tarefa de “*interpretar* (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social”⁵⁹¹. Observa Bourdieu que essa concorrência está limitada pelo fato de as decisões judiciais “poderem distinguir-se de simples actos de força políticos na medida em que se apresentem como resultado necessário de uma interpretação regulada de textos unanimemente reconhecidos”⁵⁹². O controle das forças do Campo Jurídico é exercido pela hierarquização das instâncias judiciais, com a delimitação da parcela de poder que exercem e das interpretações em que se apoiam suas decisões, e também das “normas e as fontes que conferem a sua autoridade a essas decisões”⁵⁹³.

Ao tratar da divisão do trabalho no interior do Campo Jurídico, Bourdieu identifica dois polos extremos entre os quais distribuem-se os “intérpretes autorizados” dos cânones jurídicos. De um lado os teóricos, com uma interpretação voltada para uma elaboração conceitual, teórica, com monopólio dos acadêmicos, professores e doutrinadores, encarregados de ensinar as regras em vigor. De outro, os práticos, em especial os magistrados, encarregados da interpretação voltada à aplicação prática em um determinado caso concreto. A partir dessa diferenciação,

⁵⁹⁰ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. p. 211.

⁵⁹¹ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. p. 212.

⁵⁹² BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. p. 214.

⁵⁹³ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. p. 214.

pondera que a tradição da *common law* experimenta a prevalência dos práticos, ao passo que o Direito da tradição romano-germânica (como o é o francês, sobre o qual escreve Bourdieu, o alemão e o brasileiro) tem a prevalência dos teóricos, do “direito dos professores”. Observa que “a significação prática da lei não se determina realmente senão na confrontação entre diferentes corpos animados de interesses específicos (magistrados, advogados, notários, etc.)”⁵⁹⁴, ou seja, na concretização prática da interpretação dos textos, com o que devem contar o legislador e o teórico.

No interior do Campo Jurídico é estabelecida uma cultura própria, com a definição de condutas e procedimentos por seus participantes, um determinado *habitus*, que Bourdieu define como “um conhecimento adquirido e também um *haver*, um capital (de um sujeito transcendental na tradição idealista) o *habitus*, a *hexis*, indica a disposição incorporada, quase postural”⁵⁹⁵ de um agente em ação no interior do campo, algo próximo à tradição gadameriana. Bourdieu utiliza a noção de *habitus* com o objetivo de fugir da Filosofia da Consciência sem anular o sujeito em uma relação de “cumplicidade ontológica com o mundo”⁵⁹⁶. Trata-se de um conjunto de regras e procedimentos com pretensão universal que resulta de uma lógica de concorrência estabelecida pela divisão do trabalho no interior do Campo Jurídico, em que alguns dos atores atingem posições hierárquicas que lhes permite a produção dos sentidos, a serem apenas reproduzidos pelos demais.

Esses *habitus* e práticas reiteradas do Campo Jurídico, construídos e reforçados pelos “intérpretes autorizados”, orientam uma reprodução que não é objeto de questionamentos. Compõem, assim, um saber qualificado como de bom senso, ou seja, que decorre de um senso comum estabelecido no interior do Campo Jurídico.

Nesse norte, uma compreensão adequada do que é o senso comum em uma determinada cultura é fornecida por Clifford Geertz. O antropólogo estadunidense parte da premissa de que “as formas do saber são sempre e

⁵⁹⁴ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. p. 217-218.

⁵⁹⁵ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. p. 61.

⁵⁹⁶ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. p. 62.

inevitavelmente locais, inseparáveis de seus instrumentos e de seus invólucros”⁵⁹⁷. É a partir dessas análises locais, contextualizadas, que consegue extrair algumas características do que seja o senso comum em determinada cultura.

Geertz, que qualifica seus estudos como de “antropologia interpretativa”⁵⁹⁸ ou de “Hermenêutica cultural”⁵⁹⁹, define o senso comum como “um corpo de crenças e juízos, com conexões vagas, porém mais fortes que uma simples relação de pensamentos inevitavelmente iguais para todos os membros de um grupo que vive em comunidade”⁶⁰⁰. Esclarece que o senso comum não é como um dom ou uma predisposição natural para alguma coisa, como a música ou as artes, mas “uma disposição de espíritos semelhante à devoção ou ao legalismo”⁶⁰¹. Para o antropólogo, o senso comum não é meras opiniões resgatas diretamente das experiências, mas consiste em um corpo organizado de pensamento deliberado que julga e avalia a realidade.

Na visão de Geertz, o senso comum deve ser visto como um sistema cultural como qualquer outro semelhante, no sentido de que se baseiam nos mesmos argumentos: “Aqueles que os possuem têm total convicção de seu valor e de sua validade”⁶⁰².

Para explicar como funciona o senso comum em uma determinada comunidade, Geertz utiliza o exemplo da feitiçaria para os azandes, povo da África Central, com base em estudo de Evans-Pritchard. A tribo dos azandes construiu, ao longo de sua história, um conjunto de conceitos do senso comum que acredita verdadeiro (como, por exemplo, que cortes pequenos cicatrizam rapidamente, que pedras em meio ao barro cozido fazem com que quebre com facilidade) e a feitiçaria ingressa nesse sistema como “uma defesa das afirmações reais da razão coloquial”⁶⁰³, para explicar as anomalias e contradições da realidade com o senso comum construído (quando o corte pequeno infecciona e demora a cicatrizar,

⁵⁹⁷ GEERTZ, Clifford. **O saber local**: novos ensaios em antropologia interpretativa. p. 10.

⁵⁹⁸ GEERTZ, Clifford. **O saber local**: novos ensaios em antropologia interpretativa. p. 13.

⁵⁹⁹ GEERTZ, Clifford. **O saber local**: novos ensaios em antropologia interpretativa. p. 11.

⁶⁰⁰ GEERTZ, Clifford. **O saber local**: novos ensaios em antropologia interpretativa. p. 16.

⁶⁰¹ GEERTZ, Clifford. **O saber local**: novos ensaios em antropologia interpretativa. p. 17.

⁶⁰² GEERTZ, Clifford. **O saber local**: novos ensaios em antropologia interpretativa. p. 80.

⁶⁰³ GEERTZ, Clifford. **O saber local**: novos ensaios em antropologia interpretativa. p. 82.

quando o barro quebra apesar de nenhuma pedra ter sido deixada nele pelo oleiro). Nas palavras do autor, trata-se de “uma variável testa de ferro no sistema de pensamento do senso comum”⁶⁰⁴, que fecha os olhos para as dúvidas que se levantam sobre as crenças do senso comum.

Clifford Geertz identifica cinco qualidades do bom senso ou conhecimento do senso comum. A primeira é a “naturalidade”, segundo a qual apresenta seus conceitos como decorrentes da natureza das coisas, como obviedades, “como aspectos intrínsecos à realidade, como ‘é assim que as coisas funcionam’”⁶⁰⁵. A segunda é a “praticabilidade”, não no sentido de utilidade, mas de sagacidade, de ser prático⁶⁰⁶. A terceira, a “leveza”, que consiste na “vocação que o bom senso tem para ver e apresentar este ou aquele assunto como se fossem exatamente o que parecem ser, nem mais nem menos”⁶⁰⁷, seria, em outras palavras, não “negar as obviedades do óbvio”⁶⁰⁸. A quarta característica é chamada de “não metodicidade”, pois não é a consistência interna que recomenda os conceitos do senso comum. Por fim, a “acessibilidade”, no sentido de que qualquer pessoa no domínio razoável de suas faculdades mentais pode captar as conclusões do bom senso.⁶⁰⁹

Observa o autor que “o senso comum tem algo assim como a síndrome dos objetos invisíveis: estão tão obviamente diante dos nossos olhos que é impossível encontrá-los”⁶¹⁰.

A aplicação da noção de senso comum ao Direito foi realizada de forma magistral por Luis Alberto Warat, que introduziu no Brasil, na década de 80, a Filosofia Analítica do Direito.⁶¹¹

Warat define o “Senso Comum Teórico dos Juristas” como a expressão que “designa as condições implícitas de produção, circulação e consumo das

⁶⁰⁴ GEERTZ, Clifford. **O saber local**: novos ensaios em antropologia interpretativa. p. 83.

⁶⁰⁵ GEERTZ, Clifford. **O saber local**: novos ensaios em antropologia interpretativa. p. 89.

⁶⁰⁶ GEERTZ, Clifford. **O saber local**: novos ensaios em antropologia interpretativa. p. 91.

⁶⁰⁷ GEERTZ, Clifford. **O saber local**: novos ensaios em antropologia interpretativa. p. 92.

⁶⁰⁸ GEERTZ, Clifford. **O saber local**: novos ensaios em antropologia interpretativa. p. 93.

⁶⁰⁹ GEERTZ, Clifford. **O saber local**: novos ensaios em antropologia interpretativa. p. 95.

⁶¹⁰ GEERTZ, Clifford. **O saber local**: novos ensaios em antropologia interpretativa. p. 96.

⁶¹¹ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I**: interpretação da lei: temas para uma reformulação. p. 9.

verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura”⁶¹², um neologismo por ele cunhado para representar a dimensão ideológica implícita nas verdades da Dogmática Jurídica tradicional. Na visão do autor, em suas práticas cotidianas os juristas são influenciados por “representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos de censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que governam e disciplinam anonimamente seus atos de decisão e enunciação”⁶¹³.

A realidade é construída em uma intertextualidade, é o “traçado polifônico das versões interpretativas”⁶¹⁴, extraída da própria circulação discursiva. Assim, todo discurso é feito em um conjunto de referências cuja origem e autoria se perdem. Esse conjunto de citações anônimas que formam os discursos jurídicos aproxima os juristas da ideia de “Senso Comum Teórico”. Na tentativa de resumir suas reflexões, Warat elucida que “os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político da investigação de verdades”⁶¹⁵.

Em um sentido mais restrito, o “Senso Comum Teórico dos Juristas” evidencia que “no Direito não se contam os limites precisos entre o saber comum e a ciência”⁶¹⁶, ou seja, o conhecimento do Direito, principalmente entre os profissionais envolvidos nas práticas judiciais, é refratário a qualquer cientificidade, a uma epistemologia jurídica.

Vinculado à Dogmática Jurídica, o Sentido Comum Teórico é definido como “fonte receptora de um imenso leque de fatores e variáveis surgidos do saber acumulado e da experiência que conformam as estruturas cognoscitivas e raciocínios lógico-demonstrativos do homem de ciência”⁶¹⁷. Trata-se de um acúmulo

⁶¹² WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I**: interpretação da lei: temas para uma reformulação. p. 13.

⁶¹³ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I**: interpretação da lei: temas para uma reformulação. p. 13.

⁶¹⁴ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I**: interpretação da lei: temas para uma reformulação. p. 14.

⁶¹⁵ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I**: interpretação da lei: temas para uma reformulação. p. 15.

⁶¹⁶ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I**: interpretação da lei: temas para uma reformulação. p. 15.

⁶¹⁷ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. p. 35.

histórico de saber teórico que serve como determinante das significações, compreendendo a ideologia e os demais componentes do conhecimento.⁶¹⁸ Um imaginário coletivo que condiciona, de forma inautêntica, a pré-compreensão.

Warat aproxima o senso comum ao conceito de mito, definido, nesse sentido, como “estereotipação semiológica da ideologia”⁶¹⁹, ou seja, como condição necessária e suficiente do convencimento do discurso jurídico. Como mito, o discurso jurídico do Senso Comum Teórico dos Juristas dispensa qualquer justificação, é reproduzido como verdadeiro, correto. Nesse contexto, “a significação mítica seria vista como reiterada afirmação periférica de um modelo axiológico geral”⁶²⁰.

O mito enquanto técnica de controle social, de consolidação e naturalização dos valores normativos e sociais predominantes, une os diferentes discursos jurídicos ao fato de pertencerem a uma mesma forma de perceber o mundo, a um mesmo conjunto de valores, engendrados como se mero reflexo de uma realidade empírica, desvinculados de seus fatores históricos e ideológicos de produção. Em outras palavras, o mito retira das coisas “sua dimensão real e humana; emprestando-lhe a dimensão de eternidade. É uma prestidigitação que inverte o real, esvazia-o de história e o preenche de natureza”⁶²¹.

Com base nesse raciocínio, Warat reafirma que o processo argumentativo da Dogmática Jurídica é um discurso mítico, que não exige explicações, apenas uma clareza de constatações extraídas de um conjunto de respostas prévias, conceitualizações afastadas do tempo. Assim, “o mito simplifica as complexidades, universaliza o contingente, neutraliza as valorações e idealiza a história”⁶²². Os juristas são transformados em meros “consumidores dos modos instituídos de

⁶¹⁸ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. p. 35.

⁶¹⁹ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I**: interpretação da lei: temas para uma reformulação. p. 108.

⁶²⁰ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I**: interpretação da lei: temas para uma reformulação. p. 104.

⁶²¹ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I**: interpretação da lei: temas para uma reformulação. p. 108.

⁶²² WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I**: interpretação da lei: temas para uma reformulação. p. 111.

semiotização jurídica”⁶²³.

O discurso mítico do Sentido Comum Teórico dos juristas limita o campo de investigação da Dogmática Jurídica. Visto como um “complexo articulado do imaginário social e científico”⁶²⁴, produz não só o conhecimento institucionalizado como também os contra discursos críticos, os quais, provenientes do interior do Senso Comum Teórico, explicitam algumas de suas contradições como fatalidades sem propor uma total ruptura.

O simbolismo do Senso Comum Teórico dos Juristas esconde as relações de poder e ideológicas que lhe subjazem, neutraliza e naturaliza na linguagem da Dogmática Jurídica a realidade social, razão pela qual uma efetiva mudança não pode ocorrer “sem considerar o nascimento conjunto de um saber especializado e um imaginário gnosiológico a ele associado”⁶²⁵.

Como “racionalidade subjacente, que opera sobre os discursos de verdade das ciências humanas”⁶²⁶, o Sentido Comum Teórico dos juristas “produz o ocultamento das mitificações, segredos, silêncios e censuras”⁶²⁷ das práticas cotidianas, dos saberes com que operam os juristas, e o faz por meio da linguagem, de uma apropriação e produção arbitrária dos sentidos. Nesse sentido, exerce um “controle de validade e da verdade do discurso jurídico”⁶²⁸.

O Sentido Comum Teórico, explica Warat, comporta também uma função censora, na medida em que é composto por “visões, recordações, ideias dispersas, neutralizações simbólicas que estabelecem um clima significativo para os discursos do direito antes que eles se tornem audíveis ou visíveis”⁶²⁹. Assim, é o Sentido

⁶²³ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. p. 69.

⁶²⁴ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. p. 36.

⁶²⁵ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. p. 68.

⁶²⁶ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. p. 71.

⁶²⁷ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. p. 72.

⁶²⁸ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. p. 75.

⁶²⁹ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. p.

Comum Teórico que define quais são os discursos verossímeis, aceitáveis, rechaçando, deixando à margem da linguagem os que não estejam adaptados. Os raciocínios jurídicos somente tornam-se verossímeis quando “conseguem criar um efeito de pertinência com o Sentido Comum Teórico que o juridicismo determina”⁶³⁰.

Analisando o Senso Comum Teórico de que trata Warat, Lenio Streck chama a atenção para o fato de que “*quando submetido à pressão do novo, (re)age institucionalizando a crítica*. Para tanto, abre possibilidades de dissidências apenas possíveis (*delimitadas previamente*)”⁶³¹, ou seja, possibilita apenas debates pontuais, periféricos, que não atinjam o seu cerne. E a Discricionariedade, o subjetivismo das decisões, reflexo de um paradigma relacionado ao esquema sujeito-objeto, como visto no capítulo 1, está no cerne dessa Dogmática Jurídica positivista, razão pela qual superá-lo significa superar o próprio Positivismo Jurídico.

Tratando das inovações trazidas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em especial o resgate que faz das promessas da modernidade, Streck pondera que “a simples elaboração de um texto constitucional, por melhor que seja, não é suficiente para que o ideário que o inspirou se introduza efetivamente nas estruturas sociais”⁶³².

A instauração do novo exige que seja visto como tal, a partir de um outro olhar, hermenêutico. Abandonam-se os conceitos infinitizados do Senso Comum Teórico e constrói-se uma nova forma de compreender, que está no modo-de-ser do Ser-aí [*Dasein*], na existencialidade, respeitando a faticidade e a historicidade da compreensão intersubjetiva dos sentidos, com a linguagem como condição de possibilidade da compreensão, e não uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto.

Transpondo tais constatações para as mudanças promovidas pelo Novo

96.

⁶³⁰ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. p. 98.

⁶³¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. p. 332-333, nota de rodapé 25.

⁶³² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do direito. p. 70.

Código de Processo Civil, percebe-se que se abrem as portas para uma virada Hermenêutica, porém precisa ser lido a partir desse novo olhar. É, portanto, constituinte e constituído pelo paradigma da intersubjetividade. Abandonar o Livre Convencimento Motivado é um indicativo dessa nova direção, porém a mudança não poder ser vista com o olhar mitificado do Senso Comum Teórico que é por ela superado. A partir do horizonte do Senso Comum Teórico, fixado no paradigma Metafísico, o novo é asfixiado por uma subjetividade assujeitadora.

O Senso Comum Teórico só o é “*para quem o sabe, para quem está-no-mundo, para quem, a partir de uma situação Hermenêutica, faz uma fusão de horizontes e o apreende enquanto tal*”⁶³³ (itálico no original), ou seja, para quem está nele inserido e, portanto, não pode nomeá-lo como tal, o Senso Comum Teórico é apenas um complexo de verdades absolutas. No mesmo sentido, a mudança paradigmática só pode existir se for nomeada como tal, se for vista, falada e vivida como mudança, afinal de contas, “ser que pode ser compreendido é linguagem”⁶³⁴.

O Senso Comum Teórico se combate, inicialmente, nomeando-o como tal. Gadamer afirma que “aquele que está seguro de não ter Preconceitos, apoiando-se na objetividade de seu procedimento e negando seu próprio condicionamento histórico, experimenta o poder dos Preconceitos que o dominam”⁶³⁵. Suspende os Preconceitos é o primeiro passo para deixar de ser dominado por eles, para fugir de uma reprodução inautêntica de conceitos e práticas.

O *habitus*, o Senso Comum Teórico no interior do Campo Jurídico, leva à reprodução irrefletida dos significados, do conhecimento jurídico acumulado, sem maior reflexão sobre ele. Nesse contexto, tais práticas podem ter ou não confirmação a partir de uma leitura Hermenêutica, porém tal reflexão não costuma ser feita pelos intérpretes, até porque, inseridos no Campo Jurídico, não se vêm como reprodutores de um Sentido Comum Teórico. Para os que estão nele inseridos, o Senso Comum Teórico, o *habitus*, é como o mito: permanece imperceptível, inserido em um imaginário gnosiológico. Somente quando nominado como senso

⁶³³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do direito. p. 288.

⁶³⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 612.

⁶³⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 471.

comum, como mito, é que pode assim ser percebido.

Em razão disso, procurou-se demonstrar ao longo de todo o presente trabalho como o Livre Convencimento Motivado é mito, é fruto desse Senso Comum Teórico que esconde a ideologia e a apropriação arbitrária de sentidos que a Discricionariedade representa na prática da jurisdição. Em comparação à análise que Geertz faz da cultura dos azandes, o Livre Convencimento Motivado, o Solipsismo que ele encerra, pode ser comparado à feitiçaria, pois na falha da pureza do sistema de regras, recorre-se à subjetividade como forma de legitimar todo o sistema. A feitiçaria integra e confirma o sistema de crenças do senso comum dos azande assim como o Livre Convencimento Motivado, a Discricionariedade, é “testa de ferro” da Dogmática Jurídica positivista, justificando e legitimando decisões antidemocráticas, solipsistas, ainda que contrárias à lei e à Constituição.

Nesse contexto, romper com o argumento da feitiçaria, do Livre Convencimento Motivado, do “decido conforme a minha consciência”, do “no meu sentir”, é impor uma necessária reflexão sobre o Senso Comum Teórico, sobre suas anomalias e incoerências, sobre sua falta de realidade em meio a um emaranhado de conceitos eternizados, infinitizados, de respostas prontas como razões definitivas de dever ser. Por isso resiste-se às mudanças, da mesma forma que os azandes rechaçam todos os argumento contrários à existência da feitiçaria. Como analisa Geertz, “os homens tampam os orifícios nas barragens de suas crenças mais necessárias com o primeiro tipo de barro que encontrem”⁶³⁶.

Com a virada Hermenêutica expressa no Novo Código de Processo Civil, o Senso Comum Teórico perdeu o Livre Convencimento Motivado, o subterfúgio solipsista, porém permanece reproduzindo práticas, crenças, costumes, *habitus*, verdades que, se não combatidos, se não apontados, criarão novas justificativas teóricas ou até mesmo continuarão a sustentar, repristinar, o abandonado Livre Convencimento Motivado.

Como discurso mítico, o processo argumentativo que sustenta a continuidade do Livre Convencimento Motivado no processo civil brasileiro apega-se

⁶³⁶ GEERTZ, Clifford. **O saber local**: novos ensaios em antropologia interpretativa. p. 84.

a sua obviedade, naturalidade, praticidade, leveza, acessibilidade, para lembrar as características do bom senso identificadas por Geertz. Nesse sentido, não precisa do texto legal para ser reconhecido, nem explicado, é apenas constatado pela reprodução do saber dogmático.

Por trás das “obviedades do óbvio”⁶³⁷ escondem-se as falhas do discurso jurídico dogmático, as influências políticas e ideológicas de sua construção. A obviedade elimina sorrateiramente a crítica, reforçando, no Sentido Comum Teórico dos juristas, as práticas já estabelecidas. Nesse sentido, a obviedade do Livre Convencimento Motivado sobrepõe-se a sua desconstrução diante de uma teoria da decisão democrática e Hermenêutica, como decorrência da necessária superação do paradigma metafísico da Filosofia da Consciência que o sustenta. Embora a desconstrução não seja nova, pois não resistia à Virada Ontológico-Linguística e a uma leitura constitucional do Livre Convencimento Motivado, está agora reconhecida expressamente no Novo Código de Processo Civil. Continua, porém, sucumbindo às obviedades do Sentido Comum Teórico, que antes socorria-se da “literalidade” do artigo 131 do Código de Processo Civil de 1973 para rechaçar uma leitura Hermenêutica e constitucional e, hoje, afirma que a mesma “literalidade” do artigo 371 do Novo Código de Processo Civil nada quer dizer. Se, antes, só havia a literalidade para se apegar, não sobrou, agora, mais nada, apenas uma reprodução mitificada do Sentido Comum Teórico do Livre Convencimento Motivado.

O Sentido Comum Teórico exerce sobre os juristas uma espécie de poder silencioso, sorrateiro, que uniformiza as práticas e esconde a violência e arbitrariedade que está por trás desse controle simbólico. E não se trata de força ou coação física, pois a dissidência apresenta-se, ao menos em tese, possível. Trata-se de um controle ideológico denominado por Pierre Bourdieu como “poder simbólico”, que “só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem”⁶³⁸. O “poder simbólico” constrói a realidade, conformando o conhecimento do que seriam os sentidos imediatos do mundo, homogeneizando as compreensões. Produz significações que escondem os

⁶³⁷ GEERTZ, Clifford. **O saber local**: novos ensaios em antropologia interpretativa. p. 93.

⁶³⁸ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. p. 7-8.

fatores de poder e conformam a realidade.

Nessa condição, como instrumento de estruturação da comunicação e do conhecimento, o poder simbólico manifesta as relações de força que o compõem mediante a apropriação arbitrária dos sentidos, “como poder de constituir o dado pela enunciação, de fazer ver e fazer crer, de confirmar ou de transformar a visão do mundo e, deste modo, a acção sobre o mundo, portanto o mundo”⁶³⁹. Silencioso, só exerce seu poder enquanto não reconhecido, enquanto ignorado o que tem de arbitrário. No Direito, esse poder simbólico manifesta-se nos cânones jurídicos, nos conceitos, nos enunciados, nas respostas eternizadas, que sob um manto de neutralidade, camuflam as relações de poder que lhe subjazem.

É o caso do Livre Convencimento Motivado, que serve à justificativa de decisões que, em vez de cumprirem a Constituição, em especial naquilo que tem de transformadora, na efetivação de direitos fundamentais, sociais e individuais, servem-se das subjetividades dos detentores da fala autorizada para reproduzir e fazer prevalecer os interesses ideológicos, políticos e econômicos que, naquele caso, não estão de acordo com o texto normativo. Por isso, e com isso, decide-se por opiniões pessoais, dominantes.

Como observa Alexandre Morais da Rosa, caso o mito não seja desvelado, denunciado como uma “não-realidade que sustenta a realidade”, ele “reproduz efeito alienante por toda parte dos atores jurídicos”⁶⁴⁰. A “intenção de mostrar um estado de certeza, sem possibilidades de dúvida ou questionamento”⁶⁴¹, leva os juristas a criarem mecanismos de alienação que fazem dos intérpretes meros reprodutores de sentidos inautênticos.

Warat leciona que, “para fazer crítica à ideologia, necessita-se incidir no processo produtivo de significações, gerando um outro nível de sentido que chamarei crítico”⁶⁴². Além de denunciar o Sentido Comum Teórico, de fazer ver o

⁶³⁹ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. p. 14

⁶⁴⁰ ROSA, Alexandre Morais da. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. p. 55.

⁶⁴¹ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I: interpretação da lei: temas para uma reformulação**. p. 20.

⁶⁴² WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade**. p. 98.

mito como mito, é necessário criar um novo linguajar, hermenêutico, pois, do contrário, o sujeito “fica impossibilitado de compreender tanto o(s) novo(s) modelo(s) de Direito, como o Giro Ontológico-Linguístico que lhe proporcionará a possibilidade de interpretar/nomear o novo (horizonte crítico)”⁶⁴³.

Os Preconceitos/prejuízos precisam ser suspensos e submetidos à tradição que fala a partir desse novo paradigma, do horizonte de sentido estabelecido pela Constituição da República Federativa do Brasil e pelo Código de Processo Civil de 2015, a fim de que os inautênticos, ilegítimos, sejam abandonados, possibilitando, com isso, o acontecer do ser do Direito. Enquanto os juristas estiverem dominados pelos Preconceitos/prejuízos inautênticos do Sentido Comum Teórico, do *habitus* do Campo Jurídico, o novo não poderá ser visto, nomeado e vivido como novo. E é por isso que boa parte da doutrina e a jurisprudência em geral continuam falando em Livre Convencimento Motivado, em decidir conforme a consciência, solipsisticamente, pois não suspenderam os Preconceitos/prejuízos com os quais operam a fim de submetê-los a uma leitura Hermenêutica.

A construção dos sentidos, da linguagem do novo, deve ser realizada intersubjetivamente. Nesse sentido é que a doutrina deve construir conhecimento, influir na construção dos sentidos no interior do Campo Jurídico, de uma linguagem que reflita a mudança paradigmática promovida pela Lei n. 13.105/2015, a fim de que os “práticos”, preocupados com a resolução dos casos concretos e acomodados com a reprodução dos hábitos já estabelecidos, sejam forçados a suspender seus Preconceitos/prejuízos, considerando e admitindo o novo.

Os detentores do poder de dizer o Direito o exercem “por último”, realizam, nas palavras de Kelsen, a interpretação autêntica⁶⁴⁴, pois incumbidos de concretizar o Direito (da *applicatio*) e sustentados pelo uso legítimo da força para fazer valer suas interpretações. Devem estar orientados, pois, pelo Direito e pelas mudanças promovidas democraticamente nos textos jurídicos, pois é de onde

⁶⁴³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do direito. p. 336

⁶⁴⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. p. 245.

retiram sua legitimidade, onde são estabelecidos os limites do Campo Jurídico, para lembrar Bourdieu. As decisões, portanto, devem respeitar o Direito e guardar conformidade com essa construção intersubjetiva dos sentidos pela comunidade dos intérpretes. Quando isso não ocorre, porém, resta à doutrina e aos demais juristas-intérpretes apontar os equívocos dos intérpretes autênticos, gerando o que Lenio Streck chama de “constrangimentos linguístico-epistemológicos”⁶⁴⁵ ou, diria, controle intersubjetivo dos sentidos do Direito.

Se não há controle intersubjetivo dos sentidos, se não há dever de o magistrado buscar, por meio da interpretação, a resposta adequada ao Direito, o texto importa pouco. E se, para o Sentido Comum Teórico, o texto importa pouco, a mudança legislativa não é significativa e significada pelos intérpretes, doutrinadores e magistrados, pois o “bom senso” jurídico indica que o Livre Convencimento Motivado deve continuar orientando a análise das “questões de fato”.

A compreensão apofântica, entificada, que não alcança o *como* hermenêutico do Livre Convencimento Motivado, não consegue enxergá-lo em sua vivência, em seu ser, na forma como se manifesta na prática jurídica. Ainda presa à ideia de um conceito absoluto, fetichizado, não consegue compreender o que a realidade, a existencialidade, fez do Livre Convencimento Motivado, no que o transformou. Mantém-se presa ao conceito cunhado quando de seu surgimento, ou seja, de que se trata de mera superação do sistema tarifado de valoração das provas, sem atentar-se para o fato de que a tradição, a historicidade do Livre Convencimento Motivado, o transformou, na prática, em subterfúgio para os decisionismos e subjetivismos, potencial que já trazia consigo desde sua concepção por estar engendrado no esquema metafísico sujeito-objeto.

O Sentido Comum Teórico trabalha com significações que, como leciona Luis Alberto Warat, “simplificadas ou reduzidas a uma conceitualização referencial apenas traduzem uma parcela da realidade social, despojando-a de sua vinculação humana e social, mutante e dinâmica, que não pode ser racionalmente

⁶⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração Hermenêutica da construção do direito. p. 278

petrificada”⁶⁴⁶. Ou seja, simplificados e eternizados, os conceitos do Sentido Comum Teórico apartam-se da realidade do mundo vivido, da existencialidade, negando a necessária fusão de horizontes quando de sua aplicação. Por isso existe uma distância tão grande entre o que a teoria diz sobre o Livre Convencimento Motivado e o que a prática faz dele. A realidade que transformou o conceito – de todo já equivocado desde seu nascimento, pois baseado no esquema sujeito-objeto, na cisão entre *questão de fato* e *questão de direito*, como já visto – não é captada pelo Sentido Comum Teórico.

Esse *como* apofântico está relacionado com o Senso Comum Teórico, com a reprodução irrefletida de conceitos que veiculam verdades infinitizadas, mitificadas a partir da fala autorizada que naturaliza as práticas, as compreensões, as certezas jurídicas. Com isso, esconde o *como* hermenêutico, o ser do Livre Convencimento Motivado. Essa dobra da linguagem permite uma apropriação e atribuição arbitrária de sentidos na prática jurídica, que sob o manto de um conceito eternizado, absoluto, esconde práticas subjetivistas, decisionistas, solipsistas.

Recorrendo novamente à lição de Warat, simula-se “uma solidez conceitual que esconde a vagueza de suas significações”⁶⁴⁷, preenchida, acrescenta-se, pela subjetividade do intérprete conforme os interesses majoritários, sufocando o acontecer do Direito e da Constituição naquilo que têm de transformador. E, quando esses fatores subjacentes de poder e de reprodução de um Senso Comum Teórico inautêntico, não são combatidos, as mudanças legislativas pouco importam, pois seus significados, construídos na prática, continuarão a ser condicionados pelo Senso Comum Teórico. O novo será subvertido pelas velhas lentes da Dogmática Jurídica, que, como disse Warat, estabelece o controle da validade e da verdade dos discursos jurídicos, um teto hermenêutico fora do qual qualquer crítica é desprezada.

Os conceitos precisam ser revisitados a partir de uma conformação Hermenêutica dos sentidos. Não se pode admitir que, passados quase 30 anos da

⁶⁴⁶ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. p. 355.

⁶⁴⁷ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. p. 84.

redemocratização do Brasil e promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a jurisdição continue produzindo decisões que sejam fruto de uma subjetividade, da opinião política, moral ou econômica de alguém, que reflitam a ideologia simbolicamente escondida por trás de tais práticas, mesmo quando o resultado seja contrário ao texto constitucional. Na analogia feita por Alexandre Morais da Rosa, a jurisdição não pode continuar sendo prestada como se o julgador estivesse em um restaurante *self service*, onde vai “apenas para justificar a decisão solipsista que já tomou ou mesmo aderir a qualquer enunciado, nesse último caso quando não decide nada, apenas *acha* a decisão”⁶⁴⁸.

É preciso exigir dos juristas, em especial dos magistrados, a quem incumbe o poder-dever de prestar a jurisdição, que tenham responsabilidade política; que construam os sentidos da norma intersubjetivamente, com respeito à tradição, à faticidade, à historicidade do caso concreto; que explicitem o processo de compreensão justificando a fundamentação da decisão, possibilitando o seu controle hermenêutico; que respeitem a autonomia, a Integridade e a Coerência do Direito; que busquem a resposta correta, no sentido de ser adequada ao Direito, em especial à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O Novo Código de Processo Civil possibilita e exige que se instaure um novo paradigma ao abandonar o Livre Convencimento Motivado (artigo 371) e rechaçar os subjetivismos, Solipsismos e decisionismos da prestação jurisdicional, adotando uma teoria da decisão fundada na intersubjetividade e não mais no superado esquema sujeito-objeto, o que é reforçado pelas exigências de adequada fundamentação (artigo 489) e respeito à Coerência e à Integridade do Direito (artigo 926).

Para isso, é preciso romper com o poder simbólico exercido pelo Sentido Comum Teórico do Campo Jurídico. O horizonte crítico possibilitado pelo Estado Democrático de Direito, pela Hermenêutica e pelas mudanças promovidas pelo Código de Processo Civil de 2015 precisa ser fundido ao horizonte da tradição com a qual opera a pré-compreensão dos juristas, submetendo os Preconceitos do

⁶⁴⁸ ROSA, Alexandre Morais da. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. p. 153.

Sentido Comum Teórico a um outro olhar, conformando um novo horizonte de compreensão. Assim, como observa Streck, “não (re)produzirá o sentido inautêntico, e sim um novo sentido que possibilitará a aplicação/concreção do texto jurídico de acordo com os objetivos e os cânones do Estado Democrático de Direito”⁶⁴⁹, a partir de uma nova linguagem, que possibilite nomear o novo *como novo*.

A crítica tem por função abrir clareiras que possibilitem o aparecer do ser do Direito, afastando da compreensão a névoa do Sentido Comum Teórico. É necessário superar o “teto hermenêutico”⁶⁵⁰ estabelecido pelo Senso Comum Teórico da Dogmática Jurídica, pelo *habitus* do Campo Jurídico, a fim de que os sentidos autênticos apareçam, que o ser do Direito se revele. E o paradigma hermenêutico é que possibilita esse abrir de clareiras, uma vez que, como leciona Lenio Streck, “o caráter crítico da Hermenêutica exsurge justamente da transformação que ocorre no mundo a partir de sua interpretação/nomeação”⁶⁵¹ (itálico no original).

A Hermenêutica possibilita a superação do Senso Comum Teórico, a nomeação do novo *como novo*, pois considera o acontecer do ser na faticidade, na sua historicidade. Mariflor Aguilar Rivero reforça essa análise ao afirmar que o ser humano “tiene huéspedes estructurales que lo constituyen y la manera de remover en estos casos las ilusiones de la conciencia no es otra que la interpretación o el diálogo con los textos que ocultan otra realidad”⁶⁵².

A Hermenêutica impõe que os conceitos prévios sejam confrontados com o horizonte da interpretação, a fim de que o novo não seja assujeitado pela tradição e reproduzido de forma inautêntica. Nesse sentido, recorre-se à importante lição de Gadamer:

Com isso, entramos numa dimensão, em geral, deixada de lado pela autoconcepção dominante das ciências históricas. Isso porque, em

⁶⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do direito. p. 336.

⁶⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do direito. p. 334.

⁶⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do direito. p. 287-288.

⁶⁵² RIVERO, Mariflor Aguilar. **Diálogo y alteridad**. Trazos de la hermenéutica de Gadamer. p. 42

geral, o historiador escolhe os conceitos com os quais descreve a peculiaridade histórica de seus objetos, sem reflexão expressa sobre a sua origem e justificação. Ele segue unicamente seu interesse objetivo e não se dá conta de que a apropriação descritiva que ele encontra nos conceitos que escolhe pode ser altamente desastrosa para a sua própria intenção, na medida em que o que equipara o que é historicamente estranho com o que lhe é familiar, e assim, mesmo sem ter a menor pretensão, submete a alteridade do objeto aos próprios conceitos prévios. Assim, apesar de toda metodologia científica, ele comporta-se da mesma maneira que todo aquele que, filho do seu tempo, é dominado acriticamente pelos conceitos prévios e pelos Preconceitos do seu próprio tempo.⁶⁵³

Isso significa “uma mudança na direção de uma maneira Hermenêutica de pensar o Direito – como uma forma de dar um sentido específico, a coisas específicas em lugares específicos”⁶⁵⁴, ou seja, construir os significados em seu horizonte histórico.

As mudanças promovidas pelo Código de Processo Civil de 2015, portanto, devem ser pensadas a partir do novo horizonte histórico por ele estabelecido, enrustado no paradigma hermenêutico, e não a partir do Sentido Comum Teórico que ressuscita o superado Livre Convencimento Motivado. Trata-se de um olhar hermenêutico sobre as mudanças.

A tradição inautêntica na qual está mergulhada a Dogmática Jurídica brasileira deve ser denunciada, a fim de que se torne visível a crise de legitimidade das práticas jurídicas subjetivistas. Nomear os Preconceitos com que opera o Livre Convencimento Motivado como inautênticos é o primeiro passo para superá-los. Enquanto os juristas não perceberem a crise como crise, a ilegitimidade do Livre Convencimento e demais Solipsismos, as práticas continuarão a ser reiteradas, e o novo será sempre interpretado com os olhos do velho. Ainda que os textos mudem, os seus sentidos continuarão os mesmos, pois permanecerão sendo a eles atribuídos pelo sujeito da modernidade, senhor de todos os sentidos.

A reconstrução dos sentidos pelo olhar hermenêutico do Novo Código de Processo Civil alcança também a concretização da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que tem sido inautenticamente reprimida no que tem

⁶⁵³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 512-513.

⁶⁵⁴ GEERTZ, Clifford. **O saber local**: novos ensaios em antropologia interpretativa. p. 235.

de transformador por esse Sentido Comum Teórico inautêntico, por um *habitus* meramente reprodutor de sentidos construídos para resolução de casos individuais e não adaptados às novas necessidades dos direitos transindividuais.

Nas palavras de Bourdieu, “o direito é a forma por excelência do discurso actuante, capaz, por sua própria força, de produzir efeitos. Não é demais dizer que ele *faz* o mundo social, mas a condição de se não esquecer que ele é feito por este”⁶⁵⁵. Ou seja, o Direito é transformador, mas na medida em que respeita as estruturas que o engendraram. “*Contribuem* para produzir o mundo, mas dentro dos limites da sua correspondência com estruturas preexistentes”⁶⁵⁶.

O Direito, portanto, é capaz de influir sobre a realidade brasileira, desigual e excludente, porém nos limites em que a Constituição Federal, os compromissos por ela estabelecidos, forem respeitados, vividos. Enquanto os sentidos da Constituição e das leis estiverem assujeitados ao Livre Convencimento Motivado, ao Sentido Comum Teórico que forma a subjetividade do intérprete, com o poder simbólico que conforma as forças nele subjacentes, permanecerá o gritante descompasso entre as decisões judiciais e a previsão Constitucional, entre o Direito e a realidade social.

A racionalidade que admite uma sentença com fundamento nas opiniões pessoais do julgador em lugar do Direito, como analisa Bourdieu, “confere-lhe a *eficácia simbólica* exercida por toda a acção quando, ignorada no que têm de arbitrário, é reconhecida como legítima”⁶⁵⁷.

É preciso considerar que “*no Estado Democrático de Direito a lei passa a ser, privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado*”⁶⁵⁸ e que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece uma gama significativa de direitos fundamentais sociais e individuais que objetivam construir uma sociedade mais igual, livre, justa e solidária, porém que estão longe de serem implementados e efetivados para a grande maioria da população. Esse modelo, de

⁶⁵⁵ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. p. 237.

⁶⁵⁶ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. p. 238.

⁶⁵⁷ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. p. 225.

⁶⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração Hermenêutica da construção do direito**. p. 47.

outro lado, estabelece um protagonismo do Poder Judiciário na sua efetivação, como visto. É possível concluir, portanto, que essa disparidade entre a previsão constitucional e a realidade social tem a condescendência do Poder Judiciário, razão pela qual a Dogmática Jurídica vigente, o Sentido Comum Teórico ou *habitus* do Campo Jurídico brasileiro, precisa ser repensado, o que é possibilitado pelo Novo Código de Processo Civil quando se faz uma leitura Hermenêutica dele.

O que se quer dizer é que o Novo Código de Processo Civil abre uma significativa possibilidade de ingresso da Hermenêutica e da Viragem Ontológico-Linguística por ela promovida na Ciência Jurídica, ao passar uma clara mensagem, com o abandono do Livre Convencimento Motivado pelo seu artigo 371, conjugado ao dever de motivação previsto no artigo 489 e a exigência de Coerência e Integridade das decisões pelo artigo 926. Por outros termos, não são admitidos subjetivismos, decisionismos e Solipsismos na atividade jurisdicional e se impõe uma construção intersubjetiva de sentidos pela comunidade jurídica. Porém, se essa mudança não for assimilada pela Dogmática Jurídica brasileira, se a clareira aberta não for preenchida pelo acontecer autêntico da Constituição e do Novo Código de Processo Civil, permitir-se-á que os sentidos sejam preenchidos pelo Senso Comum Teórico da dogmática positivista, que tratará de reprimatizar o Livre Convencimento Motivado, ignorando inclusive os limites sintáticos e semânticos do texto legislado, ou preencherá esse vazio com novos sentidos subjetivamente construídos, novas justificativas e subterfúgios teóricos para a reprodução fetichizada dos discursos, de respostas prontas, de razões definitivas de dever ser.

O objetivo da crítica não é produzir um discurso de verdade, mas estabelecer condições para abertura ao novo, confrontando os discursos ditos científicos e induzindo uma reflexão sobre o Sentido Comum Teórico, pois assim “se detectará o que nesses discursos está imobilizado, instalado como signo que escraviza”⁶⁵⁹.

Pierre Bourdieu analisa que o poder de transformar o mundo

⁶⁵⁹ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. p. 362.

“transformando as palavras para o nomear”⁶⁶⁰, criando uma linguagem que possibilite o acontecer do ser autêntico, só tem possibilidade de êxito quando aquilo de novo que anuncia possui sólido fundamento na descrição adequada do mundo, no horizonte histórico presente. Assim, quando as anunciações decorrem de uma adequada compreensão do presente, “elas fazem advir aquilo que anunciam, novas práticas, novos costumes e, sobretudo, novos grupos, porque elas anunciam aquilo que está em vias de advir, o que se anuncia; elas são mais oficiais do registro civil do que parteiras da história”⁶⁶¹.

É nesse sentido que o abandono do Livre Convencimento Motivado e a instauração de uma compreensão Hermenêutica do Direito é anunciada, como uma constatação que decorre da realidade constitucional, do Estado Democrático de Direito e da superação do esquema sujeito-objeto promovida pela Filosofia Hermenêutica e pela Hermenêutica Filosófica ao instaurarem uma intersubjetividade ainda pouco reconhecida no Direito.

Assim, sustentado em todos os argumentos desenvolvidos ao longo do presente trabalho, é que se pode afirmar que a mudança paradigmática promovida pelo Novo Código de Processo Civil, apesar das limitações que lhe têm sido impostas pelo Sentido Comum Teórico dos juristas, há de ser concretizada como decorrência do abandono do Livre Convencimento Motivado e dos subjetivismos pelo Novo Código de Processo Civil, criando uma nova linguagem, intersubjetiva, Hermenêutica.

⁶⁶⁰ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. p. 238.

⁶⁶¹ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. p. 238-239.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Campo Jurídico há de ser um espaço suficientemente fértil para contribuir com a construção e concretização dos compromissos políticos firmados na Constituição e nas leis. Se um compromisso político é assumido e transformado em Norma Jurídica, deverá ser honrado pela comunidade política, e isso inclui o Poder Judiciário, ao oferecer respostas às demandas a ele formuladas. Luis Alberto Warat, crendo no potencial transformador de toda prática social, sustenta que “homens têm que tentar construir sonhos sobre o mundo suficientemente férteis para permitir que os espaços políticos em que vivem se apoiem em suas crenças e transformem a história”⁶⁶².

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 resgatou as promessas da modernidade e assumiu sérios compromissos políticos com a sociedade brasileira, a exemplo, com fundamento em seu artigo 3º, da erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais e promoção do bem de todos, com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Foi construído, coletivamente, o sonho de uma Sociedade melhor, transformado em norma constitucional que conduz as ações do Estado em direção a sua concretização. Para garantir a efetivação de tais promessas, constituiu-se toda uma estrutura administrativa, legislativa e judicial.

Incumbe, portanto, ao Poder Judiciário atuar em prol da concretização de tais objetivos, que não são meramente éticos, mas jurídicos. Trata-se de normas positivadas e que devem ser observadas. E, para que possa o Poder Judiciário atuar para a efetivação desses direitos, coletivos por natureza, a Constituição criou mecanismos de judicialização das questões sociais e políticas, atribuindo em especial ao Ministério Público a tutela dos interesses da sociedade.

Ocorre que a concretização da Constituição tem esbarrado em uma prática judicial inautêntica, solipsista, que assujeita os sentidos dos textos jurídicos e oculta no Sentido Comum Teórico as forças de poder que impedem o acontecer do ser do Direito.

⁶⁶² WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I**: interpretação da lei: temas para uma reformulação. p. 23.

Nesse sentido é que a Teoria do Direito deve ser pensada a fim de que, sob a justificativa de realizar uma descrição neutra do seu objeto de estudo, não naturalize as práticas inautênticas, infinitize os conceitos perdendo sua existencialidade e sirva de instrumento à reprodução de uma prática subjetivista, dependente das opiniões pessoais e discricionárias do intérprete. Como observa Warat, “os sujeitos do ofício jurídico vivem imersos numa temperatura interpretativa que sublima, numa discursividade teológica, variadas práticas de exclusão social”⁶⁶³, o que se choca frontalmente com a Constituição e, portanto, deve ser combatido.

A Crítica Hermenêutica do Direito desenvolvida por Lenio Streck, a partir da Filosofia Hermenêutica de Martin Heidegger e da Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer, propõe-se a tal, reestruturando a compreensão do Direito a partir da faticidade e historicidade, abrindo clareiras para o aparecer de seu ser, superando os subjetivismos, Solipsismos, decisionismos e arbitrariedades da prática jurídica assujeitada pelo Senso Comum Teórico do Campo Jurídico.

Muito embora essa Virada Ontológico-Linguística, que vem da filosofia e deve penetrar (n)o Direito, decorra de uma análise existencial do Campo Jurídico atual, de uma suspensão e submissão dos Preconceitos ao crivo da Constituição, o Novo Código de Processo Civil, com o abandono do Livre Convencimento Motivado e com a obrigação de fundamentação adequada da decisão e respeito à Coerência e à Integridade do Direito, positiva esse novo paradigma e abre a possibilidade definitiva de sua instauração no Direito brasileiro.

Essa efetiva instauração tem esbarrado, porém, na mesma interpretação inautêntica, no Sentido Comum Teórico que tenta superar, que tem assujeitado os sentidos do Novo Código de Processo Civil e afirmado, inclusive, que o Livre Convencimento Motivado não foi abandonado.

Esse confronto entre o abandono do Livre Convencimento Motivado e o Sentido Comum Teórico do Campo Jurídico foi explorado no presente trabalho a partir de um estudo inicial das bases teóricas que dão suporte a esses diversos

⁶⁶³ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I**: interpretação da lei: temas para uma reformulação. p. 21

horizontes.

Assim, no Capítulo 1, tratou-se, inicialmente, de analisar as principais características do Positivismo Jurídico que informa a Dogmática Jurídica atual, o que se fez a partir de seus dois principais expoentes: Hans Kelsen e Herbert Hart. Demonstrou-se como o conceitualismo da proposta metodológica Positivista relega a interpretação/aplicação do Direito a uma questão secundária, dependente da Discricionariedade do intérprete a partir das noções de moldura da norma, textura aberta da norma e da separação entre casos fáceis e casos difíceis. O *standard* de racionalidade que serve de suporte ao Positivismo Jurídico, como visto, é a Metafísica, em um sincretismo entre os modelos Aristotélico-Tomista e da Filosofia da Consciência, ambos fundados na dualidade sujeito-objeto, real e ideal, sensível e suprassensível. A linguagem é vista como mera condutora de essências, uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto, com isso prendendo-se na dimensão apofântica dos entes, escondendo o ser em sua dimensão Hermenêutica.

Na sequência, tratou-se de demonstrar como o paradigma filosófico metafísico foi superado pela Viragem Ontológico-Linguística promovida pela Filosofia Hermenêutica de Martin Heidegger e desenvolvida no campo interpretativo pela Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer. Demonstrou-se como, a partir desse *standard* de racionalidade, não se pode compreender o ser das coisas, dentre elas os textos, por meio de abstrações conceituais, métodos, técnicas ou regras que buscam um fundamento absoluto e os desvinculam de sua temporalidade, de sua dimensão histórica, dos horizontes nos quais foram escritos e estão sendo interpretados. Supera-se a dicotomia sujeito-objeto pela relação sujeito-sujeito, ou seja, não se fala mais em essências ou no assujeitamento dos sentidos pelo sujeito solipsista, mas na construção intersubjetiva dos sentidos. A linguagem deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto e passa à condição de possibilidade da compreensão. O horizonte de possibilidade, de compreensão, o “mundo” do intérprete é, portanto, historicamente definido e delimitado pela linguagem, é constituído por tudo aquilo que se pode designar pela fala.

Como visto, Heidegger recoloca a questão do ser a partir de sua historicidade, de sua existencialidade. A compreensão é vista como modo-de-ser do

Ser-aí [*Dasein*] no mundo, como existencial. A partir das noções de círculo hermenêutico, diferença ontológica e temporalidade, Heidegger demonstra como os sentidos não são absolutos, mas construídos na faticidade a partir da tradição, como existencial do Ser-aí [*Dasein*], que, ao compreender o ser das coisas, compreende e constrói seu próprio ser. A fenomenologia conduz a uma compreensão do ser dos entes sem conceitualizações ou concepções prévias projetadas sobre as coisas, mas deixando que se manifestem, que apareçam naquilo que são. Com isso, Heidegger demonstra que a Metafísica, ao buscar um fundamento absoluto para todo conhecimento, detém-se no ente e esconde o ser.

Na sequência, viu-se como a analítica existencial heideggeriana foi transposta para a teoria Hermenêutica por Gadamer, que demonstra como a interpretação autêntica nunca é fruto de uma subjetividade assujeitadora, mas pertence à história efetual, ao ser daquilo que é compreendido a partir da tradição e da linguagem. Gadamer resgata a historicidade da compreensão, seu acontecer como existencial do Ser-aí [*Dasein*]. Isso significa que toda interpretação é uma (re)construção do objeto compreendido, do texto, a partir da existencialidade do intérprete, de sua tradição. E nessa reconstrução o intérprete não opera subjetivamente, pois parte sempre de uma pré-compreensão constituída pela tradição, pelos Preconceitos que traz consigo e que podem ser confirmados ou não quando confrontados com a coisa mesma, ou seja, podem ser autênticos ou inautênticos. Há uma circularidade entre o horizonte do texto e da tradição e o horizonte do intérprete que transforma a compreensão em uma atividade produtiva, no sentido de que o texto sempre há de ser compreendido no horizonte do intérprete, em seu “mundo”.

Observou-se como, em Gadamer, a compreensão sempre antecede a interpretação. Gadamer divide o processo hermenêutico em compreensão, interpretação e aplicação, não como se fossem etapas ou fases distintas do processo, mas momentos estruturais internos da compreensão que ocorrem em um só, a *applicatio*. Em toda compreensão ocorre algo como uma aplicação do texto à situação presente do intérprete, o que perfaz a unidade dos três momentos referidos. A interpretação possui a estrutura de um diálogo, no qual o sujeito

interroga o texto e é por ele interrogado, desvelando o que ficou nele velado. E, nesse processo, a linguagem é condição de possibilidade; é na linguagem que a tradição alcança o intérprete. Algo somente é quando se pode designá-lo, de forma que o mundo somente é mundo na linguagem. “*O ser que pode ser compreendido é linguagem*”⁶⁶⁴.

Destacou-se, assim, que a Hermenêutica de Gadamer, movendo-se para além do esquema sujeito-objeto e construindo uma compreensão que é histórica, linguística e dialética, sugere um novo tipo de objetividade, não mais fruto de uma subjetividade assujeitadora, mas “algo que atua sobre a nossa compreensão quando se apresenta”⁶⁶⁵.

Ao final do Capítulo 1 foi estudada a Crítica Hermenêutica do Direito desenvolvida por Lenio Luiz Streck, que traz a Fenomenologia Hermenêutica para o âmbito do Direito como *standard* de racionalidade. A partir da constatação de que o Estado Democrático de Direito desloca o centro das decisões para o Poder Judiciário, que assume um papel central na concretização das promessas da modernidade, pontuou-se a necessidade de construção de uma Teoria da Decisão que permita o acontecer do ser do Direito, rompendo com a reprodução de práticas inautênticas.

Viu-se que uma Teoria da Decisão adequada ao Estado Democrático de Direito deve abandonar a Discrecionalidade da Dogmática Jurídica Positivista, o que requer a superação do paradigma metafísico fundado na relação sujeito-objeto. Para tanto, a proposta da Crítica Hermenêutica do Direito é estruturada a partir de cinco princípios básicos que nortearam a análise dos estudos desenvolvidos por Streck: necessidade de preservar a autonomia do Direito, controle hermenêutico da interpretação constitucional, respeito à Integridade e à Coerência do Direito, dever fundamental de justificar as decisões e direito fundamental do cidadão a uma resposta constitucionalmente adequada.

Identificou-se a necessidade, portanto, de superar posturas relativistas,

⁶⁶⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 612.

⁶⁶⁵ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. p. 214.

decisionistas, apegadas à Discricionariedade do sujeito solipsista, para que seja possível o autêntico acontecer do ser do Direito, da Constituição. E foi na Filosofia Hermenêutica de Heidegger e na Hermenêutica Filosófica de Gadamer, inseridas no Direito brasileiro pela Crítica Hermenêutica do Direito desenvolvida por Lenio Streck, que se buscou o suporte teórico e filosófico para o desenvolvimento do presente estudo.

No Capítulo 2 tratou-se, inicialmente, de conceituar o Livre Convencimento Motivado, demonstrando-se que, a despeito de surgir como contraposição ao sistema legal de análise da prova, foi transformado, principalmente pela prática jurídica, em “princípio” que justifica decisões solipsistas, subjetivistas, discricionárias. A fim de demonstrar essa afirmação, foram estudados doutrinadores clássicos do Direito brasileiro e analisados julgados das câmaras de direito público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e das turmas de direito público do Superior Tribunal de Justiça, proferidos no período compreendido entre janeiro de 2007 e 17 de março de 2016, dia anterior à entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil.

Em seguida, foi desenvolvida a análise crítica do Livre Convencimento Motivado a partir do paradigma Hermenêutico, conforme exposto no Capítulo 1, propondo-se a superação da relação sujeito-objeto característica da já referida crise de dupla face do Positivismo Jurídico e instauração da resposta correta em Direito para além da subjetividade do julgador.

Observou-se que o Livre Convencimento Motivado, que pressupõe a separação de *questão de fato* e *questão de direito*, instaura uma artificialidade conceitual que confere as respostas antes de formuladas as perguntas, como razões definitivas e *a priori* de dever ser. Nesse sentido, a resposta, ou a melhor resposta dentre as possíveis, já está pronta na subjetividade do juiz, já foi por ele escolhida, servindo o processo apenas para legitimar a formação de seu Livre Convencimento. Como consequência, o processo está a serviço dessa subjetividade, podendo ser ampliado ou cerceado livremente em função dela. Falta, ao Livre Convencimento Motivado, a necessária faticidade e historicidade da compreensão. A descoberta dos fatos é necessária apenas na medida em que o caso concreto precisa ser

conformado aos conceitos jurídicos já previamente construídos, aos significados que lhe são conferidos pelo intérprete, a partir de seus Preconceitos/prejuízos irrefletidos, por vezes ilegítimos.

Demonstrou-se que o Livre Convencimento Motivado, associado à instrumentalidade do processo, assujeita o Direito ao seu intérprete, aposta no Solipsismo como fundamento da decisão judicial. Ponderou-se, porém, que uma decisão judicial não pode ser fruto de uma escolha que será posteriormente justificada; pelo contrário, deve ser consequência da análise do Direito, das regras e princípios constitucionais. Assim, assentou-se a necessidade de substituir qualquer razão solipsista por uma construção intersubjetiva do Direito, com base na qual o juiz o interprete a partir do *como* hermenêutico; preserve a autonomia do Direito; respeite a Integridade e a Coerência do Direito; observe a história institucional do Direito; forneça os fundamentos da decisão explicitando sua compreensão; e, com isso, produza a resposta constitucionalmente adequada.

O Capítulo 3 iniciou com uma análise Hermenêutica das mudanças promovidas pelo Novo Código de Processo Civil ao abandonar o Livre Convencimento Motivado, expungindo de seu texto qualquer referência a ele, alteração que deve ser lida em conjunto com a exigência de que seja mantida a Coerência e a Integridade da jurisprudência (artigo 926) e com o dever de motivação das decisões (artigo 489). Com isso, como ficou demonstrado, foi sepultado o protagonismo do juiz no sentido de condução subjetiva do processo com vistas à formação de seu convencimento, instaurando-se um proceder coparticipativo e cooperativo entre todos os atores processuais. A ideia de que o juiz é livre para decidir, realizar uma escolha a partir de suas opiniões pessoais, desde que motive posteriormente o seu convencimento, foi substituída por uma construção intersubjetiva dos sentidos que serão buscados pelo juiz na e pela linguagem, condição de possibilidade da compreensão, sob o crivo da tradição, da história institucional do Direito, respeitando sua autonomia, Coerência e Integridade.

Afirmou-se que, tomadas em conjunto, as mudanças promovidas pela Lei n. 13.105/2015, em especial com os artigos 371, 489 e 926, abrem as portas para uma nova Teoria da Decisão, comprometida com a concretização do Direito;

possibilitam o abandono de um modelo centrado na subjetividade do intérprete, originado do esquema sujeito-objeto da Filosofia da Consciência, para adotar-se um modelo de Teoria da Decisão instaurada na intersubjetividade; criam um horizonte de possibilidade para que a Viragem Ontológico-Linguística promovida pela Filosofia Hermenêutica e pela Hermenêutica Filosófica ingressem definitivamente na Dogmática Jurídica brasileira.

Assim, assentou-se que, inserido de forma significativa nessa mudança paradigmática, o abandono do Livre Convencimento Motivado conduz à impossibilidade de subjetivismos, decisionismos e Solipsismos como fundamentos das decisões judiciais. O juiz não pode mais motivar uma decisão “segundo sua consciência”. O Direito deve aparecer e prevalecer, fornecendo as respostas adequadas aos problemas judicializados.

No subcapítulo 3.2 retomou-se a análise da doutrina e jurisprudência, porém desta vez considerando as alterações promovidas no processo civil brasileiro pela Lei n. 13.105/2015. Constatou-se que a doutrina e, principalmente, a jurisprudência apresentam-se, nesse início de vigência do Novo Código de Processo Civil, refratárias às mudanças paradigmáticas ocorridas, em especial quanto ao abandono do Livre Convencimento Motivado, que continua sendo utilizado como fundamento de decisões idênticas às que eram proferidas sob a égide do Código de Processo Civil de 1973.

Ao final do Capítulo 3 apresentaram-se os conceitos de Campo Jurídico de Pierre Bourdieu, senso comum de Clifford Geertz, e Senso Comum Teórico de Luis Alberto Warat, para, na sequência, demonstrar como o Senso Comum Teórico do Campo Jurídico impõe resistência ao novo, pois naturaliza práticas inautênticas, mitificadas, ocultando as relações de poder que lhe subjazem. Observou-se que no interior do Campo Jurídico existe um *habitus* estabelecido que predefine os limites da crítica, do novo. Trata-se de um acúmulo histórico de saber teórico que serve como determinante das significações. A linguagem do Sentido Comum Teórico dos juristas não permite que o novo seja dito e visto como tal, o que exige a criação de um outro linguajar, de uma nova mentalidade que permita ver o novo *como* novo, que possibilite o seu acontecer.

Apreciaram-se as mudanças promovidas pela Lei n. 13.105/2015 em face das características identificadas do Senso Comum Teórico do Campo Jurídico, o que permitiu afirmar que abrem as portas para uma virada Hermenêutica, porém precisam ser lidas a partir desse novo olhar. Os Preconceitos/prejuízos precisam ser suspensos e submetidos à tradição que fala a partir desse novo paradigma, desse horizonte de sentido estabelecido pela Constituição da República Federativa do Brasil e pelo Código de Processo Civil de 2015, a fim de que os inautênticos, ilegítimos, sejam abandonados, possibilitando, com isso, o acontecer do ser do Direito. Enquanto os juristas estiverem dominados pelos Preconceitos/prejuízos inautênticos do Sentido Comum Teórico, do *habitus* do Campo Jurídico, o novo não poderá ser visto, nomeado e vivido *como* novo. Concluiu-se que é por isso que boa parte da doutrina e a jurisprudência em geral insiste em afirmar que subsiste o Livre Convencimento Motivado no processo civil brasileiro, em decidir conforme a consciência, solipsisticamente, pois não suspenderam os Preconceitos/prejuízos com os quais operam a fim de submetê-los a uma leitura Hermenêutica.

Assentou-se que é preciso exigir dos juristas, em especial dos magistrados, a quem incumbe o poder-dever de prestar a jurisdição, que tenham responsabilidade política; que construam os sentidos da norma intersubjetivamente, com respeito à tradição, à faticidade, à historicidade do caso concreto; que explicitem o processo de compreensão justificando a fundamentação da decisão, possibilitando o seu controle hermenêutico; que respeitem a autonomia, a Integridade e a Coerência do Direito; que busquem a resposta correta, no sentido de adequada ao Direito, em especial à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. E esse câmbio paradigmático foi possibilitado pelo Novo Código de Processo Civil.

Ao final, ponderou-se que o Novo Código de Processo Civil abre uma significativa possibilidade de ingresso da Hermenêutica e da Viragem Ontológico-Linguística por ela promovida na Ciência Jurídica, ao passar uma clara mensagem, com o abandono do Livre Convencimento Motivado pelo seu artigo 371, conjugado ao dever de motivação previsto no artigo 489 e a exigência de Coerência e Integridade das decisões pelo artigo 926, de que não são admitidos subjetivismos,

decisionismos e Solipsismos na atividade jurisdicional, impondo uma construção intersubjetiva de sentidos pela comunidade jurídica. Porém, se essa mudança não for assimilada pela Dogmática Jurídica brasileira, se a clareira aberta não for preenchida pelo acontecer autêntico da Constituição e do Novo Código de Processo Civil, permitir-se-á que os sentidos sejam preenchidos pelo Senso Comum Teórico da Dogmática Jurídica Positivista, que tratará de reprimar o Livre Convencimento Motivado, ignorando inclusive os limites sintáticos e semânticos do texto legislado, ou preencherá esse vazio com novos sentidos subjetivamente construídos, novas justificativas e subterfúgios teóricos para a reprodução fetichizada dos discursos, de respostas prontas, de razões definitivas de dever ser.

Conclui-se de tudo quanto exposto que o Direito que tem a Filosofia Hermenêutica e a Hermenêutica Filosófica como *standards* de racionalidade não admite os subjetivismos do Livre Convencimento Motivado. A superação da Dogmática Jurídica tradicional, instaurada a partir do paradigma Metafísico, pela Hermenêutica está alinhada ao Estado Democrático de Direito, possibilitando o acontecer da Constituição. O respeito à historicidade do Direito, à Coerência e à Integridade, o agir intersubjetivo, a construção democrática e compartilhada das práticas jurídicas orientadas por uma Constituição democrática e compromissória, abrem clareiras, novos horizontes significativos, que possibilitam o aparecer do ser do Direito, conduzindo à concretização do ideal de vida boa previsto no citado artigo 3º da Constituição Republicana. Não há mais espaço, portanto, para o Livre Convencimento Motivado no Direito, principalmente em razão da Virada Ontológico-Linguística.

O que se viu acontecer com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cuja concretização foi e continua sendo enfraquecida pelo Senso Comum Teórico da Dogmática Jurídica tradicional, permeada de cumprimentos *ad hoc* de dispositivos de menor relevância, associada a um descumprimento sistemático de seu cerne, em especial das promessas da modernidade, pode ocorrer com o Novo Código de Processo Civil se não houver um controle hermenêutico das decisões judiciais pela comunidade jurídica.

Como visto, neste primeiro ano de vigência do Novo Código de Processo

Civil mantêm-se as velhas práticas, renovadas, quiçá fortalecidas, por procedimentos ou formalismos cumpridos *ad hoc*. Questões menores, puramente formais, são implementadas, como a responsabilidade das partes de intimarem suas testemunhas, a contagem de prazos em dias úteis e a construção de respostas prontas com os incidentes de resolução de demandas repetitivas. Porém, diferentemente, o cerne da inovação, a mudança paradigmática possibilitada pelo Novo Código de Processo Civil, está sendo solenemente ignorada. O Livre Convencimento Motivado continua sendo invocado, os magistrados ainda se vêm autorizados a não enfrentar todas as questões debatidas no processo, não se vem exigindo observância ao dever de fundamentação nos moldes dispostos no artigo 489 do Código de Processo Civil e o dever de manter a Integridade e a Coerência está sendo confundido com estabilidade da jurisprudência.

Essa realidade é reflexo da manutenção de um *habitus* do Campo Jurídico, um Sentido Comum Teórico que tenta impor-se à mudança democraticamente legislada. É ingênuo acreditar que práticas de décadas serão imediatamente modificadas por uma alteração legislativa. As relações de poder subjacentes ao Direito continuam atuando independentemente dela, o que precisa ser denunciado, combatido.

O julgador continua senhor do processo, da atividade das partes e, conseqüentemente, dos sentidos da lei. Além das súmulas, vinculantes ou não, tem-se agora referência expressa ao precedente (o que vem sendo mal interpretado, inclusive com defesas de que o Novo Código de Processo Civil instituiu no Direito brasileiro um misto de *common law* e *civil law*) e os julgamentos proferidos em incidentes de resolução de demandas repetitivas (que não vêm considerando todos os argumentos relevantes e possibilitando ampla participação democrática na discussão), que vêm sendo utilizados como verdades *a priori*, *standards*, razões definitivas de dever ser que serão meramente subsumidas a casos concretos. O processo permanece sendo utilizado como instrumento de convencimento do juiz; não se compreendeu que a necessária cooperação entre os atores processuais, a que se refere o artigo 6º do Código de Processo Civil, diz respeito também e principalmente ao representante do Estado-juiz.

É preciso nominar o novo como novo, construir uma nova linguagem que permita ver essa virada Hermenêutica como um novo e necessário paradigma. Sem modificar o modo de o jurista compreender o mundo e compreender-se nessa relação com ele, não mais como um sujeito isolado contemplando um objeto desnudo ao qual atribuirá arbitrariamente sentidos, é difícil que o novo possa acontecer, que o Direito possa ser de fato transformador. Como observa Streck, “ou se acaba com a standardização do Direito ou ela acaba com o que resta da ciência jurídica”⁶⁶⁶.

O Novo Código de Processo Civil não só traz a possibilidade dessa mudança como a exige, porém é tarefa da comunidade jurídica receber, compreender e viver essa mudança paradigmática, superando o Senso Comum Teórico que repristina o Livre Convencimento Motivado e continua entregando o Direito à subjetividade do intérprete. O juiz, o advogado, o promotor de justiça, o doutrinador, devem ter responsabilidade política, respeito com o Direito democraticamente legislado e compromisso com a construção intersubjetiva das normas jurídicas, suspendendo seus Preconceitos, abrindo clareiras que permitam o autêntico acontecer do ser do Direito na sua existencialidade.

Segundo Gadamer, os novos horizontes de possibilidades são criados pelas experiências, que se confrontam com o mito de um conhecimento conceitual, limitado pelo horizonte histórico construído pelo Sentido Comum Teórico. A experiência altera o saber e o próprio objeto como se o conhecia, além de abrir o sujeito para novas experiências, fornecer um novo horizonte dentro do qual algo pode converter-se em experiência.⁶⁶⁷ Na lição de Streck, “*O novo deixaria de sê-lo se não tivesse que se afirmar contra alguma coisa*”⁶⁶⁸ (itálico no original). A experiência nos faz questionar os Preconceitos, a tradição, expõe as contradições do Sentido Comum Teórico, abrindo, assim, as clareiras que possibilitam o autêntico acontecer do ser.

⁶⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011. p. 364.

⁶⁶⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. p. 462-463.

⁶⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração Hermenêutica da construção do direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011. p. 350-351.

O Código de Processo Civil de 2015 traz, como visto, uma experiência, um novo paradigma, hermenêutico, intersubjetivo, que supera a relação sujeito-objeto e coloca a compreensão como um existencial, a partir de um *a priori* compartilhado. A linguagem, nesse sentido, deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto e passa à condição de possibilidade da compreensão, constitutiva de mundo. Como toda experiência, choca-se com o saber estabelecido, com o Sentido Comum Teórico, que resiste tentando atribuir ao novo os velhos sentidos. Desse confronto, porém, horizontes de possibilidades não de surgir.

A experiência que traz o Novo Código de Processo Civil precisa ser vivida com consciência da história efetual, para que se torne experiência Hermenêutica, constituindo uma outra tradição jurídica, uma nova linguagem que possibilite o autêntico acontecer do ser do Direito. Essa é a tarefa que se coloca à comunidade jurídica atualmente e que permanece como possibilidade aberta, a ser vivida, construída, nesse confronto entre a tradição do Sentido Comum Teórico e o novo paradigma hermenêutico estabelecido pelo abandono do Livre Convencimento Motivado pelo Novo Código de Processo Civil.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5. ed. Tradução de Alfredo Bossi e revisão da tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: *dizionario di filosofia*.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015. Título original: *Theorie der Grundrechte*.

_____. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. Título original: *Begriff und geltung des rechts*.

ARONNE, Ricardo. **O princípio do livre convencimento do juiz**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. Título original: *Eguaglianza e Libertà*.

_____. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do Direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. Título original não informado.

BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. Título original: *Le pouvoir symbolique*.

BRANDÃO, Paulo de Tarso; MARTINS, Douglas Roberto. Julgamento antecipado da lide, direito à prova e acesso à justiça. In: ROSA, Alexandre Moraes da. (Org.). **Para um direito democrático**: diálogos sobre paradoxos. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 9-23.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 de junho de 2017.

_____. Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em: 15 de maio de 2017.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm#art1218. Acesso em: 15 de maio de 2017.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 24 de junho de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 2015/0322496-9**, de Santa Catarina. Relator Ministro Humberto Martins,

Órgão julgador: Segunda Turma, julgado em 2.6.2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 19 de junho de 2017.

_____. _____. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 2016/0135337-8**, do Maranhão. Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Órgão julgador: Segunda Turma, julgado em 20.10.2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 19 de junho de 2017.

_____. _____. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 2016/0204470-6**, do Rio de Janeiro. Relator Ministro Sérgio Kukina, Órgão julgador: Primeira Turma, julgado em 7.3.2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 19 de junho de 2017.

_____. _____. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 2017/0015202-3**, do Rio de Janeiro. Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Órgão julgador: Segunda Turma, julgado em 23.5.2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 19 de junho de 2017.

_____. _____. **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 2017/0016979-7**, de São Paulo. Relator Ministro Og Fernandes, Órgão julgador: Segunda Turma, julgado em 2.5.2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 19 de junho de 2017.

_____. _____. **Agravo Interno no Recurso Especial n. 2015/0078307-3, de Goiás**. Relatora Ministra Regina Helena Costa, Órgão julgador: Primeira Turma, julgado em 13.12.2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 19 de junho de 2017.

_____. _____. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 2012/0060443-2**, do Espírito Santo. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Órgão julgador: Primeira Turma, julgado em 17.11.2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 25 de maio de 2017.

_____. _____. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 2014/0261579-0**, do Piauí. Relator Ministro Sérgio Kukina. Órgão julgador: Primeira Turma, julgado em 17.3.2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 25 de maio de 2017.

_____. _____. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 2015/0161956-3**, do Distrito Federal. Relatora Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada do TRF 3ª Região). Órgão julgador: Segunda Turma, julgado em 18.2.2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>, acesso em: 25 de maio de 2017.

_____. _____. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 2016/0007791-5**, do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Órgão julgador: Segunda Turma, julgado em 15.3.2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 25 de maio de 2017.

_____. _____. **Recurso Especial n. 2006/0248277-4**, do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Francisco Falcão, Órgão julgador: Primeira Turma, julgado em 3.5.2007.

Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 25 de maio de 2017.

_____. _____. **Recurso Especial n. 2016/0316305-7**, do Rio de Janeiro. Relator Ministro Herman Benjamin, Órgão julgador: Segunda Turma, julgado em 2.5.2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 19 de junho de 2017.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de Instrumento n. 2008.027174-4**, de Joinville. Relator Desembargador Luiz César Medeiros. Órgão julgador: Terceira Câmara de Direito Público, julgado em 26.8.2008. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 23 de maio de 2017.

_____. _____. **Agravo de Instrumento n. 2006.037382-2**, de Itapema. Relatora Desembargadora Sônia Maria Schmitz. Órgão julgador: Terceira Câmara de Direito Público, julgado em 27.5.2008. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 23 de maio de 2017.

_____. _____. **Agravo de Instrumento n. 2015.019776-3**, de Porto União. Relator Desembargador Carlos Adilson Silva. Órgão julgador: Primeira Câmara de Direito Público, julgado em 22.9.2015. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 21 de maio de 2017.

_____. _____. **Agravo Regimental em Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2007.028306-9**, da Capital. Relator Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz. Órgão julgador: Primeira Câmara de Direito Público, julgado em 19.8.2008. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 23 de maio de 2017.

_____. _____. **Apelação Cível n. 0001703-98.2014.8.24.0076**, de Turvo. Relator Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz, Órgão julgador: Segunda Câmara de Direito Público, julgado em 23.5.2017. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 19 de junho de 2017.

_____. _____. **Apelação Cível n. 0003218-33.2011.8.24.0058**, de São Bento do Sul. Relator Desembargador Ricardo Roesler, Órgão julgador: Quarta Câmara de Direito Público, julgado em 4.8.2016. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 19 de junho de 2017.

_____. _____. **Apelação Cível n. 0300026-92.2014.8.24.0032**, de Itaiópolis. Relator Desembargador Luiz Fernando Boller, Órgão julgador: Primeira Câmara de Direito Público, julgado em 23.5.2017. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 19 de junho de 2017.

_____. _____. **Apelação Cível n. 0300734-77.2015.8.24.0010**, de Braço do Norte. Relator Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz, Órgão julgador: Segunda Câmara de Direito Público, julgado em 9.5.2017. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 19 de junho de 2017.

_____. _____. **Apelação Cível n. 0501663-40.2012.8.24.0008**, de Blumenau. Relatora Desembargadora Sônia Maria Schmitz, Órgão julgador: Quarta Câmara de Direito Público, julgado em 9.3.2017. Disponível em:

<http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 19 de junho de 2017.

_____. _____. **Apelação Cível n. 0800977-42.2013.8.24.0039**, de Lages. Relator Desembargador Luiz Fernando Boller, Órgão julgador: Primeira Câmara de Direito Público, julgado em 2.5.2017. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 19 de junho de 2017.

_____. _____. **Apelação Cível n. 2006.045036-8**, de Mafra. Relator Desembargador Volnei Carlin, órgão julgador: Primeira Câmara de Direito Público, julgado em 8.3.2007. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 21 de maio de 2017.

_____. _____. **Apelação Cível n. 2008.013681-1**, de Joinville. Relator Desembargador Márcio Schiefler Fontes, órgão julgador: Quarta Câmara de Direito Público, julgado em 16.4.2009. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 23 de maio de 2017.

_____. _____. **Apelação Cível n. 2013.056910-2**, da Capital. Relator Desembargador Pedro Manoel Abreu. Órgão julgador: Terceira Câmara de Direito Público, julgado em 15.7.2014. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 23 de maio de 2017.

_____. _____. **Apelação Cível n. 2015.093386-0**, de Blumenau. Relator Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz, Órgão julgador: Segunda Câmara de Direito Público, julgado em 8.3.2016. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 21 de maio de 2017.

_____. _____. **Embargos de Declaração n. 0036128-87.2012.8.24.0023**, da Capital. Relator Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz, Órgão julgador: Segunda Câmara de Direito Público, julgado em 13.12.2016. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 19 de junho de 2017.

_____. _____. **Embargos de Declaração em Agravo em Agravo de Instrumento n. 2015.020490-3**, de Joinville. Relator Desembargador Pedro Manoel Abreu, Órgão julgador: Terceira Câmara de Direito Público, julgado em 1.12.2015. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 21 de maio de 2017.

_____. _____. **Mandado de Segurança n. 2011.077360-2**, da Capital. Relator Desembargador José Volpato de Souza, órgão julgador: Grupo de Câmaras de Direito Público, julgado em 13.6.2012. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>. Acesso em 23 de maio de 2017.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de derecho procesal civil**. Tomo II. 3. ed. Tradução para o espanhol de José Casais y Santolo. Madrid: Editorial Reus, 1925. Título original: não informado.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CORETH, Emerich. **Questões fundamentais de Hermenêutica**. Tradução de

Carlos Lopes de Matos. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1973. Título original: *Grundfragen der Hermeneutik*.

COUTURE, Eduardo Juan. **Introdução ao estudo do processo civil**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003. Título original: não informado.

DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. **A expulsão do Livre Convencimento Motivado do Novo CPC e os motivos pelos quais a razão está com os hermeneutas**. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/04/13/a-expulsao-do-livre-convencimento-motivado-do-novo-cpc-e-os-motivos-pelos-quais-a-razao-esta-com-os-hermeneutas/>. Acesso em: 15 de junho de 2017.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: *Taking rights seriously*.

_____. **O império do Direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. Título original: *Law's Empire*.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima; CUNHA, Maurício Ferreira. **Novo código de processo civil para concursos**: Doutrina, Jurisprudência e questões de concursos. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Volume 1. 15. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2015. Título original: *Wahrheit und methode*.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **O Livre Convencimento Motivado não acabou no novo CPC**. Disponível em: <https://jota.info/colunas/novo-cpc/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc-06042015>. Acesso em: 18 de junho de 2017.

_____. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015: parte geral. São Paulo: Forense, 2015.

GEERTZ, Clifford. **O saber local**: novos ensaios em antropologia interpretativa. Tradução de Vera Joscelyne. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012. Título original: *Local knowledge*.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. Título original: *Concept of law*.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2015. Título original: *Sein und Zeit*.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **A índole filosófica do Direito**. Florianópolis: Empório do Direito Academia, 2016.

_____. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do Direito ao longo da história. In: **Introdução à filosofia do Direito e à teoria do Direito contemporâneas**. Organizadores A. Kaufmann e W. Hassemer. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Revisão científica e coordenação de Antônio Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. Título original: *Einführung in rechtsphilosophie und rechtstheorie der gegenwart*.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Título original: *Reine Rechtslehre*.

MACHADO JÚNIOR, Dario Ribeiro; et. al. **Novo código de processo civil**: anotado e comparado: lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro e Humberto Dalla Bernardina de Pinho (Coordenadores). Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. Volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. Volume 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS, Douglas Roberto. Princípio da confiança no juiz do processo (no juiz da causa ou no juiz próximo dos fatos): análise crítica a partir da teoria da argumentação jurídica de Manuel Atienza. In: **Argumentação jurídica e o direito contemporâneo** [recurso eletrônico]. Org. Alexandre Moraes da Rosa, Natammy Luana de Aguiar Bonissoni; coordenadores Luciene Dal Ri, Rafael Padilha dos Santos, Orlando Luiz Zanon Junior. Itajaí: UNIVALI, 2016. Disponível em: <http://www.univali.br/ppcj/ebook>. Acesso em: 25 de maio de 2017. p. 356-377.

MENDES, Regina Lúcia Teixeira. **Do princípio do Livre Convencimento Motivado**: legislação, doutrina e interpretação de juízes brasileiros. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo II: arts. 46 a 153. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica

estruturantes. Tradução de Ana Paula Barbosa-Fohrmann e outros. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Título original: não informado.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2012.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Sobre a fundamentação**. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1986. Título original: *Hermeneutics*.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 13. ed. Florianópolis: Conceito editorial, 2015.

POSNER, Richard A. **Cómo deciden los jueces**. Tradução para o espanhol de Victoria Roca Pérez. Madrid: Marcial Pons, 2011. Título original: *How Judges Think*.

RIVERO, Mariflor Aguilar. **Dialogo y alteridad**. Trazos de la hermenéutica de Gadamer. México: Secretaría de Extensión Académica de la Facultad de Filosofía y Letras, 2005.

ROSA, Alexandre Morais da. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. 2. ed. Lisboa: Rei dos livros, 2015.

SICHES, Luis Recaséns. **Introducción al estudio del derecho**. 12. ed. México: Editorial Porrúa, 1997.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. Volume 1: processo de conhecimento. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STEIN, Ernildo. A superação da metafísica não é o fim da metafísica. *In: Hermenêutica, constituição, decisão judicial: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck*. Organizadores: Alexandre Morais da Rosa ... [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

_____. **Exercício de fenomenologia: limites de um paradigma**. Ijuí: Unijuí, 2004.

_____. **Racionalidade e Existência: uma introdução à filosofia**. Porto Alegre: L&PM Editores, 1988.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *In: Novos estudos jurídicos*, Itajaí. Volume 15, n. 1, janeiro-abril de 2010. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>. Acesso em: 27 de abril de 2017. p. 158-173.

_____. **Dicionário de hermenêutica:** quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração Hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

_____. **O Direito e três tipos de amor:** o que isso tem a ver com subjetivismo? Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-15/senso-incomum-direito-tres-tipos-amor-isto-ver-subjetivismo>. Acesso em: 10 de junho de 2017.

_____. O Novo CPC e o Hermeneutic Turn do Direito brasileiro – Condições e possibilidades. *In: Revista Brasileira de Direito Processual* – RBDPro. Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 355-372, abr./jun. 2015. p. 355-372.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. Superando os diversos tipos de positivismo: porque Hermenêutica é applicatio? *In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC.* Ceará. v. 34.2, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1224>. Acesso em: 2 de julho de 2017. p. 275-298.

_____. **Verdade e consenso:** constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Saraiva, 2016.

SCHROTH, Ulrich. Hermenêutica filosófica e jurídica. *In: Introdução à filosofia do Direito e à teoria do Direito contemporâneas.* Organizadores A. Kaufmann e W. Hassemer. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Revisão científica e coordenação de Antônio Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. Título original: *Einführung in rechtsphilosophie und rechtstheorie der gegenwart*.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Volume 1. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder:** uma análise crítica da teoria jurídica. Florianópolis: Editora da UFSC, 1983.

_____. **Introdução geral ao direito I:** interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1994.

_____. **Introdução geral ao direito II:** a epistemologia jurídica da modernidade. Tradução de José Luis Bolzan. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

_____. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Colaboração de Leonel Severo Rocha. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia e Constitución**. Madrid: Trotta, 2005.

ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do Direito**. 2. ed. Curitiba: Editora PrismaS, 2015.