V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

ANA PAULA BASSO

OSCAR SARLO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314
Teorias do direito e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UdelaR/Unisinos/URI/ UFSM /Univali/UPF/FURG;

Coordenadores: Ana Paula Basso, Oscar Sarlo – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-275-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Interncionais. 2. Teorias do direito. 3. Realismo jurídico. I. Encontro Internacional do CONPEDI (5. : 2016 : Montevidéu, URU).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de la República
Montevideo – Uruguay
www.fder.edu.uy

V ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI MONTEVIDÉU – URUGUAI

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

As pesquisas apresentadas no Grupo de Trabalho Teorias do Direito e Realismo Jurídico, no V Encontro Internacional do CONPEDI, em Montevidéu, no Uruguai, reunindo brasileiros e uruguaios, trouxe diferentes abordagens quanto à forma idealista da normatividade na ciência jurídica, especialmente sob a perspectiva do judiciário.

Diante da visão de importantes doutrinadores, sejam do lado do positivismo ou do realismo jurídico, como H. L. A. Hart, Adrian Vermeule, Dworkin, Ralph Poscher e Niklas Luhman, os trabalhos debatidos proporcionaram elementos de circunspeção quanto aos modos como atuam os juízes e às diferentes técnicas de interpretação e aplicação do Direito.

O principal aspecto que se buscou destacar foi analisar o porquê que uma decisão foi tomada, ou seja, qual foi o seu motivo e qual finalidade é a pretendida. Conjectura-se frente às fontes do Direito, o posicionamento do judiciário. Importa, ir além, examinar se essas razões admitidas pelo judiciário são aceitáveis, podendo ser tidas como certas também para a sociedade.

É no campo das teorizações que surge o realismo jurídico, não adotando todas teorias como incontestáveis e absolutas, a exemplo das formalistas e objetivas. Nesse sentido, os estudos expostos no presente Grupo de Trabalho partiram de descrições de como se processa a atividade judicial e também de conclusões e críticas de determinados resultados das decisões tomadas, remetendo o direito à realidade dos conflitos postos diante dos Tribunais, avaliando as suas causas e efeitos.

Os artigos deste Grupo de Trabalho merecem a especial atenção dos leitores, permitindo a construção do conhecimento envolvendo diversas problemáticas atinentes à Teoria Geral do Direito, contribuindo à construção das análises quanto à teoria da norma e da decisão, à visão sociológica e filosófica do Direito, assim como o estudo do discurso jurídico, quanto à judicialização e o ativismo judicial.

Presenciando as apresentações dos artigos e a qualidade do debate que surgiu a partir dos argumentos de cada um por meio de indagações e respostas persuasivas, destacou ainda mais a relevância da temática que o Grupo de Trabalho Teorias do Direito e Realismo Jurídico dialoga.

O V Encontro Internacional do CONPEDI, em Montevidéu, representou uma extraordinária oportunidade reunindo Professores e Estudantes que se dedicam a estudos específicos para trocarem experiências e conhecimentos, e esse debate se multiplicará a partir dos trabalhos escritos que ora são compartilhados com os demais operadores do Direito que a partir de suas leituras seguirão contribuindo à Ciência e aplicação do Direito.

Profa. Dra. Ana Paula Basso - UFCG - Brasil

Prof. Oscar Sarlo - UDELAR - Uruguay

DO MAQUIAVELISMO NAS DECISÕES JUDICIAIS: OS LADOS DA MOEDA.

OF JUDICIAL DECISIONS IN MACHIAVELLIANISM : THE CURRENCY SIDES .

Sheyla Yvette Cavalcanti Ribeiro Coutinho [1]

Resumo

Na valoração da prova, o antigo CPC-1973 adotava o livre convencimento motivado, onde o Juiz escolhia, no conjunto probatório que chegava às suas mãos, aquela prova que, na sua ótica, melhor serviria para formar o seu convencimento. O NCPC/2015 retira essa "discricionariedade desproporcional", visando à rejeição do individualismo e do "empoderamento judicial", onde se julgava motivado por razões previamente eleitas. Busca-se a superação dessa forma de poder, resultado de uma discursividade egocêntrica, que nega a alteridade. É a superação da figura do Juiz "maquiavélico", que promove suas decisões segundo seus fins, com base nos seus próprios meios.

Palavras-chave: Livre convencimento motivado, Valoração da prova, Empoderamento judicial

Abstract/Resumen/Résumé

Assessment of evidence, the former CPC- 1973 adopted the free- motivated conviction , where the Judge chose, the evidence set that came into his hands , that proves that , in its view, best serve to form the conviction . The NCPC / 2015 removes this "freedom" which aims to rejection of individualism and "legal empowerment" where judges motivated by previously elected reasons. Search to cure this form of power, the result of self-centered discourse that denies otherness. This surpasses the figure of the judge "Machiavellian", which promotes their decisions according to their purposes, based on its own.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Free motivated conviction, Assessment of the evidence, Judicial empowerment

[1] Analista Judiciária - Justiça Federal de Sergipe. Mestre. Professora.

1. Considerações Introdutórias

A conceituação clássica de Jurisdição[1] – *ius dicere* – afirma que o Juiz é a "boca da lei" e deve funcionar como aquele elemento imparcial, objetificado pela norma geral e abstrata criada pelo Legislador. Assim, a norma "toma" o Juiz para que possa ser aplicada ao caso concreto. A atividade judicante submete-se ao dever-ser da norma, de forma prolongada e passiva. Cândido Rangel Dinamarco & Outros (2008, p. 148) esclarecem essa questão: "[...] como essas pessoas [os Juízes] não agem em nome próprio [atividade é substitutiva das partes em litígio], mas como Órgão do Estado, a sua *imparcialidade* é uma exigência da lei [...]".

Essa abordagem clássica da Jurisdição vê a sentença como a "norma individual que particulariza a norma geral"[2] (MARINONI, 2008, p. 105). Trata-se de considerar a norma como *somente* o texto da lei, desconectada de seu programa normativo.

Ora, desde as primeiras Constituições escritas do final do século XVIII, até meados do Século XX (Fim da 02ª Guerra Mundial) permaneceram [e, decerto, permanecem, também, hoje] os métodos tradicionais de interpretação do Direito Civil: o raciocínio de que a norma geral seria *aplicada*, em vez de *criada*, afinal, o Juiz não pode criar a norma geral, haja vista essa norma seria não-positiva, uma vez não ter sido elaborada pelo legislador (Cf. MARINORI, 2008, p. 104). O intérprete não observa os limites de sentido e o teto hermenêutico da norma constitucional. Trata-se de um paradigma representacional, que concebe a interpretação como procedimento dotado de fases, capaz de acomodar, "de forma dedutiva", as decisões judiciais essencialmente metodológico positivistas: A premissa maior é o enunciado normativo; a premissa menor são fatos. Então, tem-se a consequência, que é a aplicação da norma ao caso concreto (subsunção normativa).

Com o pós-guerra, ocorre o que Lyotard[3] (1993, p. 03) definiu como a *deslegitimação dos grandes relatos da modernidade* (metadiscursos) e se inicia a base de uma "virada epistemológica" também no campo sociojurídico. Essa "nova" abordagem teórica, cunhada de neoconstitucionalismo [ou pós-positivismo jurídico – com uma principiologia calcada na dignidade humana, na solidariedade social e nos direitos fundamentais] incorpora o cabimento

1 Jurisdição é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso concreto para ser solucionado; (…) (ARAÚJO CINTRA, ANTÔNIO CARLOS; GRINOVER, ADA PELLEGRINI; DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. *Teoria geral do processo.* 24.ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2008, p. 147).
2 MARINONI, LUIZ GUILHERME, *Teoria geral do processo.* 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
3 LYOTARD, Jean-François. *O pós-moderno*. 4. ed. Rio de Janeiro: José Olympio**,** 1993.

dos campos de "valoração" e de "justiça", com sua centralidade marcada pela Força Normativa da Constituição[4], amparada, em especial, pela axiologia da existência humana digna e nos princípios dela derivados. Com essa abordagem, a ética e os valores começam a voltar ao Direito. Ilustra Marinoni (2008, p. 48-49):

> A obrigação do jurista não é mais apenas a de revelar as palavras da lei, mas a de projetar uma imagem, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais. (…). O neoconstitucionalismo exige a compreensão crítica da lei em face da Constituição (…). Essa transformação crítica da lei, ao dar o jurista uma tarefa de construção – e não de simples revelação – confere-lhe maior dignidade e responsabilidade, já que dele se espera uma atividade essencial para dar efetividade aos planos da Constituição, ou seja, aos projetos do Estado e às aspirações da sociedade.

Dessa forma, o intérprete constitucional não pode separar o programa normativo, inserido nas constituições, da realidade social. Essa constitucionalização do direito material e processual busca superar a antinomia clássica Direito Natural/Direito Positivo (BONAVIDES, 2008, p. 276). Representa um salto para uma Teoria Material da Constituição, constituída por uma hegemonia normativa dos princípios, onde esses aparecem definitivamente como normas-valores de maior positividade nas Constituições que nos Código e, por isso, providos do mais lato peso, por apresentarem uma eficácia suprema. Nela, os fatos "da vida" e "a sua rebeldia" insurgem perante os esquemas de racionalidade positiva.

Ora, mesmo em Hans-Kelsen a norma é um ato de vontade, propugnando a defesa de uma opção voluntarista (um ato volitivo, de decisão, um *Sinngebung*) e não cognitiva (um ato intelectivo, um *Sinnverständnis*), do ato de realização do direito. Ele rechaça a tese da antinomia tradicional entre criação e aplicação do direito. A Teoria Pura do Direito, ao ver a função judicial como criadora do direito, põe em xeque a falácia, até então tradicional, que considerava o juiz como a "boca que pronuncia as palavras da lei"[5]. Assim, para Kelsen, o intérprete, desde logo, guia-se *mais por sua vontade, do que por sua cognição*. A vontade pesa mais do que a inteligência. Sobre a interpretação como ato de vontade, proclamada por Hans-Kelsen, Lênio Streck[6] vai dizer: "[...] eis o ovo da serpente do voluntarismo".

---

4 Corresponde às realidades da situação histórica, quanto maior é a disposição de reconhecer os conteúdos da Constituição, como obrigatórios. Quanto mais firme é a disposição de atualizar esses conteúdos, também, contra as resistências, tanto mais, e mais seguro, aquelas ameaças poderão ser evitadas ou rechaçadas (Cfe. HESSE *apud* STRECK, 2005, p.252).

5 Em oposição à teoria jurídica clássica, segundo a qual a atividade de realização do direito seria meramente cognitiva. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008 p. 448.

6 Cfe. Lênio STRECK. *A estória da 'Katchanga Real'* – Recolocando as coisas no lugar ou de como se pode 'Katchangar' sem se dar conta de que se está 'Katchagando' – Uma homenagem a Luis Alberto Warat. Disponível em: < http://professormedina.com/2012/02/28/aestoriadakatchangarealporleniostreck/> . Acesso em:

Assim, à luz kelnesiana, a interpretação jurídica seria aquele ato de vontade poder (*Der Wille zur Macht*), movimento intencional da vontade enquanto projeto para atingir um fim: vontade é intencionalidade finalística. Também, Max Weber[7] reconhece a intencionalidade na relação entre indivíduo e sociedade, procurando tratar dos significados subjetivos do ato social. Para Weber, a sociedade é fruto de uma interrelação de atores sociais, onde as ações de uns são reciprocamente orientadas em direção às ações dos outros. Nesse sentido, Weber (1964, p. 33) conceitua ação social, enquanto

> todo o comportamento humano quando e até onde a ação individual lhe atribui um significado subjetivo. A 'ação' neste sentido pode ser tanto aberta quanto subjetiva. [...] A 'ação' é social quando, em virtude do significado subjetivo atribuído a ela pelos indivíduos, leva em conta o comportamento dos outros e é orientada por ele na sua realização.

Ainda que não seja o tema deste artigo, importante frisar como Weber influencia os trabalhos de Hans-Kelsen, em especial, na teoria da voluntariedade, subjacente à interpretação jurídica. A Sociologia compreensiva weberiana (WEBER, 1949, p. 72) alerta que não existe uma análise cultural apartada dos fenômenos sociais, "independente dos pontos de vista especiais e parciais, segundo os quais, de forma explícita ou tática, consciente ou subconsciente, aqueles são selecionados e organizados para propósitos expositivos. Todo conhecimento da realidade cultural, como pode ser visto, é sempre conhecimento a partir de pontos de vista específicos" .

A "*ratio* subjetiva" da interpretação judicial foi notícia[8] no site do Conjur, em 2012, que comenta como a ideologia pessoal define decisões de juízes, segundo uma pesquisa realizada pela Universidade Federal do Paraná. Segundo a pesquisa, os Juízes paranaenses entrevistados julgam muito mais baseados em critérios pessoais, extraídos do caso concreto, do que na teoria que os sustenta. Sobre os resultados da pesquisa, Lênio Streck[9] comenta:

> Os dados não surpreendem. Apenas confirmam a crise de paradigma que venho denunciando há anos. Nossa formação jurídica, nosso ensino, nossas práticas, encontram-se arraigadas a um paradigma filosófico ultrapassado. Sei que é difícil dizer isso, mas falta filosofia. Falta compreensão. Nosso imaginário jurídico está mergulhado na filosofia da consciência. Nele, cada juiz é o "proprietário dos sentidos". É um equívoco dizer que sentença vem de *sentire*. Essa é uma das grandes falácias construídas no Direito. É o que eu chamo de "solipsismo", que é a tradução de *selbstsüchtiger*, o sujeito egoísta da modernidade.

11/06/2015.

7 WEBER, Max. *Basic Concepts in Sociology by Max Weber*. New York. The Citadel Press. 1964.

8 Critérios subjetivos: ideologia pessoal define decisões de juízes, diz estudo. disponível em: < http://www.conjur.com.br/2012-jul-06/ideologia-pessoal-define-decisoes-juizes-estudo-ufpr >. acesso em: 02/05/2015.

9 *Ibid.*

Porém, do ponto de vista processual constitucional contemporâneo[10], ancorado no que se concebe, de uma forma geral, como principiologia dos valores (Robert Alexy e Ronald Dworkin[11]), a norma jurídica contida na sentença "não pretende ser pensada como uma norma que regula o caso concreto, nem mesmo quando é fruto do controle constitucional; (…)" (MARINONI, 2008, p. 101). Essa norma está longe de ser a particularização da lei. Continua a esclarecer Marinoni (2008, p.101):

> [Essa norma] pode ser dita uma *norma jurídica criada diante do caso concreto, mas não uma norma individual que regula o caso concreto*. (…) [A norma jurídica] serve para explicar a conformação da lei e da legislação aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais [os grifos são do autor].

Por isso, conceber uma principiologia de valores, a partir da fundamentalidade material da Constituição, ancorada na força normativa dos princípios, não pode significar, de nenhuma maneira, a aceitação irresponsável de uma "panprincipiologia oportunista"[12], cuja discricionariedade *ilimitada* se afasta dos próprios feixes de valores constitucionais.

Conceber tal poder ao Estado-Juiz é rasgar todos os valores albergados pela Magna Carta. A onisciência e a onipotência de uma forma de poder é indício de transfiguração democrática e da criação de um superpoder do Estado, segundo caracteres especialmente

---

10 Os princípios foram trazidos para o centro do sistema constitucional e "ganharam" o status jurídico de norma, deixando o arcabouço meramente valorativo, sem aplicabilidade e eficácia. Essa perspectiva "pós-positivista" e principiológica do Direito deu ensejo à formação de uma moderna hermenêutica constitucional. Cfe. BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional (pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: A *nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 34.

11 No contexto pós-positivista, mister se destacar a importância de Robert Alexy e Ronald Dworkin na "instituição" dos princípios como normas jurídicas, ainda que, cada um exponha, à sua maneira, uma específica teoria crítica da principiologia jurídica. Para Dworkin, o Juiz não dispõe de uma *margem de liberdade* para aplicar o Direito como lhe parece mais *justo*, ou mais *razoável*. Em termos técnicos, Dworkin não reconhecia ao juiz o chamado *poder discricionário* no ato decisional. Nesse sentido, para Dworkin a interpretação principiológica da norma não cria/aumenta a margem de discricionariedade, ao contrário, deve conter essa subjetividade do Juiz, em busca da norma "correta" ao caso concreto, com base na norma que melhor se ajuste à integridade do Direito. Para Alexy, os princípios são mandamentos de otimização, ou seja, ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas possíveis. O sopesamento entre os princípios não implica uma decisão arbitrária, ao contrário dos que criticam seu imanente subjetivismo, pois que o sopesamento respeita a *lei de colisão*, aplicável ao caso concreto em análise e que, com o tempo, vai se tornando madura na Doutrina e Jurisprudência: "E a lei de colisão demonstra que o sopesamento conduz a uma dogmática diferenciada dos diferentes direitos fundamentais: no caso de colisão é necessário definir uma relação condicionada de preferência. A ela corresponde uma regra de grau de concretude relativamente alto. Por meio dos sopesamentos da jurisprudência e de propostas de sopesamento aceitas pela Ciência do Direito, surge, com o passar do tempo, uma rede de regras concretas atribuídas às diferentes disposições de direitos fundamentais, as quais representam uma importante base e um objeto central da dogmática". ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.175.

12 Cfe. STRECK, Lênio Luiz. *A estória da 'Katchanga Real'* – Recolocando as coisas no lugar ou de como se pode 'Katchangar' sem se dar conta de que se está 'Katchagando' – Uma homenagem a Luis Alberto Warat. Disponível em: < http://professormedina.com/2012/02/28/aestoriadakatchangarealporleniostreck/>. Acesso em: 11/06/2015.

maquiavélicos[13].

2. A experiência hermenêutica Gadameriana: A herança histórica e o horizonte do intérprete

Não há entre texto e norma "separação", pois que não há ser sem ente. O que surge à compreensão do intérprete é, desde o "*segundo Heidegger*", o *ser do ente*[14]*, que aparece na*

13 "[...] Na prática do foro se constata tal realidade cotidianamente, pois é ali, situadas dentro de um contexto fático, que as palavras ganham vida e recebem sentido não raro desvirtuados daquilo que se ambicionou quando da sua utilização nos textos legais. Pior é quando a coisa degringola e o intérprete crê estar autorizado a avançar aventureiro para além das possíveis respostas autênticas que o texto oferece, assujeitando-o segundo seus anseios, torcendo sua estrutura para atingir sentidos cujas fundações só se encontram em sua própria mente, algo que, infelizmente, é corriqueiro em uma justiça como a brasileira, na qual se mantém habitual o jargão *"direito é aquilo que os tribunais dizem que é"*. Lúcio DELFINO e Ziel FERREIRA LOPES. *A expulsão do livre convencimento motivado do Novo CPC e os motivos pelos quais a razão está com os hermeneutas.* Disponível em:<http://justificando.com/2015/04/13/aexpulsaodolivreconvencimentomotivadodonovocpceosmotivospelosquaisarazaoestacomoshermeneutas/ >. Acesso em 02/05/2015.

14 Nos seus primeiros escritos, à época de "ser e tempo", Heidegger preocupa-se com uma hermenêutica do *Dasein*, ou seja, na análise fenomenológica do *ser-no-mundo*. No segundo Heidegger, ou ainda, na sua filosofia posterior, Heidegger preocupa-se mais com a problemática da exegese da compreensão. Ou seja, como é que se pode compreender o ser? Ou, como o ser tornou-se compreendido? Richard Palmer (1999, p. 146) ao tratar da análise (provocada na produção teórica de Heidegger) da subdivisão do pensamento heideggeriano em duas etapas diferentes traz a seguinte interpretação: Do início ao fim de sua obra, Heidegger preocupa-se com o processo hermenêutico, pelo qual o ser se revela. Isto foi abordado em *ser e tempo* como uma fenomenologia do *Dasein* e tornou-se em suas obras subseqüentes, numa exploração do não ser, da própria palavra ser, de concepções quer gregas quer actuais de ser, de verdade, de pensamento e de linguagem. É um facto aceite que Heidegger se tornou mais poético, obscuro e profético nos seus últimos escritos, mas que a revelação do ser se mantém nele como um tema constante. Hans-Georg Gadamer, como "bom" discípulo, acompanhando esse sentido de continuidade no traçado teórico de Martin Heidegger, desenvolveu as implicações da contribuição do seu mestre para a hermenêutica (tanto as do "ser e Tempo", como as de ulteriores obras) num trabalho sistemático que conceituou de Filosofia Hermenêutica. Sobre essa questão comenta Palmer (1999, p. 170): "[GADAMER] propõe uma dialética baseada na estrutura do ser como foi explicada pelo último Heidegger, e na estrutura prévia da compreensão tal como se coloca em *ser e Tempo*". Gadamer, entendeu o pensamento de Heidegger também constituído de uma única peça que desde "ser e Tempo" até seus escritos ulteriores caminha em direção ao chamamento [o "apelo"] do ser, radicada em cada temporalidade e individualidade. Sobre isso, Gadamer, (1999, p. 398-399, grifo nosso), adverte: [...] Caberia indagar também o que significa que a existência humana encontre sustentação, por sua vez, em algo extra-histórico, natural. Se se quer romper o cerco da especulação idealista, não se pode evidentemente pensar o modo de ser da "vida" [do ser, de Deus] a partir da autoconsciência. *Quando Heidegger empreendeu a revisão de sua autoconcepção filosófico-transcendental de ser e tempo [a viragem ou viravolta], o problema da vida teria de chamar-lhe a atenção novamente e de modo consequente. Assim na Carta ao humanismo fala do abismo que se abre entre o homem e o animal.* Também Gadamer, continua advertindo aqueles que em vez de entender o pensamento de Heidegger como uma caminhada única, procuraram tratá-lo como uma tarefa subdividida e submetida a uma revisão de direcionamento ou "virada" de sentido: Não há dúvida de que a fundamentação transcendental da ontologia fundamental realizada por Heidegger na analítica da pré-sença ainda não permitia o desenvolvimento positivo do modo de ser da vida. Aqui ficaram questões abertas. Todavia, tudo isso não muda nada no fato de que se perde completamente o sentido do que Heidegger chama "existencial" [*ec-sistencial*], quando se crê poder opor ao existencial da "cura" um determinado ideal de existência, seja lá qual for. Quem faz isso perde a dimensão do questionamento que ser e tempo abre desde o princípio. Face a essas polêmicas míopes, Heidegger podia apelar com razão à sua intenção transcendental, no mesmo sentido em que era transcendental o questionamento kantiano. O seu questionamento estava desde os seus primórdios [até seus escritos ulteriores], acima de toda diferenciação empírica e, por consequência também de toda diferenciação de conteúdo (GADAMER, 1999, p. 398-399). Dessa sorte, Gadamer deu uma outra apresentação à hermenêutica geral das ciências do espírito (*Geisteswissenschaften*). Seu trabalho teórico seguiu os passos da contribuição de Heidegger acerca da estrutura geral da compreensão. Partindo de uma crítica da hermenêutica vista por Schleiermacher e Dilthey, Gadamer

linguagem:

> *[...] a linguagem é o médium universal em que se realiza a própria compreensão. A forma de realização da compreensão é a interpretação.* Essa constatação não quer dizer que não exista o problema particular da expressão. A diferença entre a linguagem de um texto e a de seu intérprete, ou o abismo que separa o tradutor de seu original, não são, de modo algum, uma questão secundária. Bem pelo contrário, os problemas da expressão linguística já são, na realidade, problemas de compreensão. Todo compreender é interpretar [o sentido do ser], e todo interpretar se desenvolve no *medium* de uma linguagem que pretende deixar falar o objeto [o ser] e é, ao mesmo tempo, a linguagem própria de seu intérprete [cada interpretação parcial]" (GADAMER, 1999, 566-567, grifo do autor).

Gadamer adverte que as características preconceituais estão em constante reorientação, permanecendo em jogo e não cedendo às pressões da completa reflexão em nome da soberania da certeza racional e normativa. A compreensão pressupõe uma pré-compreensão, e ela não ocorre sem uma dimensão projetiva que antecipa o sentido:

> [...] O círculo hermenêutico é um círculo rico em conteúdo (*inhaltlich erfülltt*) que reúne o intérprete e seu texto numa unidade interior a uma totalidade em movimento (*processual whole*). A compreensão implica sempre uma pré-compreensão que, por sua vez, é prefigurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela os seus preconceitos[15]. (GADAMER, 1998b, p.13).

Essa "ligação" entre intérprete e texto busca a criação de seu sentido normativo dentro da estrutura histórica, a que pertence o exegeta. A filosofia de Gadamer esclarece que:

> [...] como se fossem duas pontas de um mesmo fio a *coisa* [a norma] e o intérprete que a projeta estão, ao mesmo tempo, vinculados e distanciados, isto é, manifestam a tensão entre estranheza e familiaridade que os marca mutuamente. [...] A tensão permanente entre a objetividade da coisa, constatada por sua distância histórica, e o seu pertencimento a uma tradição marcam, tanto a inesgotabilidade de possibilidades de manifestações de sentido, quanto a finitude ontológica do intérprete. (ALMEIDA, 2000, p.66).

Assim, negar que a norma é a interpretação de um texto nos seus horizontes possíveis de sentido historicamente construídos implica negar a finitude do intérprete. Ora, os sentidos são construídos na temporalidade do intérprete. A insuficiência do falar resulta da própria condição humana, imersa no tempo e que dependente da forma linguística partilhada

---

chega a Heidegger e sustenta que toda compreensão dá-se no caráter histórico da compreensão como um *ec-sistencial*. A partir de uma "perspectiva essencialmente heideggeriana" (PALMER, 1999, p.167) Gadamer (1999, p. 16) assume que: "a compreensão não é um modo de ser, entre outros modos de comportamento do sujeito, mas o modo de ser da própria pré-sença (*Dasein*)".

15 Para Gadamer, os conceitos prévios não constituem algo que possamos aceitar ou recusar, mas eles são a base da capacidade que temos para compreender a história (PALMER, 1999, p. 185-186). Em toda compreensão somos carregados pela corrente da vida histórica.

intersubjetivamente.

Segundo Gadamer, a norma, enquanto *desvelamento* ao longo da história, pela movimentação do intérprete na factualidade, remete a um aspecto fundamental do movimento compreensivo: a questão da aplicação. Interpretar a norma, implica buscar as relações daquela tradição normativa com o presente, procurando não somente trazer a sua significação literal, mas, também, considerar o significado da tradição para o momento atual ou o seu "nexo" com o presente: "compreender é então um caso especial da aplicação de algo geral a uma situação concreta e particular" (GADAMER, 1999, p. 465).

Compreender é estabelecer sentido para a situação concreta. Pois, quem compreende não julga a partir de juízos externos a si, em uma situação não afetada, mas dentro de uma relação específica que vincula os intérpretes: "nossas considerações nos forçam a admitir que, na compreensão, sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido, à situação atual do intérprete" (GADAMER, 1999, p. 460).

A aplicação não representa, assim, o simples relacionar da norma geral com a situação particular. Consiste em aplicar aquilo que a herança histórica da norma diz ao momento presente, sem se "distanciar por demais" do sentido e do significado do texto junto ao intérprete. Na aplicação (*applicatio*), a interpretação da norma está acompanhada, não apenas pelo entendimento racional (*intelligentia*), como ainda, não apenas pela exegese ou exposição (*explicatio*), mas pela aplicação da palavra à própria vida. Dessa sorte, elucida Gadamer (1999, p. 504-505) tal é o sentido da aplicação que já está de antemão em toda forma de compreensão. A aplicação não quer dizer aplicação ulterior de algo comum dado, compreendida, primeiro, em si mesma, a um caso concreto, mas é, antes, a verdadeira compreensão do próprio comum que cada texto dado representa para nós. A compreensão é uma forma de efeito e se sabe a si mesma como tal efeito.

A filosofia hermenêutica Gadameriana realiza a tentativa de libertação da prisão do espírito positivista, promovendo uma revitalização da força da obra de arte para a vida, considerando o aspecto pedagógico da compreensão como uma forma de diálogo com o ser. A hermenêutica de Gadamer não pretende buscar as certezas estáveis da razão, mas permanece no plano do contingente, transitório e vulnerável de que toda experiência está revestida. A interpretação dos sentidos históricos da norma não a desloca para o plano do Direito Natural, e sim se desvela como mais um acontecimento da *história efeitual*[16] do objeto. Nessa

16 O princípio da *Wirkungsgeschichtliche Bewusstsein* (consciência dos efeitos da historicidade humana, ou

perspectiva, para a Hermenêutica Filosófica, é ilusório o ideal de evidência no processo de interpretação normativa, dado que todo conhecimento dá-se na historicidade e na linguagem.

A compreensão, no âmbito da filosofia hermenêutica, não se define, tão somente, como um espaço metodológico, mas remete ao modo de ser da *pré-sença*[17], implicando uma abertura para o âmbito ontológico em que se circunscreve. Gadamer vai dizer que a ciência moderna, que teve como mãe a mecânica constituída por Galileu, expressou "um modo de conhecimento bem determinado que provocasse a tensão entre nosso conhecimento de mundo não metodológico, o qual abrange toda a extensão de nossa experiência vital, e a produção cognitiva da ciência" (GADAMER, 2002, p. 219).

Dessa forma, a filosofia hermenêutica contrapõe-se ao método tradicional das ciências

---

consciência em que a história atua constantemente, ou consciência historicamente operativa) reside, grosseiramente, em dois aspectos: primeiro, a percepção dos efeitos da história nos contextos onde o entendimento humano tem lugar, e em segundo momento, na percepção de nosso próprio entendimento sendo afetado por esses efeitos. Essa acepção tem algumas consequências efetivas para a filosofia crítica. Não a priva de suas percepções ou finalidades, mas estabelece limites para sua própria tarefa crítica. A filosofia crítica, em especial, a epistemologia, acreditou proficuamente poder catalogar os esforços humanos para o entendimento racional, detectar os defeitos (erros) que impediam tal tarefa e, finalmente, superá-los, apresentando os caminhos para um conhecimento seguro e claro. Gadamer apresenta, em contrapartida ao historicismo, o termo *wirkungsgeschichtlich* no qual entende a consciência verdadeiramente histórica fora dos matizes da autorreflexão total do espírito hegeliana. Gadamer, valendo-se da estrutura geral da compreensão em Heidegger, deu uma nova orientação para o conteúdo metodológico da hermenêutica, caminho esse totalmente diverso daquela hermenêutica geral das ciências do espírito. Com Heidegger, desenvolveu-se, em contrapartida ao paradigma da linguagem como informação, outro paradigma de pensamento, a partir do qual não só é impossível uma experiência não-instrumental com a linguagem, como também, a linguagem representa o constitutivo fundamental de toda experiência real. O que Heidegger propôs, sem negar o valor do caráter instrumental da linguagem, é voltar a pensar a relação originária do homem com a linguagem. A descida aos fundamentos implica perguntar de que modo, por meio da linguagem, o ser se desvela a nós e se nos dá. Para Heidegger trata-se, muito mais, de fazer uma experiência com a linguagem que é fundamentalmente diferente de "conhecer" a linguagem no sentido científico ou filosófico. Sobre isso, Gadamer completa: "só podemos pensar dentro de uma linguagem e é justamente o fato de que nosso pensamento habita a linguagem que constitui o enigma profundo que a linguagem propõem ao pensar" (GADAMER, 2002, p. 176).

17A pré-sença indica o modo do ser do homem como um "existencial", o homem é enquanto está no *aí* (*Da*, em alemão*)* assim não se fala simplesmente em ser humano (no sentido exclusivamente antropológico), mas se fala em *Dasein* na medida em que a questão do ser determina tudo. A questão ontológica tem seu primado em relação a todas as outras questões dela derivadas. O *aí* (*Da*) do *Dasein* distingue o ser-homem, indicando exatamente aquela abertura na qual o ser se realiza, tornando-se fluído no tempo e na história. Dessa maneira, pode-se identificar o homem em seu aspecto "especial" diante de todos os demais entes do orbe terrestre, pois que somente ele é capaz de se construir segundo sua natureza mesma, compreendendo o sentido do ser, "*existindo*" (*ec-sistindo*) na sua humanidade mais original (pré-sença, *Dasein*), que é a condição de estar *aí*, "postado" na clareira do ser: o homem é o ser-*no-mundo* e somente se compreende o ser a partir dessa "existência" (*ec-sistência*) do homem. Nessa direção, Heidegger (2002a, p. 40, grifo do autor) esclarece que: Em consequência, a pré-sença possui um primado múltiplo frente a todos os outros entes: o primeiro é um primado *ôntico*: a pré-sença é um ente determinado em seu ser pela existência. O segundo é um primado *ontológico*: com base em sua determinação da existência, a pré-sença é em si mesma 'ontológica'. Dessa maneira, para Heidegger "pré-sença", implica o modo do ser do homem, que já está no aí, na clareira, na "claridade" do ser, *"modus*" que o homem "existe". O homem somente pode ser homem compreendendo o ser, ou seja, porque está na abertura do ser. O homem é propriamente humano na medida em que ele mesmo representa esta abertura do ser. Assim, diz Heidegger (2002a, p. 38, grifo do autor): [...] o modo de ser desse ente (homem). Nós o designamos com o termo *pre-sença* [...] *A compreensão do ser é em si mesma uma determinação do ser da pre-sença.* O privilégio ôntico que distingue a pré-sença está em ser ela ontológica. […].

que buscou regularidades, lei e previsão de fatos e acontecimentos, pois que "existe uma certa descontinuidade no acontecer" (GADAMER, 2002, p. 163). A hermenêutica filosófica entende que não temos um modo exclusivo de acesso à verdade e ao conhecimento. A certeza histórico-científica não está nem nos dados empíricos, nem advém da Razão absoluta, antes, representa uma racionalidade na qual a "verdade" está para as condições humanas de discurso e linguagem, enquanto projetos lançados no mundo. Por isso, a hermenêutica filosófica diz que "o ser que pode ser compreendido é linguagem" (GADAMER, 1999, p. 687). Ela entende que o ser chega-nos através de diferentes expressões linguísticas, mas, sempre, limitadamente, em face da mediação dialética do conceito:

> [...] o modo de ser especulativo da linguagem mostra assim seu significado ontológico universal. O que vem à fala é naturalmente, algo diferente da própria palavra falada. Mas a palavra só é palavra em virtude do que vem à fala. Somente está aí em seu próprio ser sensível para subsumir-se no que é dito. Inversamente, também o que vem à fala não é algo dado com anterioridade e desprovido de fala, mas recebe na palavra sua própria determinação (GADAMER, 1999, p. 688).

Por isso, em Gadamer, o intérprete está na temporalidade, não tendo como "fugir" da tradição que traz consigo. Interpretar os textos significa a interação dialética entre intérprete e tradição, que só se faz possível através da linguagem. A compreensão humana é histórica e dialética, revelando-se na linguagem.

Nesse caminho, o conteúdo da norma só se torna completo com a interpretação que, no entanto, não se pode realizar apenas com as pretensões contidas nas normas legais, com base naquele formalismo objetificador no qual o intérprete é elemento inoperante.

3. Discricionariedade não é arbitrariedade.

Começa-se a presente seção desse artigo com a contundente afirmação de Lênio Streck (2005, p. 310): "(…) a afirmação 'a norma é (sempre) o produto da atribuição de sentido a um texto' não pode significar que o intérprete esteja autorizado a 'dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa'" [o grifo é nosso]. Ora, elucida o eminente doutrinador que não se deve admitir um processo de discricionariedade desregrada do intérprete na aplicação da norma. Essa onisciência irredutível foi hábil em construir votos como o elaborado pelo Ministro Humberto Barros:

> Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que

> este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja[18].

A afirmação de Lênio Streck segue a concepção de Hans-Georg Gadamer, para quem o sentido do círculo hermenêutico de Heidegger possui uma *nova* consequência hermenêutica: a "concepção prévia da perfeição", ou seja, "somente é compreensível o que apresenta uma unidade perfeita de sentido" (1999, p. 440). A compreensão da concepção prévia da perfeição supõe uma significação do que é a "Coisa[19] (para os filólogos, a coisa é um texto com sentido) em Gadamer. Ele, assim, define "Coisa" (2002, p 83-84, grifo do autor):

> O conceito de coisa (*Sache*) não traduz apenas o conceito jurídico romano de *res*; a palavra alemã *Sache* (coisa) e seus significados assumem, sobretudo, o que expressa a palavra latina *causa*. No uso da língua alemã, a palavra *Sache*, significa em primeiro lugar *causa*, isto é, a coisa (*Sache*) litigada, que está em questão. Originalmente, é a coisa que se coloca no centro entre as partes litigantes, porque ainda não se tendo sentenciado sobre ela há que se tomar uma decisão. A coisa (*Sache*) precisa ser protegida contra a apoderação particular de uma ou de outra parte. Nesse contexto, objetividade (*Sachlichkeit*) significa o oposto, a parcialidade, isto é, o contrário do abuso do direito para fins particulares. [....] aqui, portanto, a natureza da coisa (*Sache*) é algo que se faz valer, algo que temos que respeitar.

O intérprete põe em jogo os seus próprios preconceitos na tentativa de fazer justiça à proclamação da verdade do texto, ultrapassando, deste modo, o seu ponto de vista inicial e isolado e a sua preocupação com a individualidade do autor. O intérprete integra-se em um contexto de tradição, que pode ser divulgado e considerado na estrutura comum dos *preconceitos* falsos e verdadeiros (GADAMER, 1999, p. 416). No entanto, é exatamente na delimitação do que são preconceitos básicos e secundários, preconceitos ilusórios e produtivos, ou ainda, preconceitos verdadeiros e falsos, onde reside o problema da

18 STJ, AgReg em ERESP 279.889AL.

19 Segundo Heidegger (2002b, p. 154) "o termo 'coisa', utilizado na filosofia, teve sua significação ampla muito desgastada [...] o que de fato acontece [no termo coisa] é *um* momento da significância do antigo uso da palavra *thing*, a saber, o sentido de 'recolher e reunir' [...]". Segundo ele, se "é uma coisa [...] no sentido de reunir e recolher, numa unidade, as diferenças. [...] a coisa coisifica no sentido de, como coisa, reunir e conjugar numa unidade as diferenças. Nesta coisificação da coisa, perduram terra e céu, mortais e imortais. Perdurando assim, a coisa leva os quatro, na distância própria de cada um, à proximidade recíproca de sua união" (2002b, p. 154). Sobre essa questão completa Oliveira (2001, p. 247): "O que, afinal de contas, se faz centro do pensar na reformulação da ontologia é mútuo pertencer da palavra e da coisa".

"objetividade" em Gadamer. A sua preocupação em torno dessa questão já é um indício da sua não passividade em relação ao problema do relativismo e de sua afirmação da necessidade de uma "razão crítica", a qual seria a responsável por delimitar a viabilidade ou não de determinados preconceitos.

Com isso, a questão central de uma hermenêutica verdadeiramente histórica, a questão epistemológica fundamental, pode ser formulada: em que pode basear-se a legitimidade de preconceitos? Em que se diferenciam os preconceitos legítimos de todos os inumeráveis preconceitos cuja superação representa a inquestionável tarefa de uma razão crítica? (GADAMER, 1999, p. 416).

Gadamer responde a essas inquietações a partir de quatro noções inter-relacionadas, são elas: "a possibilidade positiva do *pré-conceito*", "a distância temporal", "a história dos efeitos" e "a fusão de horizontes", as quais, por seu turno, encontram-se intimamente ligadas à noção de "círculo hermenêutico", elemento extraído do pensamento de Heidegger. Já presente na hermenêutica Romântica de Scheleiermacher, ganha o círculo nova roupagem na hermenêutica filosófica: “implica elevar ao primeiro plano o que na hermenêutica anterior ficava à margem: a distância de tempo e seu significado para a compreensão” (GADAMER, 1999, p. 443).

A existência de preconceitos verdadeiros, para Gadamer, é um fato. Encontrá-los é tarefa da hermenêutica. As ferramentas para a sua consecução vinculam-se à ideia de "distância temporal" e da "história constantemente operativa", as quais dizem respeito à influência do texto, ao longo de suas inúmeras leituras e interpretações, e a possibilidade de melhor compreendê-lo à medida que as interpretações se acumulam. Diferentemente da hermenêutica romântica, a distância não é um problema metodológico, mas uma condição de interpretação. Isto é, devido ao fato de que Gadamer parte do pressuposto de que interpretar significa constituir um projeto, o qual se encontra em constante reelaboração devido ao persistente embate de hipóteses interpretativas em relação ao texto. Hipóteses essas que se multiplicam através da infinidade de lentes ou horizontes que a abordam, logo, produzindo distintos efeitos:

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. Porém, essa nossa relação com a tradição, essa comunhão está submetida a um processo de contínua formação. Não se trata simplesmente de uma pressuposição, sob a qual nos encontramos sempre, mas, nós mesmos vamos instaurando-a, na medida em que compreendemos, em que

participamos do acontecer da tradição e continuamos determinando-o, assim, a partir de nós próprios. O círculo da compreensão não é, portanto, de modo algum "metodológico", pois isso sim, descreve um movimento estrutural ontológico da compreensão (GADAMER, 1999, p. 439-440).

Desse aspecto, deriva-se, também, a noção de que o círculo hermenêutico não é tratado como um "círculo hermético", visto que Gadamer o utiliza alicerçado por conceitos que permitem uma abertura constante à tradição (a presentificação da Coisa), à pluralidade de sentidos e ao diálogo entre os horizontes históricos:

Este conceito de compreensão rompe, evidentemente, o círculo traçado pela hermenêutica romântica. Na medida em que já não se refere à individualidade e suas opiniões, mas a verdade da coisa, um texto não é entendido como mera expressão vital, mas é levado a sério na sua pretensão de verdade (GADAMER, 1999, p. 444).

Sob essa abordagem, a hermenêutica não se constitui como uma teoria ou método, que pode ser comparado com outros, mas diz respeito, principalmente, à análise do processo universal da compreensão. E, essa, por sua vez, não corresponde à ideia de transposição para o mundo interior do autor e à recriação de suas vivências, conforme é percebido na hermenêutica psicológica de Dilthey e Schleiermacher, mas um entender-se a respeito da "Coisa". A compreensão constitui a caracterização *ec-sistencial* da pré-sença humana, conforme Gadamer (1999, p.435, grifo do autor): [...] *O compreender dever ser pensado menos como uma ação da subjetividade do que como um retroceder que penetra em um acontecer da tradição,* no qual é o que tem de fazer-se ouvir na teoria hermenêutica.

A compreensão (*Verstehen*), amplamente discutida na tradição clássica, agora, não se refere à captação de um estado de coisas isoladas, objetivado simplesmente por meio de determinado sujeito, mas *Dasein* e compreensão se copertencem numa união, cuja unidade é determinada pela linguagem. A linguagem deve ser pensada como a Saga [*Sagen*], ou seja, como ela se mostra com referência à coisa — a linguagem é o "modo de mediação no qual se realiza a continuidade da história de todas as distâncias e descontinuidades" (GADAMER, 2002, p.171). Aqui, não se encontra uma subjetividade pura, isolada da história, mas se vê uma subjetividade que é operantemente "marcada" pela tradição e, de tal sorte, historicamente mediada e linguisticamente interpretada. A espiralar hermenêutica possui uma positividade ontológica, descartando a ingênua pressuposição do historicismo[20], ou seja, que era necessário

20 Como quis Savigny, preconizador da Escola Histórica do Direito. A Escola Histórica proclama que a lei é

recorrer ao espírito da época, pensar segundo seus conceitos e suas representações em vez de pensar segundo os próprios, e somente assim se poderia alcançar a objetividade histórica (GADAMER, 1999, p. 445).

Para Gadamer, a reivindicação da pluralidade e a consequente valorização do outro, articula-se com a reivindicação de universalidade. São ambas ─ pluralidade e universalidade não excludentes. Portanto, a partir dessa ótica hermenêutica não se pode admitir sentidos arbitrários à interpretação.

Dessa forma, a interpretação do Direito não está condenada a um "decisionismo irracionalista"[21]. A essa assertiva a filosofia de Gadamer *apud* (ALMEIDA 2000, p.66) esclarece que:

> [...] como se fossem duas pontas de um mesmo fio a *coisa* [o Universal] e o intérprete que a projeta estão, ao mesmo tempo, vinculados e distanciados, isto é, manifestam a tensão entre estranheza e familiaridade que os marca mutuamente. [...] A tensão permanente entre a objetividade da coisa, constatada por sua distância histórica, e o seu pertencimento a uma tradição marcam, tanto a inesgotabilidade de possibilidades de manifestações de sentido, quanto a finitude ontológica do intérprete.

Desse modo, um dos principais desafios do Direito Processual Civil, a partir da "hermenêutica contemporânea", à luz de Hans-Georg Gadamer, é evitar a prevalência de uma prova processual sobre a outra, com base em uma "decisão maquiavélica", que empodera a figura do Juiz para julgar segundo *seus critérios*, sem qualquer liame de objetividade/universalidade, "propiciando interpretações *ad-hoc* (quando não voluntaristas)" (STRECK, 2005, p.308).

Há, portanto, o que se pode considerar como *validade ética* da norma, que nasce com sua aplicação regrada/justa[proporcional], diante das situações fáticas que vêm reclamar a sua incidência, com os limites da normatividade imposta pelos princípios constitucionais.

Aqui, ilustra-se a transição paradigmática do liberalismo clássico para o paradigma transindividual do Estado Democrático de Direito, que exige a socialidade e a eticidade das relações sociojurídicas, diretrizes, inclusive, do direito civil material brasileiro de 2002, ao lado da operabilidade. Essas diretrizes instrumentalizam as relações privadas com o solidarismo social, a Justiça retributiva e a diminuição das desigualdades sociais, princípios antevistos pelo texto constitucional de 1988. Sobre isso, Paulo Lôbo (2005, p.2) comenta:

---

objetivada e independente do seu prolator. Procura o sentido imanente no texto, e não o que o elaborador teve em mira.

21Vide Lênio Luiz STRECK. *Verdade e consenso:* constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito, p. 141 ss.

> (…) Antes, havia uma distinção; hoje, a unidade hermenêutica, tendo a constituição como ápice conformador da elaboração e da legislação civil. A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código Civil, como ocorria com frequência (e, ainda, ocorre). A mudança de atitude também envolve certa dose de humildade epistemológica.

Essa concepção deseja ultimar um garantismo constitucional *lúcido*, oposto aos descalabros daquele intervencionismo estatal, que não observa a justa causa, a razoabilidade e a proporcionalidade de suas ações e, no plano processual, de suas decisões. O princípio do devido processo legal exige, em sua acepção substantiva, que se consagre a decisão judicial "ética", primada pela concepção da igualdade substantiva e das justiças participativa e retributiva.

4. Por uma conclusão: O Art. 371 do novo CPC − O fim do maquiavelismo judicial?

Desde a Ilustração, o discurso metodológico clássico carrega consigo o desejo da verdade, enquanto ausência de dúvida, ancorado no conceito de certeza. Nessa tarefa, cabe ao Juiz, no processo, encontrar o caminho de concreção da norma aos fatos. A prova visa aos fatos. Portanto, o objeto da prova são as alegações de fatos. A grande questão que perpassa a prova, entretanto, diz respeito à situação de seu intérprete: O Juiz.

Alerta Marinoni (2008b, p. 253) que o direito atual permanece fiel a essa estrutura que compreende a atividade cognitiva do Juiz como aquela de aplicar a norma objetiva ao caso concreto. Dito de outra forma, pode-se conceber que, ainda que se diga se está em um momento de transição epistemológica, no qual exige-se a superação da onipotência da "Razão Libertadora" iluminista, ancorada no individualismo liberal, é possível afirmar que o operador do Direito permanece preso ao paradigma da modernidade, imerso nas bases paradigmáticas da filosofia da consciência (Cf. STRECK, 2005, p. 295).

Os aplicadores do direito formados/forjados, sob a égide do paradigma da modernidade, desaprenderam a "desconfiar" da "verdade" e a questionar as "ilusões da autoconsciência metódica". A interpretação jurídica se reduz ao fenômeno e ao dado manifesto, buscando esclarecer o que é a *verdade*.

Dessa sorte, como método de interpretação, a racionalidade jurídica atual *ainda* mantém "as regras para a direção do espírito", postuladas por Descartes. Essas prometiam a *fonte inequívoca do conhecimento*, através da estrita atenção e aplicação do particular a leis mais gerais, que o podiam descrever e "explicar". Sobre isso, Gadamer (2001, p. 34)

completa:

> [...] A primazia da autoconsciência, [...] encontra-se em estreita conexão com os modernos conceitos de ciência e de método. De fato, o conceito de método da modernidade distingue-se dos antigos modos de conhecimento e de explicação do mundo justamente por apresentar um caminho para a autocertificação. [...] só é objeto de uma ciência o que preenche as condições da investigabilidade metódica.

Em suma, é o que ensina Lênio Streck (2006, p.153):

> [...] Se o modelo de direito sustentado por regras está superado, o discurso exegético positivista, ainda dominante no plano da dogmática jurídica, representa um retrocesso, porque, de um lado, continua a sustentar discursos objetivistas, identificando texto e sentido do texto (norma), e, de outro, busca nas teorias subjetivistas uma axiologia que submete o texto à subjetividade assujeitadora do intérprete, transformando o processo interpretativo em uma subsunção dualística do fato à norma, como se fato e direito fossem coisas cindíveis e que os textos fossem meros enunciados linguísticos.

Entretanto, para que se faça prova da *verdade,* é imprescindível a reconstrução metódica dos fatos, para que o conteúdo previsto na norma em abstrato possa ser adequadamente aplicado. Ainda, para além do desejo iluminista de controle dos fatos e da busca da certeza, o certo *é que a verdade será sempre um conceito relativo e mediatizado pelo intérprete. Assim, a essência da verdade, a coisa em si mesma, é inalcançável diante da finitude humana.* Por isso, para Gadamer, a tarefa da "iluminação absoluta" jamais será cumprida por completo. A "reflexão plenamente realizável" nunca poderá ser consumada e "isto não é defeito da reflexão, mas encontra-se na essência mesma do ser histórico que somos. *Ser histórico quer dizer não se esgotar nunca no saber-se*" (1999, p. 451, grifo do autor).

Com base nessa ideia de relatividade da *verdade*[22]*,* pergunta Marinoni (2008b, p. 258): "qual seria a função da prova no processo?*"*.

E, responde Marinoni (2008b, p. 258): "Constitui-se, ao que parece, em meio retórico, indispensável ao debate judiciário (…) o objetivo não é a *reconstrução* do fato, mas o *convencimento* dos demais sujeitos processuais sobre ele" [o grifo é do autor]. Para Marinoni (2008b, p. 258-259), a verdade e a legitimidade não são conceitos absolutos de validade plena e eterna, mas resultam do consenso discursivo. A verdade é algo necessariamente provisório,

22 Marinoni (2008b, p. 254) ilustra que essa busca incessante da *verdade* pelo Magistrado é a legitimação de sua função social e válvula regulatória de sua atividade, na medida em que sua tarefa somente será legítima, se estiver dentro dos parâmetros de *verdade por ele fixados no processo*.

apenas prevalecendo enquanto se verificar o consenso, e para uma situação específica e concreta.

Na valoração da prova, o Sistema adotado pelo O CPC-1973 é o do livre convencimento motivado (ou persuasão racional). Segundo esse sistema, o Juiz poderá escolher, dentro do conjunto probatório que chega às suas mãos, aquela prova que, na sua ótica, melhor sirva para formar o seu convencimento. O que se exige é que depois de formado o seu convencimento, o Juiz fundamente racionalmente a sua escolha. Pergunta-se, o Juiz formará sua convicção a partir delas, *livremente*, de *forma consciente*, desprovido de caprichos, achismos ou arbítrios?

O grande problema dessa forma de valoração da prova, que se discute, é o grau de subjetivismo que impregna a decisão judicial. Não é nada mais do que a manutenção do solipsismo clássico. Defende-se a tese de que "só existe" o que está na consciência do julgador. O processo é retrato da consciência do Juiz, a partir de seus critérios próprios de racionalidade. Frise-se a própria polissemia da palavra "racionalidade", principalmente, após o materialismo-dialético e as filosofias da linguagem.

Lúcido o questionamento de Lênio Streck: "O Que é Isto – Decido Conforme Minha Consciência?"[23]

Na realidade, continua-se a se utilizar o critério da íntima convicção[24] (ou da prova livre), embora motivada. Na íntima convicção, a diferença apenas reside no fato de que o Juiz, não tem a necessidade de fundamentar o seu veredicto. Assim, o que distingue o sistema da persuasão racional em face do sistema da íntima convicção é a liberdade do magistrado na valoração dos elementos probatórios, que, embora exista, é contida pela obrigatoriedade de justificação das escolhas adotadas, diante da prova legitimamente obtida, com a explicitação do caminho percorrido até a decisão.

Importante doutrina considera que o novo CPC abandona a referência ao livre convencimento motivado[25]. Para Didier (2015, p. 103), o silêncio do novo CPC é eloquente,

---

23 Cfe. Lênio Luiz Streck,. *Senso incomum*: Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do NCPC. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre convencimento-ncpc >. Acesso em: 02/05/2015.

24 Sistema da livre convicção (prova livre ou íntima convicção): é o sistema mediante o qual o julgador, de maneira livre e soberana, poderá valer-se de elementos que, apesar de não constarem nos autos do processo, o levaram a determinado convencimento, não havendo a necessidade de motivar sua decisão.

25 Há quem defenda a permanência do livre convencimento no novo CPC. Cfe. Fernando da Fonseca GAJARDONI. Disponível em: <http://jota.info/olivreconvencimentomotivadonaoacabounonovocpc>. Acesso em: 02/05/2015.

ao retirar o advérbio "livremente" da expressão o Juiz apreciará a prova: "Art. 371.O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento"[26].

A questão nevrálgica é tentar impedir que o intérprete judicial tome decisões de modo alheio e indiferente ao sentido da norma constitucional, exagerando em seu poder discricionário, e passando a decidir para além dos limites da moldura constitucional. Ora, como aduz a doutrina de "não se pode confundir, (…), a adequada/necessária intervenção da jurisdição constitucional com a possibilidade de decisionismo por parte de juízes e tribunais" (STRECK, 2007, p. 141).

Nesse diapasão, o princípio do livre convencimento motivado permitia uma textura de decisão, ancorada em elementos causais explicativos, que ultrapassavam até mesmo os limites, implícitos ou explícitos, do texto constitucional. Lênio Streck alerta para o fato de que a afirmação: "o intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto", não significa que [o intérprete] possa "[...] dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados". O texto [constitucional e legal], "limita a concretização e não permite decidir em qualquer direção, como querem as diversas formas de decisionismos" João Maurício Adeodato *apud* Streck , (2007, p. 142).

A retirada dessa "liberdade" do Juiz visa à rejeição do individualismo exacerbado e da figura do "Juiz empoderado", que julga motivando as próprias razões, previamente eleitas. Busca-se a cura da forma de poder [discricionário?], resultado da discursividade egocêntrica, que nega a alteridade. Superação da figura do Juiz "maquiavélico", que promove suas decisões, segundo seus fins (unilateralidade), com base nos seus próprios meios (motivação pessoal), e que se funda em *um discurso de irracionalidade, ao contrário do que se propõe*. É a evitação do que Paulo Bonavides (2008, p. 646) chama de "governo de juízes" ou de "ditadura constitucional da toga".

A dimensão da pré-compreensão do intérprete não pode ser tratada como um campo de especulação arbitrária, afetando a segurança jurídica e a unidade do texto constitucional. Paulo Bonavides (2008, p.648), analisando a chamada "Nova Hermenêutica Constitucional", inspirada pela teoria material de valores, concebe que essa hermenêutica concretiza o preceito constitucional, pois que concretizar é mais que interpretar: é interpretar com acréscimo, com criatividade.

26 Fredie Didier (2015, p.103) consigna no texto que essa foi uma das mais importantes mudanças do ponto de vista simbólico do novo CPC, que foi "claramente inspirada nas provocações de Lênio Streck.

Esse cenário da "Nova Hermenêutica de concretização", oriunda do *princípio da unidade da Constituição*[27] (Cfe. BONAVIDES, 2008, p.595) possibilita a introdução do conceito de juiz social, "enquanto consectário derradeiro de uma teoria material da constituição, e, sobretudo, da legitimidade do Estado social e seus postulados de justiça, inspirados na universalidade, eficácia e aplicação imediata dos direitos fundamentais" (BONAVIDES, 2008, p. 602).

O Juiz social não arma a sua decisão daquele controle que neutraliza, fazendo com que, embora consideradas como possíveis, certas alternativas não sejam levadas em consideração Ferraz Jr. *apud* Streck (2005, p. 89). Esse Juiz social deve se abster de ser "uma autoridade fora do tempo e mistificante, conforme as exigências dos mecanismos de controle burocrático num contexto centralista" (2005, p. 90).

Senão o "desejo de superação" do maquiavelismo/empoderamento judicial, presente no fim do livre convencimento motivado, qual o seria? É nesse sentido que, à guisa de conclusão, esclarece Streck (2005, p. 323-324) que uma "nova hermenêutica", ademais, aquela cunhada pelo sentido hermenêutico-gadameriano, é a insurreição contra a "baixa constitucionalidade" do anseio solipsista da modernidade clássica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans-Georg; ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica*: nas trilhas de Hans-Georg GADAMER. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 24.ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2008.

BARRENECHEA, Miguel A. de. Nietzsche e o corpo*:* Para além do materialismo e do idealismo. In: *Nietzsche & Deleuze:* Que pode o corpo. Rio de Janeiro: Relume Dumará; Fortaleza, CE: Secretaria da Cultura e Desporto, 2002. (Outros diálogos). p.177-188.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional (pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: A *nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Método jurídico*. Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995.

27 A Corte de Karlsruhe sentenciou "Não se pode considerar insuladamente uma estipulação singular da Constituição nem pode ser ela interpretada 'em si mesma', senão que deve manter 'conexão' de sentido com as demais prescrições da Constituição, formando uma unidade interna".

CRITÉRIOS SUBJETIVOS: *Ideologia pessoal define decisões de juízes, diz estudo*. São Paulo: Consultor Jurídico, 2012. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2012-jul-06/ideologia-pessoal-define-decisoes-juizes-estudo-ufpr >. Acesso em: 02 mai. 2015.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil:* teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DELFINO, Lúcio & FERREIRA LOPES, Ziel. *A expulsão do livre convencimento motivado do Novo CPC e os motivos pelos quais a razão está com os hermeneutas.* São Paulo, 2015. Disponível em:<http://justificando.com/2015/04/13/aexpulsaodolivreconvencimentomotivadodonovocpceosmotivospelosquaisarazaoestacomoshermeneutas/ >. Acesso em 02 mai. 2015.

HEIDEGGER. M. *Ser e tempo*. (Parte I). 11. ed. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 2002a. (Pensamento Humano).

HEIDEGGER. M. A coisa. In: *Ensaios e conferências.* Trad. Emmanuel Carneiro Leão, Gilvan Fogel e Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002b. p.143-160. (Pensamento Humano).

GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Org. Pierre Fruchon; Trad. Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998b.

_____. *Verdade e método:* traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999. (Pensamento Humano).

_____. *Elogio da teoria.* Lisboa: Edições 70, 2001. (Biblioteca de Filosofia Contemporânea).

_____. *Verdade e método II:* complementos e índice. Tradução Ênio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002. (Pensamento Humano).

GAJARDONI Fernando da Fonseca. *O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC*. Disponível em: <http://jota.info/olivreconvencimentomotivadonaoacabounonovocpc>. Acesso em: 02 mai. 2015.

LYOTARD, Jean-François. *O pós-moderno*. 4. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1993.

MARINONI, LUIZ GUILHERME, *Teoria geral do processo.* 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, LUIZ GUILHERME, *Processo de conhecimento.* 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008b.

NIETZSCHE, F. *O eterno retorno*: A vontade de potência. In: *Obras incompletas.* São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 443-450. (Os pensadores).

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea.* 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

PALMER, R. E. *Hermenêutica.* Lisboa: Edições 70, 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. *Da Interpretação de Textos à Concretização de Direitos*: a incindibilidade entre interpretar e aplicar a partir da diferença ontológica entre texto e norma.

Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado / orgs. André Copetti, Lênio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha ... [et al]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed.; São Leopoldo: Unisinos, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso:* Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. *Senso incomum*: Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do NCPC. São Paulo: Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre convencimento-ncpc >. Acesso em: 02 mai. 2015.

STRECK, Lênio Luiz. *A estória da 'Katchanga Real'* – Recolocando as coisas no lugar ou de como se pode 'Katchangar' sem se dar conta de que se está 'Katchagando' – Uma homenagem a Luis Alberto Warat. Disponível em: < http://professormedina.com/2012/02/28/a-estoria-da-katchanga-real-por-lenio-streck/ >. Acesso em: 11 jun. 2015.

WEBER, Max. *The m*ethodology *of the social sciences.* New York. Glencoe. Ed. Edward Shills. 1949.

WEBER, Max. *Basic concepts in sociology by Max Weber.* New York. The Citadel Press. 1964.